ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

За издавача
Проф. др Бранислав Ристивојевић
декан Правног факултета у Новом Саду

Главни уредник
Проф. др Слободан Орловић

Зборник радова Правног факултета у Новом Саду налази се у *HeinOnline* бази: *International & Non-U. S. Law Journals* (http://www. heinonline. org).

Зборник радова (свеске од 2007. године) под називом *Proceedings of Novi Sad Faculty of Law* доступан је у *EBSCO* бази *Academic Search Complete* (http://www. ebscohost. com).

Зборник радова доступан је на веб сајту Правног факултета у Новом Саду (http://www. pf.uns.ac.rs).

Зборник излази непрекидно од 1966. године.
Од 2012. године Зборник излази четири пута годишње.

УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
UNIVERSITY OF NOVI SAD
FACULTY OF LAW NOVI SAD
(SERBIA)

ЗБОРНИК РАДОВА
COLLECTED PAPERS

LVI 1 (2022)

НОВИ САД, 2022.

ЗРПФНС, година LVI Нови Сад, бр. 1 (2022)

УДК 3 ISSN 0550-2179 eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ

Драган Л. Милков
Ратко С. Радошевић
Гарантни акт у управном поступку 1

Снежана С. Бркић
Опште теоријске поставке о начелу непосредности у кривичном поступку . . . 23

Гордана М. Дракић
Урош Н. Станковић
Страни путописци о српским кодификацијама 53

Зоран Ј. Лончар
Просторно ограничење надлежности у управном поступку 67

Дарко З. Симовић
Уставни амандмани из нужде – критички осврт на уставну реформу судске власти 85

Сања М. Савчић
Николина Б. Мишчевић
Пуномоћје у корист трећег? 121

Петар М. Ђундић
Потенцијална реформа српске мреже двостраних споразума о заштити и подстицању улагања: прилика за нови почетак 145

Бојан Н. Тубић
Стефан Н. Радојчић
Теоријски и практични аспекти примене начела *ne bis in idem* у праву Европске уније 171

Соња М. Лучић
Значај укидања услова графичког приказа знака у поступку регистрације нетрадиционалних жигова 199

Наташа Љ. Деретић
Злоупотреба и приватизација државне моћи у позном периоду Римске империје, као примери доприноса пропасти Римског царства 221

Драгана Ч. Васиљевић
Саизвршилаштво у кривичном законодавству у Босни и Херцеговини 241

Брано Ђ. Хаџи Стевић
Начело кохерентности у одлукама Уставног суда Србије о јединству правног поретка 257

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

Мартон Лео Закарија
Однос Европског стуба социјалних права и мађарског радног права са посебним освртом на Директиву 2019/1152 283

Агнеш Ф. Цине
Главни елементи владавине права у пракси Уставног суда Мађарске 305

Фаед А. Вахдани
ICANN механизми: процена додатних правних средстава 317

TABLE OF CONTENTS

Dragan L. Milkov
Ratko S. Radošević
Assurance in Administrative Procedure 1

Snežana S. Brkić
General Theoretical Settings on the Principle of Immediacy in Criminal Proceedings . 23

Gordana M. Drakić
Uroš N. Stanković
Foreign Travel Writers on Serbian Codifications 53

Zoran J. Lončar
Spatial Limitation of Jurisdiction in Administrative Proceedings 67

Darko Z. Simović
Constitutional Amendments Resulting from Necessity – A Critical Overview of the Constitutional Reforms of the Judiciary 85

Sanja M. Savčić
Nikolina B. Miščević
Power of Attorney in Favor of a Third Party? 121

Petar M. Đundić
Potential Reform of Serbian Network of Bilateral Investment Treaties: An Opportunity for a New Beginning 145

Bojan N. Tubić
Stefan N. Radojčić
Theoretical and Practical Aspects of the *Ne Bis In Idem* Principle Implementation in the EU Law 171

Sonja M. Lučić
The Importance of Abolishing the Conditions of Graphic Representation of the Sign in the Procedure of Registration of Non-Traditional Trademarks 199

Nataša Lj. Deretić
Abuse and Privatisation of State Powers in Later Periods of Ancient Rome as a Cause of the Roman Empire's Demise 221

Dragana Č. Vasiljević
Co-Perpetration in Criminal Legislation in Bosnia and Herzegovina 241

Brano Đ. Hadži Stević
The Principle of Coherence in Serbian Constitutional Court Decisions about Uniqueness of Legal System 257

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

Márton Leó Zaccaria
Connections Between the European Pillar of Social Rights and the Hungarian Labour Law, with Special Regard to Directive (EU) 2019/1152 283

Agnes F. Czine
The Main Elements of the Rule of Law in the Practice of the Constitutional Court of Hungary 305

Fahed A. Wahdani
ICANN Mechanisms: Extra Remedies Evaluation 317

Оригинални научни рад 35.077.6(497.11)
doi:10.5937/zrpfns56-36621

Драган Л. Милков
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Milkov@pf.uns.ac.rs

Ратко С. Радошевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs

ГАРАНТНИ АКТ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ*

Сажетак: *Међу новинама уведеним Законом о општем управном поступку из 2016. године налази се и гарантни акт. Под гарантним актом подразумева се писани акт којим се орган обавезује на то да касније, на захтев странке, донесе управни акт одређене садржине. Правна природа овако дефинисаног акта управе је спорна, а правна теорија највише се пита да ли треба да га сврстамо међу управне акте. Како би се одговорило на то питање, у раду се анализира начин на који је гарантни акт нормиран у домаћем и упоредном праву. Закључује се да његова обележја не одговарају обележјима управног акта, а његово нормирање садржи многе противречности.*

Кључне речи: *гарантни акт, управни акт, мишљење о примени закона, акти управе, управни поступак.*

1. УВОД

Законом о општем управном поступку из 2016. године (ЗУП) међу акте управе уврштен је и гарантни акт. Доношење гарантног акта осмишљено је као нови и посебан облик управног поступања, иако тесно повезан са оним класичним – са доношењем управног акта. Ова веза са управним актом и начин на који је гарантни акт нормиран у ЗУП-у намећу дилеме у погледу његових обележја и правне природе.

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ за 2021. годину.

У разматрању правне природе гарантног акта правна теорија углавном поставља следеће питање: да ли је и гарантни акт врста управног акта? Одговори на то питање могу да буду различити, као што ћемо то и видети. Но будући да научни ставови увек морају да се ослањају и на важеће право, неопходно је да то право најпре и прикажемо. Поћи ћемо од општих правила о гарантном акту, која се налазе у прописима о управном поступку, а онда ћемо сагледати и она у посебним законима, о појединим евентуално гарантним актима, без којих општа правила не би ни могла да се примене.

Када добијемо целовиту слику о томе како је гарантни акт регулисан, моћи ћемо да га упоредимо са управним актом и изнесемо закључке о његовој правној природи. Моћи ћемо да проверимо и то да ли поједини примери гарантних аката заиста одговарају ономе што је на општи начин уређено ЗУП-ом. Претпоставка је да они не могу да се подведу под општу дефиницију гарантног акта. Самим тим, без правог ослонца у посебним законима, ЗУП-ом је вештачки створен акт спорног карактера, чија обележја опет не могу да се уклопе у појам управног акта.

2. НОРМИРАЊЕ ГАРАНТНОГ АКТА У ЗУП-У

Гарантни акт једна је од многих новина у нашем управном праву уведена ЗУП-ом, као последица оне основне и најважније промене – проширења предмета управног поступка. У контексту битно другачијег и ширег појма управне ствари, појавили су се и неки нови облици управног поступања, попут доношења гарантног акта.

Овако велике и корените промене, нажалост, нису спроведене пажљиво и смислено. У нормирању нових облика управног поступања било је много недоследности и противречности, а начин на који су гарантни акти постали део ових правила само нам то и потврђује.[1] Након неколико редакција законског текста и више различитих покушаја да му се пронађе право место, гарантни акт издвојен је у посебну категорију управних активности, као:

> „[П]исани акт којим се орган обавезује да, на одговарајући захтев странке, донесе управни акт одређене садржине.“[2]

Иако унете у закон који се односи на општи управни поступак, одредбе о гарантном акту, саме за себе, нису довољне. Оне овај нови облик управног

[1] Вид. Драган Л. Милков, Ратко С. Радошевић, „Неке новине у Закону о општем управном поступку: ‚управно поступање‘“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2016, 733-752.

[2] Закон о општем управном поступку, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење – ЗУП, чл. 18, ст. 1.

поступања уређују условно, ослањајући се на посебне законе. Одредбе ЗУП-а, општег карактера, примењују се под претпоставком да је доношење неког гарантног акта прописано посебним законом.[3]

Обавеза органа да будућим управним актом, уколико га странка буде захтевала, реши управну ствар на одређени, унапред гарантовани начин, не сме да буде противна јавном интересу, нити правном интересу трећих лица.[4] Доносећи гарантни акт, орган је прихватио дужност да касније донесе и управни акт, али начелно. Од ове дужности има неколико изузетака:

> „1) ако захтев за доношење управног акта не буде поднет у року од годину дана од дана издавања гарантног акта или другом року одређеном посебним законом; 2) ако се чињенично стање на коме се заснива захтев за доношење управног акта битно разликује од оног описаног у захтеву за доношење гарантног акта; 3) ако је измењен правни основ на основу кога је гарантни акт донет тако што се новим прописом предвиђа поништавање, укидање или измена управних аката донетих на основу ранијих прописа; 4) кад постоје други разлози одређени посебним законом.“[5]

Специфична правила о гарантном акту укључују и она о правној заштити. Против управног акта, који није донет у сагласности са гарантним актом, странка има право на жалбу.[6] Тиме су заправо одредбе о гарантном акту исцрпљене; на сва остала питања, сходно се примењују одредбе о управном акту.[7]

3. УПОРЕДНОПРАВНИ УЗОРИ

Инспирацију за нормирање гарантног акта наш законодавац пронашао је у упоредном праву: немачком, хрватском и црногорском. За немачко право могло би да се каже да је имало посредан утицај. Непосредан узор били су закони који уређују општи управни поступак у Хрватској и Црној Гори.[8]

---

[3] ЗУП, чл. 18, ст. 2.

[4] ЗУП, чл. 20.

[5] ЗУП, чл. 19, ст. 3.

[6] ЗУП, чл. 19, ст. 2. Потврду налазимо и међу одредбама које уређују разлоге за изјављивање жалбе. У оквиру њих, прописано је да решење може да се побија жалбом и „због тога што није донето сагласно гарантном акту“. (ЗУП, чл. 158, тач. 8)

[7] ЗУП, чл. 21.

[8] У изради нашег новог Закона учествовали су неки у науци управног права непознати немачки аутори, хрватски аутори, као и неки домаћи аутори. Њихов концепт је као модел најпре примењен у Хрватској, а после тога и у Црној Гори и Србији. Стога не изненађује постојање истих или сличних норми, при чему су српски аутори често томе давали и свој „конструктиван“ допринос!

У немачком Закону о управном поступку (немачки ЗУП) не користи се израз „гарантни акт“. Дослован превод немачког израза (*Zusicherung*) био би обећање, гаранција, уверавање. Назваћемо га обећањем, условно, имајући у виду то да га немачки аутори тако објашњавају (*Versprechen*).[9]

Норме о обећању налазе се унутар норми о управном акту. Обећањем се надлежни орган обавезује на то да ће касније донети одређени управни акт, или супротно од тога – да га неће донети. Да би ово обећање било пуноважно, неопходно је да буде дато у писаној форми. Уколико из правних прописа произлази то да је пре доношења обећаног управног акта нужно да се саслушају странке, или да у доношењу обећаног управног акта учествује и неки други орган, односно колективно тело, обећање сме да се да тек након саслушања странака, тј. учешћа тог органа или колективног тела.[10]

Дато обећање обавезује орган, али само под условом да се чињенично или правно стање накнадно не промене и то тако да орган, да је знао за те накнадне промене, не би ни дао обећање, или из правних разлога не би ни смео да га да.[11] Даљих правила о обећању нема. Прописано је једино то да се на обећање сходно примењују одређена правила која се односе на важење управног акта: на ништавост, на повлачење незаконитог и опозивање законитог управног акта, на отклањање процесних и формалних грешака.[12]

У хрватском праву малобројне одредбе о гарантном акту, тачније о јемству стицања права, унете су у онај део Закона о општем управном поступку који се односи на решавање управне ствари. Када је то прописано посебним законом, јавноправно тело може да јемчи странци стицање одређеног права, али то јемство не сме да буде противно јавном интересу или интересу трећих лица. О јемству се одлучује решењем, које обавезује јавноправно тело – осим онда када се правна основа или чињенично стање битно измене.[13]

Израз „гарантни акт“ у нашем ЗУП-у дословно је преузет из црногорског права. Регулишући управне активности, црногорски законодавац је прописао и норме о гарантном акту, смештајући их, слично немачком и хрватском, међу она правила која се односе на управни акт. Под условом прописаним посебним законом, јавноправни орган може да донесе решење којим се странци, на њен захтев, гарантује стицање неког права, у писаном облику. Ако су испуњени услови из гарантног акта, јавноправни орган дужан је да донесе гарантовано решење о стицању права. Изузетак од ове

---

[9] Вид. Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2011, 234.

[10] Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (*BGBl.* I S. 102), das zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 25. Juni 2021 (*BGBl.* I S. 2154) geändert worden ist – VwVfG, § 38, Abs. 1.

[11] VwVfG, § 38, Abs. 3.

[12] VwVfG, § 38, Abs. 2, i.V.m. §§ 44, 45, 48, 49.

[13] Zakon o općem upravnom postupku, *Narodne novine*, br. 47/09 i 110/21, čl. 103.

дужности постоји онда када од доношења гарантног акта до испуњења услова за стицање права престане да постоји правна основа за стицање тог права, односно онда када се правна основа или чињенично стање битно измене.[14]

4. ГАРАНТНИ АКТ У ПОСЕБНИМ ЗАКОНИМА

Целовиту слику о гарантном акту у домаћем праву не можемо да стекнемо ако у обзир не узмемо и посебне законе, с обзиром на то да примена општих правила из ЗУП-а зависи од њиховог постојања. Приликом доношења општих правила, предлагач ЗУП-а претпоставио је да такви посебни закони, о појединим гарантним актима, постоје. Дао нам је чак и примере:

> „Гарантни акт, под тим или другим називом, постоји у члану 19. Царинског закона [...], члану 15. Закона о држављанству Републике Србије, члану 83. Закона о државној припадности и упису пловила и у још неким прописима.“[15] „Примери обавезујућих мишљења, суштински гарантних аката, постоје и у Закону о пореском поступку и пореској администрацији и Закону о инспекцијском надзору.“[16]

У члану 19 тада важећег Царинског закона (из 2010. године) не помињу се изричито гарантни акти – помињу се обавезујућа обавештења која издаје Управа царина, на писани захтев заинтересованог лица: обавезујуће обавештење о сврставању робе по Царинској тарифи и обавезујуће обавештење о пореклу робе.[17] У међувремену, донет је нови Царински закон (из 2018. године), али се израз „гарантни акт“ не користи ни у његовим одредбама. Уместо тога, говори се о одлукама које се односе на обавезујућа обавештења о сврставању робе и обавезујућа обавештења о пореклу робе.[18]

Члан 15 Закона о држављанству Републике Србије односи се на стицање држављанства пријемом. Гарантним актом у овим одредбама требало би да се сматра потврда која се издаје странцу да ће бити примљен у држављанство Републике Србије.[19]

---

[14] Закон о управном поступку, *Службени лист Црне Горе*, бр. 56/2014, 20/2015, 40/2016 и 37/2017, чл. 20.

[15] Предлог Закона о општем управном поступку, *http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/ cir/pdf/predlozi_zakona/266-16.pdf* – Предлог ЗУП-а, 63 (17. септембар 2020)

[16] Предлог ЗУП-а, 89.

[17] Царински закон, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2010, 111/2012, 29/2015, 108/2016 и 113/2017 – др. закон – стари Царински закон, чл. 19, ст. 1.

[18] Царински закон, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 95/2018, 91/2019 – др. закон, 144/2020 и 118/2021 – нови Царински закон, чл. 23, ст. 1.

[19] Закон о држављанству Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 135/2004, 90/2007 и 24/2018, чл. 15, ст. 1.

У Закону о државној припадности и упису пловила, члану 83, коначно наилазимо и на термин „гарантни акт“. Њиме се означава решење којим једна лучка капетанија условно признаје право странци на пренос уписа брода унутрашње пловидбе у уписник бродова који води друга лучка капетанија.[20]

Као примере гарантног акта, суштински посматрано, законодавац је поменуо и обавезујућа мишљења, нормирана Законом о пореском поступку и пореској администрацији и Законом о инспекцијском надзору. У складу са Законом о пореском поступку и пореској администрацији, обавезујуће мишљење требало би да се односи на акте (објашњења, мишљења, инструкције, упутства и сл.) о примени прописа, које доноси министар надлежан за послове финансија, а који би требало да буду обавезујући за поступање Пореске управе.[21] Акт о примени прописа постоји и у Закону о инспекцијском надзору. Издаје га инспекција, односно надлежни орган, организација или организациона јединица, на сопствену иницијативу или на захтев физичког или правног лица, у року за давање мишљења који је одређен Законом о државној управи. Правило гласи да надзираном субјекту, који је поступио у складу са овим актом, не могу да се изрекну никакве мере.[22]

5. ПРАВНА ПРИРОДА ГАРАНТНОГ АКТА

Након сажетог приказа начина на који је гарантни акт уређен у упоредном и домаћем праву, време је да се осврнемо и на његову правну природу. За почетак, могло би да се каже да је она спорна, не само у оним правима у којима гарантни акт представља новину, него и тамо где се о њему већ дуго расправља.

5.1. О правној природи гарантног акта у правној теорији

У немачкој правној теорији, обећање у ужем смислу речи, регулисано немачким ЗУП-ом (*Zusicherung*), сматра се једном од врста обећања схваћеног у

[20] Закон о државној припадности и упису пловила, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 10/2013, 18/2015 и 83/2018, чл. 83, ст. 3.

[21] Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 80/2002, 84/2002 – испр., 23/2003 – испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – испр., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019, 144/2020 и 96/2021, чл. 11, ст. 3.

[22] Закон о инспекцијском надзору, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/2015, 44/2018 – др. закон и 95/2018, чл. 31, ст. 1 и 2.

ширем смислу речи (*Zusage*). У ужем смислу речи, обећањем се орган обавезује на доношење или недоношење управног акта; у ширем смислу речи, орган обећањем може да се обавеже и на неко друго чињење или нечињење, у области ауторитативне управе.[23]

Када говоре о правној природи обећања, немачки аутори постављају једно основно питање: да ли је обећање управни акт? Уз напомену да о томе постоје различита мишљења, истичу и оно владајуће, које на постављено питање даје потврдан одговор.

Овај спор о правној природи обећања, по речима немачких аутора, немачки законодавац није желео да реши. Зато је одредбе формулисао тако да су могућа оба тумачења: и оно које говори у прилог управног акта, и оно које говори против тога.[24] С једне стране, немачки законодавац је само неке од правних норми које уређују управни акт, сходном применом, намењио и обећању – а то би могло да укаже на закључак да обећање није управни акт.[25] С друге стране, обећању је сходно намењио оне одредбе које се тичу правног дејства управног акта – што би опет упућивало на то да правно дејство обећања у основи одговара правном дејству управног акта.[26]

Питање правног дејства обећања и јесте кључно питање за немачке писце: да ли се обећањем уређује једна појединачна ситуација, тако да би могло да се каже да и оно има непосредно правно дејство? Они аутори који дају потврдан одговор, образлажу своје мишљење на следећи начин: када даје обећање, орган управе утврђује чињенично стање и подводи га под правне норме, као што би то чинио и онда када доноси управни акт. Још важније од тога, орган управе се обавезује на то да од свог закључка начелно више неће одступити, а странка стиче право да то и захтева.[27]

Исказана воља органа управе да сам себе обавеже оним што је обећао омогућава да се обећање разграничи од аката саопштења (*Auskunft*), којима орган странку само обавештава, информише о одређеним чињеницама или правним питањима. Акти саопштења, којима недостаје воља органа да сам себе обавеже, нису уопште правни акти, а самим тим ни управни.[28] Када се погледа шта би све орган управе могао да обећа странци, не само у ужем,

---

[23] Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, München 2015, 166; H. Maurer, 234;

[24] Georg Butterwegge, *Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt: Probleme der Überschneidung von Verwaltungsakten und Verwaltungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung des Verfügungsvertrages*, Berlin 2001, 36.

[25] S. Detterbeck, 166.

[26] G. Butterwegge, 37.

[27] Nikolaus von Bomhard, *Auskunft und Zusage im Steuerrecht* (Dissertation), München 1988, 112-113.

[28] H. Maurer, 237.

него и у ширем смислу речи, онда сличности има и са управним уговором – разлика је ипак у томе што обећање има једнострани карактер.[29]

Правна теорија у оним земљама у којима је гарантни акт новина тек се суочава са проблемом одређивања његове правне природе. Расправе о томе још увек су врло ретке и скромне. На одређене ставове ипак може да се наиђе. Разматрајући га у контексту начела заштите легитимних очекивања странака, хрватски аутори истичу како би јемство стицања права, према својој правној природи, требало да се посматра као обавештење – законом је, међутим, одређено као управни акт. Нека обавештења дају се у строго прописаном облику, те су толико важна основа за очекивања појединаца, да се чак издају у облику управног акта.[30] Иако не може да се изједначи са управним актом којим је странка стекла неко право, оно не би имало никаквог смисла уколико странка у дато јемство не би могла легитимно да се поузда.[31]

И у домаћој науци управног права објашњењу гарантног акта прилази се из угла начела легитимних очекивања странака – каже се да је прописивање ове нове врсте правног акта директно мотивисано њиме. Другим речима, мотивисано је повећањем правне сигурности странака у односима са органима управе.[32]

Питање о правној природи гарантног акта домаћи аутори углавном своде на дилему да ли је гарантни акт посебна врста управног акта, или пак мишљење органа о примени права у конкретном случају. За разлику од мишљења које се издаје на основу члана 80 Закона о државној управи, ово „мишљење“, тврде, било би обавезујуће за орган.[33] Занимљиво је да чак ни неки од аутора новог Закона о општем управном поступку не знају шта су сами хтели да пропишу, тј. није им јасна правна природа акта који су „измислили“ и унели у нови ЗУП. У том смислу, неки од аутора Закона сматрају да би могло подједнако да се тврди и то да је гарантни акт обавезујуће мишљење, јер странци непосредно не признаје никаква права, нити јој утврђује обавезе, али и то да странка њиме добија нешто више од обичног тумачења правне

---

[29] Harald Eberhard, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: ein Beitrag zur Handlungsformenlehre,* Wien 2005, 35.

[30] Dario Đerđa, „Zaštita legitimnih očekivanja u upravnom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2013, 108.

[31] Marko Šikić, Lana Ofak, „Nova načela upravnog postupka (s posebnim naglaskom na razmjernost, legitimna očekivanja i stečena prava)“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2011, 148.

[32] Зоран Лончар, „Најважнији нови правни институти у управном поступку Републике Србије“ *Правна ријеч*, 50/2017, 281.

[33] „На тражење физичких или правних лица, органи државне управе дужни су да дају мишљења о примени одредаба закона и других општих аката, у року од 30 дана. Мишљења органа државне управе нису обавезујућа.“ (Закон о државној управи, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018 и 30/2018 – др. закон, чл. 80)

норме – добија право да јој се изда управни акт одређене садржине.[34] Ово становиште не само што је изненађујуће за једног од аутора новог ЗУП-а, већ је и спорно у два смисла. Најпре, мишљење се даје поводом примене неке правне норме, односно евентуално поводом њене нејасне садржине, а не о томе да ли неко лице може да стекне одређено право. Онако како је то у ЗУП-у нормирано, гарантним актом се орган обавезује да донесе управни акт одређене садржине. Тиме се ништа нејасно не објашњава, него ствара обавеза за орган да донесе такав акт. С друге стране, у овом становишту се истовремено истиче да странка стиче право на издавање акта одређене садржине. Поставља се питање како ту констатацију можемо повезати са претходном тврдњом да се „странци непосредно не признају никаква права"? Изгледа да по мишљењу овог аутора **право** на издавање акта одређене садржине није **право**? Има и аутора који сматрају да је гарантни акт истовремено и једно и друго: и посебна врста управног акта и обавезујуће мишљење.[35] Наравно, и ово становиште је делимично нетачно, јер се мишљењем државног органа на начелан начин изражава његов став о примени неке правне норме, који ће се у будућности односити на све истоврсне случајеве, а не само на конкретно лице, а што је карактеристично за новопрописани гарантни акт.

Иако га не сматрају типичним управним актом, поједини писци говоре о томе да се гарантним актом странци условно признаје, односно гарантује неко будуће право. Овај гарантни управни акт има стога двојако дејство. С једне стране, он обавезује орган, у смислу признавања тог права, у тренутку и под условима који су у њему одређени. Странку, с друге стране, на признавање тог званично обећаног права овлашћује.[36]

Ако у овој причи о правној природи гарантног акта желимо да дођемо до краја, онда најпре морамо да се вратимо на њен почетак. Још једном морамо да се запитамо како је то нормиран гарантни акт и каква му то обележја законске норме дају. Када то будемо знали, моћи ћемо да га упоредимо и са управним актом. Моћи ћемо, а на крају и морати, да га упоредимо и са разним актима из наших посебних закона, за које се тврди да имају баш такав карактер.

5.2. О правној природи гарантног акта нормираног у ЗУП-у

И у домаћем и у упоредном праву гарантни акт уређен је општим правилима о управном поступку. Разлика ипак постоји и открива се већ у систе-

[34] Вук Цуцић, „Фино подешавање Закона о општем управном поступку", *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2018, 143-144.

[35] Дејан Поповић, Гордана Илић-Попов, „Претходно пореско мишљење: предоаје за његово преобликовање у српском пореском праву", *Анали Правног факултета у Београду*, 3/2020, 31.

[36] Зоран Р. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку – са судском праксом и регистром појмова*, Београд 2017, 235, 237.

матици ових закона. У упоредном праву норме о гарантном акту део су норми о управном акту, припадају истој целини: гарантни акт нормиран је у контексту доношења управног акта, односно решавања управне ствари. У хрватском и црногорском праву чак изричито пише да се стицање одређеног права странци јемчи, односно гарантује решењем. У домаћем праву није тако – гарантни акт нормиран је одвојено од управног акта, као посебан облик управног поступања.

Шта је била права намера нашег законодавца, тешко је рећи. Она се сакрива иза различитих и недоследних покушаја нормирања гарантног акта. У првобитним предлозима ЗУП-а, онима који нису усвојени, одредбе о гарантном акту биле су део законског нормирања управног акта.[37] Штавише, у образложењу првог таквог предлога, из 2012. године, изричито се и помињао гарантни управни акт.[38] Да ли је одустајањем и одступањем од те првобитне намере законодавац желео да нам покаже како је, у међувремену, другачије разумео правну природу гарантног акта? Не знамо – али знамо шта је резултат: управни акт нормиран је као једна, а гарантни акт као друга врста аката управе.

Издвајање норми о гарантном акту не значи да оне са нормирањем управног акта немају никакве везе – напротив, имају. С обзиром на то да посебних норми о гарантном акту нема много, допуњене су нормама о управном акту, које би требало да се примењују сходно. Оваква, сходна примена, међутим, више раздваја управни и гарантни акт, него што их повезује. [39] Она

---

[37] Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 620. седници Владе Републике Србије (за време мандата Владе Републике Србије изабране 7. јула 2008. године и реконструисане 14. марта 2011. године), 23. фебруара 2012. године, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=168120* – Предлог ЗУП-а из 2012, чл. 21 (20. јануар 2018); Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 120. седници Владе Републике Србије (за време мандата Владе Републике Србије изабране 27. јула 2012. године и реконструисане 2. септембра 2013. године), 18. децембра 2013. године, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=201834*, чл. 20 (20. јануар 2018)

[38] Предлог ЗУП-а из 2012, 65.

[39] У питању је разлика која се у нашој науци управног права исправно повлачи између супсидијарне и сходне примене ЗУП-а: „Наш став је да сходна примена није исто што и супсидијарна примена општег закона. Јер, сходна примена означава примену општег закона саобразно природи односа између правила правног поступка и материје правног уређивања, док би супсидијарна примена подразумевала примену општег закона у целости у свим питањима која нису уређена посебним законом.“ (Милош Прица, „Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 91/2021, 99-100) Ову разлику илуструје и начин на који су у ЗУП-у уређени управни уговори: „На управне уговоре сходно се примењују остале одредбе овог закона и супсидијарно одредбе закона којим се уређују облигациони односи.“ (ЗУП, чл. 26) Проблем сходне примене, који постоји и у немачком праву, уочили су и немачки аутори, али су га само поменули и брзо релативизовали. У хрватском и црногорском праву проблем није ни настао, бар на први поглед, зато што оваква сходна примена није ни прописана.

још једном указује на њихову различиту правну природу, због које на један акт, гарантни, могу да се примене само поједине, прикладне норме, иначе намењене и примерене другом акту, управном. Другачије речено, када би гарантни акт био управни акт, онда би, логично, на њега доследно и целовито требало да се примене и остале норме о управном акту. Или обрнуто, било би нелогично да се правила о управном акту прилагођавају – нечему што би и само требало да буде акт истог карактера.

За испитивање карактера гарантног акта, од места које он заузима у систематици ЗУП-а, још су важнија његова законска обележја. Од тога да ли је гарантни акт нормиран у оквиру правила о управном акту, још је важније питање да ли гарантни акт има обележја управног акта. Када се упореде, њихове законске дефиниције не указују на потврдан одговор.

Оба акта, и управни, и гарантни, дефинисана су као појединачни правни акти, који се доносе у управним стварима. Смисао им је, међутим, другачији. Доношењем управног акта управна ствар се решава; непосредно се одлучује о правима, обавезама или правним интересима странке.[40] Насупрот томе, гарантним актом се још увек не решава управна ствар, већ њиме орган везује сам себе, а о правима, обавезама или правним интересима странке одлучиће касније, онако како је и гарантовао.[41]

Управни и гарантни акт, укратко, немају исто правно дејство. Код управног акта, правно дејство усмерено је на странку и на решавање управне ствари. Када доноси управни акт, орган не одлучује о сопственим правима и обавезама – одлучује о правима и обавезама странке. Зато управни акт није било који правни акт, већ онај који је ауторитативан. Правно дејство гарантног акта обрнутог је смера. Када доноси гарантни акт, орган обавезује сам себе, а о правима и обавезама странке још увек ни не одлучује. За гарантни акт, стога, не би ни могло да се каже да има ауторитативан карактер, упркос његовој једностраности.

Специфично правно дејство и јесте оно најспорније у правном режиму гарантног акта. Њиме орган не прихвата било коју обавезу, већ обавезу да донесе управни акт. Доношење управног акта, међутим, не зависи од воље органа – то је ствар његове законом утврђене надлежности. Орган доноси управни акт не зато што је ту обавезу прихватио својом сопственом изјавом, него зато што та обавеза произлази из његове надлежности.

У правној држави управа је везана законом, а управни акти засновани су на закону. Нису и не смеју да буду засновани на обећањима органа управе

[40] „Управни акт, у смислу овог закона, јесте појединачни правни акт којим орган, непосредно примењујући прописе из одговарајуће управне области, одлучује о праву, обавези или правном интересу странке, или о процесним питањима.“ (ЗУП, чл. 16, ст. 1)

[41] То да се гарантним актом не одлучује о правима и правним интересима странке изричито нам потврђује и предлагач ЗУП-а (Вид. Предлог ЗУП-а, 63)

– нарочито не онда када су та обећања у супротности са законом. За разлику од упоредног права, код нас се о томе није водило рачуна. Код нас је прописано да управни акт мора да се донесе у складу са гарантним актом чак и онда када се правни основ промени. Изузетак постоји само онда када одредбе новог закона имају ретроактивно дејство: када се њима стављају ван снаге и управни акти донети на основу ранијих прописа. У свим осталим случајевима, гарантни акт би изгледа требало да има јачу правну снагу од закона. Уместо да примени важећи закон, орган управе доноси управни акт на основу неважећег. Зашто? Зато што је тако обећао странци.

Овакав „правно-политички избор“ образлаже се већим степеном правне сигурности странака.[42] Заборавља се при томе да правна сигурност суштински значи нешто друго. Она произлази из стабилног правног система, у којем се закони не мењају непрестано, а доследно се и једнако примењују. Она не значи то да странка може да оствари право које јој по закону не припада, само зато што јој то, својом изјавом, гарантује орган управе. Правна сигурност појединца јесте важна, али не сме да погази и обесмисли остале, подједнако важне претпоставке правне државе – попут законитости управе и једнакости грађана пред законом.

Када су немачки аутори покушали да изједначе правно дејство обећања са правним дејством управног акта, пошли су од заједничког правног силогизма: и у једном и у другом случају утврђује се чињенично стање (у истом „интензитету“, кажу) и подводи под опште правне норме. У случају обећања то се чини условно, али то није ништа необично, јер правно дејство управног акта и иначе може да буде модификовано условом.[43]

И код нас се, видели смо, говори о томе како се гарантним актом странци условно признаје неко право. За наш гарантни акт, међутим, не би могло да се каже да представља управни акт који садржи одложни услов. Наш гарантни акт уопште се ни не доноси у насталој ситуацији, након потпуног утврђивања чињеничног стања. Он се доноси у хипотетичкој, замишљеној ситуацији, применом права на чињенично стање које је странка само „описала“.

Подједнако непримерено делује и објашњење о гарантном акту као обавезујућем мишљењу о примени закона. Довољно је да погледамо ту синтагму, саму за себе, како бисмо схватили да је она у супротности са правилима логике, противречна – *contradictio in adiecto*. Мишљење не припада правним, већ неправним актима управе, актима саопштења. Уколико се оно односи на управну ствар, а обавезује, онда то више не би ни требало да буде мишљење – требало би да буде управни акт. Оно заправо и јесте део доношења управног акта, део примене права на конкретан случај. Да би право могло да се

[42] Предлог ЗУП-а, 85-86.
[43] N. von Bomhard, 114.

примени, мора претходно да се схвати, протумачи. Такво мишљење, истина, обавезује, али не само по себи, већ зато што је у складу са њим донета одлука о правима и обавезама странке. Проблематично је и то што мишљење има своје дејство на све истоврсне случајеве, а не само на конкретно лице, као што је то случај код гарантног акта. Мишљењем државног органа се изражава његов став о смислу неке правне норме и то се односи у будућности на све такве случајеве, а не само на једно лице.

Проблем се и огледа у томе што гарантни акт везујемо за управну ствар, али га не везујемо за права и обавезе странке, као да управна ствар може да се одвоји од њих. У управним стварима, поновимо, постоји потреба да се одреди правило понашања за странку, а не за орган управе. Због јавног интереса то правило понашања одређује се на ауторитативан начин. Код гарантног акта ништа од тога није испуњено: нити он има непосредан правни утицај на управну ствар, нити ауторитативан карактер. Гарантни акт више подсећа на једнострани правни посао, који би могао да важи чак и онда када за њега више нема правног основа – као да произлази из воље доносиоца, органа управе, а не из закона.

Тешко је смислено објаснити правну природу нечега што је замишљено као неправни акт, а онда претворено у правни, односно проглашено таквим. Правно дејство таквог акта неизбежно је спорно за правну теорију – чак и моменат од којег оно почиње. Није чудно да нам је тешко да објаснимо нешто што је можда необјашњиво, када чак ни ауторима новог ЗУП-а није јасно шта су хтели да напишу! Одређујући га, опет наглашавају две могућности. Ако се гарантни акт посматра као управни акт, онда би, сходном применом члана 190 ЗУП-а, почео да производи правно дејство од оног тренутка у којем постаје коначан и извршан. Ако би пак био обавезујуће мишљење, онда би, сходном применом члана 17 ЗУП-а, почео да производи правно дејство од оног момента у којем је странка о њему обавештена.[44]

Све те дилеме и појашњења као да нас заправо још више удаљавају од разумевања правне природе гарантног акта. У њима се, пре свега, меша оно што не би смело. Правно дејство једног акта није исто што и његова извршност. За разлику од правног дејства, које има сваки правни акт, извршност је специфично својство правног акта, које се састоји у могућности принудног остварења његове садржине. Ништа се од тога не уклапа у правни режим гарантног акта. Орган ће у складу са гарантним актом донети управни акт уколико то и када странка буде захтевала. О каквом то принудном извршењу гарантног акта може да се говори? Ко би био извршеник, а ко надлежан да спроведе извршење? Орган управе, сам против себе? Ово је само још један доказ да се бесмислице не могу смислено објаснити, а да је сваки покушај рационалног објашњења осуђен на неуспех.

[44] В. Цуцић, 143-144.

На сличне нелогичности наилазимо и онда када говоримо о коначности гарантног акта. За кога би он то требало да постане коначан? Ко би могао да се жали против гарантног акта – сам доносилац, странка, трећа лица? Ко би био легитимисан да поднесе жалбу против гарантног акта, ако он никога не обавезује, осим доносиоца? Да ли то значи да би против гарантног акта могао да се покрене и управни спор? Ко би за то био легитимисан и шта би био предмет таквог управног спора? Да ли би, на крају, гарантни акт постао и правноснажан?

Коначност је својство управног акта које се изводи из начина на који је уређена правна заштита странке. У односу на гарантни акт, таква правна заштита није директно прописана, јер јој није ни неопходна. Странка може једино да се жали против управног акта, оног који није донет у складу са гарантним актом. Све остало само су нејасне и конфузне конструкције, изведене у покушају да се на гарантни акт сходно примене правила о правној заштити примерена побијању управног акта.

5.3. О правној природи „гарантних аката“ нормираних у посебним законима

У појашњењу правне природе гарантног акта, нажалост, не помажу нам ни посебна правила, која су узета у обзир приликом нормирања гарантног акта у новом ЗУП-у. Уместо да илуструју гарантни акт, примери од којих се пошло само продубљују већ постојеће дилеме и конфузију. Да би нам помогли у разумевању правне природе гарантног акта, претходно би и сами морали да имају тај карактер, а баш то је спорно. У дефиницију и обележја гарантног акта они се, једноставно, не уклапају.

Обавезујућа обавештења нормирана Царинским законом не служе томе да се орган обавеже на доношење управног акта одређене садржине. Њима орган одлучује, већ у том тренутку, о сврставању или пореклу робе. Ово не произлази само из старог Царинског закона, важећег у време доношења ЗУП-а, него и из новог Царинског закона, донетог после тога. У новом Царинском закону то се и наглашава: орган доноси одлуке које се односе на обавезујућа обавештења.[45] Оне, као што је то писало и раније, у старим правилима, обавезују како царинске органе тако и странке, којима су издате.[46] По својој правној природи, оне нису гарантни акти; оне су управни акти, а то нам потврђује и судска пракса.[47]

---

[45] Нови Царински закон, чл. 23, ст. 1.

[46] Стари Царински закон, чл. 19, ст. 2; Нови Царински закон, чл. 23, ст. 3.

[47] Према ставу тадашњег Врховног суда Србије, уверење о домаћем пореклу робе издато на основу Царинског закона из 1992. године има карактер управног акта. Правно дејство овог уверења суд је ценио према одредбама каснијег Царинског закона, из 2003. године, у

Ни потврда која се издаје странцу да ће бити примљен у држављанство Републике Србије нема смисао гарантног акта. Њоме се орган не обавезује на доношење управног акта, онда када и ако странка то буде тражила. Она служи томе да странка, која је већ поднела захтев за доношење управног акта (за пријем у држављанство Републике Србије) добије отпуст из страног држављанства и тиме испуни један од законских услова, што у законским одредбама изричито и пише.[48] Странцу се тиме не гарантује да ће бити примљен у српско држављанство, већ се потврђује да ће бити примљен у држављанство ако испуњава све остале услове, а што још није ни разматрано. Отпуст из претходног држављанства је један од услова, али није једини.[49] Стицање држављанства зависи од свих услова.

Једини акт који се и у посебном закону назива „гарантним", парадоксално, најмање личи на онај из ЗУП-а. У његов карактер гарантног акта сумњао је и предлагач ЗУП-а.[50] Оправдано, јер решење којим се условно признаје право странци на пренос уписа брода унутрашње пловидбе са појмом гарантног акта нема никакве везе. Њиме се лучка капетанија не обавезује на доношење управног акта, а још мање би на то могла да обавеже другу лучку капетанију, која пренос уписа може и да одбије.[51] Њиме се уопште ни не гарантује неко будуће одлучивање о правима странке – њиме се о тим правима одлучује. Додуше, условно, јер одлуку о томе мора да донесе још један орган; одлуку, која је, као и она прва, претходна, управни акт.

У дефиницију гарантног акта не уклапају се ни обавезујућа мишљења, нормирана прописима о пореском поступку и инспекцијском надзору. Она

складу са којима обавезујуће обавештење о пореклу робе (са којим се раније уверење о домаћем пореклу робе поистовећује) има дејство одлуке донете у управном поступку. (Пресуда Врховног суда Србије, У. 3096/05 од 25.01.2007. године) Иако се ова формулација не користи у каснијим законима, обавезујућа обавештења нису могла да промене своју правну природу. И даље су то одлуке које се доносе у управним стварима, а не гаранција неког будућег одлучивања. Поступајући у управном спору чији је предмет било другостепено решење којим се одбија жалба изјављена против обавезујућег обавештења, Управни суд наводи следеће: „Правилно је, по оцени суда, одлучио тужени орган када је, у поступку у коме није било повреда правила поступка, одбио жалбу тужиоца налазећи да је првостепени орган на правилно и потпуно утврђено чињенично стање, правилно применио материјално право и дао разлоге које прихвата и овај суд." (Пресуда Управног суда, 3 У.26065/10 од 22.02. 2012. године) Не би стога могло да се каже да ово обавештење представља „инструмент којим надлежни управни орган тумачи неку важећу царинску (пореску) норму". (Уп. Д. Поповић, Г. Илић-Попов, 28) Надлежни орган на утврђено чињенично стање (а не описано, како пише у ЗУП-у) примењује меродавно право – зато што одлучује у управној ствари и доноси управни акт. С обзиром на то да је ово обавештење обавезује, незадовољна странка може да изјави жалбу, а касније, против коначног управног акта, може да води и управни спор.

[48] Закон о држављанству Републике Србије, чл. 15, ст. 2.

[49] Више о томе Драган Милков, *Управно право II – управна делатност*, Нови Сад 2017, 60.

[50] Предлог ЗУП-а, 88.

[51] Закон о државној припадности и упису пловила, чл. 83, ст. 6.

нису илустрација гарантних аката – она нам показују једино то да законодавац, кад већ може све, може и од законских норми да створи праву збрку.

Акт о примени прописа који доноси министар надлежан за послове финансија није акт којим се он обавезује на то да касније, на захтев странке, донесе управни акт одређене садржине.[52] То су различити акти – попут објашњења, мишљења, инструкција, упутстава – који су, у циљу јединственог спровођења прописа из области финансија, обавезујући за поступање једног другог органа, Пореске управе. Нејасно је само шта је законодавац овим тачно желео да каже. Шта су за њега ови акти које је набројао? Да ли су то акти истог карактера, без обзира на назив, или њихови називи указују на специфичне акте, чије је значење и место међу актима управе добро познато? Да ли су то нека нова мишљења, инструкције и упутства, различита од оних из Закона о државној управи?

Као што можемо да приметимо, законодавац је овде, произвољно, много тога помешао и назвао актима о примени прописа. Није се водило рачуна о њиховом специфичном значењу и контексту; о томе да се неки од њих тичу односа између управе и грађана, а неки односа између самих органа управе. Разлика не постоји ни за ауторе који се баве пореским правом. Све те акте посматрају јединствено и у основи их своде на мишљење, специјалном нормом пореског процесног закона проглашено обавезујућим, чиме је дерогирана општа норма из Закона о државној управи, која прописује супротно. Као последицу обавезујућег карактера ових мишљења истичу то што Пореска управа, када решава појединачну, пореску ствар, не сме да преиспитује њихову материјалноправну законитост.[53]

Чак и када бисмо прихватили став да сви наведени акти имају карактер мишљења о примени прописа, остаје проблем на који наука пореског права није дала одговор: како се немогућност Пореске управе да преиспита материјалноправну законитост мишљења министра слаже са начелом самосталности у управном поступку. Када решава управну ствар, овлашћено службено лице утврђује чињенично стање и на њега примењује законе и друге прописе – самостално, а не према нечијем мишљењу, или нечијој инструкцији.[54]

На тумачење закона, које обавезује, иако није дато у поступку примене права, наилазимо и у Закону о инспекцијском надзору. И тамо се назива

[52] У теорији финансијског права, наглашава се то да се одређени елементи ових аката, означених као претходно пореско мишљење, не уклапају у оквир гарантног акта, успостављен ЗУП-ом. Предлаже се зато да се претходно пореско мишљење, схваћено као гарантни акт, потпуније уреди пореским прописима. (Д. Поповић, Г. Илић-Попов, 32)

[53] Д. Поповић, Г. Илић-Попов, 23, 26.

[54] ЗУП, чл. 12. У судској пракси јасно се истиче то да инструкција не представља материјалноправни пропис на који би доносилац управног акта могао да се позове, односно то да она за доносиоца управног акта нема обавезујућу правну снагу. (Пресуда Врховног суда Србије, У. 7271/2008[1] од 11.03.2009. године)

актом о примени прописа, који се не доноси само на захтев странке, већ и по сопственој иницијативи. И тамо је споран, из наведених и других разлога, али није гарантни акт, који би имао ЗУП-ом прописана обележја.

6. ЗАКЉУЧАК

У контексту проширења појма управне ствари и предмета управног поступка, аутори нашег новог ЗУП-а су осмислили нови облик управног поступања, који се састоји у доношењу гарантних аката. Нису га заправо осмислили, него преузели из неких других правних система, као што су немачки, хрватски и црногорски. Доношењем гарантног акта, орган управе обавезује се на то да странци, на њен захтев, изда управни акт одређене садржине.

Гарантни акти немају тај назив у свим наведним земљама, али су свуда дефинисани и уређени прописима о општем управном поступку. За разлику од упоредноправних узора, међутим, одредбе о гарантном акту у нашем ЗУП-у нису укључене у нормирање управног акта. Издвојене су, а са нормама о управном акту повезане сходном применом.

Најважнија разлика у правном режиму нашег гарантног акта, у односу на остале, огледа се у томе што он обавезује орган управе чак и након промене правних прописа. У осталим правима, битна промена правних прописа ослобађа органе управе претходно датог обећања. У нашем праву не, осим ако ти нови прописи имају ретроактивно дејство.

Овако неуобичајену правну снагу датог обећања предлагач нашег ЗУП-а образложио је појачаном правном сигурношћу странке. Било би добро да је рекао нешто и о начелу законитости управе, односно о томе како једно обећање, какво год правно дејство оно имало, може да буде јаче од закона. Нажалост, није.

Око тога у чему се састоји правно дејство гарантног акта, правна теорија највише се и спори. Да ли је то што орган управе обећава да ће донети одређени управни акт и решити управну ствар на одређени начин довољно да се и њему припише правно дејство управног акта? За стране ауторе, пре свега немачке, углавном јесте. У датом обећању они виде довољно непосредан утицај на права и обавезе странке, онакав какав постоји и код управних аката. Гарантне акте, у том смислу, јасно одвајају од разних аката саопштења, којима тај утицај, а тиме и правно дејство, недостаје.

За наше ауторе, разлика у односу на акте којима орган управе саопштава странци своје мишљење о примени закона није тако јасна, с обзиром на то да сматрају да и таква мишљења могу постати правни акти, онда када постану обавезујућа. Зато су још мање сигурни у то да гарантни акт има карактер управног акта. За њих би гарантни акт подједнако основано могао да буде и обавезујуће мишљење.

Уважавајући чињеницу да правно дејство управних аката није увек лако уочити и препознати, сматрамо ипак да оно гарантним актима недостаје. Ако се гарантним актом странци обећава стицање неког права, то још увек не значи да га је странка и стекла. Када би тако било, онда се управни акт касније не би ни доносио. Гарантним актом орган управе не веже странку, не решава њену управну ствар – веже себе и обавезује се на решавање управне ствари. Једнострано, али не и ауторитативно.

У том везивању, наравно, има много тога спорног, зато његова правна природа и јесте тако необична. Може ли орган управе да се обавеже на вршење или невршење своје надлежности? Може ли да тумачи законе? Може ли мишљење органа управе да постане правни акт и да обавезује? Како се такво мишљење уклапа у начело самосталности у управном поступку – органа управе, али и сваког службеног лица које доноси одлуку?

На сва ова спорна питања, нажалост, одговор не добијамо ни из посебних закона, који би требало да нормирају поједине гарантне акте. Предлагач ЗУП-а дао нам је примере таквих закона, али акти који се у њима налазе не могу да се уклопе у дефиницију из ЗУП-а. Уместо да илуструју гарантни акт и помогну нам у разумевању његове правне природе, они су постојеће дилеме продубили и проширили. Међу њима има разних аката, чак и управних. Неки се ни не односе, или бар не морају да се односе на појединачне ситуације. Неки су нормирани тако да није спорна само њихова логика, него и уставност. Разликују се по много чему, а заједничко им је изгледа једино то што нису гарантни акти, они које је законодавац замислио у ЗУП-у.

То што је законодавац замислио под гарантним актима личи на мешавину различитих аката управе: управних, нарочито оних који садрже одложни услов, акцесорних, аката саопштења. Ни у једну од тих категорија, међутим, не могу доследно да се сврстају. Највише заправо личе на оно што би, условно, могло да се назове једностраним правним послом, којим се орган управе обавезује на нешто што странка, уколико то буде прихватила, касније може и да захтева. Ни такво објашњење, наравно, не би решило проблеме на које смо у разматрању правне природе гарантног акта наишли – напротив, чини се да би их само потврдило.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Bomhard Nikolaus von, *Auskunft und Zusage im Steuerrecht* (Dissertation), München 1988.

Butterwegge Georg, *Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt: Probleme der Überschneidung von Verwaltungsakten und Verwaltungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung des Verfügungsvertrages*, Berlin 2001.

Detterbeck Steffen, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, München 2015.

Đerđa Dario, „Zaštita legitimnih očekivanja u upravnom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2013.

Eberhard Harald, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: ein Beitrag zur Handlungsformenlehre,* Wien 2005.

Лончар Зоран, „Најважнији нови правни институти у управном поступку Републике Србије“ *Правна ријеч*, 50/2017.

Maurer Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2011.

Милков Л. Драган, Радошевић С. Ратко, „Неке новине у Закону о општем управном поступку: 'управно поступање'“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2016.

Милков Драган, *Управно право II – управна делатност*, Нови Сад 2017.

Поповић Дејан, Илић-Попов Гордана, „Претходно пореско мишљење: пледоаје за његово преобликовање у српском пореском праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3/2020.

Прица Милош, „Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 91/2021.

Томић Р. Зоран, *Коментар Закона о општем управном поступку – са судском праксом и регистром појмова*, Београд 2017.

Цуцић Вук, „Фино подешавање Закона о општем управном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2018.

Šikić Marko, Ofak Lana, „Nova načela upravnog postupka (s posebnim naglaskom na razmjernost, legitimna očekivanja i stečena prava)“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2011.

Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 80/2002, 84/2002 – испр., 23/2003 – испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – испр., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019, 144/2020 и 96/2021.

Закон о држављанству Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 135/2004, 90/2007 и 24/2018.

Закон о државној управи, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018 и 30/2018 – др. закон.

Закон о државној припадности и упису пловила, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 10/2013, 18/2015 и 83/2018.

Закон о инспекцијском надзору, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/2015, 44/2018 – др. закон и 95/2018.

Закон о општем управном поступку, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење.

Царински закон, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2010, 111/2012, 29/2015, 108/2016 и 113/2017 – др. закон.

Царински закон, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 95/2018, 91/2019 – др. закон, 144/2020 и 118/2021.

Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (*BGBl*. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 24 Absatz 3 des Gesetzes vom 25. Juni 2021 (*BGBl*. I S. 2154) geändert worden ist.

Zakon o općem upravnom postupku, *Narodne novine*, br. 47/09 i 110/21.

Закон о управном поступку, *Службени лист Црне Горе*, бр. 56/2014, 20/2015, 40/2016 и 37/2017.

Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 620. седници Владе Републике Србије (за време мандата Владе Републике Србије изабране 7. јула 2008. године и реконструисане 14. марта 2011. године), 23. фебруара 2012. године, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=168120* (20. јануар 2018)

Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 120. седници Владе Републике Србије (за време мандата Владе Републике Србије изабране 27. јула 2012. године и реконструисане 2. септембра 2013. године), 18. децембра 2013. године, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=201834* (20. јануар 2018)

Предлог Закона о општем управном поступку, *http://www.parlament.gov.rs/upload/ archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/266-16.pdf* (17. септембар 2020)

Пресуда Врховног суда Србије, У. 3096/05 од 25.01.2007. године.

Пресуда Врховног суда Србије, У. 7271/2008[1] од 11.03.2009. године.

Пресуда Управног суда, 3 У.26065/10 од 22.02.2012. године.

Dragan L. Milkov
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Milkov@pf.uns.ac.rs

Ratko S. Radošević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs

Assurance in Administrative Procedure

Abstract: *Assurance is one of the novelties in the new Serbian Administrative Procedure Act, passed in 2016. Assurance is a written act through which a competent authority accepts the obligation to issue a certain administrative act, at the request of the party. Legal nature of this act is quite unclear and disputable. Legal theory usually asks itself whether this act can also be considered as an administrative act, or not. In order to answer this question, specific regulations on assurance must be analysed in domestic and comparative law. After this analyse has been done, we can conclude that these regulations are contradictory and the features of the assurance do not correspond to those of an administrative act.*

Keywords: *assurance, administrative act, acts of the administration, interpretation of the law, administrative procedure.*

Датум пријема рада: 24.02.2022.
Датум прихватања рада: 10.06.2022.

Оригинални научни рад 343.1
doi:10.5937/zrpfns56-37863

Снежана С. Бркић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Brkic@pf.uns.ac.rs

ОПШТЕ ТЕОРИЈСКЕ ПОСТАВКЕ О НАЧЕЛУ НЕПОСРЕДНОСТИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ*

Сажетак: *У раду су дате неке опште теоријске поставке о начелу непосредности у кривичном поступку, које аутору треба да послуже као теоријска платформа за развијање даљих истраживања у овој области. Аутор даје појмовно одређење начела непосредности и сагледава његово место у класификацији процесних начела, везујући га за функцију суђења. У погледу његовог правног основа, сврстава га у ред имплицитних процесних начела, које има и међународноправне корене у чл. 6 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода. У раду се истичу и анализирају следећа битна обележја начела непосредности: инструменталност, сложеност, релативност (подложност степеновању) и међусобна повезаност са другим процесним начелима.*

Кључне речи: *начело непосредности, кривични поступак, начело истине, правично суђење.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

1. Иако начело непосредности спада у ред оних процесних начела која нису експлицитно прокламована у процесним законима, у теорији кривичног процесног права не доводи се у питање његово постојање. Обрада тог начела у уџбеничким и другим научним и стручним делима углавном се своди на позитивноправну анализу одговарајућих законских одредаба из којих произлази то начело, односно на приказивање појединих одступања од њега. Додуше, има и аутора који се упуштају у дубља теоријска промишљања о

* Овај рад је резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Новом Саду „Правна традиција и нови правни изазови“.

овом начелу,[1] али у њиховим обрадама ипак нисмо нашли одговоре на сва питања која су се нама наметнула. Осим тога, у теорији су спорна нека питања везана за ову проблематику, тако да смо осетили потребу да их сагледамо из свог угла. У овом раду осврнућемо се на појмовно одређење начела непосредности, његово место у класификацији кривичнопроцесних начела, његов правни основ и битна обележја.

2. Овај чланак представља резултат прве фазе нашег истраживања, чији је циљ формулисање општих теоријских поставки о начелу непосредности у кривичном поступку. Те поставке ће нам послужити као теоријска платформа за развијање друге и треће фазе истраживања, које ће бити посвећене праћењу основних тенденција у еволуцији начела непосредности у општем кривичном поступку, односно анализи начела непосредности у упрошћеним кривичнопроцесним формама према ЗКП Србије из 2011. године. У контексту тих даљих истраживања нарочито ће нам бити значајна овде дата разматрања о битним обележјима начела непосредности.

2. ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ НАЧЕЛА НЕПОСРЕДНОСТИ

1. Начело непосредности односи се на начин на који суд и други процесни субјекти сазнају процесну садржину.[2] Све процесне радње потребне за формирање судске одлуке, морају бити изведене непосредно пред судом који ће и донети одлуку, што суду и странкама омогућава да стичу непосредне чулне утиске у току суђења и на њима граде своја уверења, од којих зависи предузимање даљих корака у поступку. Дакле, судећи суд треба да види и чује процесне учеснике, а не да своју одлуку заснива на туђим чулним опажањима, тј. да суди на основу списа.

Неки аутори наводе да ово начело решава питање на који суд сазнаје садржину доказног материјала.[3] Тиме се неоправдано сужава опсег начела непосредности само на доказне радње. Истина, то начело има највећи значај у вези са извођењем доказа, али његово дејство се не исцрпљује само у тој сфери. Оно повезује не само радње доказивања (како се то уобичајено тврди),[4] већ и радње расправљања[5] са радњама одлучивања преко истог процесног субјекта, тј. судског органа. Дакле, оно тражи да се све процесне радње које

[1] Тако нпр. M. Dika, „O načelu neposrednosti u parničnom postupku *de lege lata* uz neke projekcije *de lege ferenda"*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 4/2008, 899-921.

[2] Tihomir Vasiljević, *Krivično procesno pravo SFRJ,* Beograd 1981, 248.

[3] Lav Henigsberg, *Osnovni propisi sudskog krivičnog postupka,* Zagreb 1934, 29; August Munda, *Učbenik kazenskega postopka Federativne Ljudske Republike* Jugoslavije, Ljubljana 1956, 88; Станко Бејатовић, *Кривично процесно право,* Београд 2016, 103.

[4] Tako Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo,* Beograd 2009, 208.

[5] У том смислу изричит је M. Dika, 903.

треба да послуже као основа за одлучивање, изведу у изворном облику и избегне било који посредник између судећег суда и извора информација о правнорелевантним чињеницама.

2. Неки аутори су мишљења да је начело непосредности присутно током целог кривичног поступка, с тим што највише долази до изражаја на главном претресу.[6] Други га везују искључиво за фазу главног претреса.[7] Ми се приклањамо овом последњем становишту, јер начело непосредности није неопходно у претходном поступку, пошто се у њему не доносе мериторне одлуке о казненоправном захтеву тужиоца. Осим тога, непосредност у претходном стадијуму није увек могућа, јер је претходни поступак без континуитета, разливен у многобројне радње раздвојене временски, а често и просторно, без идентитета поступајућег органа, који може слободно да се мења у току поступка.[8]

С друге стране, непосредности нема ни у поступку по правним лековима, јер суд вишег степена одлучује само на подлози списа кривичног предмета. Старија доктринарна схватања, која су инсистирала на доследном спровођењу основних процесних начела, дошла су нарочито до изражаја у односу на начело непосредности, тако да су нека позитивна права искључивала жалбу против првостепене пресуде окружног суда у погледу утврђеног чињеничног стања, са образложењем да се непосредно извођење доказа пред врховним судом не може организовати, а правилно утврђивање чињеничног стања без непосредног извођења доказа да није могуће.[9] Примера ради, такво решење је било заступљено у Законику о кривичном судском поступку за Краљевину СХС из 1929. године.

3. МЕСТО НАЧЕЛА НЕПОСРЕДНОСТИ У КЛАСИФИКАЦИЈИ ПРОЦЕСНИХ НАЧЕЛА

1. Начелу непосредности се у постојећим класификацијама кривичнопроцесних начела придаје различито место.[10] Међутим, треба имати у виду да свака

---

[6] С. Бејатовић, 104; Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право – општи део,* Ниш 2006, 85.

[7] M. Grubač (2009), 208; Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo, prva knjiga: Institucije,* Zagreb 2010, 111; Војислав Ђурђић, „Изградња новог модела кривичног поступка Србије на редефинисаним начелима кривичног поступка“, у: *Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспект),* (ур. Станко Бејатовић), XLIX редовно годишње саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Златибор – Београд 2012, 84; Саша Кнежевић, *Основна начела кривичног процесног права,* Ниш 2012, 183.

[8] T. Vasiljević, 249.

[9] *Ibid*. Примера ради, такво решење је било заступљено у Законику о кривичном судском поступку за Краљевину СХС из 1929. године.

[10] Више о различитим класификацијама процесних начела вид. код С. Кнежевића, 19-23.

таква класификација има релативни карактер, због тога што су поједина процесна начела често истовремено везана за више различитих процесних установа.[11]

Неки аутори дефинишу процесна начела као процесна правила везана за врхунске процесне појмове или бића (процесне субјекте и процесне радње), која одређују карактер (тип) кривичног поступка.[12] Природна последица тога је везивање процесних начела за поједине врсте процесних субјеката и процесних радњи.[13] Ми смо од те класификације одступили утолико што сва процесна начела везујемо за поједине процесне функције, а не процесне радње, јер ове последње, по нашем мишљењу, и не представљају засебно процесно биће.[14] С друге стране, због тесне везаности процесних функција за одређене субјекте као њихове носиоце, не изгледа нам нужно издвајање процесних начела која се односе на поједине процесне субјекте.

2. Ако је то тако, онда је, по нашем мишљењу, начелу непосредности место уз функцију суђења.[15] Та функција у кривичним стварима обухвата расправљање кривичноправног захтева овлашћеног тужиоца и ев. изрицање кривичне санкције, односно доношење друге одговарајуће одлуке суда. Да би обавио своју мисију, суд треба да предузима читав низ разноврсних процесних радњи, од којих су најважније радње доказивања и радње одлучивања. Да би суд донео пресуду, која представља круну кривичног поступка, он треба да спроведе мисаону операцију која има облик силогистичког закључка, чију горњу премису чини апстрактна правна норма, доњу премису – утврђено чињенично стање у поступку а закључак изрека судске одлуке.[16] Да би одлука била правилна и законита, мора да произлази из истинитих премиса. Истинитост доње премисе обезбеђује се доказним радњама и у том погледу одређени допринос може дати и начело непосредности. Стога га неки аутори обрађују управо у контексту доказних радњи, односно сматрају га једним од доказних начела.[17] Међутим, ми смо имали у виду да се ово начело не

---

[11] Тако и Милан Шкулић, *Кривично процесно право,* Београд 2014, 52.

[12] T. Vasiljević, 56; Momčilo Grubač, „Načela krivičnog postupka i njihova transformacija", JRKK 1-2/1995, 72.

[13] Тома Живановић, *Основни проблеми кривичног и грађанског процесног права I одељак,* Београд 1940, 95, 103.

[14] Снежана Бркић, *Кривично процесно право I,* Нови Сад 2014, 54. Више о једном другачијем поимању основних процесних бића: Снежана Бркић, „Прилог расправи о систематици кривичног процесног права". *Зборник Матице српске за друштвене науке* св. 104-105/1998, 65-80 и Snežana Brkić, *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme,* Novi Sad 2004, 135-139.

[15] С. Бркић (2014), 69. Тако и Goran Tomašević, *Kazneno procesno pravo – Opći dio: Temeljni pojmovi*, Split 2011, 216, 222.

[16] D. Krapac (2010), 267.

[17] М. Шкулић (2014), 64; Милан Шкулић, Татјана Бугарски, *Кривично процесно право,* 107; Wolfgang Heinz (Хајнц), *Das deutsche Strafverfahren – Rechtliche Grundlagen, rechtstatsächliche Befunde, historische Entwicklung und aktuelle Tendenzen,* Konstanz 2004, 16.

исцрпљује само у извођењу доказних радњи и да је његов циљ везан за реализацију целокупне судске функције.

Остали аутори сврставају начело непосредности у групу начела која се односе на: форму процесних радњи;[18] начин предузимања процесних радњи;[19] одвијање кривичног поступка (извођење кривичнопроцесних радњи).[20]

4. ПРАВНИ ОСНОВ НАЧЕЛА НЕПОСРЕДНОСТИ

1. Процесна начела могу бити прокламована у неком међународном правном документу, уставу или закону. Међутим, треба напоменути да није нужно да она буду изричито формулисана у неком правном акту. Могу постојати нека начела која су конципирана у теорији кривичног процесног права и која уважава судска пракса, иако се формално не помињу ни у једном правном акту. Она се најчешће изводе из једне или више одредаба позитивног права или из духа и суштине кривичног поступка, због чега се називају изведеним[21] или имплицитним[22] начелима.

2. У теорији је спорно да ли је начело непосредности законско или изведено (имплицитно) процесно начело. Неки истичу да је оно прокламовано у чл. 355, ст. 1 ЗКП из 2001., (сада је то чл. 419, ст. 1 ЗКП из 2011).[23] Други наводе да то начело није експлицитно формулисано у ЗКП, али да произлази

---

http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/strafverfahren.htm. Овом схватању су блиски и неки други аутори, који иначе не врше никакву класификацију процесних начела, али везаност начела непосредности за доказни поступак произлази из саме формулације тог начела. Тако, нпр. један аутор ово начело назива начелом непосредности судске оцене доказа (Vladimir Bayer (Бајер), *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga prva,* Zagreb 1982, 196).

[18] T. Vasiljević, 248; Miodrag N. Simović, *Krivično procesno pravo – uvod i opšti dio,* Bihać 2009, 56; Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović, Mladenka Govedarica, *Krivično procesno pravo – uvod i opšti dio,* Bihać 2021, 178; Тома Живановић помиње принцип непосредности у контексту општих спољних (формалних) принципа процесне радње (Тома Живановић, *Основни проблеми Кривичног и грађанског процесног права (поступка) II. одељак,* Београд 1941, 13 – 14.

[19] M. Grubač (2009), 201.

[20] Zagorka Simić Jekić, *Krivično procesno pravo SFRJ,* Beograd 1983, 147-148; С. Кнежевић, 131; Никола Матовски, Гордана Лажетик – Бужаровска, Гордан Калајџиев, *Казнено процесно право,* Скопје 2011, 76; D. Krapac (2010), 108. Слично размишља и Гордана Станковић, која одређује начело непосредности као радну методу која се односи на начин прикупљања, испитивања и проверавања тачности процесног материјала (Gordana Stanković, „Načelo neposrednsoti i Zakon o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku", *Pravo – teorija i praksa* 5-6/2010, 8).

[21] Михајло Илић, *Кривично процесно право,* Сарајево 1980, 23.

[22] М. Шкулић, 51.

[23] Вања Бајовић, *Споразум о признању кривице – упоредно-правни приказ,* Београд 2009, 179.

из одговарајућих законских одредаба.[24] Нама се чини да је овде реч о обичном терминолошком неспоразуму. Свакако да ником не пада на памет да негира постојање овог начела у нашем процесном праву. Овде је у питању само то да ли га је законодавац изричито прокламовао као процесно начело или се ради само о постојању одређене нормативне основе за његово препознавање и теоријско обликовање. По нашем мишљењу, оно није експлицитно формулисано, него само произлази из једног броја законских одредаба, слично као и начело контрадикторности. Овде ћемо навести само неке законске одредбе, које нам сведоче о томе да се законодавац руководио начелом непосредности: чл. 419, ст. 1 ЗКП,[25] према коме суд заснива пресуду само на доказима који су изведени на главном претресу; чл. 380 ЗКП, који начелно искључује могућност одржавања главног претреса у одсуству оптуженог; чл. 388 ЗКП, који начелно обавезује суд да одложени главни претрес почне испочетка у случају измењеног састава већа, итд.

3. Такође, треба приметити да неки сегменти начела непосредности имају и међународноправне корене. Они се могу наћи у чл. 6 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (у даљем тексту: ЕК), којим се предвиђају стандарди правичног поступка, што има за последицу активности које савремени системи кривичног правосуђа предузимају на развијању стратегије у решавању проблема око примене начела непосредности у спровођењу и оцени доказног материјала.[26] И неки други аутори сматрају да је начело непосредности израз тзв. општих елемената начела правичног поступка, израженог у ЕК.[27] Да не би било понављања, ти елементи су приказани код обележја инструменталности и циљева начела непосредности.

5. ОБЕЛЕЖЈА НАЧЕЛА НЕПОСРЕДНОСТИ

Начело непосредности карактерише неколико битних обележја: (1) инструменталност, (2) сложеност, (3) релативност (подложност степеновању) и (4) међусобна повезаност са неким другим процесним начелима. Овде ћемо посебно обрадити прва три обележја, док ће четврта карактеристика бити споменута у вези са инструменталним карактером овог начела.

[24] Tako, M. Grubač (2009), 208; Miodrag N. Simović, 263; Drago Radulović, *Krivično procesno pravo,* Podgorica 2009, 70; D. Krapac (2010), 109; В. Ђурђић, 84. Чини се да је на том становишту и Z. Simić Jekić, 148.

[25] Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС,* бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 – одлука Уставног суда и 62/21- одлука Уставног суда.

[26] Stefan Trechsel (Тречел), *Human Rights in Criminal Procedure,* Oxford 2006, 305.

[27] D. Krapac (2010), 110; Vanja Bajović, „Načelo neposrednosti kao paradigma pravičnosti raspravnog procesnog modela", *Harmonius* 2020, 18.

5.1. Инструменталност начела непосредности и његови циљеви

Када кажемо да начело непосредности има инструментални карактер, то значи да оно није самом себи сврха, већ се установљава ради постизања одређених процесних циљева, односно ради успешнијег остваривања неких других процесних начела. Наиме, процесна начела, између осталог, карактерише и њихова међусобна повезаност, која може ићи у правцу њиховог међусобног подупирања, ограничавања или искључивања.[28] Овде су у питању таква процесна начела са којима се начело непосредности налази у односу међусобног подупирања. Ова спознаја је веома важна, јер омогућава заузимање правилног става законодавца (и теорије) по питању допуштености одговарајућих одступања од њега.

5.1.1. Начело непосредности је у функцији начела слободне оцене доказа и начела истине

1. Традиционално поимање начела непосредности доводи га у везу са интересом суда за доношењем правилне одлуке. У том смислу, примарни циљ начела непосредности поклапа се са непосредним циљем кривичног поступка а то је правилна примена кривичног материјалног права.[29] Да би суд могао да донесе ваљану пресуду, он претходно треба да утврди чињенично стање а да би то успешно урадио, мора правилно да оцени доказе. Савремена процесна законодавства прописују правила о предлагању и извођењу доказа, али не и о њиховој оцени. У условима важења законске оцене доказа, задатак суда у том погледу је био лак, јер је законодавац прописивао квалитет и количину доказа који треба да се стекну да би се дата чињеница могла сматрати доказаном, па из тог разлога начело непосредности уопште није било важно. Зато оно није ни било обезбеђено у инквизиторском поступку.[30] Међутим, начело непосредности је битно у условима важења слободне оцене доказа. Поменуту мисију овог начела неки аутори изражавају већ и самом његовом терминолошком ознаком. Тако га нпр. Бајер назива начелом непосредне судске оцене доказа,[31] што је иначе погрешно, јер само извођење доказа може да буде непосредно или посредно, али оцена доказа је увек непосредна, па и онда када су цењени докази били посредно изведени.[32]

[28] С. Бркић (2014), 53.

[29] Више о циљевима кривичног поступка Снежана Циглер, „О циљевима кривичног поступка“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 10/1997, 379 и даље.

[30] Међутим, треба приметити да су постојали и такви закони који су истовремено били засновани на начелу непосредности и начелу законске оцене доказа, чиме је начело непосредности постајало илузорно (Божидар Марковић, *Уџбеник српског кривичног поступка с обзиром на Пројекат кривичног поступка за Краљевину С.Х.С.,* Београд 1926, 208). То је био случај са српским Закоником о поступку судском у кривичним делима од 10.04.1865.

[31] V. Bayer (1982), 196.

[32] Тако и T. Vasiljević, 248.

Иако је у нашем важећем праву доказна иницијатива превасходно у рукама странака, на суду је и даље велика одговорност у погледу оцене изведених доказа. О томе сведочи неколико законских одредаба: а) суд је дужан да непристрасно оцени изведене доказе и да на основу њих са једнаком пажњом утврди чињенице које терете или иду у корист окривљеном (чл. 16, ст. 2 ЗКП); б) изведене доказе који су од значаја за доношење судске одлуке, суд оцењује по слободном судијском уверењу (чл. 16, ст. 3 ЗКП); в) пресуду или решење које одговара пресуди, суд може засновати само на чињеницама у чију извесност је уверен (чл. 16, ст. 4 ЗКП); г) извесност је закључак о несумњивом постојању или непостојању чињеница, заснован на објективним мерилима расуђивања (чл. 2, ст. 1, тач. 20 ЗКП); д) суд је дужан да на основу савесне оцене сваког доказа појединачно и у вези са осталим доказима, изведе закључак о извесности постојања одређених чињеница (чл. 419, ст. 2 ЗКП).

Из свега наведеног произлази да се начело непосредности оправдава разлозима доброг суђења,[33] односно да је оно у функцији утврђивања истине у кривичном поступку.[34] Поставља се питање да ли нам је начело непосредности и даље потребно, ако знамо да нека савремена процесна законодавства више не прокламују начело (материјалне) истине, као што је нпр. случај у нашем праву и праву Босне и Херцеговине. На ово питање треба дати позитиван одговор. Пре свега, то што законик више не помиње дужност суда и других државних органа да истинито и потпуно утврди чињенице које су од важности за доношење законите одлуке,[35] не значи да је свака тежња ка истини протерана из кривичног поступка. У том смислу неки аутори говоре о лимитираном начелу истине.[36] Осим тога, поставља се питање како се уопште може замислити кривични поступак у којем би суд и други државни органи имали неку другу дужност у погледу утврђивања чињеница.[37] Другим речима, да би кривични поступак могао да оствари своју сврху (правилна примена кривичног материјалног права), он мора да буде уређен тако да у њему може да се оствари начело истине, које изражава и један од друштвеноприхватљивих циљева кривичног поступка.[38] Захтев да се одлуке у кривичном поступку могу доносити само на основу истинито утврђених чињеница, тако је природан да га не треба посебно оправдавати.[39] И неки

[33] M. Grubač (2009), 208.

[34] V. Bayer (1982), 206; Hajrija Sijerčić-Čolić, *Krivično procesno pravo, knjiga I, Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje, Sarajevo 2017,* 108.

[35] Као што је то било прописано у чл. 17. ЗКП из 2001 (*Службени лист СРЈ,* бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник СР,* бр.58/04, 85/05, 85/05 – др. закон, 115/05, 49/07, 20/09 – др. закон, 72/09 и 76/10).

[36] М. Шкулић (2014), 83-86.

[37] H. Sijerčić – Čolić (2017), 98.

[38] *Ibid*.

[39] V. Bayer (1982), 168.

други аутори истичу да не постоји ниједан оправдан и разуман разлог да се осуди невино лице, а да стварни кривац избегне заслужену осуду.[40]

2. Намеће се питање како начело непосредности доприноси утврђивању истине у кривичном поступку, а тиме и квалитетнијој судској одлуци. У том смислу каже се да сваки посредник у сазнавању чињеница, као и протек времена, удаљавају судију од истине.[41]

а) Иако суд приликом оцене доказа није везан законским правилима, он је везан законима људског мишљења и правилима психологије. Један од важних критеријума за оцену веродостојности исказа је и психолошка анализа исказа и његовог даваоца.[42] Управо у овом контексту значајно нам је начело непосредности, јер оно омогућава суду не само логичку, већ и психолошку оцену доказа, захваљујући непосредном контакту судећег суда са странкама и са доказним средствима, који омогућава стицање непосредних чулних утисака приликом расправљања и извођења доказа. То је веома важно јер људска комуникација може почивати на симболима и сигналима.[43] Најважнији симбол је језик, односно говор, који намерно користимо да бисмо другима саопштили неку поруку. Међутим, сигнали се не производе намерно, већ се јављају као спонтана експресија неког стања или неке одлике организма.[44] Сигнали се одашиљу кроз тзв. невербалну комуникацију, која је главни канал за изражавање и преношење афективно-емотивних порука. Невербални знакови су често снажније средство саопштавања од речи, јер су мање контролисани и јер се њима често вербално изражавање појачава, допуњава или мења.[45] Истиче се да мање од 10 % комуникације између две особе чине речи.[46] Невербална комуникација може бити паралингвистичка и екстралингвистичка.[47] Паралингвистички знакови су нпр. брзина, висина и гласност изговарања а екстралингвистички сигнали су нпр. мимика и гестикулација.[48] Научно објашњење тзв. симптоматске слике испитаника почива на томе што он приликом саслушања може пролазити кроз три различита психолошка процеса: емоционални, когнитивни и процес контроле понашања, који могу утицати на говор његовог тела.[49] Тако нпр. осећање кривице

---

[40] M. Grubač (2009), 254.

[41] В. Ђурђић (2012), 84.

[42] Наташа Делић, *Психологија појединих учесника у кривичном поступку,* Београд 2003, 79.

[43] Nikola Rot, *Znakovi i značenja,* Beograd 1982, 9.

[44] *Ibid.*, 13-14; Vid Pečjak, *Psihologija saznavanja,* Sarajevo 1981, 429.

[45] N. Rot, 89.

[46] Зулавски и Викландер, нав. према Ненад Милић, „Симптоматска слика осумњиченог током процеса саслушања“, *Безбедност* 2/2005, 266.

[47] N. Rot, 90.

[48] Више о томе Снежана Бркић, *Криминалистичка психологија,* Нови Сад 2020, 145 и даље.

[49] Тако Vrij, нав. према Валентина Баић, „Детектовање лагања на основу посматрања невербалног понашања“, *Безбедност* 1/2011, 29.

може довести до избегавања погледа а осећање страха до пораста броја покрета руку, прстију, ногу, стопала, већег броја пауза у говору, поштапалица, грешака у говору, заплитања језика, пискутавог гласа, итд.[50] Давање лажног исказа доводи до повећаног когнитивног оптерећења, које може резултирати чешћим грешкама у говору, поштапалицама, чешћим и дужим паузама, смањењем покрета руку и ногу, већим избегавањем погледа у очи, итд. Како се посредно извођење доказа заснива на читању ранијег записника, тада суд може да обави само логичку, али не и психолошку оцену доказа, чиме се умањује могућност за утврђивање стварног стања ствари.

У овом контексту треба напоменути да се начело непосредности не односи само на субјективна доказна средства, него и на материјалне доказе, у које суд такође треба да има непосредан увид.[51] Тако се нпр. истиче да непосредност треба обезбедити и при доказивању исправама.[52] Bayer истиче да би посредна оцена таквих доказа постојала онда када би се суду могао поднети као доказ и препис исправе, иако би било могуће њено прибављање у оригиналу.[53] Установљењем начела непосредности законодавац у ствари прихвата најделотворнији начин на који људи функционишу у свакодневном животу када прикупљају информације, истражују, трагају за истином и долазе до неке одлуке.[54]

б) Осим тога, посредно изведени докази не могу увек обезбедити њихову ваљану оцену зато што записници о исказима раније саслушаних/испитаних лица не приказују увек верно садржину њиховог исказа, нпр. због нестручности или несавесности службеног лица које је сачинило те записнике.[55] Подсећамо да се према чл. 233, ст. 2 ЗКП у записник бележи само битна садржина датих исказа и изјава у облику приповедања, тако да постоји ризик да судија пропусти да записнички констатује неки детаљ исказа или да га не констатује верно у записнику. Осим тога, може се десити да судија не унесе неки исказ у записник, зато што га у време саслушања/испитивања није сматрао битним, а да се у каснијем току поступка тај исказ ипак покаже битним. Нпр. окривљени је приликом првог саслушања изјавио да је на месту догађаја видео неку књигу. Тај његов исказ није унет у записник, јер није сматран битним. Међутим, у каснијем току поступка окривљени негира да је био на месту догађаја и нуди доказ за свој алиби. Да је у ранији записник

---

[50] Marina Ajduković, *Odabrane teme iz sudske psihologije – psihologija svedočenja i iskaza, Zagreb 2007,* 57-59.

[51] М. Шкулић (2014), 65; Z. Simić – Jekić, 148. Такође се указује и на важност непосредног увида суда у предмет увиђаја (M. Dika, 908).

[52] Ч. Стевановић, В. Ђурђић, 85.

[53] V. Bayer (1982), 196..

[54] Franz Klein, нав. према M. Dika, 901.

[55] V. Bayer (1982), 205.

била унета изјава окривљеног да је на месту догађаја видео одређену књигу и ако би неспорно било утврђено да се та књига тамо налазила и да окривљени не би могао за то знати да није био на месту догађаја, његов исказ о алибију би пао у воду и лако би се утврдило његово учинилаштво. Овако, оптужба се налази у неугодном положају да мора побијати доказе алибија. Може се десити да због таквог недостатка у записнику стварни учинилац буде ослобођен оптужбе за тешко кривично дело.[56]

Такође, треба имати у виду да се некад неки исказ може правилно разумети тек када се зна на које питање је дат такав одговор. Међутим, то неће увек бити могуће, с обзиром на то да се питања по правилу не уносе у записник, осим ако је то потребно да се разуме одговор (чл. 233, ст. 2 ЗКП), а судија у датом тренутку у том погледу може имати погрешну процену.

в) Трећа предност начела непосредности огледа се у могућности накнадног постављања питања у складу са спознајним потребама испитивача, тј. суда и странака, што је потребно ако се покаже да ранија испитивања нису била тачна или потпуна.[57] Овде се не мора увек радити о томе да је орган који је раније испитивао/саслушавао неко лице немарно урадио свој посао, него о томе да су тек на главном претресу одређене околности постале релевантне, због промене доказне ситуације на главном претресу. То је нарочито важно за остварење начела контрадикторности, како би се странци, која у ранијој фази поступка није имала могућност да подвргне испитивању неког сведока или вештака, дала таква прилика (чл. 6, ст. 3, тач. д) ЕК). Кад те могућности не би било, суд би био везан за доказни материјал који је прикупио неко други, што би умањило његову непристрасност, а странкама могућност контрадикторног расправљања.[58] Ипак, треба напоменути да је могућа и обрнута ситуација: да је раније састављен записник о исказу неког лица поузданији извор информација, нарочито ако је сведок у међувремену заборавио претежни део догађаја или је на њега неко утицао да промени свој исказ. У таквим случајевима непосредно извођење доказа треба надокнадити посредним, тј. читањем записника.[59]

5.1.2. Начело непосредности је и у функцији концепта правичног суђења

1. Напред наведено схватање о значају начела непосредности за утврђивање истине у поступку карактеристично је за мешовити европскоконтинентални модел кривичног поступка, у коме суд по правилу има доминантну

[56] Пример преузет од V. Bayera (1982), 207.
[57] V. Bayer (1982), 206; D. Krapac (2010), 110.
[58] D. Krapac (2010), 110.
[59] *Ibid*.

улогу у доказном поступку, сноси одговорност за утврђено чињенично стање и дужан је да истражује материјалну истину. Међутим, у адверзијалним поступцима англосаксонског типа, где је суд доказно пасивизиран, преовлађује став да не постоји таква материјална, објективна или онтолошка истина коју би могао да утврди неутрални трећи субјект који није странка у поступку, јер неутралност сама по себи не може бити постигнута, због чега је настало начело тзв. интерпретативне истине.[60] Поменута разлика у поимању истине у ова два правна система може се објаснити и тиме што је дуги низ година примарни циљ у континенталним законодавствима био проналажење истине, док се у англосаксонском моделу огледао у решавању кривичног конфликта.[61]

Међутим, начело непосредности је још значајније у адверзијалним поступцима англосаксонског типа, у којима је доказна иницијатива у рукама странака. Ту се оно сматра саставним елементом концепта правичног поступка, чија „правичност“ се првенствено посматра из визуре странака, а не суда.[62] Наиме, начело непосредности се не сматра средством које се установљава у интересу суда да правилно утврди чињенично стање, већ у интересу странака, којима треба обезбедити равноправност у поступку. Зато се истиче да начело непосредности, заједно са начелом контрадикторности и усмености, представља парадигму правичног поступка.[63] Осим тога, могу се уочити још две разлике између начела непосредности англосаксонског и европско-континенталног типа. Непосредност адверзијалних поступака на главном претресу спроведена је готово апсолутно, док у мешовитим поступцима постоје његова бројна ограничења. Најзад, у чисто акузаторским поступцима непосредност је заступљена и у поступку упућивања пред суд *(preliminary enquiry, preliminary hearing),* док мешовити поступци одустају од тог начела у претходном стадијуму.[64] Поступак упућивања пред суд представља облик контроле основаности извођења окривљеног на главни претрес, који за разлику од романско-германских права, не следи, већ претходи подизању оптужног акта. Додуше, и англосаксонски модел поступка у последње време показује тенденцију одустајања од непосредног извођења доказа у том делу поступка, што је некима повод за извођење закључка о његовом приближавању континенталном систему.[65]

---

[60] Вељко Турањанин, *Споразум о признању кривичног дела* (докторска дисертација), Крагујевац 2016, 48.

[61] *Ibid.*

[62] V. Bajović (2020), 18.

[63] S. Trechsel, 293.

[64] Снежана Циглер, „Начела непосредности и усмености у упрошћеним процесним формама“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1-3/1997, 172.

[65] S. Brkić,(2004), 235.

2. Са аспекта императива за правичним суђењем начело непосредности може да буде реафирмисано и у савременим мешовитим поступцима европскоконтиненталног типа, које у последње време карактерише тенденција укидања начела материјалне истине и промовисање доказне иницијативе странака.[66] У складу са новијим реформским потезима законодавца, уочавају се и неке промене на чисто теоријском плану. Прва промена огледа се у теоријској и уџбеничкој обради концепта правичног поступка, што до сада није био случај.[67] Разлика је само у томе што већина аутора правично суђење подиже на ранг процесног начела,[68] док га остали третирају као скуп права окривљеног.[69] Такође, долази и до једног теоријског обрта у означавању врховног процесног начела коме би требала да буду подређена сва остала начела. И док се раније таквим стожерним начелом сматрало начело материјалне истине,[70] данас се све више као такво означава начело правичног суђења.[71] Таквом статусу начела правичног суђења доприносе два разлога: с једне стране, оно складно уобличава дејство свих других кривичнопроцесних начела у функцији правичног решавања кривичне ствари; с друге стране, оно има веома изражен етички карактер.[72] Интересантан приступ овој теми има Радуловић, који обједињује начело истине и правичности у једно начело, констатујући да је начело истине задржано у црногорском ЗКП као врховно начело, али да је појачано начелом правичности поступка.[73] 3. Право на правично суђење прокламовано је и у чл. 32 нашег Устава.[74] ЗКП не регулише експлицитно ово сложено право, осим у одредби чл. 1, где се помиње правично спроведен поступак. Несумњиво је, међутим, да наш ЗКП одавно познаје елементе права на правично суђење. Тиме се не доводи у питање овај међународноправни стандард, који обавезује како законодавца, тако и органе поступка.

---

[66] Преглед новијих законских решења у том правцу у земљама у окружењу вид. код Hajrije Sijerčić-Čolić, „Načelo materijalne istine u krivičnom postupku", *RKK* 3/2012, 103 и даље.

[67] Тако нпр. у делима старијих писаца, као што су Б. Марковић, М. Доленц, Т. Живановић, Т. Васиљевић, В. Бауер, Д. Димитријевић, Ч. Стевановић, З. Симић-Јекић нема никаквог помена о правичном вођењу поступка као посебном праву окривљеног или као процесном начелу. Интересантно је да од савремених аутора тај концепт не помиње једино С. Бејатовић.

[68] Тако нпр. V. Đurđić, „Načelo pravičnog postupka", *RKK* 3/2006, 67; С. Кнежевић, 221; М. Шкулић (2014), 86; М. Шкулић, Т. Бугарски, 138; D. Radulović, 63; H. Sijerčić-Čolić (2017), 113; G. Tomašević, 207.

[69] M. Grubač (2009), 174; M. Simović, 28; С. Бркић (2014), 128.

[70] Тако нпр. М. Доленц, 47; Б. Марковић, 196.

[71] Тако М. Шкулић, 86; D. Krapac, 79; G. Tomašević, 210; Н. Матовски, Г. Лажетик-Бужаровска, Г. Калајџиев, 55.

[72] М. Шкулић, 86-87.

[73] D. Radulović, 63.

[74] *Службени гласник РС,* бр. 98/06.

Концепт правичног суђења преузет је из америчког права, али у нашој правној науци још није прецизно одређен на један општеприхваћени начин. Сви се слажу да је у питању један сложен појам који се састоји из више правосудно-организационих и процесноправних начела или права. Међутим, нема сагласности по питању који су елементи тог појма. Ипак, неспорно је да треба разликовати опште и посебне елементе правичног поступка. Општи елементи односе се на све врсте судских поступака, а посебни само на кривични поступак. Ми ћемо се овде укратко осврнути само на два елемента концепта правичног поступка, која могу бити у функцији начела непосредности а која произлазе из чл. 6 ЕК.

а) Један од општих елемената правичног суђења захтева да се странкама омогући да буду присутне у поступку, као и да буду саслушане пре доношења одлуке, чиме се изражава начело контрадикторности.[75] То значи да суд мора омогућити странкама да изнесу своје чињеничне и правне тврдње и да се изјасне о чињеничним и правним наводима противстранке, због чега се говори да кривични поступак мора бити специфично структуиран и спроведен на „страначки начин".[76] Иако право да се присуствује суђењу није изричито наведено у ЕК, Европски суд за људска права је на становишту да је циљ и сврха чл. 6 ЕК да особа оптужена за кривично дело има право да учествује у судској расправи.[77] То је сасвим у духу начела непосредности, с обзиром на то да оно захтева непосредан контакт суда са странкама.

б) У тесној вези са начелом непосредности је и један од посебних елемената концепта правичног поступка, који се огледа у праву оптуженог да испитује сведоке оптужбе или да постигне да се они испитају и да се обезбеди присуство и саслушање сведока одбране под истим условима који важе за сведоке оптужбе. Одатле такође произлази да читав доказни поступак мора да се одвија у присуству странака, односно окривљеног, на усменом рочишту и у контрадикторном поступку.[78] Европски суд за људска права је доследно утврђивао кршење овог члана ЕК када су пресуде биле доношене на основу сведочења анонимних сведока који нису били доступни испитивању одбране на главном претресу.[79] У том погледу нарочито је значајан случај Костовски против Холандије. Костовски је осуђен за пљачку искључиво на основу исказа два анонимна сведока која су дата у преткривичном, одно-

[75] D. Krapac (2010), 148.

[76] *Ibid.,* 149.

[77] Fond za humanitarno pravo, *Pravično suđenje – priručnik,* Beograd 2001, 142. Вид. и ECHR, Colozza i Rubinat, 12.02.1985, 89 Series A 14, par. 27; Matijašević-Obradović Jelena, Subotin Maja, „Načelo kontradiktornosti kao opšti element prava na pravičan postupak u praksi krivičnog suda Srbije i Evropskog suda za ljudska prava", *Pravo – teorija i praksa* 1-2/2020, 37.

[78] Aleksandar Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar,* Beograd 2006, 199.

[79] Donna Gomien (Гомиен), *Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima,* Beograd 1994, 37.

сно истражном поступку. Ниједан од њих није саслушан на главном претресу, тако да окривљени и његов бранилац нису могли да их испитују, чиме је била учињена повреда чл. 6 ЕК, односно права на правично суђење.[80]

5.1.3. Завршни осврт на инструментални карактер начела непосредности

1. Из горњих разматрања произлази да је начело непосредности у функцији остваривања читавог низа других процесних начела: начела слободне оцене доказа, начела истине, концепта/начела правичног суђења и свих оних начела које оно подразумева, као што су начело контрадикторности, усмености и јавности. Начело непосредности такође може представљати добру основу за спровођење начела сузбијања процесних злоупотреба и начела помоћи неукој странци.[81] Неки аутори наводе да је значај овог начела и у томе да обезбеди уштеде у раду, времену и трошковима.[82] Насупрот томе, ми сматрамо да инсистирање на начелу непосредности по правилу иде на штету начела процесне економије, осим оног сегмента непосредности који се огледа у захтеву за континуитетом и концентрацијом процесних радњи. Наиме, стриктна примена персоналног сегмента начела непосредности подразумевала би да сваки пут кад се промени састав већа, главни претрес треба да иде испочетка, што никако не штеди ни рад, ни време, ни трошкове. Управо са циљем постизања већег степена економичности кривичног поступка, савремена законодавства установљавају знатан број одступања од начела непосредности.

2. Дакле, начело непосредности установљава се у интересу свих основних процесних субјеката. Истина није само она правна вредност којој тежи суд. Утврђивање истине у поступку је и у интересу странака, осим можда окривљеног у неким случајевима у којима се он труди да објективне догађаје прикаже другачијим него што су се десили у стварности. И обрнуто, концепт правичног суђења није само у функцији заштите интереса странака, већ је истовремено и у интересу суда, јер би вођење правичног поступка требало да омогући и доношење квалитетније судске одлуке. И тако се вртимо у круг: ваљана може бити само она одлука суда која почива на правилно и потпуно утврђеном чињеничном стању и правилној примени закона (материјалног и процесног), а ти се циљеви најбоље могу остварити у условима пуне контрадикторности, усмености и јавности.

---

[80] ECHR, Kostovski, 20.11.1989, Series A 166, par. 39. Слично и ECHR, Windisch против Аустрије, 27.09.1990, Series A 186, par. 26; ECHR, Schatschaschwili против Немачке, 2015, 9154, par. 10.

[81] Тако M. Dika, 902.

[82] Тако Г. Станковић (2010), 8.

Како су наведени процесни циљеви у већој или мањој мери присутни и у европскоконтиненталном и у англосаксонаском праву, императив непосредности се намеће у оба ова велика правна система, додуше у неједнаком степену.

5.2. Сложеност начела непосредности и његове врсте, односно сегменти

Начело непосредности спада у ред сложених процесних начела, која можемо разложити на неколико сегмената, с обзиром на то да постоје различити механизми за његово оживотворење. У том смислу неки аутори говоре и о различитим врстама начела непосредности. Ми подржавамо само глобалну поделу на формалну непосредност (непосредност у ужем смислу) и материјалну непосредност (непосредност у ширем смислу),[83] будући да оне почивају на потпуно другачијим приступима обезбеђивању непосредности у поступку. При томе се и у теорији и у законодавству много чешће уважава само формална непосредност, односно поједини њени аспекти, независно од тога да ли се она и у терминолошком смислу издваја као посебна категорија. У даљем тексту осврнућемо се на те две врсте непосредности. Спознаја сложености овог начела је такође важна са становишта разматрања допуштености појединих одступања од њега.

5.2.1. Формална непосредност

Између судећег суда и извора информација о правнорелевантним чињеницама могу се интерполирати две врсте чинилаца, који могу ослабити или укинути начело непосредности: то може да буде неки други субјекат, односно орган или прост протек времена. Уклањањем таквих посредника на поменутој релацији, обезбеђује се одређени степен непосредности у поступку. Начело формалне непосредности подразумева одређене процедуралне захтеве којима се уклањају поменути посредници на путу до судске одлуке. Неки аутори разликују поједине врсте формалне непосредности, нпр. објективну, субјективну, стварну, временску, итд. При томе се неке поделе начела непосредности поклапају код различитих аутора, али имају другачије терминолошке ознаке. С друге стране, понекад је употребљена иста терминологија, али она подразумева различиту садржајност.

Ми не бисмо ишли тако далеко да диференцирамо различите врсте формалне непосредности, јер нам се чини да то може направити збрку у нашој глави и произвести криву предоџбу у погледу (не)постојања овог на-

[83] Тако D. Krapac, 108; M. Hussels (Хуселс), *Strafprozessrecht,* Berlin – Heidelberg 2002, 112; нав. према Милан Шкулић, *Кривично процесно право,* Београд 2011, 58.

чела, с обзиром на то да немају све врсте непосредности подједнак значај. Ако у неком поступку изостаје један аспект непосредности, то не значи да је тиме негирано само начело непосредности, већ само то да оно није обезбеђено у свим сегментима и у пуном обиму. Уместо тога, ми ћемо говорити о различитим сегментима формалне непосредности. Они могу бити структурални, персонални и временски. Препознавање појединих сегмената формалне непосредности важно је из два разлога. Први разлог огледа се у томе што нам то омогућава да га на различите начине и у различитом степену дозирамо, односно препознајемо у зависности од наших потреба и циљева, од фазе кривичног поступка, као и од врсте кривичнопроцесне форме. Други разлог је у томе што нам то декларисање по појединим сегментима омогућава једноставније изражавање приликом теоријске експликације ове проблематике.

(а) Структурални сегмент начела непосредности подразумева да суд може засновати пресуду само на доказима који су изведени на главном претресу (чл. 419, ст. 1 ЗКП). *Argumentum a contrario,* то значи да се пресуда не може темељити на доказима изведеним у фази истраге, нити на формалним и неформалним изворима сазнања који потичу из преткривичног поступка. Такође, искључена је могућност заснивања пресуде на доказним радњама предузетим у неком другом судском или управном поступку. Овај сегмент назвали смо структуралним зато што је код њега акценат на извођењу доказа у фази главног претреса, а деоба процеса на одговарајуће фазе и стадијуме тиче се структуре самог кривичног поступка. Овде треба имати у виду да је главни претрес централна фаза главног стадијума кривичног поступка, која је резервисана за доношење пресуде. Отуда је логичан захтев да се чињенична основа за судску одлуку формира у тој истој фази, како би се избегло посредништво неког другог функционално надлежног судског или несудског органа из неке раније фазе кривичног поступка или из преткривичног поступка, чији записници би се читали на главном претресу, уместо непосредног извођења доказних и других процесних радњи. Неки аутори овај сегмент непосредности издвајају као посебну врсту непосредности, коју именују на различите начине: објективна непосредност;[84] стварна непосредност;[85] непосредност у расправљању.[86]

(б) Персонални сегменти начела непосредности могу се односити на две групе процесних субјеката: на суд и на странке. Овим сегментима додатно се јача начело непосредности, које је претходно утемељено на структуралном сегменту.

---

[84] М. Шкулић (2014), 65.
[85] Г. Станковић (2009), 4;
[86] M. Dika, 903.

Персонални судски сегмент непосредности захтева да судски орган који доноси одлуке на крају поступка, буде у истом саставу као суд који је учествовао у доказном поступку. То се обезбеђује начелним правилом о незамењивости судија у току главног претреса. Стриктна реализација начела непосредности захтевала би да у сваком случају одлагања главног претреса, након чега се променио састав судског већа, главни претрес почне испочетка. Неки други аутори издвајају овај сегмент непосредности и обрађују као посебну врсту непосредности под различитим именима: субјективна непосредност;[87] непосредност у расправљању;[88] односно персонална непосредност.[89]

Персонални странички сегмент начела непосредности захтевао би обавезно присуство странака на главном претресу и омогућавање да оне буду саслушане пре доношења судске пресуде. Присуство странака се захтева ради успостављања непосредног контакта са судом и са доказним средствима, ради стицања непосредних чулних утисака, као и ради делотворнијег обезбеђивања контрадикторности и равноправности странака у поступку. Овај сегмент је нарочито важан са аспекта права оптуженог на правичан поступак, у ком смислу се може поставити и питање легитимности суђења одбеглом и недошавшем оптуженом.

(в) Временски сегмент начела непосредности захтева обезбеђивање континуитета и концентрације процесних радњи, које би по могућности, требало предузети на једном рочишту, без његовог прекидања и одлагања, а ако то није могуће, на више рочишта са што мањим протеком времена између њих. Овај сегмент такође захтева да суд у кратком року након завршетка главног претреса, приступи доношењу, објављивању и писменој изради пресуде. Када се не би инсистирало на временском фактору, чланови већа би били у сличној ситуацији као и када се докази посредно изводе. Дакле, када не би било битно колико је времена прошло између два одложена главна претреса или када би суд могао бесконачно да одуговлачи са доношењем и писменом израдом пресуде, непосредни чулни утисци чланова судског већа би избледели, у ком случају би и они морали да се ослоне на читање списа (само сада свог, а не туђег), као да су и сами докази били посредно изведени.

Наиме, животно искуство, као и бројна психолошка истраживања говоре нам да је протек времена један од фактора који може негативно да утиче на меморију. Осим тога, може да дође до својеврсног искривљења првобитно запамћеног садржаја услед тзв. интерференције, тј. негативног утицаја накнадно запамћеног догађаја или информације.[90]

---

[87] М. Шкулић (2014), 65.

[88] M. Dika, 908.

[89] Г. Станковић (2009), 3.

[90] Bartlet (Бартлет), наведен према Никола Рот, *Општа психологија,* Београд 1976, 119.

И неки други аутори препознају значај овог сегмента непосредности и обрађују га као посебну врсту непосредности, коју називају временском непосредношћу.[91] Можда би био адекватан и термин континуални или континуирани аспект непосредности.

5.2.2. Материјална непосредност

1. Анализа домаће уџбеничке и друге процесне литературе о овој проблематици, показује нам да код нас постоји само схватање непосредности у формалном смислу, која подразумева да судећи суд у доказном поступку не сме да препусти извођење доказа неком другом телу и затим само прочита записник који је о том доказу саставило то друго тело. Домаћи аутори нису се бавили развијањем теорије материјалне непосредности, за разлику од страних, нарочито немачких писаца.[92] Према учењу о материјалној непосредности,[93] суд при утврђивању чињеничног стања треба да се стави у замисливо најтешњи најнепосреднији однос према чињеницама о којима закључује,[94] а у том смислу поставља се и материјално – доказно питање: која би доказна средства требало употребити, а која не би требало.

2. У овом контексту могло би се поставити питање да ли је са становишта начела непосредности релевантна подела на непосредне и посредне доказе, с једне стране, као и на оригинарне (изворне) и деривативне (изведене) доказе, с друге стране. Другим речима, дискутабилно је да ли се начело непосредности угрожава коришћењем посредних и деривативних доказа. Откуда то питање? Отуда што је и посредним и деривативним доказима заједнички известан посредујући елемент који доказно средство дели од предмета доказивања у првом случају, односно од непосредног извора информације, у другом случају.[95] То може снизити степен њиховог доказног кредибилитета и учинити их несигурнијим и мање квалитетним доказним средством.

5.2.2.1. (И)релевантност поделе доказа на непосредне и посредне

1. Иако у теорији постоје различита поимања разлике између непосредних и посредних доказа,[96] ми сматрамо релевантним критеријумом те поделе у

[91] M. Dika, 911; Г. Станковић (2009), 4.

[92] Нпр. M. Dika, 908; D. Krapac (2010), 108; Friedrich-Christian Schroeder (Шредер), *Strafprozessrecht,* Munchen 2007, 167; M. Hussels, 112.

[93] M. Dika ову врсту непосредности именује као непосредност доказних средстава (M. Dika, 908).

[94] Bennecke-Beling, *Lehrbuch des Deuschen Reichs-Strafprozessrechts,* Berlin 1900, 249, нав. према Vladimir Vodinelić, Problematika svjedočenja po čuvenju, Zbornik Pravnog fakulteta u Titogradu 1982/8-9, 54.

[95] Та њихова заједничка црта вероватно доводи до тога да се у једном делу теорије ове две врсте поделе доказа заправо поистовећују. Таква схватања наводи M. Dika, 909.

[96] Преглед тих схватања даје M. Dika, 909-910.

логичком смислу, врсту везе између извора сазнања и предмета доказивања.[97] Код непосредних доказа веза између извора сазнања и правнорелевантне чињенице која је предмет доказивања је директна, док је код посредних доказа она индиректна. Непосредни докази су нпр. исказ сведока, вештака и увиђај, док су посредни докази индиције (основи подозрења).[98] Индиције су чињенице које нису предмет доказивања и које су утврђене са обележјем истинитости, а из којих се логичким путем или на основу искуства може извести закључак о истинитости оних чињеница које јесу предмет доказивања, јер једне са другим стоје у тесној логичкој вези.[99] Нпр., ако су на излогу обијене продавнице нађени отисци прстију неког лица, из тога би се могао извести закључак да би то лице могло бити учинилац провалне крађе. Приликом доказивања индицијама суд може два пута да погреши: први пут, кад утврђује чињеницу – индицију и други пут, када из ње изводи закључак о истинитости чињенице која је предмет доказивања.[100] Непосредни и посредни докази разликују се и по њиховој спознајној логичкој вредности. У ланцу логичког силогизма, код непосредног доказа могућа је категоричка конклузија, док конклузија код посредног доказа може бити само хипотетичка.[101] Зато оцена веродостојности посредних доказа захтева већи интелектуални напор и оштроумље.

У време важења законске оцене доказа, и законодавство и теорија су се више бавили овом поделом доказа. Индиције су тада имале мањи степен доказног кредибилитета од непосредних доказа, тако да се на њима нису могле заснивати најтеже казне – смртна казна и доживотна робија. Данас, када важи начело слободне оцене доказа, индиције су начелно изједначене са непосредним доказима, тако да ова подела доказа има само теоријски значај. Иако се у ЗКП уопште не помињу индиције као посебно доказно средство, то не значи да се пресуда не може заснивати на индицијама, па чак и само на њима, мада је у овом последњем случају логично да то онда буде један чврсто повезан и логички убедљив индициони ланац. Управо из тог разлога сматрамо да подела доказа на непосредне и посредне нема везе са начелом непосредности у кривичном поступку, односно да то начело не изискује нужно ослонац суда само на непосредне доказе. Иначе, сасвим ретко се могу наћи аутори који налазе за сходно да се у контексту разматрања проблематике начела непосредности изјасне и о евентуалној спојивости тог начела са поделом доказа на непосредне и посредне.[102]

---

[97] С. Бркић (2014), 286; М. Шкулић (2014), 173.

[98] Тако и Vladimir Bayer (Бајер), *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga druga,* Zagreb 1989, 21-22; D. Krapac, *Neposredni i posredni dokazi u krivičnom postupku,* Zagreb 1982, 23.

[99] T. Vasiljević, 370; M. Grubač (2009), 294; С. Бркић (2014), 383.

[100] M. Grubač (2009), 296; С. Бркић (2014), 384.

[101] D. Krapac (1982), 27.

[102] Тако Бодирога експлицитно наводи да начело непосредности нема везе са поделом доказа на непосредне и посредне, будући да је непосредност у поступку остварива и при

5.2.2.2. (И)релевантност поделе доказа на оригинарне и дериватвне

1. Подела доказа на оригинарне и дериватвне је у тесној вези са поделом на сведоке очевице и тзв. сведоке по чувењу[103] (*testes de auditu alieno; hearsay witness; Zeugen von Horensagen*). Разлика је у томе што први непосредно чулно опажају чињенице које су предмет доказивања а други то чине посредно.[104] Међутим, треба имати у виду да се дериватвни доказ у англосаксонском праву може односити на усмене изјаве другог лица, на писмена односно исправе, као и на невербално понашање, док се у континенталном праву он односи само на усмене изјаве. Ти докази су проблематични из више разлога. Пре свега, могуће је да су код изворног сведока биле присутне неке погрешке у појединим психичким функцијама, које су значајне за давање сведочког исказа (опажање, памћење, мишљење, исказивање), а није искључена ни могућност да је он дериватвном сведоку намерно пренео неистините информације, из најразличитијих мотива. Овде је проблем управо у томе што су код дериватвних доказа ограничене могућности контроле исказа изворног сведока, нпр. путем постављања питања којима ће се тестирати његове когнитивне способности и истинољубивост.[105] Затим, питање је да ли је дериватвни сведок добро чуо, добро разумео, запамтио и потом верно пренео суду информације добијене од изворног сведока, при чему и он може да има неки мотив за давање лажног исказа. Дакле, коришћењем дериватвних доказа неће увек моћи да се утврди истина у поступку. Осим тога, они нису спојиви са правом окривљеног на конфронтацију са сведоком оптужбе, а тиме ни са концептом правичног суђења.

2. Пуно остварење начела непосредности захтевало би уважавање и његовог материјалног (доказног) сегмента, коришћењем само оригинарних доказних средстава која, с обзиром на извор информације, могу да пруже што изворније, а тиме и квалитетније податке. Свакако да сведок очевидац може успешније помоћи суду да утврди чињенично стање, него сведок по чувењу. Доказна средства која су најближа доказној теми треба због њиховог квалитета

коришћењу посредних доказа (Никола Бодирога, „Сужавање начела непосредности у парничном поступку“, *Гласник АКВ* 10/2010, 466).

[103] Неки примећују неадекватност израза „сведок по чувењу“ и уместо тога предлажу израз „сведоци по чујењу“ (Milan Škulić, Dominantne karakteristike osnovnih velikih krivičnoprocesnih sistema i njihov uticaj na reformu srpskog krivičnog postupka”, *Crimen* 2/2013, 181).

[104] Умесна је опаска да и сведок по чувењу има непосредна чулна опажања, али не о кривичном догађају, већ о ономе што је од другог лица чуо о томе како се тај догађај одиграо, односно о вансудском исказу другог лица (Vladimir Vodinelić, „Svjedok i njegove kategorije”, JRKK 2/1988, 23).

[105] Више о слабостима дериватвних доказа вид. код Снежане Бркић, „Сведоци по чувењу“, у: Тематски Зборник радова *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније* (ур. Бранислав Ристивојевић), Нови Сад 2018, књига VI, 203-222.

да имају првенство над доказним сурогатима.[106] Отуда апел да се забрани замењивање оригинарног доказа доказним сурогатима, који само репродукују чињенични садржај непосредних доказа.[107] Другим речима, између више доказних средстава у односу на исти предмет доказивања треба одабрати оно које је најближе чињеничном стању и које омогућава најпоузданији закључак о њему.[108] То нпр. значи да судећи суд не би смео да заобиђе непосредно читање исправе тиме што ће испитати њеног аутора у својству сведока о ономе што је унео у садржај исправе, нити да испита сведока по чувењу уместо изворног сведока.[109]

3. Начело материјалне непосредности изражено је у англосаксонском праву у коме важи *«Best evidence rule»,* по коме суд сме да користи само најбоље и најпоузданије доказно средство. Другим речима, доказни сурогати треба да буду искључени због своје начелно «мање вредности за доношење пресуде».[110] Забрана сведока по чувењу *(hearsay rule)* у овом праву датира из XVI века а прецизне правне оквире је добила почетком XVIII века.[111] Основни разлог те забране је поштовање концепта правичног поступка, у коме се окривљеном мора обезбедити право на конфронтацију са сведоцима оптужбе. Наиме, сматра се да би ово право окривљеног било повређено ако му се омогући суочење само са деривативним, али не и са оригинарним сведоком. То значи да изворни давалац изјаве није доступан за унакрсно испитивање а циљ таквог испитивања је да се супротној странци омогући да својим питањима пољуља кредибилитет исказа сведока изнетог у директном испитивању. Због тога се сматра да су подаци добијени без унакрсног испитивања непоуздани и да не треба допустити да они негативно утичу на одлуку пороте. Међутим, насупрот увреженом мишљењу, у англосаксонском праву постоји доста изузетака од начелне забране сведочења по чувењу.[112] Како то право почива на одређеним традиционалним и културним вредностима, није реално очекивати неке радикалније интервенције на овом плану, мада су нека мања преиспитивања могућа.[113]

4. Европскоконтинентална права по правилу уопште не регулишу сведоке по чувењу: нити их изричито дозвољавају, нити их изричито забра-

[106] M. Hussels, 112.

[107] Klaus Geppert (Геперт), *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im Deuschen Strafverfahren,* Berlin – New York 1979, 128, нав. према V. Vodinelić (1982), 54.

[108] Berislav Pavišić, *Komentar Zakona o kaznenom postupku,* Zagreb 2005, 320, нав. према Miodrag M. Simović, Mile Šikman, *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta,* Banja Luka 2017, 420.

[109] D. Krapac (2010), 108, fn. 40.

[110] Geppert нав. према V. Vodinelić (1982), 54.

[111] Haris Halilović, Aida Cacan, Svjedok po čuvenju i dopustivost njegova iskaza u sistemu kaznenog postupka SAD, *Kriminalistička teorija i praksa* 2016/4, 34.

[112] *Ibid.,* 37.

[113] С. Бркић (2018), 222.

њују.[114] Из тога се углавном закључује да су они допуштени, мада има и супротних мишљења.[115] Тако нпр. Bayer сматра да и ту постоји општа забрана испитивања деривативних сведока, управо због тога што се њихово коришћење противи начелу непосредности.[116] Европски суд за људска права је у неким својим одлукама стао на становиште да би одредбе ЕК о правичном суђењу биле испразна гаранција, ако се оптуженом не би омогућило суочење са оригинарним сведоком. Преко праксе тог суда у европско правосуђе постепено продире забрана сведока по чувењу, али само уколико се она односи на сведоке оптужбе, али не и на сведоке одбране.

У Немачкој је прихваћена Гласерова теорија о томе да се испитивањем сведока по чувењу не вређа начело непосредности.[117] Међутим, ако суд заснује пресуду на исказу сведока по чувењу иако је доступан изворни сведок, он вређа дужност расветљавања чињеница у предмету *(Aufklarungspflicht).* Треба напоменути да је у немачком праву прокламовано начело истине, као и неспутана доказна иницијатива суда. Тако се у једној судској одлуци наводи да се исказ деривативног сведока може употребити само ако је поткрепљен неким другим доказом и ако суд посебно образложи зашто му његов исказ изгледа веродостојан.[118] Међутим, треба приметити да се овакав став у немачкој процесној теорији, за разлику од англосаксонског права, односи само на сведоке по чувењу, али не и на посредно коришћење исправа.[119] Према неким немачким писцима, сведоци по чувењу су допуштени али имају мањи степен доказног кредибилитета.[120]

5. Ми сматрамо да се начело материјалне непосредности вређа само ако суд уместо доступног изворног доказа употреби деривативни доказ, али не и ако сведока по чувењу користи зато што му није доступан изворни сведок, или ако га користи уз изворни доказ ради његове контроле.[121] Слично размишљају и други, наводећи да је у том случају сведок по чувењу најближи извору сазнања о одговарајућој околности.[122] Евентуална забрана сведока по чувењу лишила би суд извора сазнања о чињеницама, који би му у неким

[114] Изузетак су Италија и Португалија, које искључују сведоке по чувењу.

[115] Вид. више о томе код С. Бркић (2018), 212-216.

[116] Vladimir Bayer (Бајер), *Komentar Zakonika o krivičnom postupku,* Zagreb 1986, 20.

[117] Божидар С. Марковић, *О доказима у кривичном поступку,* Београд 1921, 49; V. Vodinelić (1982) 54-55.

[118] V. Vodinelić (1982), 49. Вид. и одлуку немачког Савезног врховног суда од 11.9.1987.

[119] Mirjan Damaška, *Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija,* Zagreb 2001, 50.

[120] Friedrich-Christijan Schroeder (Шредер), *Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike NJemačke (uvod),* Sarajevo 2011, XXI.

[121] Тако и Т. Васиљевић, 351; Christian Bertel (Бертел), *Grundriss des osterreichen Strafprozessrechts,* Wien 1984,87.

[122] Ejup Sahiti, *Svedok i njegov iskaz kao dokaz u krivičnom postupku,* doktorska disertacija, Priština 1990, 195.

случајевима могао бити користан. Довољно је да судија таквом исказу прилази са дозом скепсе.[123] Осим тога, увођење забране *hearsay* у континентална права не би имало пуно смисла, зато што сведочки исказ у континенталним правима прво почиње са спонтаним исказом, након чега следи директно, унакрсно и додатно испитивање. У таквом режиму створио би се велики број доказних забрана на које се не би могло одмах и ефикасно реаговати, као што је то случај у англосаксонском праву.[124]

5.3. Релативност начела непосредности (подложност степеновању)

Иако је начело непосредности у функцији остваривања друштвеноприхватљивих циљева, као што су начело истине и концепт правичног суђења, одавно је примећено да оно не сме и не може да се изводи до крајности.[125] Ако бисмо то учинили, угрозили бисмо неке друге вредности односно циљеве, које такође треба остварити у кривичном поступку. Тако би нпр. стриктна примена персоналног сегмента начела непосредности могла да буде у супротности са идејом економичности. Економичност је важан аспект рационалности у праву, који налаже не апсолутно остварење постављених циљева, већ у складу са расположивим ресурсима.[126] Зато савремена законодавства која се генерално руководе начелом непосредности, истовремено допуштају и један број мањих или већих одступања од њега. То је могуће због тога што је ово начело подложно степеновању. Наиме, оно се може афирмисати на више различитих начина. С обзиром на то да постоје разни инструменти за његово оживотворење, оно може бити реализовано у једном или више сегмената, у мањем, већем или пуном обиму. То значи да ово начело по правилу нема апсолутни, већ само релативни карактер. Оно се може дозирати у различитом степену у појединим процесним фазама и стадијумима, као и у појединим врстама кривичних поступака, у зависности од циљева који се желе постићи.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Формулисање општих теоријских поставки о начелу непосредности представља теоријску платформу за даља истраживања о основним тенденцијама у еволуцији тог начела у општем кривичном поступку, као и за анализу тог начела у упрошћеним кривичнопроцесним формама.

[123] Mirjan Damaška, Obavještenja građana dana organima unutrašnjih poslova i dokazivanje u krivičnom postupku, *JRKK* 1969/2, 181.

[124] M. Damaška (2001), 52.

[125] Метод Доленц, *Теорија судскої кривичної поступка за Краљевину Југославију,* Београд 1933, 42.

[126] S. Brkić (2004), 39.

Начело непосредности односи се на начин на који суд и други процесни субјекти сазнају процесну садржину. Оно има највећи значај у вези са извођењем доказа, али његово дејство се не исцрпљује само у тој сфери. То начело захтева да се све процесне радње које треба да послуже као основа за одлучивање изведу у изворном облику и избегне било који посредник између судећег суда и извора информација о правнорелевантним чињеницама. Оно се односи на фазу главног претреса, али не и на претходни стадијум поступка, пошто се у њему не суди у правом смислу те речи.

У класификацији кривичнопроцесних начела, начелу непосредности припада место у групи начела везаних за функцију суђења. Оно спада у ред имплицитних процесних начела, које има своје корене у одговарајућим одредбама ЗКП, као и у чл. 6 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода.

Битна обележја начела непосредности су: инструменталност, сложеност, релативност (подложност степеновању) и међусобна повезаност са неким другим процесним начелима.

Начело непосредности има инструментални карактер, што значи да није самом себи сврха, већ се установљава ради остваривања одређених процесних циљева. Начело непосредности је, пре свега, у функцији начела слободне оцене доказа и начела истине, с једне стране, а са друге стране, оно је у функцији концепта правичног суђења. Ово начело се установљава у интересу свих основних процесних субјеката (дакле, не само суда, него и странака) и присутно је како у англосаксонском, тако и у континенталном праву, мада у неједнаком обиму.

Начело непосредности је сложено начело које се може обезбеђивати различитим инструментима и у том смислу могу се разликовати поједине врсте непосредности, односно њихови сегменти. Непосредност може бити формална и материјална. Начело формалне непосредности подразумева одређене процедуралне захтеве којима се уклањају евентуални посредници на путу до судске одлуке (неки други субјект, односно протек времена). У том смислу могу се уочити структурални, персонални и временски сегменти формалне непосредности. Начело материјалне непосредности своди се на једно материјално – доказно питање: избор оних доказних средстава која су најближа предмету доказивања и извору информација. У том контексту може се поставити питање (не)спојивости овог начела са посредним и деривативним доказима. Сматрамо да у светлу савременог начела слободне оцене доказа, коришћење посредних доказа (индиција) није неспојиво са материјалном непосредношћу. С друге стране, ослонцем на деривативне доказе врђа се начело материјалне непосредности, али само онда када суд тиме избегава оригинарне доказе, који су му иначе доступни.

Стриктна примена начела непосредности није увек могућа, нити пожељна. Оно је подложно степеновању, тако да га законодавац може дозирати у већој или мањој мери, у зависности од циљева које жели да оствари. У савременом законодавству постоје бројна одступања од њега. У том смислу ово начело по правилу нема апсолутни, већ само релативни карактер.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Ajduković Marina, *Odabrane teme iz sudske psihologije – psihologija svedočenja i iskaza,* Zagreb 2007.

Баић Валентина, „Детектовање лагања на основу посматрања невербалног понашања“, *Безбедност* 1/2011.

Бајовић Вања, *Споразум о признању кривице – упоредно-правни приказ*, Београд 2009.

Bajović Vanja, „Načelo neposrednosti kao paradigma pravičnosti raspravnog procesnog modela”, *Harmonius* 2020.

Bayer Vladimir, *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga prva,* Zagreb 1982.

Bayer Vladimir, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku,* Zagreb 1986.

Bayer Vladimir, *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga druga,* Zagreb 1989.

Бејатовић Станко, *Кривично процесно право,* Београд 2016.

Bertel Christian, *Grundriss des osterreichen Strafprozessrechts,* Wien 1984.

Бодирога Никола, „Сужавање начела непосредности у парничном поступку“, *Гласник АКВ* 10/2010.

Бркић Снежана, „Прилог расправи о систематици кривичног процесног права“, *Зборник Матице српске за друштвене науке* св. 104-105/1998.

Brkić Snežana, *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*, Novi Sad 2004.

Бркић Снежана, *Кривично процесно право I,* Нови Сад 2014.

Бркић Снежана, „Сведоци по чувењу“, у: Тематски Зборник радова *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније* (ур. Бранислав Ристивојевић), Нови Сад 2018, књига VI.

Бркић Снежана, *Криминалистичка психологија,* Нови Сад 2020.

Vasiljević Tihomir, *Krivično procesno pravo SFRJ,* Beograd 1981.

Vodinelić Vladimir, „Problematika svjedočenja po čuvenju”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Titogradu*1982/8-9.

Vodinelić Vladimir, „Svjedok i njegove kategorije”, *JRKK* 2/1988.

Gomien Donna, *Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima,* Beograd 1994.

Grubač Momčilo, „Načela krivičnog postupka i njihova transformacija”, *JRKK* 1-2/1995.

Grubač Momčilo, *Krivično procesno pravo,* Beograd 2009.

Damaška Mirjan, „Obavještenja građana dana organima unutrašnjih poslova i dokazivanje u krivičnom postupku”, *JRKK* 1969/2.

Damaška Mirjan, *Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija,* Zagreb 2001.

Делић Наташа, *Психологија појединих учесника у кривичном поступку,* Београд 2003.
Dika Mihajlo, „O načelu neposrednosti u parničnom postupku *de lege lata* uz neke projekcije *de lege ferenda"*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 4/2008.
Доленц Метод, *Теорија судскої кривичної поступка за Краљевину Југославију,* Београд 1933.
Đurđić Vojislav, „Načelo pravičnog postupka", *RKK* 3/2006.
Ђурђић Војислав, „Изградња новог модела кривичног поступка Србије на редефинисаним начелима кривичног поступка", у: *Актуелна питања кривичної законодавства (нормативни и практични аспект),* (ур. Станко Бејатовић), XLIX редовно годишње саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Златибор – Београд 2012.
Живановић Тома, *Основни проблеми Кривичної и Грађанскої процесної права (поступка) I. одељак,* Београд 1940.
Живановић Тома, *Основни проблеми Кривичної и Грађанскої процесної права (поступка) II. одељак,* Београд 1941.
Илић Михајло, *Кривично процесно право,* Сарајево 1980.
Jakšić Aleksandar, *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar,* Beograd 2006.
Кнежевић Саша, *Основна начела кривичної процесної права,* Ниш 2012.
Krapac Davor, *Neposredni i posredni dokazi u krivičnom postupku,* Zagreb 1982.
Krapac Davor, *Kazneno procesno pravo, prva knjiga: Institucije,* Zagreb 2010.
Марковић С. Божидар, *О доказима у кривичном поступку,* Београд 1921.
Марковић Божидар, *Уџбеник српскої кривичної поступка с обзиром на Пројекат кривичної поступка за Краљевину С.Х.С.,* Београд 1926.
Matijašević-Obradović Jelena, Subotin Maja, „Načelo kontradiktornosti kao opšti element prava na pravičan postupak u praksi krivičnog suda Srbije i Evropskog suda za ljudska prava", *Pravo – teorija i praksa* 1-2/2020.
Матовски Никола, Лажетик – Бужаровска Гордана, Калајџиев Гордан, *Казнено процесно право,* Скопје 2011.
Милић Ненад, „Симптоматска слика осумњиченог током процеса саслушања", *Безбедност* 2/2005.
Munda August, *Učbenik kazenskega postopka Federativne Ljudske Republike* Jugoslavije, Ljubljana 1956.
Pečjak Vid, *Psihologija saznavanja,* Sarajevo 1981.
Radulović Drago, *Krivično procesno pravo,* Podgorica 2009.
Рот Никола, *Општа психологија,* Београд 1976.
Rot Nikola, *Znakovi i značenja,* Beograd 1982.
Sahiti Ejup, „*Svedok i njegov iskaz kao dokaz u krivičnom postupku",* doktorska disertacija, Priština 1990.
Sijerčić-Čolić Hajrija, „Načelo materijalne istine u krivičnom postupku", *RKK* 3/2012.
Sijerčić-Čolić Hajrija, *Krivično procesno pravo, knjiga I, Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje,* Sarajevo 2017.
Simić Jekić Zagorka, *Krivično procesno pravo SFRJ,* Beograd 1983.
Simović N. Miodrag, *Krivično procesno pravo – uvod i opšti dio,* Bihać 2009.
Simović N. Miodrag, Simović M. Vladimir, Govedarica Mladenka, *Krivično procesno pravo – uvod i opšti dio,* Bihać 2021.

Simović M. Miodrag, Šikman Mile, *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta,* Banja Luka 2017.
Stanković Gordana, „Načelo neposrednosti: konkretizacija načela u Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku", *Pravni informator* 3/2010
Stanković Gordana, „Načelo neposrednosti i Zakon o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku", *Pravo – teorija i praksa* 5-6/2010.
Стевановић Чедомир, Ђурђић Војислав, *Кривично процесно право – општи део,* Ниш 2006.
Schroeder Friedrich-Christian, *Strafprozessrecht,* Munchen 2007.
Schroeder Friedrich-Christian, *Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike NJemačke (uvod),* Sarajevo 2011.
Tomašević Goran, *Kazneno procesno pravo – Opći dio: Temeljni pojmovi,* Split 2011.
Trechsel Stefan, *Human Rights in Criminal Procedure,* Oxford 2006.
Турањанин Вељко, *Споразум о признању кривичног дела* (докторска дисертација), Крагујевац 2016.
Fond za humanitarno pravo, *Pravično suđenje – priručnik,* Beograd 2001.
Halilović Haris, Cacan Aida, „Svjedok po čuvenju i dopustivost njegova iskaza u sistemu kaznenog postupka SAD", *Kriminalistička teorija i praksa* 2016/4.
Heinz Wolfgang, *Das deutsche Strafverfahren – Rechtliche Grundlagen, rechtstatsächliche Befunde, historische Entwicklung und aktuelle Tendenzen,* Konstanz 2004. http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/strafverfahren.htm, 15. мај 2021.
Henigsberg Lav, *Osnovni propisi sudskog krivičnog postupka,* Zagreb 1934.
Циглер Снежана, „Начела непосредности и усмености у упрошћеним процесним формама", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1-3/1997.
Циглер Снежана, „О циљевима кривичног поступка", *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 10/1997.
Шкулић Милан, *Кривично процесно право,* Београд 2011.
Škulić Milan, „Dominantne karakteristike osnovnih velikih krivičnoprocesnih sistema i njihov uticaj na reformu srpskog krivičnog postupka", *Crimen* 2/2013.
Шкулић Милан, *Кривично процесно право,* Београд 2014.
Шкулић Милан, Бугарски Татјана, *Кривично процесно право,* Нови Сад 2015.

Извори права

Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, са додатним протоколима бр. 4, 6, 7, 11, 12 и 13 (*Службени лист СЦГ – Међународни уговори,* бр. 9/03, 5/05 і 7/05 – испр. и *Службени гласник РС – Међународни уговори,* бр. 12/10 і 10/15).
Законик о кривичном поступку из 2001 (*Службени лист СРЈ,* бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник СР,* бр.58/04, 85/05, 85/05 – др. закон, 115/05, 49/07, 20/09 – др. закон, 72/09 и 76/10)
Законик о кривичном поступку из 2011 (*Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 – одлука Уставног суда и 62/21 – одлука Уставног суда)

Snežana S. Brkić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Brkic@pf.uns.ac.rs

General Theoretical Settings on the Principle of Immediacy in Criminal Proceedings

Abstract: *The paper presents some general theoretical settings about the principle of immediacy in criminal proceedings. It should serve as a theoretical platform for developing further research in this area. The autor gives a definition of the principle of immediacy and sees his place in the classification of procedural principles, linking it to the judicial function. The principle of immediacy is one of the implicit procedural principles, which also have international legal roots in Art. 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental freedoms. The paper emphasizes and analyzes the following important features of the principle of immediacy: instrumentality, complexity, relativity (susceptibility to gradation) and connection with other procedural principles.*

Keywords: *principle of immediacy, criminal proceedings, principle of truth, fair trial.*

Датум пријема рада: 15.05.2022.
Датум прихватања рада: 17.05.2022.

Оригинални научни рад 340.134(497.11)”18/19”
doi:10.5937/zrpfns56-36534

Гордана М. Дракић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
G.Drakic@pf.uns.ac.rs

Урош Н. Станковић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
U.Stankovic@pf.uns.ac.rs

СТРАНИ ПУТОПИСЦИ О СРПСКИМ КОДИФИКАЦИЈАМА*

Сажетак: *У раду се говори о подацима о српским законицима из путописа путника који су обишли Кнежевину Србију. Путописци говоре о најранијим покушајима кодификације права и садржају касније донетих законика. Аутори ће представити казивања путописаца и пружити одговор на питање колико она одговарају истини.*

Кључне речи: *путописи, прва кодификаторска комисија, друга кодификаторска комисија, Српски грађански законик, Казнителни законик за Књажество Србију, Трговачки законик, Законик о поступку судском у парницама грађанским, Законик о поступку судском у кривичним делима.*

1. РЕЧ, ДВЕ О ПУТНИЦИМА КРОЗ КНЕЖЕВИНУ СРБИЈУ

Брдовити Балкан одувек је привлачио радознале путнике са различитих страна света. Страни путописци су се из наших предела враћали са разноразним записима и утисцима о природи, обичајима, политичким приликама, административно-територијалном уређењу, судству, финансијама... Колико су страним путписцима били занимљиви наши предели, толико су и они били занимљиви нашој историографији; у библиографијама домаће историографије може се пронаћи много радова посвећених путописима и путописцима. У некима од тих дела обједињено су обрађени су путописи аутора из исте

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови”, који се финансира средствима Правног факултета у Новом Саду.

земље или истог говорног језика[1], док се у другима анализира један конкретан путопис[2]. Премда су и број и квалитет наслова посвећених страним путописима и више него задовољавајући, и даље има њихових записа који су до сада измакли пажњи историографије. У те записе могу се убројити и они о законицима Кнежевине Србије. Стога ће аутори у тексту који следи упознати читалачку публику са подацима и утисцима путописаца о српским кодификацијама.

2. ПРВИ КОДИФИКАТОРСКИ ПОКУШАЈИ У ОЧИМА ПУТОПИСАЦА

Путописци су забележили готово целокупну кодификаторску делатност из времена прве владавине кнеза Милоша. Знаменити српски књижевни радник и професор новосадске гимназије Георгије Магарашевић прибележио је у свом путопису, насталом након пута у Србију 1827, да га је кнежев секретар Димитрије Давидовић обавестио да у Србији нема писаних закона, али да се на њима већ дуго ради. Иако то, строго узев, не би одговарало значењу прилога „дуго", не треба искључити могућност да је Давидовић под радом на законима подразумевао и кодификаторски рад. Овде треба подсетити да је кнез Милош још 1826. наложио да се купе „књиге свих европских закона"[3], а да се у једном аустријском извештају насталом непуна четири месеца пре Магарашевићевог записа помиње да Димитрије Давидовић са учитељем Аврамом Гашпаровићем саставља српски законик, користећи се „немачким" (аустријским), француским и пруским кодексом и, највише, Келеменовим *Институцијама*.[4]

[1] Вид. нпр. Zoran Konstantinović, *Deutsche Reisebeschreibungen über Serbien und Montenegro*, München 1860; Zdenko Levental, *Britanski putnici u našim krajevima od sredine XV do početka XIX veka*, Gornji Milanovac 1989; *Британски путници у нашим крајевима у XIX веку* (приредио Бранко Момчиловић), Нови Сад 1993.

[2] Вид. нпр. Живота Ђорђевић, „Енглескиње А. П. Ирби и Г. М. Мекензи у Србији 1862, 1863. и 1864. године", *Историски часопис* 29–30/1982–1983, 391–400; Бранко Момчиловић, „Писма са Дунава Џона Пелгрејва Симпсона", *Зборник Матице српске за славистику* 41/1991, 121–131; *Феликс Каниц о књажевачком крају* (уреднице Владана Стојадиновић, Слађана Јеремић и Љиљана Павловић), Књажевац 2016.

[3] „Отац српског позоришта" Јоаким Вујић у свом путопису у Србији не говори изричито о првим покушајима кодификације права, али му није промакло да су се у кнежевој канцеларији у Крагујевцу између осталог налазили пруски Општи земаљски законик (Allgemeines Landrecht), Француски грађански законик, један приручник баварског грађанског права и *Институције мађарског приватног права* (*Institutiones iuris hungarici privati*), тротомно дело мађарског правника и теолога Имреа Келемена. Вид. Јоаким Вујић, *Путешествіе по Сербіи*, Будим 1828, 134.

[4] Архив Српске академије наука и уметности, грађа Историјског института – заоставштина Алексе Ивића, И VI, 116/1, генерал Фојт барону Сигенталу, Земун, 7. V 1827; Ото Дубислав пл. Пирх, *Путовање по Србији у години 1829;* Ђорђе Магарашевић, *Путовање по*

Путописци нису сагласни у погледу тога како је одабрана страна кодификација која ће служити за узор будућег српског законика. Чувени пруски официр Дубислав Ото Пирх, који је у Србији боравио 1829, тврди да је на почетку кодификаторског рада разматрано више страних законика, међу којима је избор пао на француски. Та тврдња противречи казивањима двојице љутих противника – Вука Караџића и Јована Хаџића – да се мисао о дословном превођењу Код сивила на српски родила у глави Димитрија Давидовића, односно да је прва кодификаторска комисија одабрала француцки кодекс јер је чула да је он најлибералнији. Међутим, треба скренути пажњу на у историографији помало запостављено писмо кнеза Милоша аустријском министру спољних послова Метерниху од 10. октобра 1837, у којем се наводи да су кодификаторске комисије поред Француског грађанског законика преводиле аустријски, пруски и друге кодексе. Тешко је, у оскудици извора, рећи да ли је на самом почетку кодификаторског рада било превођења других страних законика осим француског или је пак кнез желео да умири северног суседа преплашеног од рецепције француске кодификације лажним податком да је она била само један од потенцијалних узора за будући српски законик.[5]

Жан Мари Шопен – Француз у руској служби, велики истраживач Кавказа – не спомиње, додуше, екцплицитно да је кнез Милош одабрао Наполеонов законик као мустру, али зато на изненађење упућенијих читалаца каже да се српски владар дивио француској кодификацији, ни не помишљајући да он није примењив у његовој земљи. Шопенови записи тешко да би се могли прихватити, с обзиром на то да се из нешто касније фазе кодификаторског рада може видети да је кнез био слабо упућен у садржину страних законика, али и да је тежио томе да српски кодекси буду што једноставнији, што би се тешко постигло некритичком рецепцијом ФГЗ.[6]

Путописци откивају својим читаоцима и податке о раду кодификаторских комисија. Према Пирху, на послу израде законикâ био је највише ангажован Велики суд, како се почесто у изворима називао Суд општенародни српски, највиша судска инстанца у Србији после кнеза, а на законима су, вели путописац, радила стручна лица, међу којима се истиче Вук Караџић. У широј јавности можда и најпознатији путник по Србији – Феликс Каниц – износи сличну тврдњу: да је кнез саставио комисију сасатвљену од „сенатора, државних чиновника и учених правника ван државне службе" којом је сам

Србији у 1827. години, Београд 1983, 286; Miloš Jagodić, „Library of the Ministry of Foreign Affairs of the Principality of Serbia in 1846", *Istraživanja* 26/2015, 127.

[5] Јован Хаџић, „Спомени из моега дневника", *Огледало српско* 2/1864, 37; Ото Дубислав пл. Пирх, *Путовање по Србији у години 1829* (превео Драгиша Т. Мијушковић), Београд 1899, 175; Мираш Кићовић, *Јован Хаџић (Милош Светић)*, Нови Сад 1930, 69; Вук Стеф. Караџић, *Преписка IV (1829–1832)*, Београд 1988, 183.

[6] Jean-Marie Chopin, Abdolomyne Ubicini, *Provinces roumaines et danubiennes* I, Paris 1856, 397; Томица Никчевић, *Постанак и покушај прераде Грађанскої законика Кнежевине Србије*, Београд 1971, 14–15.

председавао. Насупрот Каницу, Шопен тврди да је кодификаторски подухват водио Вук Караџић, док су у комисији, поред њега, били Ђорђе Протић, Лазар Теодоровић и прота Матеја Ненадовић.[7]

Података о законописачкој делатности Великог суда, барем за сада, нема, а „стручност" чланова прве кодификаторске комисије – Лазара Зубана, Павла Радомировића, Васе Поповића, проте Матеје Ненадовића, Ђорђа Протића, Лазара Теодоровића, Анте Протића, Стефана Радичевића, Цветка Рајовића, Симе Михаиловића Сломе – треба узети условно. Међу њима је, по мерилима ондашње Србије, било образованијих људи, али не и образованих правника. Вук Караџић је руководио кодификаторским радовима, али један извештај о раду скупштине одржане у Крагујевцу у јануару 1830, у чију аутентичност с обзиром на прилике у Кнежевини не треба сумњати, говори да су се ти радови одвијали под будним оком кнеза Милоша.[8]

Подаци о раду прве кодификаторске комисије могу се пронаћи код Жана Марија Шопена и британског дипломате и оријенталисте Ендрјуа Арчибалда Пејтона.

Прва законодавна комисија радила је, према Шопену, тако што је преводила члан по члан Француског законика, а потом одбацивала одредбе за које је сматрала да се у Србији не би могле применити. Новим истраживањима утврђено је да нацрт српског грађанског законика потекао од прве кодификаторске комисије није садржао првих 278 чланова француског кодекса, који се односе на важење закона, уживање грађанских права и неке институте брачног права (нпр. услове за закључење брака и развод). Међутим, не може се установити да ли је Француски грађански законик, према идеји која је по речима Вука Караџића дошла од Димитрија Давидовића, најпре преведен у целости, па тек онда уподобљаван српским приликама, или је то уподобљавање чињено упоредо с превођењем.[9]

Француски путописац такође каже да се комисија у раду служила коментаром Код сивила набављеним у Бечу и пољским преводом француске кодификације. Коментар о којем Шопен пише највероватније је *Коментар Наполеоновог законика* (*Commentar über den Code Napoleon*), дело немачког правника Ернста Шпангенберга, које је Вук Караџић 1830. желео да набави у Бечу преко Јернеја Копитара, а које је ван сваке сумње коришћено приликом израде нацрта грађанског законика који се везује за другу кодификаторску комисију. Вук је од Копитара поручио и два пољска превода ФГЗ[10], али за

[7] J. M. Chopin, A. Ubicini, 397; Felix Kanitz, *Serbien. Historische-etnographische Reisestudien aus den Jahren 1859–1868*, Leipzig 1868, 634; Д. О. пл. Пирх, 175.

[8] *Oesterreichischer Beobachter* No 101–102, 12. IV 1830, 431; Алекса С. Јовановић, „Рад на 'торжественим законима'", *Архив за правне и друштвене науке* 4/1909, 258–260.

[9] J. M. Chopin, A. Ubicini, 397; Архив Србије, Поклони и откупи, 76/71, друга кодификаторска комисија кнезу Милошу, Београд, 27. III 1834; В. С. Караџић, 183.

[10] Један је издат 1808. дело Франтишека Касверија Санијавског, католичког свештеника и чиновника Министарства правде Варшавског Војводства, док је други објављен 1810.

сада није познато да ли су они и стигли у Србију и јесу ли се чланови прве кодификаторске комисије њима користили у свом раду. У комисији је, наводно, учествовао и неки пољски правник, чије учешће није било од нарочите користи, јер су често правно неуки чланови комисије боље разумели текст ФГЗ од њега. Једини попзнати Пољак из приче о првим кодификаторским покушајима јесте онај од којег су законописци затражили разјашњење речи „servitut", а он их прекорио због незнања и оставио без одговора. Велики познавалац српско-пољских односа Љ. Дурковић Јакшић сматра да се ради о адвокату Стефану Митурињском, револуционару и фантасту, за чије је евентуалне препоруке у вези с радом на законима Вук писао Копитару да их нико не би уважио због „ћанутости" овога Пољака.[11]

Пејтон обогаћује познату анегдотску причу о хипотеци коју су чланови прве кодификаторске комисије у српском преводу претворили у апотеку. Преводиоца ФГЗ су, наводно, упитали како се у кодификацији нашла апотека, што је он приписао у заслугу високим достигнућима француских медицине и хирургије.[12]

Путописци нису сагласни у погледу тога каква је била садржина пројекта грађанског законика прве кодификаторске комисије. У *Путовању у Бугарску током 1841. године* (*Voyage en Bulgarie pendant l' année 1841*) француског економисте Жерома Адолфа Бланкија наводи се да је ФГЗ у Србији преведен „од речи до речи", што је путописац сматрао за „испуњавање пародије". Француски племић и путописац Адолф Де Караман, који је пропутовао кроз Србију 1829, тврди да је кнез Милош за Србију желео да озакони Француски грађански законик „сагласан са потребама и ступњем развитка његовог народа".[13] Највише се од истине удаљава Феликс Каниц, који каже да је нацрт грађанског законика био спој решења из разних европских кодификација, од којих је највише преузето из ФГЗ.[14]

и сачинио га је Ксавијер Михал Богуш, филозоф и теолог. Вид. Eva Woźniak, Rafal Zarębski, „The Napoleonic Code and Polish Legal Terminology in the 19th Century", *Rasprave – časopis Instituta za hrvatski jezik i jezikoslovlje* 1/2021, 231.

[11] J. M. Chopin, A. Ubicini, 397; Љубомир Дурковић Јакшић, *Југословенско-пољска сарадња 1772–1840*, Нови Сад 1971, 146; В. С. Караџић, 205; Гордана М. Дракић, Урош Н. Станковић, „Нови подаци о првим покушајима кодификације грађанског права у Кнежевини Србији (1827–1837)", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020, 146–147.

[12] Ендрју Арчибалд Пејтон, *Србија најмлађи члан европске породице или боравак у Београду и путовања по планинама и шумама унутрашњости 1843. и 1844. године*, Нови Сад 1996, 225.

[13] У чланку о раду јануарске скупштине из 1830. стоји да је кнез Милош обавестио посланике да ће се српска грађанска кодификација заснивати на ФГЗ прилагођеном особеностима обичаја у Србији. Вид. *Oesterreichischer Beobachter* No 101–102, 12. IV 1830, 431.

[14] Jerome Adolphe Blanqui, *Voyage en Bulgarie pendant l'année 1841*, 96; F. Kanitz, 634–635; „Белешке о Србији које је оставио гроф Адолфо од Карамана у октобру 1829. године" (приредио Милан Ђ. Милићевић), *Споменик Српске краљевске академије* 17/1892, 28.

У путописима се може наићи и на податке о прегледу нацрта прве кодификаторске комисије. Пирх је изнео тврдњу да је требало о пројекту најпре требало да дају свој суд кнез и Велики суд, а на коначно одбрење би био поднет скупштини. Извори не пружају материјал за потврду Пирховог казивања. С друге стране, код Шопена се може наићи на запис да је скупштина одржана у јесен 1830. одобрила нацрт српске грађанске кодификације. Казивање француског путописца се несумњиво може довести у везу са Вуковим писмом Лукијану Мушицком од 2. јануара 1832, у којем се каже да је скупштина одобрила законе, али да само кнез Милош зна када ће бити штампани.[15]

Рад на кодификацији српског права током 30-их година у путописима је заступљен много слабије. Мајкл Квин, ирски новинар и путописац, и Паул Посарт, немачки учитељ и библиотекар, у својим путописима верно преносе део говора кнеза Милоша на Сретењској скупштини (1835) у којем обавештава депутате да је наложио да се нацрти грађанског и кривичног законика, на којима се ради „четири године" подвргну још једној ревизији у преводу на енглески, тј. немачки.[16]

О доласку Јована Хаџића и Василија Лазаревића у Кнежевину ради писања законика говоре два путописца. Први је Шопен, који с тим у вези пружа неколико нетачних података: да су новосадски сенатор и земунски градоначелник позвани у Србију 1837, да им је препоручено да приликом прегледања из нацрта избаце све што не би одговарало обичајима Србије и да су двојица законописаца отпуштени, а да свој посао нису обавили, за шта је по мишљењу путописца била крива или Милошева неискреност у погледу остварења кодификаторског подухвата или недораслост двојице законописаца повереном задатку. Од Бланкија, штуријег, али у овом случају поузданијег, читаоци могу сазнати како је кнез Милош наложио да нацрте законика прегледају страни правници.[17]

Посарт доноси занимљив податак да се „сада" (година објављивања његовог путописа је 1837) у Србији преводе аустријски законици. Познато је да је мисија Хаџића и Лазаревића у Србији била да издејствују одбацивање ФГЗ као модела за будући српски грађански законик, али у ово време се, колико је познато, још није говорило о аустријским кодексима као мустри за српске. Међутим, овде треба скренути пажњу на један донедавно непознат новински извештај из 1837, у којем стоји да су двојица законописаца позвани у Србију да кнезу Милошу послуже за превођење „немачких" закона. Није

[15] J. M. Chopin, 397; Д. О. пл. Пирх, 175; В. С. Караџић, 568.

[16] Michael J. Quin, *A Steam Voyage Down the Danube* I, Paris 1836, 134; Paul Anton Fedor Konstantin Possart, *Das Fürstenthum Serbien, seine Bewohner, deren Sitten und Gebräuche*, Darmstadt 1837, 179.

[17] J. A. Blanqui, 97; J. M. Chopin, A. Ubicini, 419.

немогуће да Посарт свој податак није добио из прве руке, у Кнежевини, већ да је подлегао вестима које су кружиле у иностранству.[18]

3. ПУТОПИСЦИ О САДРЖИНИ СРПСКИХ ЗАКОНИКА

Страни путописци који су обилазили наше крајеве у време када су српски законици ступили на снагу оставили су записе о садржини тих кодекса. Неки од путописаца ограничавали су се на податке о страном узору одређене српске кодификације, док су други били детаљнији и представљали својим читаоцима поједине одредбе законика Кнежевине.

Ернст Антон Кицман, баварски лекар и путописац, вели да се српске кодификације заснивају на француским узорима, захваљујући Димитрију Давидовићу, и да се косе са „изворним стањем" српског народа. Да се српска грађанска кодификација заснива на ФГЗ записали су је и енглески свештеник Вилијем Дентон и Ендрју Арчибалд Пејтон, што је код овог последњег утолико више за чуђење што је обавештења о приликама у Србији добијао од аутора СГЗ Јована Хаџића. То није једини Пејтонов погрешан податак у вези са узорима српских законика. Наиме, путописац, који је Србију пропутовао 1844, када у њој кривични законик још не постоји, забележио је да се српски кривични законик заснива на аустријском! У своја два путописа – *Свешионик Истока* (*Der Leuchtthurm des Ostens*) и *Турци у Европи* (*Die Türken in Europa*) немачки новинар Густав Раш наводи да су српски законици састављени по узору на аустријске, пруске и француске. Његов податак је најпоузданији од свих путописаца који говоре о српским кодификацијама; познато је да се СГЗ заснивао претежно на аустријској грађанској кодификацији, Кривични законик на пруском изворнику, а Трговачки добрим делом преузима решења француског.[19]

Судећи по броју редова које су посветили појединим кодификацијама, највећу пажњу путописаца привукли су СГЗ и Казнителни законик.

О појединим одредабама СГЗ писали су Дентон и Каниц. Дентон је упознао читаоце са одступањима српске кодификације од погрешно наведеног изворника. Путописац је забележио да у Србији наслеђују само синови и да од побочних сродника оставиоца наслеђују само мушкарци, осим ако не

[18] P. A. F. K. Possart, 101; *Frankfurter Ober-Postamts-Zeitung*, No 32, 31. I 1837.

[19] Ernst Anton Quitzmann, *Reisebriefe aus dem Ungarn, dem Banat, Siebenbürgen, den Donaufürstenthümern, der Europäischen Türkei und Griechenland*, Stuutgart 1850, 125; Стојан Вељковић, *Објашњење Трговачког законика за Књажество Србију*, Београд 1866, 1; Драган Николић, *Кривични законик Кнежевине Србије*, Ниш 1991, 97 и даље; Е. А. Пејтон, 225; Gustav Rasch, *Der Leuchtthurm des Ostens. Serbien und die Serben*, Prag, s. a., 439; Исти, *Die Türken in Europa* I, Prag 1873, 101.

постоји само сродство по женској линији, али да свакако чак и удаљеније сродство по мушкој линији искључује ближе сроднике по женској. Дентоново казивање не одсликава сасвим поуздано чињеничну стварност, у шта се можемо уверити консултовањем одредаба СГЗ о законском наслеђивању.[20]

Каниц се СГЗ дотиче на више места у свом путопису. Први пут то чини када говори о установи породичне задруге. Путописац у немачком преводу даје чланове 519, који регулише обавезу задружног старешине да буде старатељ малолетне деце без оца у задрузи, и 528, који се односи на разна питања задружног наследног права. СГЗ је, према Каницовој тачној тврдњи, од тренутка доношења претрпео више измена. Каницу није била непозната ни иницијатива коју су на Петровској скупштини (1848) поднели депутати Рудничког округа – да се за Србију изради нови грађански законик који би одговарао духу народа.[21]

Казнителни законик је тема у Дентоновом, Каницовом и једном од Рашових путописа (*Светионик Истока*). Од 1857 је влада, тврди Каниц, сваке године подносила Савету нацрт кривичног законика на преглед, али су њени напори да се кривично право кодификује остали без разултата. Путописац је располагао добрим подацима, јер је нацрт кривичног законика 1857. и 1858. подношен Савету, који се и 1859. бавио прегледањем пројеката кривичног кодекса. Код Дентона се може прочитати да је у Србији усвојен „Code pénal", из чега се посредно може закључити да путописац поручује како је Казнителни законик сачињен по француском моделу. Каниц и Раш доносе врло сличне текстове о садржини Казнителног законика, у којима су приказани врсте кривичних санкција, начини њиховог извршења и законски минимуми и максимуми, с тим што је први путописац нешто детаљнији и говори и о начину евентуалне замене једне санкције другом (затвора робијом и новчане и телесне казне затвором). Рашу се Казнителни законик учинио као врло строг, јер се према њему, како каже путописац, и „насилничка крађа" кажњавала смрћу. Писац је вероватно алудирао на члан 240 КЗ, у којем је било предвиђено да ће се разбојнику који приликом разбојништва изврши умишљајно убиство изрећи смртна казна.[22]

Остале кодификације у путописима су заступљене много слабије. Каниц набраја три законика о грађанском поступку (1853, 1860. и 1865), уз напомену да је први допуњен 1855. Ради се о изменама *Законика о поступку судском*

---

[20] *Законикъ грађанскій за Княжество србско*, Београд 1844, 71–73 (чл. 397–408); W. Denton, 246.

[21] *Законик грађанскій*, 93 (чл. 519), 94 (чл. 528); F. Kanitz, 79–80, 236; Živomir Stanković, *Petrovska narodna skupština 1848. godine*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu u Beogradu 1984, 500.

[22] *Казнителный законикъ за Княжество србско,* Београд 1864, 102 (чл. 240); W. Denton, 246; F. Kanitz, 639–640; G. Rasch (s.a.), 46, 439–441; Д. Николић, 70–94.

у парницама грађанским (1853) од 28. децембра 1855, којим је шеснаеста глава те кодификације у целости замењена новом, у вези са претварањем Врховног суда у Врховни и касациони.[23]

Нацрти „трговачког и меничног закона", како Каниц назива Трговачки законик, такође су, према речима овог путописца, Савету долазили на разматрање од 1857, али су доживели исту судбину као и пројекти кривичног кодекса. Од године коју Каниц помиње па до издавања Трговачког законика (1860) заиста није прошла ниједна година без одређених активности на изради ове кодификације, али у њих није увек био укључен Савет, а путописац не спомиње нацрт трговачког законика састављен и предат Савету 1851. Каниц исправно наводи да је година издавања Трговачког законика (којег неиправно назива „Менични закон") 1860, а Дентон, иако је кроз Србију путовао у пролеће 1862, када је овај кодекс већ увелико био на снази, читалачку публику погрешно обавештава да Кнежевина нема трговачку кодификацију.[24]

Каниц исправно наводи 1865. као годину доношења *Законика о поступку судском у кривичним делима*, најмлађе кодификације Кнежевине. И њено путешествије од нацрта ка коначном тексту је, вели путописац, започело 1857, а није се раније завршило јер су између владе и Савета постојала размимоилажења око неких „споредних питања". Из Каницовог даљег текста, у којем се говори да такво отезање са доношењем законика не би било могуће у време Милошеве владавине, произлази да су се неслагања владе и Савета испољила након смрти владаоца. Међутим, колико је за сада познато, једина несугласица у вези са кодификацијом кривичног поступка постојала је на релацији кнез Милош – Државни савет, и то у погледу динамике прегледа пројекта законика о кривичном поступку из 1860.[25]

Кривични, трговачки и два процесна законика из 1865. су, према Каницу, настали великом заслугом министра правде Рајка Лешјанина и двојице заступника министра – „Петроњевића" (recte: Петронијевића) и Романовића. Лешјаниново име ћемо пронаћи у историји израде кривичног законика и законика о грађанском и кривичном поступку из 1865, али није познато да је учествовао у састављању трговачког кодекса.[26]

---

[23] *Сборникъ закона' и уредба' и уредбенны' указа изданы' у Княжеству Србіи* 8/1856, 113–124; F. Kanitz, 635.

[24] W. Denton, 246; F. Kanitz, 635; Гордана М. Дракић, Урош Н. Станковић, „Кодификација трговачког права у Кнежевини Србији (1849–1860)", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018, 1580–1590.

[25] F. Kanitz, 236, 635; Божидар В. Марковић, *О доказима у кривичном поступку*, Београд 1908, 103–105.

[26] F. Kanitz, 635; Б. В. Марковић, 103, 106; Д. Николић, 92; Маша Кулаузов, *Поступак пред Апелационим и Касационим судом по Законику о грађанском судском поступку из 1865. године*, Нови Сад 2015, 9.

4. ЗАКЉУЧАК

Страни путници највише оставили су највише бележака о најранијим покушајима израде српских закона и садржини касније донетих кодекса. Читаоци њихових путописа могу сазнати како је одабран страни законик који ће послужити као модел за српску грађанску кодификацију, ко су били чланови прве кодификаторске комисије, како је текла израда првог пројекта грађанског законика за Кнежевину, како је, у општим цртама, изгледао тај пројекат и да су касније ради израде законика ангажована двојица стручних законописаца.

Што се СГЗ тиче, путописци су се највише занимали за одредбе које су његова differentia specifica у односу на остале грађанске кодификације – законско право (не)наслеђивања женске деце и задругу. У КЗ највише пажње су привукле кривичне санкције. Када су пак у питању остали законици, аутори путописа просто констатују њихово (не)постојање, евентуално уз кратак историјат његовог доношења.

Путописци су углавном били добро обавештени о кодификацији права у Србији, мада ни нетачни подаци у путописима нису нарочита реткост. Путописне белешке пружају врло мало нових сазнања о изради српских законика, али с обзиром на то да података о почецима кодификатопрске делатности има мало, сваки нови је драгоцен. Осим тога, погрешна обавештења страних путника и њихови утисци о кодификаторским радовима и самим кодификацијама често су врло занимљиви, и стога и путописе можемо убројити у изворе од солидног значаја за ову тему.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

1. Извори

Архив Србије
Поклони и откупи

Архив Српске академије наука и уметности
Грађа Историјског института – заоставштина Алексе Ивића;

„Белешке о Србији које је оставио гроф Адолфо од Карамана у октобру 1829. године" (приредио Милан Ђ. Милићевић), *Споменик Српске краљевске академије* 17/1892, 24–29;
Blanqui Jerome Adolphe, *Voyage en Bulgarie pendant l'année 1841*;
Вујић Јоаким, *Путешествіе по Сербіи*, Будим 1828;
Denton William, *Servia and the Servians*, London 1862;
Законикъ грађанскій за Княжество србско, Београд 1844;

Казнительный законикъ за Княжество србско, Београд 1864;
Kanitz Felix, *Serbien. Historische-etnographische Reisestudien aus den Jahren 1859–1868*, Leipzig 1868;
Караџић Вук Стеф., *Преписка IV (1829–1832)*, Београд 1988;
Quin Michael J., *A Steam Voyage Down the Danube* I, Paris 1836;
Quitzmann Ernst Anton, *Reisebriefe aus dem Ungarn, dem Banat, Siebenbürgen, den Donaufürstenthümern, der Europäischen Türkei und Griechenland*, Stuutgart 1850;
Oesterreichischer Beobachter;
Пејтон Ендрју Арчибалд, *Србија најмлађи члан европске породице или боравак у Београду и путовања по планинама и шумама унутрашњости 1843. и 1844. године*, Нови Сад 1996;
Пирх Ото Дубислав пл., *Путовање по Србији у години 1829;* Ђорђе Магарашевић, *Путовање по Србији у 1827. години*, Београд 1983;
Пирх Ото Дубислав пл., *Путовање по Србији у години 1829;* Магарашевић Ђорђе, *Путовање по Србији у 1827. години*, Београд 1983.
Possart Paul Anton Fedor Konstantin, *Das Fürstenthum Serbien, seine Bewohner, deren Sitten und Gebräuche*, Darmstadt 1837;
Rasch Gustav, *Der Leuchtthurm des Ostens. Serbien und die Serben*, Prag, s. a;
Исти, *Die Türken in Europa* I, Prag 1873;
Сборникъ закона' и уредба' и уредбенны' указа изданы' у Княжеству Србіи;
Frankfurter Ober-Postamts-Zeitung;
Chopin, Jean-Marie, Ubicini, Abdolomyne, *Provinces roumaines et danubiennes* I, Paris 1856.

2. Литература

Британски путници у нашим крајевима у XIX веку (приредио Бранко Момчиловић), Нови Сад 1993;
Вељковић Стојан, *Објашњење Трговачког законика за Књажество Србију*, Београд 1866;
Woźniak Eva, Zarębski Rafal, „The Napoleonic Code and Polish Legal Terminology in the 19th Century", *Rasprave –časopis Instituta za hrvatski jezik i jezikoslovlje* 1/2021, 227–245.
Дракић Гордана М., Станковић Урош Н., „Кодификација трговачког права у Кнежевини Србији (1849–1860)", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018, 1577– 1594;
Исти, „Нови подаци о првим покушајима кодификације грађанског права у Кнежевини Србији (1827–1837)", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020, 141–157;
Дурковић Јакшић Љубомир, *Југословенско-пољска сарадња 1772–1840*, Нови Сад 1971;
Ђорђевић Живота, „Енглескиње А. П. Ирби и Г. М. Мекензи у Србији 1862, 1863. и 1864. године", *Историски часопис* 29–30/1982–1983, 391–400;
Jagodić Miloš, „Library of the Ministry of Foreign Affairs of the Principality of Serbia in 1846", *Istraživanja* 26/2015, 106–132;

Јовановић Алекса С., „Рад на ‘торжественим законима’”, *Архив за правне и друштвене науке* 4/1909, 257–262;
Кићовић Мираш, *Јован Хаџић (Милош Светић)*, Нови Сад 1930;
Konstantinović Zoran, *Deutsche Reisebeschreibungen über Serbien und Montenegro*, München 1860;
Кулаузов Маша, *Поступак пред Апелационим и Касационим судом по Законику о грађанском судском поступку из 1865. године*, Нови Сад 2015;
Levental Zdenko, *Britanski putnici u našim krajevima od sredine XV do početka XIX veka*, Gornji Milanovac 1989;
Марковић Божидар, *О доказима у кривичном поступку*, Београд 1908;
Бранко Момчиловић, „Писма са Дунава Џона Пелгрејва Симпсона”, *Зборник Матице српске за славистику* 41/1991, 121–131;
Николић Драган, *Кривични законик Кнежевине Србије*, Ниш 1991;
Никчевић Томица, *Постанак и покушај прераде Грађанског законика Кнежевине Србије*, Београд 1971;
Stanković Živomir, *Petrovska narodna skupština 1848. godine*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu u Beogradu 1984.
Феликс Каниц о књажевачком крају (уреднице Владана Стојадиновић, Слађана Јеремић и Љиљана Павловић), Књажевац 2016.

Gordana M. Drakić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
G.Drakic@pf.uns.ac.rs

Uroš N. Stanković
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
U.Stankovic@pf.uns.ac.rs

Foreign Travel Writers on Serbian Codifications

Abstract: *The article sheds light on the data on Serbian codes of law revealed by the travelers who visited the Principality of Serbia. The travel writers provide the information on the earliest attempts to codify law in Serbia and the contents of latterly enacted codes. The authors shall present the accounts of the travel writers and give the answer to what extent they correspond to the truth.*

Keywords: *travel memoirs, the first codification committee, the second codification committee, Serbian Civil Code, Criminal Code for the Principality of Serbia, Commercial Code, Code on Court Procedure in Civil Lawsuits, Code on Court Procedure in Criminal Matters.*

Датум пријема рада: 19.02.2022.
Датум прихватања рада: 10.06.2022.

Оригинални научни рад 35.077.3(497.11)
doi:10.5937/zrpfns56-37703

Зоран Ј. Лончар
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Z.Loncar@pf.uns.ac.rs

ПРОСТОРНО ОГРАНИЧЕЊЕ НАДЛЕЖНОСТИ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ*

***Сажетак**: Поштовање правила о надлежности органа је битна претпоставка за законито вођење управног поступка и постојање реда међу бројним органима управе. Живот понекад намеће потребу да се одређене процесне радње неопходне за успешно вођење управног поступка предузму и на подручју месне надлежности неког другог органа. Разлози ефикасности и економичности вођења управног поступка у том случају захтевају или да их предузме неки други орган за потребе вођење предметног поступка или да их орган који води поступак сам предузме на подручју другог органа управе. У раду се указује на измене које су извршене у правном режиму просторног ограничења надлежности у новом Закону о општем управном поступку, и оцењује у којој мери оне могу допринети бољем вођењу управних поступака.*

***Кључне речи**: орган управе, управни поступак, надлежност органа управе, правна помоћ.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Надлежност органа, као овлашћење и дужност да поступа у некој правној ствари на одређеној територији, је битна претпоставка за законито вођење сваког поступка, па и управног поступка. Јасно и прецизно прописана правила о надлежности органа у управном поступку омогућавају успостављање неопходног реда у међусобним односима различитих субјеката који се могу јавити као вршиоци управне делатности, као и правну сигурност грађана, што је од посебног значаја у овој врсти поступка. Истовремено, добро уређена правила о надлежности органа управе омогућавају и остваривање

* Рад представља резултат истраживачког рада на Пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

начела делотворности и економичности у управном поступку. На надлежност органа се стога мора пазити по службеној дужности током свог трајања поступка, а повреде правила о надлежности представљају битну повреду правила поступка.

Новим Законом о општем управном поступку из 2016. године,[1] унете су бројне и значајне новине у наш управни поступак,[2] од којих су многе наишле на снажну и веома аргументовану критику стручне јавности.[3] Међу законским одредбама које су претрпеле значајне измене су и поједина правила о одређивању надлежности органа који води управни поступак. Најважнију новину у погледу правила о надлежности органа у управном поступку представљају измене правила о просторном ограничењу надлежности, која су пружала могућност органу који води управни поступак да, под условима прописаним законом, предузме одређену процесну радњу и на подручју другог органа. Циљ рада је да се осветли важећи правни режим простор-

[1] Закон о општем управном поступку – ЗУП, „*Службени гласник РС*", бр. 18/2016 и 95/2018.

[2] Вид.: Драган Милков, Ратко Радошевић, „Неке новине у Закону о општем управном поступку – 'управно поступање'"; *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (Зборник радова ПФНС) 3/2016, 733-752; Зоран Томић, „О управној ствари у српском праву", Зборник „*Актуелна питања савременог законодавства*" (ур. Слободан Перовић), Будва 2018, 225-238; Зоран Томић, „Управни уговори – елементи правног режима у Србији", *Правни живот* 10/2017, 249-269; Стеван Лилић, „Управни поступак и управна ствар у новом Закону о општем управном поступку Србије", Зборник „*Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*", Београд 2016, 11-37; Добросав Миловановић, Вук Цуцић, „Нова решења Нацрта закона о општем управном поступку у контексту реформе јавне управе у Србији", *Правни живот* 10/2015, 95-110; Вук Цуцић, „Фино подешавање Закона о општем управном поступку", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2018, 139-163; Dejan Vučetić, *Administrative Proceedings in the Habsburg Succession Countries*, Chapter IX – Serbia, (in: Zbigniew Kmieciak), Łódź University Press, Wolters Kluwer, 2020, 181-198.

[3] Вид.: Драган Милков, „Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку – корак напред или десет у страну?"; *Зборник радова ПФНС* 1/2013, 85-99; Драган Милков, Ратко Радошевић, „Обавештавање у управном поступку", *Зборник радова ПФНС* 4/2017, 1207-1227; Стеван Лилић, „Контроверзе у вези са новом радном верзијом Нацрта Закона о општем управном поступку Србије (у контексту европских интеграција)", Зборник „*Перспективе имплементације европских стандарда у управном систему Србије"* (ур. Стеван Лилић), Београд 2013, 11-27; Стеван Лилић, Катарина Манојловић – Андрић, Катарина Голубовић, *Практична примена новог ЗУП-а – спорна питања и одговори*, Службени гласник, Београд 2019; Зоран Лончар, „Посебни управни поступци", *Зборник радова ПФНС* 4/2016, 1231-1249; Зоран Лончар, „Неостваривање европских стандарда у управном поступку у Србији", *Зборник „Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније"*, Правни факултет, Нови Сад 2018, 371-388; Предраг Димитријевић, Дејан Вучетић, „Делотворност ванредних правних средстава у управном поступку", Зборник „*Унификација права и правна сигурност"* (ур. Јелена Перовић), Том 2, Београд 2020, 227-249; Зоран Јовановић, „Појам и класификација управних радњи – између теорије и законодавства", *Зборник радова ПФНС* 3/2018, 1097-1111; Милош Прица, „Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку", *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (Зборник радова ПФНШ) 91/2021, 97-116.

ног ограничења надлежности органа управе и да се оцени у којој мери законске новине заиста доприносе бољем вођењу управних поступака.

2. НАДЛЕЖНОСТ ОРГАНА УПРАВЕ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

У погледу одређивања надлежности органа у управном поступку у новом Закону су задржана основна правила за одређивање стварне и месне надлежности.[4]

Стварна надлежност, као овлашћење и дужност органа управе да решава у управним стварима с обзиром на њихову природу, одређује се и даље прописима који уређују одређену управну област (материјално-правни прописи) или надлежност појединих органа (чл. 33, ст. 1). Новину у Закону представља увођење резервних правила за одређивање стварне надлежности, који се код ове врсте надлежности супсидијарно примењују. Наиме, ако стварна надлежност није одређена неким материјално-правним прописом из одређене управне области, нити постоје посебни прописи о стварној надлежности, стварна надлежност се одређује према *природи управне ствари*. У случају кад она не може да се одреди ни према природи управне ствари, уведено је додатно правило према коме је стварно надлежан орган у чијем су делокругу *послови опште управе* (чл. 33, ст. 2).[5]

[4] Поред стварне и месне надлежности, као већ традиционалних врста надлежности, одавно познатих у правној теорији, у новијој нашој литератури се однедавно спомиње и функционална надлежност у управном поступку, под којом се подразумева овлашћење и дужност, не органа да води управни поступак, већ службеног лица да предузима радње у поступку (Вид.: Зоран Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Службени гласник, Београд 2019, 292; Зоран Томић, *Опште управно право*, Београд 2021, 299.). У истом смислу се говори и у Образложењу Предлога Закона о општем управном поступку, који је усвојен 2. фебруара 2016. године на 195. седници Владе (*http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=257741*, 3, 20. април 2022.), и то о тзв. делегацији надлежности, поводом које је указано да је „надлежност овлашћење и дужност на поступање у одређеној ствари на одређеној територији и да она припада органу, а не конкретном службеном лицу. Не мења се надлежност тиме што не решава начелник, већ самостални референт истог органа! Као када бисмо рекли да се мења надлежност суда ако не решава један, већ други судија!? Када писци образложења не познају овако елементарне и ноторне ствари, није ни чудо како изгледа нови Закон!". Драган Милков, *Управно право*, II, Нови Сад 2017, 108, фн. 3.

[5] Као узор за увођење природе управне ствари као допунског критеријума за одређивање стварне надлежности у управном поступку је послужио хрватски Закон о општем управном поступку ("*Народне новине*", бр. 47/2009 и 110/2021, чл. 15, ст. 2), који је био узор и за већину других законских новина, а прописивање послова опште управе као други допунски критеријум представља оригинално решење приређивача нашег Закона. Међутим, колико год прописивање органа у чијем су делокругу послови опште управе као допунског критеријума за одређивање стварне надлежности изгледало логичним и стога оправданим, ова законска новина ипак има веома ограничен домашај. Наиме, такав допунски критеријум за

Месна надлежност, као овлашћење и дужност органа управе да решава у управним стварима с обзиром на одређену територију, одређује се пре свега прописима о политичко-територијалној подели[6] или прописима о организацији појединих органа, у случају када надлежност органа није везана за неку од постојећих територијалних јединица (подручни органи управе).[7]

У случају да критеријум за одређивање месне надлежности органа, као везе између неког предмета и органа у чију би месну надлежност он спадао, није одређен прописом којим се уређује одређена управна област, као што би био случај са, на пример, Законом о путним исправама, Законом о личној карти, Законом о оружју и муницији, Законом о удружењима итд., Законом о општем управном поступку су прописани резервни критеријуми (чл. 34), који се у том случају супсидијарно примењују. Тако, кад у посебном пропису не постоји критеријум за одређивање месне надлежности, месна надлежност органа се одређује:

1) у управним стварима које се тичу непокретности – према месту где се непокретност налази;

2) у управним стварима које се тичу пословне или друге делатности странке – према седишту странке или месту где се делатност обавља или би требало да се обавља;

одређивање стварне надлежности може бити примењив само на нивоу локалне управе, где у оквиру градске или општинске управе понекад постоје посебни органи (управе, секретаријати) у чији делокруг спадају послови опште управе. Данас је такав случај са неким градовима, попут: Београда, где постоји посебан Секретаријат за опште послове; Новог Сада, где постоји посебна Градска управа за опште послове; Сремске Митровице, где постоји посебна Градска управа за опште и заједничке послове и за имовину; Чачка, где постоји посебна Градска управа за опште и заједничке послове; Ужица, где постоји посебна Градска управа за послове органа града, општу управу и друштвене делатности; Јагодине, где постоји посебна Градска управа за опште, скупштинске, нормативне и заједничке послове; Суботице, где постоји посебан Секретаријат за општу управу и заједничке послове; Панчева, где постоји посебан Секретаријат за општу управу и Кикинде, где постоји посебан Секретаријат за општу управу и заједничке послове. У осталим јединицама локалне самоуправе, попут: Сомбора, Крушевца, Краљева, Ваљева, Лесковца, Врања, Новог Пазара, Вршца итд., без обзира на то што у оквиру градске или општинске управе постоје посебна одељења за општу управу, овакав допунски критеријум не може послужити за одређивање надлежности органа у управном поступку, пошто се ради само о унутрашњим организационим јединицама у оквиру јединствене градске, односно општинске управе, које једино могу бити орган у управном поступку. Такође, такав допунски критеријум за одређивање стварне надлежности је непримењив и на републичком и покрајинском нивоу организације управе, где на основу Закона о министарствима ("*Службени гласник РС*", бр. 128/2020.), односно Покрајинске скупштинске одлуке о покрајинској управи ("*Службени лист АП Војводине*", бр. 37/2014, 54/2014, 37/2016, 29/2017, 24/2019, 68/2020 и 38/2021.) се не може утврдити у делокругу ког органа државне или покрајинске управе су послови опште управе.

[6] Закон о територијалној организацији Републике Србије, „*Службени гласник РС*", бр. 127/2007, 18/2016, 47/2018 и 9/2020.

[7] Вид.: Д. Милков, *Управо право*, II, 105; З. Томић, *Опште управно право*, 297-298; Предраг Димитријевић, *Управно право,* општи део, Ниш 2016, 342-343.

3) у управним стварима које се тичу послова из надлежности органа – према седишту органа, односно седишту његове подручне јединице ако се ствар односи на послове подручне јединице;

4) у управним стварима које се тичу брода или ваздухоплова или у којима је повод за вођење поступка настао на броду или ваздухоплову – према луци уписа брода или матичном аеродрому ваздухоплова;

5) у осталим управним стварима – према пребивалишту странке, а ако странка нема пребивалиште у Републици Србији – према њеном боравишту, а ако она нема ни боравиште у Републици Србији – према њеном последњем пребивалишту или боравишту у Републици Србији.

У случају да месна надлежност органа не може да се одреди ни према једном од наведених правила, одређује се према месту у коме је настао повод за вођење управног поступка.

У односу на правила из ранијег Закона (чл. 21) извршене су само одређене терминолошке измене и промењен је редослед навођења критеријума за одређивање месне надлежности, што свакако нису промене суштинске природе. Из тог разлога се и даље може рећи да су сва правила за одређивање месне надлежности у управном поступку и даље добро постављена, пошто се за сваку животну ситуацију може пронаћи јасан одговор на питање који ће орган бити месно надлежан за решавање конкретне управне ствари.

Правила о стварној и месној надлежности органа у управном поступку спадају у когентне правне норме и сваки орган је по службеној дужности обавезан да о њима води рачуна током целог поступка. И даље је остало правило да орган може да преузме поступање у одређеној управној ствари из надлежности другог органа или да поступање у одређеној управној ствари пренесе на други орган, само кад је то законом одређено (чл. 36. ст. 3). Такви случајеви су прописани, пре свега, Законом о државној управи,[8] којим је уређено питање *преузимања надлежности,* као дела општих и посебних овлашћења којима органи државне управе располажу у вршењу надзора над радом других органа државне управе и ималаца јавних овлашћења у случају вршења поверених послова државне управе (чл. 47. ст. 1, тач. 6 и чл. 56). Међутим, могућност промене надлежности органа у управном поступку познаје и сам Закон о општем управном поступку, и то у виду *преношења* надлежности, односно делегације (чл. 35, ст. 4) и *споразумне промене* надлежности, односно пророгације (чл. 36, ст. 1), који се односе само на промену месне надлежности. Наиме, у случају када у току вођења управног поступка наступе околности према којима би месно надлежан био неки други орган,

[8] Закон о државној управи, „*Службени гласник РС*", бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 30/2018 и 47/2018.

на пример, ако дође до промене пребивалишта или седишта странке, орган који је као месно надлежан покренуо поступак, задржава и даље надлежност. Међутим, он може да пренесе надлежност на орган који је према новим околностима постао месно надлежан, ако се тиме поступак знатно олакшава, нарочито за странку (чл. 35, ст. 4). С друге стране, у случају када би на основу критеријума за одређивање месне надлежности два или више органа била истовремено надлежна за решавање исте управне ствари, правило је да је надлежан онај орган који је први покренуо поступак. Међутим, месно надлежни органи се могу споразумети који ће од њих водити поступак. У међувремену, сваки месно надлежни орган је дужан да изврши на свом подручју оне радње које не трпе одлагање поступка (чл. 35, ст. 1-3).

У случају да дође до појаве сукоба надлежности у управном поступку (позитивног или негативног), правила о органу надлежном за решавање сукоба надлежности су и даље уређена посебним прописима, и то Законом о државној управи (чл. 58) и Законом о Уставном суду (чл. 68),[9] када је у питању републички ниво власти, односно Покрајинском скупштинском одлуком о Покрајинској влади (чл. 32, ст. 1, тач. 19)[10] и Законом о локалној самоуправи (чл. 62),[11] када су у питању покрајинска, односно општинска или градска управа.

Поступак одлучивања о сукобу надлежности је и даље уређен Законом о општем управном поступку, али нешто другачије, с обзиром на то да су скраћене поједине одредбе о сукобу надлежности. У случају појаве сукоба надлежности органа у управном поступку, и даље је правило да предлог за решавање сукоба подноси орган који се последњи изјаснио да је надлежан или да није надлежан, а може да га поднесе и странка (чл. 38. ст. 2). Међутим, веома важну новину представља изостављање раније одредбе да „до доношења одлуке о сукобу надлежности сваки орган може да предузима *оне радње које не трпе одлагање*" (чл. 28, ст. 4), што би требало да значи да данас од момента покретања питања сукоба надлежности ниједан орган више нема право да предузме било какву радњу у поступку. Тиме је остављен простор за могуће злоупотребе овог процесног института. Наиме, с обзиром на то да право на покретање питања сукоба надлежности, поред органа управе, има и странка у поступку, намерно покретање питања сукоба надлежности може довести до, на пример, нестанка одређеног доказног средства или немогућности

[9] Закон о Уставном суду, „*Службени гласник РС*", бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013, 103/2015 и 40/2015.

[10] Покрајинска скупштинска одлука о Покрајинској влади, „*Службени лист АП Војводине*", бр. 37/2014.

[11] Закон о локалној самоуправи, „*Службени гласник РС*", бр. 129/2007, 83/2014, 101/2016, 47/2018 и 111/2021.

његове употребе, као што би био случај са вршењем увиђаја, саслушањем тешко болесног сведока, па све до наступања застарелости вођења одређеног поступка или примене неког новог прописа који на другачији начин уређује исту правну ситуацију итд.[12] Важну новину из тог разлога представља увођење рока од 15 дана за решавање сукоба надлежности од стране надлежног органа (чл. 38. ст. 3), без обзира на то што је он само инструкционе природе. Такође, одређену новину представља и изостављање детаљнијих правила о начину отклањања последица сукоба надлежности, чиме је остављена већа слобода органу који одлучује о сукобу надлежности у процени на који начин треба поступити ради отклањања последица радњи предузетих од стране ненадлежног органа.[13]

Одлука о сукобу надлежности се и даље доноси у форми закључка. Међутим, за разлику од ранијег решења када је против одлуке о сукобу надлежности орган имао право да изјави самосталну жалбу, ако је сматрао да му је њоме повређено право, осим у случају када је о сукобу надлежности решавао суд или Влада (чл. 29, ст. 1), данас, не само странка, већ ниједан од органа који су били у сукобу надлежности, немају право на посебно правно средство, с обзиром на то да се оно више не може изјавити ни против једне одлуке донете у управном поступку у форму закључка.[14] То би значило да се законитост закључка донетог у случају сукоба надлежности може побијати само у оквиру жалбе против главног решења, по основу чињенице да је решење донео ненадлежни орган.

Повреда правила о надлежности органа у управном поступку је једна од битних повреда закона, због које може да се изјави не само жалба, већ и да се води управни спор, а може да се употреби и новоформулисано ванредно

---

[12] Из тог разлога нам се чини да је много срећније решење прописано у Закону о општем управном поступку у Северној Македонији, где и даље постоји одредба да сваки орган који се налази у поступку одлучивања о сукобу надлежности може предузети радње које не трпе одлагање ради заштите јавног интереса или интереса странке на њен захтев. Вид.: Закон за општата управна постапка, „*Службен весник на РМ*", бр. 124/2015 и 65/2018, чл. 22.

[13] Раније је било правило да ће орган који решава сукоб надлежности након што одлучи који је орган надлежан да решава у управном поступку поништити решење које је у управној ствари донео ненадлежан орган, односно поништиће закључак којим се надлежни орган изјаснио као ненадлежан и да ће доставити списе предмета надлежном органу. Вид.: Закон о општем управном поступку, „*Службени лист СРЈ*", бр. 33/1997, 31/2001 и „*Службени гласник РС*"", бр. 30/2010, – ЗУП из 1997, чл. 28, ст. 2.

[14] Вид.: Д. Милков, *Управно право*, II, 221; З. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, 68 и 589-590; Дејан Вучетић, „Делотворност процесних решења у првостепеном управном поступку", *Зборник радова ПФНШ* 91/2021, 75-96; Зоран Лончар, „Правна средства у новом Закону о општем управном поступку", *Зборник радова ПФНС* 4/2017-а, 1508-1509; Зоран Лончар, „Нека питања примене новог Закона о општем управном поступку Републике Србије", Зборник „*Искуства од примената на новите закони за општа управна постапка во земјите од регионот*", Охрид 5-7. мај 2017. године, 108-109.

правно средство Поништавање коначног решења (чл. 183). Поводом увођења овог, формално посматрано новог, ванредног правног средства у управни поступак, интересантно је приметити да само *апсолутна повреда стварне надлежности*, односно ситуација када је неки управни акт донет у ствари из судске надлежности или у ствари о којој се не одлучује у управном поступку (чл. 183, ст. 1, тач. 1), донети акт чини ништавим и као такав се може у свако доба уклонити из правног поретка (поништити). Међутим, када се ради о *релативној повреди стварне надлежности*, односно у случају када је управни акт донео неки стварно ненадлежни орган управе, као и кад се ради о *повреди месне надлежности* органа (чл. 183, ст. 1, тач. 7 и 10), управни акт чини само рушљивим, односно истеком рока за употребу овог ванредног правног средства, који у том случају износи од једне до пет година од коначности решења, управни акт конвалидира, односно биће у потпуности оснажен као да није учињена тако груба повреда надлежности. Сликовито речено, ако неки управни акт, на пример грађевинску дозволу, уместо надлежног органа управе изда суд или неки други неуправни орган, она ће моћи у свако доба да буде поништена, али ако је уместо органа управе надлежног за грађевинске послове, изда орган унутрашњих послова или било који орган управе надлежан за неку другу област друштвеног живота, попут информисања, културе, пољопривреде, заштите животне средине итд., истеком рока од пет година од коначности решења, таква дозвола ће опстати у правном поретку. Такође, ако је дозволу за изградњу неког објекта у Београду, издао орган надлежан за издавање грађевинских дозвола за изградњу грађевинских објеката у Новом Саду, односно ако је дошло до повреде месне надлежности органа, таква грађевинска дозвола ће бити оснажена (конвалидираће) истеком рока од само годину дана од њене коначности. Наведене нелогичности у правном режиму ванредног правног средства Поништавање коначног решења везане за ненадлежност органа у управом поступку последица су некритичког преузимања решења из претходног Закона, где су повреде стварне и месне надлежности такође биле предвиђене, али као разлози за употребу два различита ванредна правна средства, Поништавање по основу службеног надзора (релативна повреде стварне надлежности и месна ненадлежност, чл. 253, ст. 1, тач. 1 и 4) и Оглашавање решења ништавим (апсолутна повреда стварне надлежности – чл. 257, ст. 1, тач. 1), које су данас спојена у једно новоформулисано ванредног правно средство – Поништавање коначног решења.[15]

[15] Вид.: Зоран Лончар, „Ванредна правна средства у управном поступку у Републици Србији", *Правна ријеч* 58/2019, 169-192; Зоран Лончар, "*Поништавање и укидање решења у управном поступку*", *Правни живот*, 10/2019, 255-268; Предраг Димитријевић, Дејан Вучетић (2020), 227-249.

3. НОВА ПРАВИЛА О ПРОСТОРНОМ ОГРАНИЧЕЊУ НАДЛЕЖНОСТИ

Као последица постојања правила о месној надлежности органа управе, сваки орган има право и дужност да поступа у одређеним управним стварима само на одређеној територији која спада под његову месну надлежност. Међутим, понекад се јавља потреба да се неке процесне радње неопходне за вођење управног поступка предузму и на подручју неког другог органа. Потребу предузимања таквих радњи намећу, не само објективне околности, као што су на пример потреба вршења увиђаја на некој непокретности или узимање изјаве од лица у својству сведока у болници, који се налазе ван граница подручја органа који води поступак итд., већ то понекад захтевају и разлози економичности и ефикасности вођења поступка. Из тог разлога су дуги низ година у нашем управном поступку постојала правила о просторном ограничењу надлежности, којима је било уређено питање начина предузимања процесних радњи ван граница подручја органа који води управни поступак, у оквиру којих је постојало и овлашћење за орган који води поступак да под одређеним условима службену радњу може предузети и ван подручја граница своје месне надлежности.[16]

За разлику од свих претходних закона, у новом Закону су изостављене одредбе о просторном ограничењу надлежности између различитих органа управе. У оквиру новоформулисаних одредби названих „посебно ограничење надлежности" задржана су само поједина правила о одређивању надлежности везна за принцип одвојености цивилних и војних органа, при чему је значајно измењен њихов правни режим. У случају када је у циљу вођења управног поступка неопходно предузети службену радњу на подручју неког војног органа, за разлику од ранијег законског решења, према коме је за предузимање службене радње у зградама и другим објектима које користи Војска Србије било неопходно претходно поднети пријаву и добити одобрење од надлежног војног старешине (чл. 26, ст. 3), данас је за предузимање службених радњи на подручју војних органа прописан различит правни режим, заснован на *систему пријаве* или *систему одобрења*, који се примењује у зависности од врсте објекта у коме се радња предузима. У случају службене радње у зградама и другим објектима које користи Војска Србије неопходна је само претходна пријава надлежном војном органу (чл. 37, ст. 1), док је за предузимање службене радње у зградама и другим објектима за посебне намене који се користе за војне потребе у Министарству одбране

[16] Вид.: Закон о општем управном поступку, „*Службени лист ФНРЈ*", бр. 52/1956, „*Службени лист СФРЈ*", бр. 10/1965, 18/1965, 4/1977, 11/1978, 32/1978, 9/1986 и 47/1986 и „*Службени лист СРЈ*", бр. 24/1994, чл. 26; ЗУП из 1997, чл. 26.

или Војсци Србије неопходно прибавити изричито одобрење министра одбране (чл. 37, ст. 2).

Овакво ново законско решење сматрамо да заслужује одређену пажњу, јер се не ради само, на први поглед о терминолошким изменама, које се огледају у раздвајању ранијих термина „пријаве и одобрења" у две посебне законске одредбе. У првом случају, ако службену радњу треба предузети у зградама и другим објектима које користи Војска Србије, као што је на пример касарна, довољно је да се таква радња само пријави надлежном војном органу. Више није неопходно добити изричито одобрење, као позитиван акт издат од стране надлежног војног старешине, који би подразумевао његову сагласност за предузимање такве радње. Данас је битно да се војни орган путем пријаве само обавести о намери за предузимање радње, а није неопходна и његова сагласност. Шта више, на основу начина формулације законске одредбе могло би се закључити да је данас службену радњу у касарни Војске Србије могуће предузети и упркос неслагању надлежног војног органа. Сасвим је друго питање да ли су приређивачи закона тако нешто заиста желели да пропишу. У другом случају, када се службена радња предузима у зградама и другим објектима за посебне намене које се користе за војне потребе у Министарству одбране или Војсци Србије, када је за предузимање такве радње неопходно добити изричито одобрење издато од стране министра одбране, нејасно је које би то биле просторије у згради Министарства одбране које се користе за „војне потребе", а које у „невојне" потребе, с обзиром на то да је у питању орган држане управе који врши послове државне управе у области одбране као своју основну делатност,[17] док су војни послови резервисани за Војску Србије.[18] Такође, с обзиром на прихватање принципа одвојености цивилних и војних органа, због кога су и прописана посебна правила о одређивању надлежности у управном поступку, названа „посебна ограничења надлежности", остаје нејасно зашто је за предузимање службене радње у Војсци Србије као војном органу, прописана обавеза прибављања сагласности министра одбране, као старешине цивилног органа управе, а не надлежног војног старешине, како је то до сада било прописано (чл. 26, ст. 3).[19]

---

[17] Вид.: Закон о министарствима, чл. 14, ст. 1. Шта више, и у Закону о одбрани ("*Службени гласник РС*", бр. 116/2007, 88/2009, 104/2009, 10/2015 и 36/2018), који је основни пропис у области одбране, изричито је прописано да Министарство одбране у овој управној области врши класичне послове државе управе, које у другим управним областима спадају у делокруг других министарстава, као што су: извршавање закона и међународних уговора, општих аката Народне скупштине, Владе и аката председника Републике из области одбране, предлагање и спровођење политике одбране, вршење инспекцијског надзора итд. (чл. 14).

[18] Вид.: Закон о одбрани, чл. 4, ст. 1, тач. 3 и чл. 30-46-а.

[19] С обзиром на начин како је формулисана законска одредба произлази да је за предузимање неке службене радње на неком војном полигону или војном аеродрому, подземном складишту муниције, који свакако спадају у објекте за посебне намене Војске Србије, неоп-

Одређену новину у Закону у погледу просторног ограничења надлежности представља и изостављање правила о начину предузимања службених радњи на екстериторијалном подручју, за која су до сада важила посебна правила (чл. 26, ст. 4), а према којима су се такве радње предузимале путем Министарства спољних послова. С обзиром на то да се и даље може јавити потреба за предузимањем неке службене радње на неком од подручја која имају екстериторијални карактер, попут, пре свега, дипломатско-конзуларних представништава страних држава у Републици Србији, а да у Закону о општем управном поступку не постоје више ни упућујућа правила о начину њиховог предузимања, такве радње би требало да се предузимају на начин који је прописан одговарајућим међународним споразумом, који је закључила Република Србија са одређеном страном државом којој припада екстериторијално подручје, о чему је објашњење надлежно да даје Министарство спољних послова.[20]

Свакако да једну од најважнијих новина у погледу правила о просторном ограничењу надлежности у управном поступку представља потпуно изостављање овлашћења органа који води поступак да предузме на туђем подручју радње које не трпе одлагање, уз обавезу да о томе одмах обавести орган на чијем подручју је радња предузета (чл. 26, ст. 2). Изостављање овакве законске одредбе има за последицу да данас орган који води управни поступак нема више никакву могућност да изађе изван граница свог подручја, без обзира на то да ли је разлог за предузимање такве радње објективне природе или је у питању потреба ефикасног или економичног вођења поступка. Још важнију промену у вези правила о просторном ограничењу надлежности у Закону представља измена института *правне помоћи*, која се огледа у изостављању могућности да се правна помоћ тражи од домаћих органа управе, односно обавезе органа да предузму поједине процесне радње за потребе органа који води управни поступак (чл. 30-31). Као последица ове законске промене данас орган који води управни поступак за правну помоћ може да се обрати, под условима прописаним Законом (чл. 43), само иностраном органу (међународна правна помоћ), али не и неком домаћем органу, за чим се иначе много чешће јавља потреба. При томе требало би узети у обзир и да новопрописани институт извођења доказа пред замољеним органом (чл. 117) никако не може да представља адекватну замену за изостанак правне помоћи од стране домаћих органа из управног поступка, с обзиром на то да је правна помоћ као институт била шира од извођења доказа пред замољеним органом, који се односи само на предузимање радњи у

ходно добити изричито одобрење министра одбране, као и у случају када се предузима било која радња у просторијама самог Министарства одбране.

[20] Вид.: Закон о спољним пословима, „*Службени гласник РС*”, бр. 116/2007, 126/2007 и 41/2009, чл. 5.

доказном поступку.[21] Због измене института правне помоћи више не постоји обавеза да се органу који води поступак на његов захтев достави неки спис неопходан за вођење поступка, што је врло чест случај у пракси. Чак ни новоуведена законска обавеза о бесплатном уступању органу који води поступак свих података о којима се води службена евиденција (чл. 103), не може да представља адекватну замену за ранији институт правне помоћи. Услед наведене измене у институту правне помоћи данас се више ни од суда, као независног државног органа, не може тражити достављање списа из неког судског предмета који су потребни за вођење управног поступка, а што је раније био случај.[22] С друге стране, могућност за пружања правне помоћи суду од стране органа управе и даље постоји и уређена је посебним прописима који се односе на судске поступке.

Захваљујући наведеним законским изменама управни поступак данас представља једини поступак у коме нема института правне помоћи, који постоји у свим судским поступцима, попут кривичног,[23] парничног,[24] ванпарничног,[25] прекршајног поступка,[26] па чак и управном спору,[27] где се примењује на основу правила о сходној примени Закона о парничном поступку.[28]

---

[21] „Орган који води поступак, по службеној дужности или на предлог странке, може да одлучи да се докази поступак изведе пред замољеним органом, ако је извођење доказа пред органом који води поступак неизводљиво или скопчано са несразмерним трошковима или великим губитком времена“. ЗУП, чл. 117.

[22] „Изузетно, орган за решавање у управним стварима може тражити од суда да му достави списе који су потребни за вођење управног поступка. Суд је дужан да поступи по том захтеву ако се тиме не омета судски поступак. Суд може одредити рок у коме му се списи морају вратити“. ЗУП из 1997, чл. 31, ст. 3.

[23] Вид.: Законик о кривичном поступку, „*Службени гласник РС*”, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 и 62/2021, чл. 19.

[24] Вид.: Закон о парничном поступку, „*Службени гласник РС*”, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018 и 18/2029, чл. 174-179.

[25] Вид.: Закон о ванпарничном поступку, „*Службени гласник СРС*”, бр. 25/1982 и 48/1988, „*Службени гласник РС*”, бр. 46/1995, 18/2005, 85/2012, 45/2013, 55/2014, 6/2015, 106/2015 и 14/2022, чл. 30, ст. 2.

[26] Вид.: Закон о прекршајима, „*Службени гласник РС*”, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 и 91/2019, чл. 98.

[27] Вид.: Закон о управним споровима, „*Службени гласник РС*”, бр. 111/2009, чл. 74.

[28] Поводом законских измена у институту правне помоћи интересантно је приметити да се у појединој стручној литератури, од којих нека има и уџбенички карактер (Вид.: Зоран Томић, *Опште управно право*, Београд 2017; Зоран Томић, *Опште управно право*, Београд 2018; Зоран Томић, *Опште управно право*, Београд 2019; З. Томић, *Опште управно право*, Београд 2021), и даље говори о правној помоћи у управном поступку, одређујући при томе њен појам, садржину и врсте (стр. 301), док се посебно истиче и да замољени орган као пружалац правне помоћи може бити један од учесника у управном поступку (стр. 297), као да правна помоћ између домаћих органа уопште није изостављена из новог Закона, који је већ пет година у примени. Шта више, сличан је случај и са самим Коментаром Закона, који би требало да представља стручну помоћ за његову примену у пракси, где се такође говори о могућности

Овом приликом није на одмет приметити да је у свим државама у региону које се реформисале управни поступак по истом моделу као и Србија, и то пре Србије, задржан институт правне помоћи. Такав је случај најпре са Хрватском, где је у Закону о општем управном поступку из 2009. године, који је послужио као узор за реформу управног поступка у свим осталим државама региона, па и у Србији, задржано класично правило о могућности предузимања процесних радњи ван граница подручја месне надлежности јавноправног тела који води поступак у случају хитности, односно постојања опасности од одгоде (чл. 17, ст. 3), као и о обавезној и факултативној правној помоћи (чл. 26), уз детаљна правила о начину пружања правне помоћи, поступања у случају одбијања захтева, као и о трошковима пружања правне помоћи (чл. 27-29). У Црној Гори је Законом о управном поступку из 2014. године,[29] најпре у оквиру новог преформулисаног института названог „надлежност у хитним управним стварима" предвиђена могућност за предузимање процесне радње ван граница подручја месне надлежности јавноправног органа који води управни поступак (чл. 39), да би затим у потпуности била уређена и правна помоћ, и то у виду обавезне и факултативне правне помоћи (чл. 44), какав је случај и у Северној Македонији, где је Законом о општем управном поступку прописана могућност за предузимање процесних радњи ван граница подручја јавног органа који води управни поступак, која се може предузети у случају постојања опасности од одлагања (чл. 20, ст. 2), а затим и правна помоћ, у класичном обавезном и факултативном облику (чл. 29).

О колико се пажљиво и добро осмишљеним изменама у погледу правила о простором ограничењу надлежности у управном поступку у новом Закону заиста ради, на веома сликов начин могу да укажу подаци о начину на који је ово питање било уређено у предлозима законских текстова који се претходили коначној верзији Закона, а који су били формулисани током скоро пет година дугог процеса његове израде.[30]

У Предлогу Закона из 2012. године,[31] било је предвиђена могућност предузимања радњи ван граница подручја месне надлежности органа који

примене института правне помоћи (Вид.: З. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку* (2017), 269; З. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку* (2019), 287).

[29] Закон о управном поступку, „*Службени лист Црне Горе*", бр. 56/2014, 20/2015, 40/2016 и 37/2017.

[30] Вид.: Драган Милков, Ратко Радошевић, „Приговор у управном поступку", *Зборник радова ПФНС* 4/2018, 1461-1462; Драган Милков, Ратко Радошевић, „Начело предвидивости у управном поступку", *Зборник радова ПФНС* 1/2020, 4; З. Лончар, (2017-а), 1505; Зоран Лончар, „Основна начела управног поступка у Србији и европски правни стандарди", Зборник „*Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*", Нови Сад 2017-б, 381; Дејан Вучетић, „Европска управно-процесна правила и општи управни поступак Републике Србије", *Зборник радова ПФНШ* 68/2014, 178-182.

[31] Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 620 седници Владе од 23. фебруара 2012. године, доступан на *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=168120*, 22. април 2022. године.

води поступак у случају хитности (чл. 43, ст. 4). Такође, детаљно је био уређен и институт правне помоћи између домаћих органа, у виду обавезне и факултативне помоћи (чл. 52). У Предлогу Закона из 2013. године,[32] у оквиру посебних одредби о просторном ограничењу надлежности била је уређена могућност да се у случају хитности предузму радње на подручју другог органа, о чему је морао одмах да се обавести орган на чијем подручју је предузета радња (чл. 38. ст. 2). Исто тако, био је уређен и институт правне помоћи под називом „службена помоћ", у виду службене помоћи између орана управе (чл. 47) и службене помоћи од стране суда (чл. 48). Од свега наведеног можда је још интересантнији податак да је чак и у Нацрту Закона од 3. јуна 2015. године, који је био на јавној расправи која је претходила усвајању данас важећег Закона, у оквиру посебне одредбе насловљене као „просторно ограничење надлежности", такође било превиђено да орган који води поступак може изван свог подручја да предузме службену радњу чије би одлагање изазвало опасност, уз дужност да одмах обавести орган на чијем је подручју радњу предузео (чл. 41, ст. 2). Истовремено, био је уређен и институт правне помоћи, као „службена помоћ", која се разликовала на службену помоћ између органа управе (чл. 50) и службену помоћ од суда (чл. 51), како је то било и у свим претходним верзијама законског текста. У коначној верзији Закона, која је усвојена 29. фебруара 2016. године, међутим све је то ишчезло. Из тог разлог данас ниједан орган који води управни поступак не може да предузима процесне радње ван граница свог подручја, па чак ни у случају кад то налажу разлози хитности, нити може да тражи њено предузимање од неког другог органа у виду пружања правне помоћи. О предузимању таквих радњи од стране неког другог органа из разлога ефикасности и економичности вођења управног поступка, што би било у сагласности са новоформулисаним и у претходном периоду у стручној литератури значајно промовисаним начелом делотворности и економичности вођења поступка (чл. 9),[33] излишно је говорити.

4. ЗАКЉУЧНО РАЗМАТРАЊЕ

Нова правила о надлежности органа у управном поступку, а посебно о просторном ограничењу надлежности, не могу се оценити као значајније унапређење правног режима управног поступка. Шта више, правила о про-

[32] Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 120. седници Владе 18. децембра 2013. године, доступан на *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php-?id=201834*, 22. април 2022. године.

[33] Вид.: З. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку* (2019), 53 и 133-136, Зоран Томић, Добросав Миловановић, Вук Цуцић, *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*, Београд 2017, 29-31; З. Лончар (2017-б), 391-392.

сторном ограничењу надлежности никако не могу добити прелазну оцену. Постојећа правила којима је уређено питање просторног ограничења надлежности су битно ограничавајући фактор за ефикасно и економично вођење управних поступака. Изостављање законске могућности да орган који води поступак у случају хитности предузме неку процесну радњу на подручју другог органа, као и изостављање института правне помоћи између домаћих органа управе, као и органа управе и судова, свакако да представља битан пропуст приређивача закона. Из тог разлога би будућу законодавну ревизију управног поступка требало искористи за уређивање, пре свих, питања правне помоћи у управном поступку, како би се на целовит и свеобухватан начин уредио овај процесни институт, који је веома важан за ефикасно и економично вођење поступака, а који данас постоји у свим процесним законодавствима, осим управног. Поред тога, неопходно би било преуредити и одређена правила о просторном ограничењу надлежности, како би се органу који води поступак дала законска могућност да у случају хитности може да изађе ван граница своје месне надлежности и да неку процесну радњу предузме на подручју другог органа, уз дужност обавештавања органа на чијем подручју је радња предузета, како је то све до недавно био случај. Истовремено, законодавну ревизију управног поступка би требало искористити и за преиспитивање начина на који су формулисане и друге одредбе о просторном ограничењу надлежности, као и уопште о надлежности органа у управном поступку, на које је указано у раду. Пажљивим и целовитим изменама законских одредби о надлежности органа управе обезбедиле би се неопходне правне претпоставке за успешно вођење управних поступака, а да при томе права и правни интереси странака, као и њихова правна сигурност, не буду доведени у питање, какав је данас случај са управним поступком.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Vučetić Dejan, *Administrative Proceedings in the Habsburg Succession Countries*, Chapter IX – Serbia, (in: Zbigniew Kmieciak), Łódź University Press, Wolters Kluwer, 2020, 181-198.

Вучетић Дејан, „Делотворност процесних решења у првостепеном управном поступку", *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 91/2021, 75-96;

Вучетић Дејан, „Европска управно-процесна правила и општи управни поступак Републике Србије", *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 68/2014, 175-186;

Димитријевић Предраг, Вучетић Дејан, „Делотворност ванредних правних средстава у управном поступку", Зборник „*Унификација права и правна сигурност*" (ур. Јелена Перовић), Том 2, Београд 2020, 227-249;

Димитријевић Предраг, *Управно право*, општи део, Свен, Ниш 2016;

Јовановић Зоран, „Појам и класификација управних радњи – између теорије и законодавства", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2018, 1097-1111;

Лилић Стеван, „Контроверзе у вези са новом радном верзијом Нацрта Закона о општем управном поступку Србије (у контексту европских интеграција)", Зборник „*Перспективе имплементације европских стандарда у управном систему Србије"* (ур. Стеван Лилић), Београд 2013, 11-27;

Лилић Стеван, Манојловић – Андрић Катарина, Голубовић Катарина, *Практична примена новог ЗУП-а – спорна питања и одговори*, Службени гласник, Београд 2019;

Лилић Стеван, „Управни поступак и управна ствар у новом Закону о општем управном поступку Србије", Зборник „*Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*", Београд 2016, 11-37;

Лончар Зоран, „Ванредна правна средства у управном поступку у Републици Србији", *Правна ријеч*, Бања Лука, 58/2019, 169-192;

Лончар Зоран, „Нека питања примене новог Закона о општем управном поступку Републике Србије", Зборник „*Искуства од примената на новите закони за општа управна постапка во земјите од регионот*", Правни факултет „Јустинијан први" во Скопје, Охрид мај 2017. године, 101-114;

Лончар Зоран, „Неостваривање европских стандарда у управном поступку у Србији", *Зборник „Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније"*, Правни факултет, Нови Сад 2018, 371-388;

Лончар Зоран, „Основна начела управног поступка у Србији и европски правни стандарди", Зборник „*Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*", Правни факултет, Нови Сад 2017, 379-400;

Лончар Зоран, "Поништавање и укидање решења у управном поступку", *Правни живот* 10/2019, 255-268;

Лончар Зоран, „Посебни управни поступци", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2016, 1231-1249;

Лончар Зоран, „Правна средства у новом Закону о општем управном поступку", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017, 1505-1523;

Милков Драган, Радошевић Ратко, „Начело предвидивости у управном поступку", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020, 1-19;

Милков Драган, Радошевић Ратко, „Неке новине у Закону о општем управном поступку – 'управно поступање'"; *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2016, 733-752;

Милков Драган, „Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку – корак напред или десет у страну?"; *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2013, 85-99;

Милков Драган, Радошевић Ратко, „Приговор у управном поступку", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018, 1457-1370;

Милков Драган, Радошевић Ратко, „Обавештавање у управном поступку", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017, 1207-1227;

Милков Драган, *Управно право*, II, Центар за издавачку делатност Правног факултета, Нови Сад 2017;

Миловановић Добросав, Цуцић Вук, „Нова решења Нацрта закона о општем управном поступку у контексту реформе јавне управе у Србији", *Правни живот* 10/2015, 95-110;

Прица Милош, „Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку", *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 91/2021, 97-116;

Томић Зоран, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Службени гласник, Београд 2019;

Томић Зоран, „О управној ствари у српском праву", Зборник „*Актуелна питања савременог законодавства"* (ур. Слободан Перовић), Будва 2018, 225-238;

Томић Зоран, *Опште управно право*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета, Београд 2021;

Томић Зоран, Добросав Миловановић, Вук Цуцић, *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*, Министарство државне управе и локалне самоуправе, Београд 2017;

Томић Зоран, „Управни уговори – елементи правног режима у Србији", *Правни живот* 10/2017, 249-269;

Цуцић Вук, „Фино подешавање Закона о општем управном поступку", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2018, 139-163

Zoran J. Lončar
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Z.Loncar@pf.uns.ac.rs

Spatial Limitation of Jurisdiction in Administrative Proceedings

Abstract: *The competence of administrative bodies is an important precondition for the lawful conducting of administrative proceedings. About this kind of competence must be taken care ex officio during the entire procedure, and violations of rules on competence represents a significant violation of the rules in administrative procedure. Among the numerous novelties introduced in the administrative procedure by the Law on General Administrative Procedure from 2016 there are certain changes in rules on determining the competence of the body conducting the administrative procedure. The new rules on the competence of bodies in administrative procedure, and especially on the spatial limitation of competence, cannot be assessed as a significant improvement of the legal regime of administrative procedure, given that some of them represent a significant limiting factor for effective and economical management of administrative procedures. The future legislative revision of the administrative procedure should therefore be used to regulate, above all, issues of legal aid between administrative bodies, as well as administrative bodies and courts, and in particular the rules on spatial limitation of jurisdiction, which would enable the administrative body to, in case of urgency, take official action on territory of another body, with the duty to inform the authority in charged with territory where the action was taken. Careful and fundamental amendments to the legal provisions on the competence of administrative bodies would provide the necessary legal preconditions for efficient and economical conducting of administrative proceedings, and the rights and legal interests of the parties, as well as their legal security, would no longer be denied.*

Keywords*: administrative body, administrative procedure, competence of administrative body, legal aid.*

Датум пријема рада: 09.05.2022.
Датум прихватања рада: 10.06.2022.

Оригинални научни рад 342.4:342.56(497.11)
doi:10.5937/zrpfns56-37949

Дарко З. Симовић
Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд
darko.simovic@kpu.edu.rs

УСТАВНИ АМАНДМАНИ ИЗ НУЖДЕ – КРИТИЧКИ ОСВРТ НА УСТАВНУ РЕФОРМУ СУДСКЕ ВЛАСТИ

***Сажетак**: После референдума одржаног 16. јануара 2022. године, на коме су се грађани већином изјаснили за уставне промене, Народна скупштина је 9. фебруара проогласила Акт о промени Устава. Мада то није опште-прихваћено гледиште, истиче се да је тим актом унапређен уставни оквир правосуђа. Укинут је пробни, трогодишњи мандат судија, док је избор свих судија и председника судова прешао у надлежност Високог савета судства. Деполитизован је састав Високог савета судства и унапређена су уставна јемства независности судија, између осталог, обезбеђивањем сталности судијске функције, конституционализовањем разлога за разрешење судија и прецизнијим гарантовањем њихове непремостивости. Ипак, претежнији део посленика правне науке остао је критичан или бар видно суздржан у погледу домашаја спроведених уставних промена. Поред дефицитарног демократског легитимитета сазива Народне скупштине који је одлучивао о уставним променама, истиче се да су уставна јемства независности судства само делимично унапређена уз стварање нових и то прикривених канала за политички утицај. Отуда, контекстуална анализа садржине уставних амандмана указују на то да спроведена уставна реформа не може имати позитивне ефекте на унапређивање владавине права у Србији.*

***Кључне речи**: уставни амандмани, референдум, независност судства, судије, Високи савет судства, Венецијанска комисија.*

1. УВОД

Већ приликом доношења Устава из 2006. године било је јасно да то није акт којим ће се заокружити процес уставне консолидације Републике Србије. Слабости Устава у делу о правосуђу доводиле су у питање могућност

остваривања независности судства као једне од нужних претпоставки владавине права.[1] О том делу Устава Венецијанска комисија изнела је низ примедби, међу којима се кључна односила на могућност политизације правосуђа због широких надлежности Народне скупштине у процесу избора судија и чланова Високог савета судства.[2] Било је очекивано да ће, у неком тренутку, уставни оквир правосуђа постати непремостива препрека за напредовање државе у процесу европских интеграција.

Први корак ка уставној реформи учињен је 2013. године када је Народна скупштина усвојила Националну стратегију реформе правосуђа (2013-2018). Том стратегијом предвиђено је да се промена Устава у делу о правосуђу спроведе до краја 2017. године, ради снажења независности правосуђа отклањањем утицаја законодавне и извршне власти на процес избора и разрешења судија и председника судова, јавних тужилаца односно заменика јавних тужилаца, као и изборних чланова Високог савета судства и Државног већа тужилаца. У том циљу, крајем 2013. године, формирана је Радна група за израду анализе уставног оквира у области правосуђа која је свој задатак испунила до септембра 2014. године. Без обзира на то што су закључци те радне групе добро примљени у стручној и научној јавности, није настављено са активностима усмереним на реформу правосуђа. Усвајањем Акционог план за преговарање с Европском унијом о Поглављу 23, које се односи на реформу правосуђа, надзор у области основних права и борбу против корупције, у априлу 2016. године, указано је на потребу предузимања конкретних активности у правцу промене Устава. Средином 2017. године Министарство правде започиње процес консултација са струковним удружењима судија и тужилаца и другим удружењима цивилног друштва. У склопу тог консултативног процеса, крајем јануара 2018. године, Министарство правде објављује Радни текст амандмана на Устав, који је наишао на жестоку критику представника науке и струке, јер су предложена решења представљала девалвирање већ достигнутих уставних јемстава о независности судства.[3] Створено је неповерење и, чинило се, непремостив јаз између Министарства правде и струковних удружења. Уследило је представљање још три верзије нацрта уставних амандмана, у априлу, септембру и октобру исте године. Сваким новим

[1] Ратко Марковић, „Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2006, 21-24; Весна Ракић-Водинелић, Ана Кнежевић Бојовић, Марио Рељановић, *Реформа правосуђа у Србији 2008-2012*, Београд 2012, 41-46; Маријана Пајванчић, „О судској власти у уставном систему Србије у контексту међународних стандарда“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2011, 7-21; Ирена Пејић, „Конституционализација судске независности: упоредно и искуство Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68/2014, 157-174.

[2] Venice Commission, CDL-AD(2007)004, *Opinion on the Constitution of Serbia*, at para. 60-74.

[3] Друштво судија Србије, *Сведочанство припреме за промену Устава од 2006. године и струка*, Београд 2018, 225-370.

предлогом нацрта уставних амандмана сервирана су донекле унапређена решења, али у целини сагледано ни за последњу верзију није се могло рећи да представља битан квалитативни помак у односу на изворна уставна решења. Ипак, Секретаријат Венецијанске комисије је потврдио да је последња верзија нацрта уставних амандмана усаглашена са главним препорукама тог тела[4], што је и подстакло Владу да крајем новембра 2018. године поднесе предлог за промену Устава. Међутим, Народна скупштина се није изјаснила о том предлогу за промену Устава. Будући да је у међувремену изабран нов сазив Народне скупштине, Влада Србије је у децембру 2020. поднела нови предлог за промену Устава у делу о правосуђу.

Половином априла 2021. године, Одбор за уставна питања и законодавство покреће активности за промену Устава, најпре организовањем седам јавних слушања на којима су позивани представници струке, науке, цивилног друштва, као и сви заинтересовани субјекти. Народна скупштина је 7. јуна 2021. године усвојила предлог Владе за промену Устава и Одбору за уставна питања и законодавство Народне скупштине поверила задатак припреме амандмана. Дакле, у односу на консултативни процес који се одвијао током 2017. и 2018. године, новина је била у томе што је уместо Министарства правде надлежни парламентарни одбор преузео координирајућу улогу у поступку промене Устава. Премда је Министарство правде још 2018. године припремило нацрт уставних амандмана, начелно усаглашен са стандардима Венецијанске комисије, Одбор за уставна питања и законодавство је крајем јуна формирао радну групу са задатком да припреми нацрт акта о промени Устава и нацрт Уставног закона за спровођење акта о промени Устава. Радна група састављена од представника струке, науке и политике, ослањајући се на нацрт уставних амандмана из 2018. године, и уз консултовање Венецијанске комисије, испунила је тај задатак већ почетком месеца септембра. Током истог месеца уследио је нови, убрзани циклус јавних слушања, сведених на обичну формалност, јер је, приликом усвајања финалне верзије уставних амандмана, Одбор за уставна питања и законодавство игнорисао готово све сугестије и примедбе, чак и оне оправдане и добронамерно изречене. Прво мишљење Венецијанске комисије, усвојено средином октобра,

[4] Министарство правде је 13. априла 2018. године затражило мишљење Венецијанске комисије о Нацрту амандмана на Устав, која се о њему изјаснила у јуну 2018. године. Вид. Venice Commission, CDL-AD(2018)011, *Opinion on the draft Amendments to the Constitutional provisions on the Judiciary*. После тога, Венецијанска комисија је 22. октобра 2018. године објавила Меморандум секретаријата о компатибилности последње верзије нацрта амандмана на уставне одредбе о правосуђу које је доставило Министарство правде Републике Србије 12. октобра 2018. године. Вид. Venice Commission, CDL-AD(2018)023 *Secretariat Memorandum on the compatibility of the draft Amendments to the Constitutional Provisions on the Judiciary as submitted by the Ministry of Justice of Serbia on 12 October 2018 (CDL-REF(2018)053) with the Venice Commission's Opinion on the draft Amendments to the Constitutional Provisions on the Judiciary (CDL-AD(2018)011).*

премда у начелу позитивно, садржало је и констатацију да „нека питања у Нацрту амандмана могу изазвати забринутост“[5]. О ревидираном Нацрту амандмана Венецијанска комисија је 24. новембра донела Хитно мишљење којим је, уз поједине замерке, подржана уставна реформа правосуђа у Србији.[6]

После референдума одржаног 16. јануара 2022. године, на коме су се грађани већином изјаснили за уставне промене, Народна скупштина је 9. фебруара прогласила Акт о промени Устава. Мада то није општеприхваћено гледиште, истиче се да је тим актом унапређен уставни оквир правосуђа.[7] Укинут је пробни, трогодишњи мандат судија, док је избор свих судија и председника судова прешао у надлежност Високог савета судства. Деполитизован је састав Високог савета судства и унапређена су уставна јемства независности судија, између осталог, обезбеђивањем сталности судијске функције, конституционализовањем разлога за разрешење судија и прецизнијим гарантовањем њихове непреместивости. Ипак, претежнији део посленика правне науке остао је критичан или бар видно суздржан у погледу домашаја спроведених уставних промена. Поред дефицитарног демократског легитимитета сазива Народне скупштине који је одлучивао о уставним променама, истиче се да су уставна јемства независности судства само делимично унапређена уз стварање нових и то прикривених канала за политички утицај. Отуда, текст који следи има за циљ да укаже на домете спроведене уставне реформе. Природа овог рада не допушта да се истовремено упустимо у детаљну анализу уставне реформе јавнотужилачке функције, тако да ће фокус бити на уставним променама које се односе на судску власт.

2. ПИТАЊЕ ЛЕГИТИМИТЕТА УСТАВОТВОРНОГ ПОСТУПКА

Постсоцијалистичко искуство Србије сведочи о изразитој уставној ригидности, несвојственој државама у транзицији.[8] Посматрано у контексту бивших југословенских република, са изузетком Босне и Херцеговине због

---

[5] Venice Commission, CDL-AD(2021)032, *Serbia – Opinion on the draft Constitutional Amendments on the Judiciary and draft Constitutional Law for the Implementation of the Constitutional Amendments*, para. 29.

[6] Venice Commission, CDL-PI(2021)019-e, *Serbia – Urgent Opinion on revised draft constitutional amendments on the judiciary.*

[7] Донекле духовито, Јасминка Хасанбеговић закључује: „Све у свему, ипак, могло би се народски, у полушали рећи: како нам се уставно надало, правосуђе нам се одлично удало“. Јасминка Хасанбеговић, „Може ли промена Устава да промени српско правосуђе набоље?“, Миодраг Јовановић (ур.), *Правно-политичке расправе о правосуђу*, Београд 2021, 14-15.

[8] Darko Simović, „Ustavna rigidnost i aporije revizione vlasti u Republici Srbiji“, Edin Šarčević, Darko Simović (ur.), *Reviziona vlast u Srbiji*, Sarajevo 2017, 63-90; Darko Simović, „Ustavna rigidnost u Republici Srbiji – uzroci i posledice“, *Pravni život*, 12/2017, 615-630.

особене природе њеног устава, преостале државе су периодично активирале своју ревизиону власт, те кориговале и унапређивале своја уставна решења. У Србији од 1990. године, изузев доношења новог устава 2006, па све до 2022. године, није било парцијалних уставних промена. Отуда, поступку промене Устава требало је приступити изразито пажљиво и скрупулозно уз постизање најширег друштвеног консензуса, будући да је та прва ревизија устава требало да постане угледни модел за сваку потоњу. Међутим, уставне амандмане о правосуђу, из више разлога, одликује изразито споран демократски легитимитет.

Прво, Народна скупштина која је одлучивала о промени Устава није имала одговарајући демократски легитимитет зато што је конституисана на основу избора које су, због неравноправних изборних услова, бојкотовале најрелевантније опозиционе политичке странке. Као резултат парламентарних избора одржаних 21. јуна 2020. године, на којима је забележена најнижа излазност грађана (48,93%) од увођења вишепартијског система 1990. године, настао је политички готово монолитан скупштински сазив. Будући да уставне промене треба да буду круна најширег друштвеног консензуса, такав парламент не може имати демократски легитимитет за активирање уставотворне власти.

Друго, после конституисања Народне скупштине, од председника Републике, као лидера водеће политичке странке, најављено је да ће мандат тог новог сазива бити скраћен, очигледно из тактичких разлога да би се истовремено организовали председнички и парламентарни избори. Без обзира на то што само одлучује о предлогу за распуштање Народне скупштине кога подноси Влада, председник Републике, што му омогућава лидерство над доминантном политичком странком, унапред је, мимо уставног овлашћења, скратио редовни парламентарни мандат. Дакле, уместо Уставом дефинисаног четворогодишњег мандата, арбитрарно израженом политичком вољом, мандат Народне скупштине је унапред преполовљен. То је поучна илустрација политичке реалности Србије коју одликује подређивање централних уставних институција страначком интересу.[9]

Треће, демократском дефициту сазива Народне скупштине који је одлучивао о промени устава доприноси и чињеница да током изборне кампање уставне промене нису биле тема о којој се расправљало. Грађани нису добили прилику да се посредством гласања за једну политичку странку истовремено изјасне и за њен програм уставних промена. Демократском легитимитету

[9] О пракси распуштања парламента у Србији вид. Darko Simović, „Uzroci prezidencijalizovanja parlamentarizma i dometi ustavnog inženjeringa u Republici Srbiji“, Darko Simović, Edin Šarčević (ur.), *Parlamentarizam u Srbiji*, Sarajevo 2018, 63-65; Слободан Орловић, Наташа Рајић, „Распуштање парламента – вршење или злоупотреба уставних овлашћења“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2018, 1552-1555.

читавог уставотворног процеса допринела би изборна кампања у којој би политичке странке промовисале своје програме уставне реформе.

Четврто, један од индикатора да у Србији после парламентарних избора 2020. године није био адекватан друштвено-политички моменат за промену устава јесте и чињеница да Србија последњих година бележи пад демократских слобода. Наиме, према извештајима Фридом хауса (Freedom House) за 2021. и 2022. годину, Србија је оквалификована делимично слободном земљом у којој се скор слобода већ неколико година континуирано снижава.[10]

Пето, као увертиру за редовне председничке и ванредне парламентарне изборе, ради унапређивања изборних услова, владајућа коалиција је током 2021. године организовала преговоре са опозиционим политичким странкама. Ти преговори су се одвијали на два колосека, један уз посредовање и надзор Европске уније, а други непосредно између представника власти и опозиције. Премда су релевантне опозиционе странке готово без изузетка остале незадовољне епилогом тих преговора, они су изнедрили одређена, очигледно више номинална него суштинска, унапређења изборних услова. Околност да је уопште било потребе да се преговара о основним правилима за одвијање фер изборне утакмице сведочи о томе да је Србија демократски нездраво друштво. Дијалог између владајућих политичких странака и опозиције текао је истовремено са поступком за промену Устава, а то нису процеси који могу паралелно да се одвијају, јер непостојање елементарних услова за одржавање демократских избора аутоматски анулира легитимитет процеса уставних промена.

Шесто, организовањем јавних слушања створен је привид да је уставотворни поступак транспарентан и инклузиван, будући отворен за свако заинтересовано лице. Међутим, поред тога што је њихов распоред био изразито згуснут, јавна слушања није одликовала толерантна и конструктивна атмосфера, већ су поједини чланови радне групе за израду уставних амандмана, уз подршку представника владајуће политичке коалиције, омаловажавали и обезвређивали сваки критички тон и разводњавали расправу политикантским фразама и тривијалним патриотским усклицима. Очигледно да је организовање јавних слушања било мотивисано настојањем да се створи илузија о демократичности уставотворног поступка, без искрене намере да се уважи било какав, макар био и оправдан, критички став. Уосталом, та јавна слушања нису резултирала битнијим променама нацрта текста уставних амандмана, што је само потврдило чињеницу да је њихово организовање имало за циљ само да се „чује“ што шири круг људи. То је, да-

[10] Извештаји Фридом хауса (Freedom House) за 2021. и 2022. годину доступни на: https://freedomhouse.org/country/serbia/freedom-world/2021, и https://freedomhouse.org/country/serbia/freedom-world/2022, 15. мај 2022.

кле, још један у низу аргумената који указује на одсуство воље да се обезбеди што шири друштвени консензус. Отуда, изузев ако није иронична, а није, готово карикатурално звучи констатација Венецијанске комисије да „у поређењу са ситуацијом из 2018. године, изгледа да у Србији тренутно постоји политички моменат неопходан за остварење задовољавајућег резултата“, јер процес доношења уставних амандмана може бити описан као „довољно инклузиван и транспарентан.“[11]

Седмо, имајући у виду да је за спровођење уставне реформе правосуђа неопходно непосредно изјашњавање грађана, било је потребно променити застарели Закон о референдуму и народној иницијативи[12] из 1994. године. Нови Закон о референдуму и народној иницијативи[13] усвојен је 25. новембра, а већ 30. новембра расписан је референдум за промену Устава. Дакле, паралелно са одвијањем поступка уставних промена припреман је законски оквир за спровођење уставотворног референдума. Према томе, правила на основу којих је организован уставотворни референдум мењала су се током самог поступка промене Устава. Једно од неписаних, а при том неупитних, правила савременог конституционализма јесте да изборно законодавство не треба мењати у години у којој се организују избори.[14] У случају организовања уставотворног референдума та премиса мора бити неприкосновена. Правила на основу којих се изјашњавају грађани треба да одликује стабилност и предвидивост.

Осмо, Закон о референдуму и народној иницијативи, у погледу обавештавања грађана о референдуму, предвиђао је две дужности за надлежну комисију: 1) да усвоји акт којим грађанима пружа објективне информације о акту о коме се одлучује на референдуму и који верно и у једнакој мери одражава ставове страна које се залажу за различите одговоре на референдумско питање; 2) да тај акт објави на званичној веб презентацији, у медијима и достави грађанима на адресу пребивалишта (члан 26). Међутим, те две дужности нису испуњене на адекватан начин. Наиме, акт којим су грађани информисани о референдуму није садржао објективне информације, јер су наведени само разлози у прилог уставних промена, док су изостављени аргументи оних који су се залагали за неуспех уставотворног референдума. Премда је реч о изразито стручним питањима о којима просечан гласач

[11] Venice Commission, CDL-AD(2021)032, para. 17.

[12] Закон о референдуму и народној иницијативи, *Службени гласник РС*, бр. 48/1994 и 11/1998.

[13] Закон о референдуму и народној иницијативи, *Службени гласник РС*, бр. 111/2021 и 119/2021.

[14] Сагласно смерницама Венецијанске комисије, референдум не би требало спроводити по законским решењима која су мењана у години његовог одржавања. Вид. Venice Commission, CDL-AD(2020)031, *Revised guidelines on the holdings of referendums*.

нема одговарајућа знања, начином на који је конципирано обавештење практично су афирмисане уставне промене. Даље, без обзира на то што Закон изричито предвиђа обавезу његовог достављања на адресу пребивалишта гласача, писац ових редова, али и претежнији број његових познаника, није добио тај акт који је грађане требало да информише о референдуму. Мада о томе нема прецизних података, очигледно да ни та дужност није испуњена на одговарајући начин, тако да сви грађани нису били у прилици да се „објективно“ информишу о акту о коме је требало да се изјасне на референдуму.

Девето, начин на који је формулисано референдумско питање такође није без недостатака. Питање је формулисано на следећи начин: „Да ли сте за потврђивање акта о промени Устава Републике Србије?”. Несумњиво, питање је требало да буде прецизније формулисано и да указује на део Устава на који се та промена односи.[15] Имајући у виду озбиљне, а може се претпоставити и тенденциозно осмишљене, пропусте да се организује објективна и непристрасна референдумска кампања, непрецизност референдумског питања је само додатно крунило легитимитет уставних промена.

Десето, резултат референдума потврђује тезу о спорном легитимитету уставних промена. На референдуму се изјаснило 30,65% бирачког тела, при чему је за усвајање уставних амандмана гласало 59,62% односно 1.189.460 уписаних гласача. Од укупног броја бирача то је 18,27%. Проценат гласалих за усвајање уставних амандмана, као и чињеница да су најјаче опозиционе странке позвале грађане да бојкотују референдум, недвосмислено оспоравају легитимитет уставних промена.

3. НОМОТЕХНИЧКЕ И РЕДАКТОРСКЕ СЛАБОСТИ УСТАВНИХ АМАНДМАНА

Забележено је да су „непажња, немар, а неретко и незнање“[16] обележили конципирање изворних уставних норми, а чини се да су у том духу израђени и уставни амандмани. Наиме, Акт о промени Устава обилује номотехничким и редакторским слабостима и пропустима, а ово је прилика да укажемо само на неке од њих.

Премда није од суштинског значаја за спроведену уставну ревизију, утисак је да се уставотворац определио за неуобичајену правну технику промене

[15] „Иза простог референдумском питања: ’да ли сте за потврђивање акта о промени Устава’, за просечног грађанина крије се велика непознаница. Прво, шта се то у Уставу мења и друго, још теже, да разуме правничким језиком написане амандмане, не би ли уопште могао ваљано одлучити хоће ли ’да’ или ’не’“. Слободан Орловић, *О уставном референдуму као мачу народном*, доступно на: https://srpskipravnickiklub.rs/2021/12/23/o-ustavnom-referendumu-kao-ma%C4%8Du-narodnom.html, 10. мај 2022.

[16] Р. Марковић, 44.

устава. Имајући у виду да постоје две основне правне технике промене устава – доношење уставног закона о изменама и допунама устава и доношење уставних амандмана – нејасно је зашто су креатори акта о промени Устава неспретно комбиновали те две технике. Наиме, посредством правне форме амандмана, који треба да се надовежу на уставни текст као његов наставак, врши се интервенција у изворни уставни текст тако што се, уз три изузетка[17], у целости замењују чланови Устава.

Историјски сагледано, амандманска техника промене устава унеколико је компромитована у нашој уставној прошлости (1963, 1974. и 2000. године), будући да се том правном формом суштински мењао изворни уставни текст услед установљавања решења која су водила ерозији уставног поретка.[18] То не значи да се треба унапред лишити амандманске правне технике, али ако постоји опредељење да се она употреби онда би то требало учинити сагласно њеној правној природи. По својој природи амандмани су превасходно акти развијања уставног текста, а не акти крупнијег задирања у садржину устава. Амандманском техником се чува интегритет устава, њоме се допуњује, надограђује и унапређује уставни текст, док се актуелним амандманима бришу и замењују све одредбе Устава о правосуђу. Да апсурд буде већи уставним амандманима се поједине уставне норме бришу и замењују дословно истоветним нормама. Такође, цео члан Устава се мења да би се изворни текст променио само једном речју (Амандман I). За илустрацију нерационалног приступа уставотворца може послужити и образложење Амандмана X у коме се наводи да је питање имунитета судија регулисано на суштински исти начин као и у првобитном тексту Устава, па се поставља сасвим логично питање зашто је уопште требало мењати уставну норму ако се неко питање суштински истоветно регулише.

Приликом формулисања уставних норми о правосуђу уставотворац се није држао приближно истог нивоа општости регулисања јемстава судске независности. Премда је у образложењу уставних амандмана истакнуто да изворни уставни текст о правосуђу одликује делимична пренормираност и делимична поднормираност, ти недостаци још израженије одликују уставне амандмане. Дакле, иако је то био један од разлога који је требало да оправда ревизију устава, парадоксално је да се исти недостатак понавља када је реч о обухвату уставне материје. Уређујући поједина јемства судске независности увелико је захваћена законска материја (на пример непреместивост судија), док су поједина јемства за оснаживање независности судова и судија или потпуно изостала или препуштена на уређивање законодавној власти, о

[17] Амандмани II, III і XXIX

[18] Драган Стојановић, „Осврт на радни текст амандмана о судској власти на Устав Републике Србије“, Друштво судија Србије, *Сведочанство припреме за промену Устава од 2006. године и струка*, 260-261.

чему ће бити речи у посебном одељку. Још израженија пренормираност одликује уставне амандмане посвећене јавнотужилачкој функцији која се, по правилу, ближе не уређује највишим правним актом.

Будући да се уставна реформа спроводила само у једном делу уставне материје, приликом формулисања нових уставних норми требало је доследно следити терминологију уставотворца из 2006. године. У супротном, може се појавити проблем са тумачењем уставних норми, јер од озбиљних и савесних нормотвораца треба очекивати да добро осмишљено, а не случајно или омашком, употребе другачији термин или синтагму у односу на изворног уставотворца. На пример, приликом уређивања престанка судијске функције искоришћена је синтагма „навршење радног века“ (Амандман VIII члан 146). С друге стране, иницијални уставотворац је приликом уређивања престанка функције судије Уставног суда користио синтагму „кад напуни законом прописане опште услове за старосну пензију“ (члан 174 став 1). Не само да је у уставном амандману предвиђена непрецизна и рогобатна формулација која ружи српски језик, већ она може да изазове одређене недоумице. Наиме, логична претпоставка је да је уставотворац намерно употребио друкчију формулацију, услед настојања да предвиди различито значење. Отуда, коришћење непрецизних неправних термина може у пракси да угрози уставно јемство о сталности судијске функције.

Непримерена недоследност одликује и формулисање појединих норми у самим уставним амандманима. Илустративно је уређивање жалбе Уставном суду као правног средства против одлуке Високог савета судства. Поред тога што је начелно предвидео да је против одлуке Високог савета судства дозвољена жалба Уставном суду, у случајевима прописаним Уставом и законом (Амандман XV члан 153), амандманима у делу о судовима изричито су предвиђене три ситуације у којима је допуштено право на жалбу Уставном суду: против одлуке о престанку судијске функције, против одлуке о трајном премештању или привременом упућивању судија и против одлуке о престанку мандата члана Високог савета судства. Међутим, уставописац није следио једнообразан модел формулисања права на жалбу Уставном суду у те три ситуације.[19] Такође, будући да је већ на општи начин предвидео да изјављена жалба Уставном суду искључује право на подношење уставне жалбе, није било потребе да то исто понавља и приликом конкретизовања ситуација у којима је допуштено подношење жалбе Уставном суду.

[19] Амандман VIII члан 146 став 6: „Против одлуке Високог савета судства о престанку функције судија има право на жалбу Уставном суду, која искључује право на уставну жалбу“.

Амандман IX члан 147 став 6: „Против одлуке о трајном премештају или привременом упућивању судија има право на жалбу Уставном суду, која искључује право на уставну жалбу“.

Амандман XIV члан 152 став 5: „Одлуку о престанку мандата члана Високог савета судства доноси Високи савет судства. Против одлуке дозвољена је жалба Уставном суду, која искључује право на уставну жалбу “.

Недоследност у коришћењу појединих термина може бити илустрована и једним примером из уставних норми који се односе на јавнотужилачку функцију. Приликом означавања предмета по коме поступају носиоци јавнотужилачке функције претежно је коришћен термин „поједини“[20], док се у једној норми употребљава термин „конкретан“ (Амандман XVII члан 155 став 7). Прво, уставописац треба да се определи за доследну употребу једног термина, јер коришћење различитих термина води разумној претпоставци да је то намерно учињено. Та немарност може увелико да се одрази на самосталност јавнотужилачке функције. Друго, уставописац је користио термин „поједини“ који је у том контексту неадекватан, јер је неодређенији и непрецизнији од термина „конкретан“. Наиме, реч „поједини“[21] односи се на нешто што није тачно одређено, а то се у изреченом контексту може односити на неке, а не све предмете. Отуда, термин „поједини“ може да асоцира и на арбитрарност, што свакако није пожељно када је реч о утицају на остваривање јавнотужилачке функције.

Уставна норма којом се уређује имунитет судија, такође, није довољно добро промишљена. Наиме, судија не може бити позван на одговорност за мишљење дато у вези са вршењем судијске функције и за гласање приликом доношења судске одлуке, изузев ако учини кривично дело кршење закона од стране судије или јавног тужиоца (Амандман X члан 148 став 1). Услед неспретно формулисане уставне норме којом се уређује његов функционални имунитет, ствара се утисак да судија може извршити кривично дело кршење закона од стране јавног тужиоца. Креаторе тог уставног решења очигледно је завело решење из Кривичног законика које предвиђа кривично дело кршење закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика (члан 360)[22], јер су његов назив, уз елиминисање заменика јавног тужиоца, прекопирали у устав. Међутим, то је погрешан приступ јер се и кривично законодавство може мењати, па би у некој перспективи то кривично дело могло бити преименовано. Несумњиво, приликом уређивања имунитета судија, не само због елеганције у изражавању и економисања речима, није било потребе да се помињу јавни тужиоци јер у том делу уставна норма постаје апсурдна и карикатурална, несумњиво недостојна највишег правног акта.

Предвиђено је да се за спровођење промене Устава доноси уставни закон. Тај специфичан акт уређује прелазно стање у држави, до потпуног усклађивања правног поретка са новоусвојеним уставним решењима. Ме-

[20] Амандман XVII члан 155 став 3, Амандман XVIII члан 156 став 1, Амандман XIX члан 157 став 2.

[21] У српском језику реч „поједини“ има значење „који није тачно одређен, неки, известан“. Вид. М. Вујанић и др., *Речник српског језика*, Матица српске, Нови Сад 2011, 944.

[22] Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

ћутим, Народна скупштина је истовремено са усвајањем Акта о промени устава и доношења одлуке о расписивању референдума ради потврђивања тог акта, усвојила Уставни закон за спровођење Акта о промени Устава Републике Србије. Тај уставни закон ступио је на снагу истог дана, 30. новембра 2021. године, објављивањем у Службеном гласнику.[23] Дакле, Народна скупштина је пре спроведеног уставотворног референдума и проглашења Акта о промени Устава усвојила Уставни закон за спровођење Акта о промени Устава, који је у том тренутку био у поступку доношења и није постојао као позитивноправни пропис.[24] Имајући у виду његову особену намену, односно да је реч о тзв. спроведбеном закону, уставни закон за спровођење промене устава не може да претходи, већ може бити усвојен после доношења акта о промени устава. Будући да је „промена Устава (је) усвојена ако је за промену на референдуму гласала већина изашлих бирача“ (члан 203 став 8), усвајање уставног закона могло је да уследи тек када Народна скупштина прогласи Акт о промени Устава. У том смислу, уставни закон за спровођење промене устава треба да ступи на снагу најраније када и акт о промени устава. Међутим, то није био случај са Уставним законом за спровођење Акта о промени Устава који је ступио на снагу пре проглашења уставних промена.[25] Посматрајући редослед догађаја, може се закључити да Народна скупштина није била надлежна да донесе Уставни закон за спровођење Акта о промени Устава, све док тај акт не буде потврђен на референдуму и проглашен у На-

---

[23] Уставни закон за спровођење Акта о промени Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 115/2021.

[24] „То значи да је и ’прејудициран’ резултат референдума, упућена порука бирачком телу да је већ донета позитивна одлука, што свакако није у складу и са принципима фер референдумске кампање, нити Уставом.“ Мијодраг Радојевић, „Референдум у Србији – Између народне воље и манипулације“, *Национални интерес*, 1/2022, 202.

[25] „Наш уставотворац је (…) у Одлуци о проглашењу Уставног закона за спровођење Акта о промени Устава Републике Србије од 9. фебруара 2022. године утврдио да се проглашава Уставни закон за спровођење Акта о промени која је донела Народна скупштина на седници одржаној 30. новембра 2021. године. Тако је почињен пропуст јер је Уставни закон усвојен пре одлуке на референдуму (sic!). (…) У службеном гласилу („Службеном гласнику Републике Србије”) Уставни закон је изнова објављен уз поменуту одлуку, а пречишћени текст Устава се позива на бројеве службеног гласила и то: 98/2006 и 115/2021. Шта није у реду са поменутим набрајањем? Није у реду то да би *stricto sensu* произилазило да је Устав промењен након усвајања Акта о промени Устава у Народној скупштини, а не након потврђивања на референдуму и свечаног проглашења у Народној скупштини (види ст. 6–8. чл. 203). Проблем је настао приликом тумачења глагола ’спроводи’: по схватању уставотворца, у односу на изјашњавање грађана усвојен је *ab ovo*, приликом доношења Одлуке о расписивању референдума, а не *ex post*, након гласања и спровођења Акта о промени Устава. Поменута одредба је преписана, али непотпуно и то из претходног устава (члан 134. Устава из 1990).

Уставотворац, ипак, није направио овакву грешку 2006. године, јер је тада Уставни закон донет истовремено са Актом о промени Устава и након одржаног референдума.“ М. Радојевић, 202-203.

родној скупштини. Отуда, из формалних разлога, оправдано је поставити питање уставности Уставног закона за спровођење Акта о промени Устава.

4. РЕДЕФИНИСАЊЕ НАЧЕЛА ПОДЕЛЕ ВЛАСТИ

Једна од озбиљнијих примедби на Устав из 2006. године односила се на начин конституционализовања начела независности судске власти. Наиме, уставотворац је прокламовао да уређење власти почива на подели власти на законодавну, извршну и судску, при чему је одређено да се однос три гране власти заснива на равнотежи и међусобној контроли (члан 4 ст. 2 и 3). Несумњиво, поменута формулација уставне норме унеколико противречи принципу независности судске власти, јер се категорије међусобне контроле и независности искључују и противрече једна другој. Поред неконзистентности, начин на који је конципиран однос између три гране државне власти допушта широке надлежности Народне скупштине у процесу избора судија и чланова Високог савета судства, па тако посредно оставља простор и за потенцијалну политизацију судства. Према томе, промена Устава у делу о правосуђу неминовно је подразумевала и редефинисање односа између три гране државне власти.

У односу на изворно уставно решење које је предвиђало да се однос три гране власти заснива на равнотежи и међусобној контроли, уставним амандманом је предвиђено да се однос три гране власти заснива на међусобном проверавању и равнотежи (Амандман 1 члан 4 став 3). Дакле, термин „контрола“ замењен је термином „проверавање“. Премда је уставна норма о односу три гране државне власти морала бити значајније измењена и усклађена са целином уставних решења која установљавају парламентарни систем и јемче независност судства, ревизијом устава промењена је само једна реч. Наиме, уставотворац операционализује начело поделе власти прихватањем традиционалне тријалистичке теорије о функцијама државне власти чије је темеље поставио Шарл Монтескје (Charles Montesquieu) половином XVIII века. Међутим, такав приступ не одговара уставним решењима којима се уређује правни положај највиших државних органа. Уставноправна реалност увелико надмашује теоријски концепт који се развио још у XVIII веку, када су монархову власт ограничавали парламент и независно судство. Преко два века писане уставности развило је унеколико суптилније механизме ограничења државне власти. Функције председника Републике, Уставног суда и Заштитника грађана не могу, без значајнијег упрошћавања правне природе ових органа, бити сврстане у три традиционалне гране државне власти. Отуда, било је довољно да се Уставом само прокламује начело поделе власти, јер његова садржина произлази из целине уставних решења.

Компаративно посматрано, уставотворци по правилу не прецизирају домашај начела поделе власти. Сваки покушај дефинисања односа између три гране власти носи двоструку опасност: с једне стране, од претераног симплификовања, а с друге, од непотпуног и погрешног одређења. Коришћењем синтагме „равнотежа и међусобна контрола“ у односима државних власти, изворни уставотворац је непромишљено преузео англо-амерички концепт „кочница и равнотежа“ („checks and balances“) на коме је заснован систем власти у САД према Уставу из 1787. године. Та теоријска синтагма одражава институционалну логику поделе власти у америчком председничком систему и не одговара парламентарном моделу власти који је успостављен у Србији. Парламентарни систем почива на сарадњи и функционалној међузависности законодавне и извршне власти, при чему је судска власт независна и изван институционализованих видова сарадње и међусобног утицаја две гране власти политичког карактера.

Сагласно новом уставном решењу предвиђено је да се однос између три гране власти заснива на „међусобном проверавању и равнотежи“. Дакле, уместо речи „контрола“ коју је требало избећи, будући да она противречи начелу независности судства, искоришћен је, условно речено, блажи термин „проверавати“. Та измена не само да није отклонила недостатке изворног уставног решења, већ је створила нове недоумице, а лоше уставно решење учинило још лошијим. То ново уставно решење можемо разумети на два начина. Прво, ако пођемо од чињенице да су речи контрола и проверавање синоними[26] у српском језику, та терминолошка промена не подразумева модификовање изворно конципираног начела поделе власти. У том смислу, промена те уставне норме може бити оквалификована бесмисленом. Друго, уколико пођемо од тезе да речи контрола и проверавање имају различито значење и то тако што ова потоња подразумева слабији степен утицаја, онда настаје проблем са разумевањем преформулисане уставне норме. Наиме, одређивање домашаја начела поделе власти посредством синтагме „равнотеже и међусобне контроле“ у односима између државних власти има релативно јасно значење јер изграђивање тог концепта траје преко два века, а за то време створен је и читав низ неупитних неписаних правила на основу којих систем уравнотежено и складно функционише. Према томе, уставотворац се определио за модификовање теоријског концепта који је потврдио демократски потенцијал и праксу делотворног ограничења државне власти уз обезбеђивање независности судства. Отуда, остаје дилема шта је био мотив те терминолошке промене. На први поглед реч „проверавати“ делује блаже и неутралније па је могуће да се уставотворац „мудро“ досетио да ће

[26] У српском језику реч „проверити“ има значење „испитати исправност, тачност, вредност чега, прегледати, проконтролисати“. Вид. М. Вујанић и др., *Речник српскоī језика*, 1040.

тако ускладити независност судске власти са потребом дефинисања међусобног односа три гране власти. Проблем је у томе што судска власт, да би остала независна у функционалном смислу, не сме бити изложена политичком проверавању. Поставља се питање, како је уопште могуће да две гране власти засноване на политичким мерилима проверавају судску власт, а да то буде искључиво на основу објективних стручних критеријума.[27] С друге стране, употреба, само условно речено, неутралнијег термина не одражава реалан уставноправни однос између законодавне и извршне власти, који подразумева да свака од те две власти располаже контролним механизмима и средствима утицаја на ону другу. Јасно је да законодавна и извршна, као две политичке власти, и судска власт, као стриктно правна грана власти, не могу стајати у истој равни када је реч о одређивању њиховог међусобног односа. Будући да се њено формирање и функционисање заснива на стручним, а не политичким мерилима, судску власт није могуће адекватно сместити у институционални аранжман који одређује односе између политичких грана власти. Да закључимо, уколико постоји настојање да се ближе одреди однос између појединих грана државне власти, начело поделе власти треба посебно дефинисати у сфери односа законодавне и извршне власти, а посебно треба уредити домашај начела независности судске власти у односу на законодавну и извршну власт, будући да средства међусобног утицаја између политичких грана власти не могу бити истоветно примењена и на однос према судској грани власти.

5. СЛАБОСТИ УСТАВНИХ ЈЕМСТАВА НЕЗАВИСНОСТИ СУДСТВА

Према изворном уставном тексту, судска власт је била изузетак јер није одређена њена садржина, за разлику од законодавне и извршне власти које Устав јасно дефинише. Приступ који не омеђује домашај судске власти, ту грану државне власти слаби и чини рањивом у односу на законодавну власт, тј. парламентарну већину, која може мењати њену садржину. Управо такав процес развлашћивања судске власти одвијао се у Србији после доношења Устава из 2006. године. Поједине функције су из судске власти преношене

[27] „Није јасно ни како ће новопредложено међусобно ’проверавање’ уместо ’контроле’ (sic!) трију власти – извршне, законодавне и судске по чл. 4 Устава – бити спровођено јер Скупштина више не бира судије, тужиоце, председнике судова и будуће главне тужиоце (само јој остаје избор Врховног тужиоца али на предлог будућег Високог савета тужилаца). Ако већ ’проверавања’ не може бити, не треба га ни у Устав уписивати“. Слободан Орловић, *Ко је за промену Устава*, доступно на: https://srpskipravnickiklub.rs/2021/10/05/ko-je-za-promenu-ustava.html, 15. мај 2022.

на друге субјекте (Агенцији за привредне регистре, Републичком геодетском заводу, јавним бележницима, јавним извршитељима, јавном тужилаштву), који не располажу јемствима независности.[28] Такав процес не треба *a priori* критиковати, јер је то начин да се већ увелико загушен рад судова растерети од нетипично судских предмета, што омогућава грађанима да ефикасније остварују своја права. Међутим, када није дефинисана садржина судске власти, законодавна власт нема препреке да поједине функције из сфере рада судова преноси на друге субјекте. Не само да се на тај начин одлучивање о појединим људским правима преноси на субјекте који су под непосредним утицајем извршне власти, већ се и сама судска грана власти слаби. Дакле, да би судска власт била што равноправнији партнер гранама власти политичког карактера, битна претпоставка је да и њен домен буде уставом фиксиран. Отуда, пропуштена је прилика да се, на основу већ јасно установљених међународних стандарда, одреди садржај судске власти и тако направи брана од њеног претераног развлашћивања и слабљења. То је уосталом и симболична порука о томе какав је статус гране власти чија је основна функција заштита људских права.

Премда је начело јавности преформулисано и прецизније изражено, уставним амандманом није проширен његов домашај. Наиме, зајемчена је јавност расправљања пред судом, док се јавност може искључити у складу са Уставом (Амандман IV члан 142 став 6). Обезбеђивање јавности судског поступка представља један је од механизама за очување и подстицање јавног поверења у правосуђе, а уједно омогућава контролу над радом правосуђа и обезбеђује заштиту од произвољности.[29] Међутим, ревизијом Устава није предвиђена и обавеза јавног изрицања пресуде што је један од битних елемената правичности судског поступка. Наиме, јавно изрицање пресуде и њеног образложења додатно обезбеђују заштиту од арбитрарности, а уједно је и фактор који доприноси обезбеђивању транспарентности рада судова.

За разлику од изворног уставног текста[30], уставни амандмани не предвиђају начело зборности суђења. Основни смисао зборности суђења јесте обезбеђивање вишег степена објективности и непристрасности суда приликом поступања у конкретном предмету, а уједно и снажније јемство за остваривање права на правично суђење. С друге стране, начело зборности јесте тесно повезано са начелом учешћа грађана у суђењу, будући да зборност суђења пружа више могућности за учешће грађана у својству судија поротника.

---

[28] Dragana Boljević, „Zapažanja o Radnom tekstu amandmana na Ustav Republike Srbije sa obrazloženjima (referencama Venecijanske komisije) u delu koji se odnosi na sudstvo“, *Sveske za javno pravo*, 31/2018, 8.

[29] Вид. Дарко Симовић, Радомир Зекавица, *Људска права*, Београд 2020, 330-331.

[30] „Суд суди у већу, а законом се може предвидети да у одређеним стварима суди судија појединац“ (члан 142 став 6).

Апсурдно је то што се уставним амандманима, крајње неуобичајено, доста пажње посвећује судијама поротницима који су поменути чак седам пута, а новоусвојена уставна решења ће значајно сузити могућност њиховог учешћа у суђењу, јер зборност суђења више није одређено као начело. Наиме, зајемчено је да се законом може прописати да поред судија суде и судије поротници (Амандман IV члан 142 став 7), али та могућност предвиђена је као изузетак.

Приликом одређивања њихове независности, предвиђено је да судије суде на основу Устава, потврђених међународних уговора, закона, општеприхваћених правила међународног права и других општих аката, донетих у складу са законом (Амандман VI члан 144). Прво, нејасно је зашто се одступа од Уставом предвиђене хијерархије правних аката, будући да се у тој одредби они наводе по друкчијем редоследу. Тај пропуст не може да утиче на Уставом дефинисану хијерархију правних аката према којој су општеприхваћена правила међународног права изнад закона, међутим, реч је о недоследности која не мора бити без последица, јер може да изазове одређене дилеме и неуједначену праксу. Друго, премда Устав предвиђа да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење (члан 18 став 3), амандманима није исправљен пропуст изворног уставотворца који је изоставио те изворе права са списка оних на основу којих се остварује функција суђења.

Премда је изворно уставно решење предвиђало само начелну организациону схему судске власти, која припада судовима опште и посебне надлежности (члан 143 став 1), у уставним амандманима изостављено је то решење. Уређење судова несумњиво је законска материја, међутим, да би се обезбедила стабилност судског система устав би требало да садржи бар основну организацију судова, посебно у оним државама у којима треба снажити независност судства. Отуда, изостављање одредбе којом се предвиђа основна организација судова из најмање два разлога слаби уставна јемства независности судства. Прво, начелно утврђивање организације судова сужава простор законодавној власти да честим реорганизовањем судске мреже угрожава начело непреместивости судија. Друго, честе промене у организацији судова могу осујетити стварање стабилне изборне основе за формирање Високог савета судства, услед чега је олакшан уплив политике у процес избора чланова тог тела из реда судија.

У односу на изворно уставно решење које је предвиђало да је сваки утицај на судију у вршењу судијске функције забрањен (члан 149 став 2), амандманом се забрањује сваки непримерен утицај на судију у вршењу судијске функције (Амандман VI члан 144 став 2). Та промена извршена је на основу сугестије Венецијанске комисије према чијем гледишту речи непри-

мерен или недозвољен пре речи утицај јасно указују на то да материјални опсег одредаба не прелази на ситуације као што су на пример, новинарски прилог о суђењу или рочишту.[31] У држави у којој треба снажити независност судства и у којој постоји не мали број примера угрожавања и повреде забране утицаја на вршење судијске функције од стране извршне власти[32], таква промена може проузроковати само негативне последице у пракси. То је уједно и добра илустрација чињенице да Венецијанска комисија нема реалну представу о друштвено-политичком контексту у коме се доносе уставни амандмани. Имајући у виду да је забрана сваког утицаја на судију у вршењу судијске функције формулисана у члану Устава посвећеном независности судија, она се и не може тумачити на начин да обухвата нека посредне утицаје који би се изражавали у стручним или новинарским текстовима. Смисао те норме је да забрани утицаје који би навели судију да одступи од начела легалитета и да своје одлучивање заснива на очекивањима носилаца политичке власти или приватних интереса. Конституционализовањем забране непримереног утицаја на судију створен је стандард који се може изузетно растегљиво тумачити. Отуда, чак и у симболичном смислу, требало је задржати забрану сваког утицаја на судију у вршењу судијске функције, будући да стандард „непримерен“ донекле релативизује ту забрану и отвара питање интерпретације његовог значења. Уз све то, поменута уставна забрана не предвиђа санкцију за случај њене повреде, нити је предвиђена обавеза њеног ближег уређења законом, због чега она добија пре свега симболичан и декларативан значај.

У овом контексту, илустративно је направити паралелу са решењем које је предвиђено за носиоце јавнотужилачке функције. Наиме, сагласно новом решењу, нико изван јавног тужилаштва не може утицати на јавно тужилаштво и носиоце јавнотужилачке функције у поступању и одлучивању у појединим предмету (Амандман XVII члан 155 став 3). Дакле, за разлику од решења које предвиђа да је забрањен сваки непримерен утицај на судију у вршењу судијске функције, у погледу јавнотужилачке функције забрањује се сваки утицај. Парадоксално је да се, на овом пољу, виши степен заштите јемчи јавнотужилачкој од судијске функције.

Премда се у томе не разликује у односу на изворни уставни текст, амандманом је предвиђено да су услови за избор судија уређују законом (Амандман VII члан 145). Начелно, том уставном решењу се не може ништа замерити, јер услови за избор судија по правилу нису сегмент уставне материје. Међутим, треба имати у виду нацрте уставних амандмана из 2018.

---

[31] Venice Commission, CDL-AD(2021)032, para. 31.

[32] Танасије Маринковић, *Одговорност председника Републике за повреду Устава – забрана утицаја на вршење судијске функције*, Београд 2021.

године које је припремало Министарство правде. У њима је било предвиђено конституционализовање посебне институције за обуку у правосуђу (Правосудне академије) чија би додатна обука била предуслов за избор на судијску функцију. Ако не занемаримо ту увертиру, може се закључити да постоји реална могућност да слично решење буде предвиђено законом. У том смислу, ако се обука у тој институцији постави као предуслов за избор на судијску функцију, то би значило да она врши претходну селекцију и да Високи савет судства добија листу већ исфилтрираних кандидата. Контролисањем броја кандидата који се упишу, као и њиховом селекцијом, изборна функција Високог савета судства би се обесмислила. Управо због тога, јер је постојало јасно опредељење да Правосудна академија буде једини колосек за стицање судијске функције, требало је предупредити такву могућност предвиђањем објективних, транспарентних и недискриминаторних критеријума за избор судија, сагласно релативно јасним међународним стандардима на том пољу. Уосталом, Венецијанска комисија је сугерисала да би критеријуме за избор судија можда требало подићи на уставни ниво.[33] Према постојећем уставном решењу, парламентарна већина има могућност да посредством Правосудне академије обезбеди контролу селекције кандидата за судије.

Један од озбиљнијих недостатака изворних уставних решења односио се на изостанак конституционализовања разлога за разрешење судија. Амандманима се то исправља, али се отишло у другу крајност која може имати изразито негативне последице за развој судске власти. Наиме, судија може бити разрешен само из два разлога: прво, ако буде осуђен за кривично дело на казну затвора од најмање шест месеци, и друго, ако је у дисциплинском поступку утврђено да је учинио тежак дисциплински прекршај који озбиљно штети угледу судијске функције или поверењу јавности у судове (Амандман VIII члан 146 став 4). Колико год је било важно да се разлози за разрешење поставе што прецизније и уже, текстом уставног амандмана ти разлози су постављени изузетно рестриктивно. Несавесност или нестручност не могу бити разлози за разрешење судија. Дакле, без обзира на то колики је степен несавесности или нестручности обављања судијске функције, судија не може бити разрешен из тих разлога. Начело сталности није установљено да би штитило и такве судије, а будући да је Високи савет судства надлежан за разрешење судија, предвиђање разлога такве природе не би угрозило независност судија. Независност судства не треба изједначавати са апсолутном неодговорношћу судија у вези са начином обављања судијске функције, изузев ако изврше одређено кривично дело и тежак дисциплински прекршај. Савремене демократске уставне системе одликује доследно остваривање принципа одговорности државних органа и носиоца јавних овла-

[33] Venice Commission, CDL-AD(2021)032, para. 35.

шћења, а судије треба да буду одговорне не само у облику кривичне и дисциплинске одговорности, већ и за ваљано обављање судијске функције.[34] Уосталом, Венецијанска комисија апострофира да је, на пољу судијске дисциплине, потребно достићи равнотежу између независности судства, с једне, и неопходне одговорности судства, са друге стране, како би се избегли негативни ефекти корпоративизације у судству.[35]

Уставном ревизијом, бар на први поглед, постављена су снажнија јемства непреместивости судија. Наиме, судија има право да судијску функцију врши у суду у који је изабран и само уз своју сагласност може бити трајно премештен или привремено упућен у други суд, осим у случају предвиђеном Уставом (Амандман IX члан 147). Дакле, за разлику од иницијалног уставног решења који је уређивање тог питања препуштао закону, Устав дефинише који су то случајеви трајног премештања или привременог упућивања судије у други суд. Прво, у случају укидања суда, судија се премешта у суд који преузима надлежност укинутог суда; и друго, у случају укидања претежног дела надлежности суда, судија може изузетно без своје сагласности бити трајно премештен или привремено упућен у други суд истог степена који је преузео претежни део надлежности. Посматрајући искључиво те две уставне одредбе могло би се закључити да су установљена снажна јемства непреместивости судија. Међутим, проблем настаје због начина на који је формулисано шта се подразумева под укидањем претежног дела надлежности суда, као разлога за трајно или привремено премештање у други суд. Наиме, суду је укинут претежни део надлежности ако је услед промене

[34] Сагласно мишљењу Горана Марковића „ни судије не могу избјегавати одговорност за одлуке које доносе позивајући се на независност и потребу да развијају каријеру. Они су ти који у судовима рјешавају спорове о праву, тј. изричу пресуде и доносе друге судске одлуке. Они то раде у име народа, који је, барем по слову Устава, носилац врховне власти, тако што примјењују законе на конкретне случајеве. Пошто судије нису приватна лица, него су у служби државе, као дио једног државног органа, морају сносити одговорност за своје поступке, а да то не буде само кривична или дисциплинска одговорност, јер ни други носиоци јавних функција не сносе само кривичну или дисциплинску одговорност. Судије морају сносити одговорност не само за кршење важећег права, већ и за ваљаност вршења судијске функције". Goran Marković, *Zašto na referendumu u Srbiji zaokružiti „ne"?*, dostupno na: https://www.noviplamen.net/glavna/zasto-na-referendumu-u-srbiji-zaokruziti-ne/, 10. мај 2022.

[35] Venice Commission, CDL-AD(2021)032, para. 38; „Сврха начела сталности судијске функције није да занавек и *a priori* штити све судије, па тако и оне које се покажу као лоши, недовољно способни, непоштени, односно 'нестручни и недостојни'. (…) Начело сталности судијске функције има за циљ побољшање рада судске власти, омогућавање стручног усавршавања и напредовања судија, допринос објективном суђењу, а тога не може бити ако се нестручне и недостојне судије не могу разрешити, у складу са уставом и законом. Допустити да такве судије суде и примењују право, у крајњој мери би угрозило владавину права чији је последњи гарант судска власт". Слободан Орловић, „Сталност судијске функције VS. Општи реизбор судија у Републици Србији", *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2010, 167-168.

стварне надлежности суда, оснивања новог суда или другог законом предвиђеног случаја смањен потребан број судија у суду. Та уставна норма је нелогична јер се, с једне стране, говори о укидању „претежног дела“ надлежности, што се може разумети као укидање значајнијег, већег па и доминантног дела надлежности, док се, с друге, подразумева да је тај услов испуњен ако је смањен потребан број судија, што се може разумети и као било које умањење броја судија у суду, па и да је реч о једном судији мање. Имајући у виду да уређење судова спада у домен законодавне власти, парламентарна већина може и незнатним променама у организацији судске мреже да издејствује смањење потребног броја судија у неком суду. Добра страна уставних решења јесте у томе што Високи савет судства одређује потребан број судија и одлучује о премештају и упућивању судија (Амандман XII члан 150), али неспретном формулацијом, парламентарној већини је остављена могућност да, променама законских решења, остварује прикривени притисак на Високи савет судства. Отуда, стабилност судског система, у погледу врсте и уређења судова, треба да буде једно од уставом предвиђених начела судства, јер би оно могло да предупреди честе промене законског оквира које могу да угрожавају начело непреместивости судија, али и независност судова уопште.

Иако су преформулисане и донекле прецизиране одредбе о имунитету судија, оне су и даље непотпуне. Наиме, судија не може бити позван на одговорност за мишљење дато у вези са вршењем судијске функције и за гласање приликом доношења судске одлуке, изузев ако учини кривично дело кршење закона од стране судије или јавног тужиоца (Амандман X члан 148 став 1). Та уставна норма је непотпуна због тога што се имунитет односи на мишљење дато у вези са вршењем судијске функције и за гласање приликом доношења судске одлуке, али не и за мишљење изнето у судској одлуци. Истовремено, положај судије би био оснажен конституционализовањем грађанскоправног имунитета, који подразумева да судија не одговара за штету коју проузрокује својим незаконитим и неправилним радом у вршењу своје функције.

Поред тога што је, у делу посвећеном људским и мањинским правима, судијама забрањено да буду чланови политичких странака (члан 55 став 5), као и према изворном уставном решењу, забрањује се политичко деловање судија (Амандман X члан 148 став 4). Та формулација је изразито екстензивно постављена будући да „политичко деловање“ нема јасно и прецизно значење. То је растегљив стандард који може да допринесе сузбијању јавног изношења мишљења судија, а у ширем контексту посматрано и да утиче на независност судија.

Треба указати на чињеницу да се у уставним амандманима судије поротници помињу више него што је то уобичајено, међутим, изричито се забрањује само политичко деловање судија, али не и судијама поротницима.

Дакле, будући да то није изричито поменуто, може се закључити да судијама поротницима није забрањено политичко деловање нити им се забрањује да буду чланови политичких странака. Таквом резоновању доприноси и решење које предвиђа да се законом уређује које су функције, послови или приватни интереси неспојиви са функцијом судије и судије поротника (Амандман X члан 148 став 3). Према томе, у контексту забране сукоба интереса изричито се помињу судије поротници, док то није случај када је реч о забрани политичког деловања које се односи искључиво на судије. „Уколико би се десило да се на поротничка места гледа као на начин 'упошљавања' политичких симпатизера, за шта би они обављали и посебну улогу 'контролора' судија, њихово учешће у суђењима, нарочито када су у већини у судском већу, може се преобразити у недозвољени утицај на рад судије, па чак и резултирати 'споља договореним' судским одлукама"[36].

Невештом формулацијом предвиђено је да „члан Високог савета судства којег је изабрала Народна скупштина не може бити члан политичке странке" (Амандман XIII члан 151 став 8). Сагласно дословном значењу те уставне норме, чланство у политичкој странци није правна сметња да једно лице буде кандидовано, па потом и изабрано за члана Високог савета судства. Тек после његовог избора постоји неспојивост чланства у Високом савету судства и политичкој странци. То је очигледан редакторски пропуст који обесмишљава тежњу за деполитизованим избором истакнутих правника.

Без обзира на изразиту пренормираност текста уставних амандмана посвећених судовима, изостала су нека значајна јемства независности судства. Недостају материјалне гаранције независности судија и судова, које обезбеђују доследно остваривање начела поделе власти. Наиме, без одговарајуће финансијске самосталности, судска власт не може бити делотворна, па тако ни независна. Међународни стандарди о материјалним гаранцијама обухватају с једне стране, постојање судског буџета који подразумева обавезу државе да обезбеди одговарајућа средства и омогући судству да правилно обавља своју функцију, а с друге, одговарајућу надокнаду за рад судија која се гарантује законом и која одговара достојанству њихове професије и терету одговорности, као и право на пензију, чији износ мора да буде што приближнији износу њихове последње судијске плате.[37]

Мада Устав јемчи слободу мишљења и изражавања, као и слободу удруживања, те слободе се не могу у пуном капацитету односити на судије због особености њихове функције и друштвене одговорности да буду објективни и непристрасни. Управо због тога, у друштвено-политичкој реалности коју обележава скромна правна култура, тешко је препознати ту фину границу

[36] D. Boljević, 13.

[37] European Charter on the statute for judges (6.1-6.4); Consultative Council of European Judges, CCJE (2010)3 Final, Magna carta of judges (p. 7).

између с једне стране, легитимног права судије да остварује слободу удруживања и јавног деловања, и с друге, легитимног циља друштва да сачува независност судства. Будући да та граница, по правилу, не постоји у још увек недовољно консолидованим демократским системима, легитимни видови остваривања тих основних права од стране судија могу бити третирани као политичко деловање. Отуда је, у друштву као што је српско, највишим правним актом требало ближе уредити домашај слободе изражавања и удруживања судија.[38]

6. СЛАБОСТИ РЕДИЗАЈНИРАНОГ МОДЕЛА ВИСОКОГ САВЕТА СУДСТВА

Имајући у виду да је према изворном уставном решењу Народна скупштина имала кључну улогу у поступку формирања Високог савета судства, постојало је неподељено мишљење да начин формирања тог тела, као и делокруг његових надлежности морају бити значајније промењени. Број чланова тог тела остао је непромењен, мада је његов састав битније модификован. Наиме, Високи савет судства чини 11 чланова: шест судија које бирају судије, четири истакнута правника које бира Народна скупштина и председник Врховног суда (Амандман XIII члан 151). Народна скупштина бира чланове Високог савета судства међу истакнутим правницима са најмање десет година искуства у правној струци, од осам кандидата које предложи надлежни одбор Народне скупштине, после јавног конкурса, гласовима две трећине свих народних посланика, у складу са законом. Међутим, ако Народна скупштина не изабере сва четири члана у року одређеном законом, преостале чланове после истека законом одређеног рока између свих кандидата који испуњавају услове за избор бира комисија коју чине председник Народне скупштине, председник Уставног суда, председник Врховног суда, Врховни јавни тужилац и Заштитник грађана, већином гласова.

Без обзира на значајно модификовање институције Високог савета судства, новоусвојена уставна решења имају значајне недостатке и чини се да су њима установљени перфидно прикривени канали за политизацију његовог

[38] Као оријентир могла су послужити Основна начела независности судства, усвојена на Седмом конгресу Уједињених нација за спречавање злочина и поступање према преступницима у Милану 1985. године, која предвиђају: да судије, као и други грађани уживају слободу изражавања, уверења, удруживања и окупљања, под условом да се у остваривању тих права увек понашају тако да чувају достојанство свог позива и непристрасност и независност судства (став 8), као и да судије могу да оснивају удружења судија или друге организације и да ступају у њих да би бранили своје интересе, унапређивали професионално образовање и штитили независност судства (став 9).

рада. Отуда, уставном дизајнирању Високог савета судства морало се приступити на другачији начин.

Прво, новим уставним решењем одступа се од већ установљеног концепта истакнутог правника који је предвиђен као услова за избор судије Уставног суда, и уређује се нова категорија истакнутог правника подобног за избор у Високи савет судства. Наиме, истакнути правник који се бира за судију Уставног суда треба да има најмање 40 година живота и 15 година искуства у правној струци (члан 172 став 5), док истакнути правник који се бира за члана Високог савета судства треба да има најмање десет година искуства у правној струци и мора бити достојан те функције. Новоустановљено решење је нелогично, а уједно доприноси неконзистентности уставних решења. Најпре, уставним амандманима је предвиђен тежи поступак за избор истакнутих правника у Високи савет судства, а од њих се очекује да испуне блаже услове за избор. Тежи и захтевнији начин избора подразумевао би и строже услове за ту категорију истакнутих правника. У сваком случају, нејасно је зашто се уставним амандманима одступило од објективних услова које истакнути правних треба да испуни да би био биран за судију Уставног суда, будући да су они разумно и не претерано захтевно постављени. Нови услови за избор истакнутих правника отежаваће стварање добре и узорне праксе о томе шта подразумева стандард „истакнути правник“. Премда је Устав донет пре више од 15 година у нашој пракси се још увек није искристалисало јасно значење тог правног стандарда. Напротив, у пракси је та категорија увелико обезвређена, јер се за судије Уставног суда бирају превасходно правници блиски парламентарној већини, премда у већини и немају значајнија достигнућа у правној струци. Отуда, чини се вероватним да ће кључно мерило за избор истакнутих правника бити њихово мање-више прикривено политичко опредељење.

Као један од услова за избор у Високи савет судства уставним амандманима је предвиђено да истакнути правник мора бити достојан те функције (Амандман XIII члан 151 став 7). Реч је такође о правном стандарду који додатно нарушава конзистентност уставних решења. Дакле, Народна скупштина треба да води рачуна о достојности истакнутих правника само када бира чланове Високог савета судства, али то не мора да чини када се бирају судије Уставног суда. Имајући у виду да се чланови Високог савета судства из реда истакнутих правника бирају квалификованом, двотрећинском већином у Народној скупштини, јасно је да та захтевна процедура треба да обезбеди снажан легитимитет и потврду њихове достојности за обављање те функције. С друге стране, будући да је реч о правном стандарду који се може растегљиво и арбитрарно тумачити, тај додатни услов неће допринети бољој селекцији истакнутих правника. Уосталом, као што се правни стандард истакнути правник може различито тумачити и потпуно обезвредити у прак-

си, тако и правни стандард достојан може бити крајње релативизован и подразумевајући елемент у поступку избора чланова Високог савета судства. Отуда се, с правом, може претпоставити да ће тај додатни услов за избор истакнутог правника имати само номинални, а не суштински значај у пракси.

Без обзира на то што је дефинисано да истакнути правник који се бира за члана Високог савета судства треба да има најмање десет година искуства у правној струци и мора бити достојан те функције, неуобичајено је то што ново уставно решење предвиђа да се остали услови за избор члана Високог савета судства којег бира Народна скупштина уређују законом (Амандман XIII члан 151 став 9). За разлику од истакнутих правника који се бирају за судију Уставног суда, за које се не могу успостављати додатни услови изузев оних који су већ дефинисани, из дикције уставне норме може се закључити да постоји обавеза дефинисања нових услова за истакнуте правнике који се бирају у Високи савет судства. Услови за избор истакнутих правника треба да буду искључиво уставна материја, јер се у супротном ти услови законом могу мењати сагласно актуелним интересима парламентарне већине.[39]

Друго, невештом формулацијом предвиђено је да „члан Високог савета судства којег је изабрала Народна скупштина не може бити члан политичке странке“ (Амандман XIII члан 151 став 8). Дословним разумевањем те уставне норме, чланство у политичкој странци није правна сметња да једно лице буде кандидовано, па потом и изабрано за члана Високог савета судства. Тек после његовог избора постоји неспојивост чланства у Високом савету судства и политичкој странци. Реч је о очигледном редакторском пропусту, међутим, то решење, чак и да је адекватно формулисано, није довољно јемство да за чланове Високог савета судства неће бити изабрани истакнути правници са мање или више видљивим везама са политичким странкама. Имајући у виду да је претпостављена намера била да се спречи да чланови политичких странака буду изабрани за чланове Високог савета судства, што ипак не произлази из садржине уставне норме, јасно је да се та уставна забрана може заобићи ишчлањењем из политичке странке непосредно пре објављивања јавног конкурса за пријављивање кандидата за то тело. Управо због тога, то решење може бити смислено само ако се предвиди да истакнути правник, који се бира за члана Високог савета судства, не може бити члан политичке странке и одређени временски период пре објављивања јавног конкурса (на пример три или више година). Слично решење би такође требало предвидети и као услов за избор судија Уставног суда, јер актуелно решење допушта

[39] Према гледишту Владана Петрова, исказаном у контексту избора судија Уставног суда, „прецизирање појма ’истакнути правник’ не сме се извршити Законом, јер обичан законодавац нема капацитет да одреди шта је то истакнути правник. То је питање за оног који доноси или мења Устав“. Vladan Petrov, „Zašto sudija ustavnog suda (ne) mora biti istaknuti pravnik?“, Edin Šarčević (ur.), *Ko bira sudije ustavnog suda?*, Sarajevo 2012, 246.

да се страначке боје, иступањем из чланства политичке странке, моментално замаскирају судијском одором.

Треће, без обзира на то што се истакнути правници бирају двотрећинском већином народних посланика, надлежни одбор Народне скупштине задобија кључну улогу у поступку избора. Наиме, после спроведеног јавног конкурса, надлежни одбор Народне скупштине обавља прелиминарни изборни процес тако што од номинованих кандидата предлаже осам кандидата. Реч је о тријажи кандидата која може бити и својеврсни политички филтер. Имајући у виду да парламентарна већина по правилу доминира у најважнијим парламентарним одборима, јасно је да ће то бити канал снажног политичког утицаја. На тај начин, надлежни одбор Народне скупштине добија прилику да елиминише кандидате који нису по вољи парламентарној већини и да прејудицира њихов коначни одабир. То може учинити креирањем листе несамерљивих кандидата на којој би се од осам предложених по својим квалитетима јасно издвајала четири кандидата. Такође, тај прелиминарни избор може да резултира и креирањем листе лоших и неприхватљивих кандидата, чиме би избор истакнутих правника прешао на посебно тело које се формира само за ту прилику. Дакле, премда је основна идеја да се избор истакнутих правника заснива на што широј сагласности и на гласовима опозиционих политичких странака у циљу досезања двотрећинске већине народних посланика, пресудну улогу ће имати парламентарна већина посредством својих чланова у надлежном парламентарном одбору. Невладини парламентарци ће пред собом имати једну од две опције: или да бирају између већ пробраних кандидата или да не прихвате ниједног кандидата са те унапред скројене листе што ће за последицу имати измештање избора истакнутих правника из Народне скупштине.

Четврто, после тријаже кандидата која се одвија у надлежном парламентарном одбору, у другој фази, од осам предложених кандидата Народна скупштина двотрећинском већином бира четири истакнута правника. Међутим, Устав не одређује рок у коме треба да се изврши избор истакнутих правника, већ то питање препушта законодавцу. На тај начин, будући да је предвиђен и алтернативни начин избора истакнутих правника, једно од битних питања поступка њиховог избора препуштено је парламентарној већини. Отуда, законом може бити одређен с једне стране, непримерено дуг, а с друге и неразумно кратак рок за избор истакнутих правника. У првом случају, ако је одређен непримерено дуг рок за окончање изборног поступка, парламентарна већина може тенденциозно да опструира избор истакнутих правника, одуговлачењем процеса попуњавања састава Високог савета судства, и тако да блокира његов рад. У другом случају, неразумно кратак рок за окончање изборног поступка спречаваће постизање компромиса и формирање двотрећинске већине за избор истакнутих правника и измештаће

њихов избор из Народне скупштине. Дакле, будући да је предвиђен алтернативни начин њиховог избора, рок у коме Народна скупштина бира истакнуте правнике битан је елемент тог поступка и треба да буде дефинисан Уставом.

Пето, да би се обезбедио што објективнији и деполитизован избор предвиђено је да се истакнути правници бирају двотрећинском већином. Начелно сагледано, такав начин избора требало би да допринесе одабиру најбољих кандидата. Међутим, посматрајући целину уставних решења и политичку реалност, то решење је погрешно и нецелисходно из више разлога. Српску политичку сцену одликује висока фрагментираност и нестабилност, па се може очекивати да ће образовање двотрећинске већине бити тешко достижан циљ. У том смислу, алтернативни начин одлучивања може да постане правило и преовлађујући начин избора истакнутих правника. Даље, квалификована двотрећинска већина није јемство да ће избор истакнутих правника бити деполитизован и лишен страначког утицаја. Наиме, приликом избора истакнута правника политичке странке које формирају неопходну двотрећинску већину могу склопити договор о квотама, што се најчешће и дешава у политичкој пракси. Најзад, предвиђање тако високе квалификоване већине за избор истакнутих правника у састав Високог савета судства додатно нарушава конзистентност целине уставних решења. Сагласно начину избора, могло би се закључити да они представљају најважније јавне функционере изабране од Народне скупштине. Произлази да истакнути правници из састава Високог савета судства имају претежнији значај и снажнији легитимитет од судија Уставног суда или Заштитника грађана, што несумњиво није случај. Нова уставна решења доприносе девалвирању значаја других државних органа који имају важне функције заштите уставности и законитости, као и заштите људских и мањинских права. Дакле, уставним амандманима није требало нарушавати логику и конзистентност уставних решења, нити реметити равнотежу између уставних институција, посебно због тога што ће судије Уставног суда убудуће бити истакнути правници другог реда.

Шесто, будући да је у вишестраначким системима двотрећинска већина тешко достижна, уставним амандманима је предвиђен механизам против блокаде у одлучивању (anti-deadlock mechanism). Међутим, креатори уставних амандмана, да ли намерно или не, промашили су смисао и логику *anti-deadlock* механизма. Наиме, основна идеја постојања тог алтернативног механизма јесте да мотивише иницијалног субјекта одлучивања да донесе одлуку, јер се у супротном предвиђа нека неповољна околност за њега. На пример, добар пример механизма против блокаде у одлучивању према Уставу Србије јесте распуштање Народне скупштине ако она не формира Владу у року од 90 дана од дана конституисања (члан 109 став 3) или 30 дана после

изгласавања неповерења Влади (члан 130 став 3). Тако конципирано решење представља својеврсни притисак на постизање компромиса и конституисање парламентарне већине у уставом дефинисаном року, јер у супротном долази до распуштања Народне скупштине по самом слову Устава. Но, када је реч о механизму против блокаде у одлучивању о истакнутим правницима, парламентарна већина се таквим уставним решењем мотивише да опструира иницијални поступак избора четири члана Високог савета судства да би се тај избор одвио на алтернативни начин, у коме она може имати унеколико снажнији утицај, о чему ће бити речи у даљем тексту. Дакле, уместо да избор истакнутих правника у Народној скупштини буде правило, није искључено да тај основни поступак избора постане изузетак.

Седмо, посебно је спорно и необично решење које предвиђа да ако Народна скупштина не изабере сва четири истакнута правника у року одређеном законом, преостале чланове после истека законом одређеног рока између свих кандидата који испуњавају услове за избор бира комисија коју чине председник Народне скупштине, председник Уставног суда, председник Врховног суда, Врховни јавни тужилац и Заштитник грађана, већином гласова (Амандман XIII члан 151 став 5). Дакле, формира се посебна комисија која надлежност избора истакнутих правника преузима од Народне скупштине, јер она то није урадила у законом предвиђеном року. Начелно посматрано, изузев председника Народне скупштине који је *par excellence* политичар, остали чланови те комисије требало би да буду независни од политичких власти. Међутим, политичка реалност унеколико је другачија. У досадашњем постсоцијалистичком искуству, Уставни суд је све време био на линији актуелне политичке власти.[40] Ниједном одлуком у неком од политички осетљивих и значајних предмета Уставни суд није поступио супротно очекивању носилаца политичке власти. Осим тога, уставна јемства независности и самосталности Уставног суда имају значајне недостатке, а могућност њиховог реизбора чини судије Уставног суда рањивим у односу на парламентарну већину. Отуда, од председника Уставног суда може се очекивати да буде сензибилан на захтеве парламентарне већине у погледу избора истакнутих правника. Заштитника грађана бира парламентарна већина и премда је начелно зајемчена независност тог државног органа, Устав истовремено предвиђа да је он за свој рад одговоран Народној скупштини (члан 138 став 4). Према томе, ни у погледу Заштитника грађана не може се искључити утицај парламентарне већине. Уосталом, та институција се није профилисала као поуздани и доследни заштитник права грађана, а од избо-

[40] Darko Simović, "The Constitutional Court of Serbia: a Controller or an Apologist?", Miroslav Lazić, Saša Knežević (ed.), *Legal, Social and Political Control in National, International and EU Law*, Niš 2016, 51-64.

ра актуелног Заштитника грађана 2017. године постала је још стерилнија и скрајнутија. Сагласно измењеним уставним решењима, председника Врховног суда бира Високи савет судства, док Врховног јавног тужиоца бира Народна скупштина, на предлог Високог савета тужилаштва, гласовима три петине свих народних посланика, тако да би та два јавна функционера требало да буду изван домашаја владине парламентарне већине. Но, треба имати у виду и решења Уставног закона за спровођење акта о промени Устава која предвиђају да председник Врховног касационог суда и Републички јавни тужилац који су изабрани пре ступања на снагу Амандмана настављају да врше своју функцију до истека мандата на који су изабрани (члан 8). С обзиром на то је према изворним уставним решењима председника Врховног касационог суда и Републичког јавног тужиоца бирала Народна скупштина, као и да су своје мандате започели 2021. године, извесно је да ће и они бити канали посредством којих ће актуелна парламентарна већина моћи да остварује утицај на избор истакнутих правника.

Поред већ изречених сумњи да ће постојати канали за политизацију избора истакнутих правника, састав комисије је непромишљено конципиран имајући у виду и њен коруптивни потенцијал. С једне стране, председник Уставног суда може да учествује у избору чланова Високог савета судства, а тај орган учествује у предлагању кандидата за избор судија Уставног суда који обавља Врховни суд (Амандман XXIX члан 172 став 3). С друге, председник Врховног суда такође може да учествује у избору чланова Високог савета судства, а тај орган, поред осталог, одлучује о престанку његове функције (Амандман XII члан 150 став 2).

Осмо, премда се однос у броју судија и истакнутих правника у саставу Високог савета судства постављао као једно од кључних питања приликом конципирања уставних амандмана, начин одлучивања тог органа није добио ранг уставне материје. Отуда, без обзира на то што већину у саставу Високог савета судства чине судије, законским решењем могуће је предвидети да се одлуке доносе искључиво квалификованом већином. Имајући у виду да су створени прикривени канали за политизацију избора истакнутих правника, доношење одлука квалификованом већином подразумеваће трагање за компромисом између судија и истакнутих правника који могу бити продужена рука парламентарне већине. Мада доношење одлука квалификованом већином начелно не треба критиковати, такво решење у српском друштвено-политичком миљеу може да омогући уплив политике у рад Високог савета судства. Уједно, због значаја функције коју обавља, целисходније решење би било да начин одлучивања Високог савета судства буде уставна материја, јер се у супротном то битно питање препушта парламентарној већини која га може, сагледавајући однос снага у том телу, прилагођавати конкретним потребама.

7. ЗАКЉУЧАК

Спроведена уставна реформа правосуђа може се посматрати из две различите перспективе. Номинално упоређивање старих са новоусвојеним уставним решењима може навести на закључак да су јемства независности судства унапређена. Укинут је пробни, трогодишњи мандат судија, док је избор свих судија и председника судова прешао у надлежност Високог савета судства. Деполитизован је састав Високог савета судства и унапређена су уставна јемства независности судија, између осталог, обезбеђивањем сталности судијске функције, конституционализовањем разлога за разрешење судија и прецизнијим гарантовањем њихове непреместивости. Међутим, контекстуална анализа садржине уставних амандмана указују на то да уставна реформа правосуђа не може имати позитивне ефекте на унапређење владавине права у Србији.

Најпре, Народна скупштина монолитног политичког састава и без представника релевантних опозиционих странака, са унапред преполовљеним мандатом, нема одговарајући демократски легитимитет за спровођење уставних промена. Политичка атмосфера у којој је кључно питање како унапредити елементарне услове за обезбеђење демократских и фер избора, не може бити погодна за активирање уставотворне власти. У таквом миљеу, поступак уставних промена је инструментализован и стављен у функцију остваривања других политичких циљева. Наиме, уставне промене нису продукт најширег друштвеног компромиса, већ су изнуђене да би се остварио напредак у европским интеграционим процесима, а тај номинални политички успех требало је капитализовати на обједињеним председничким и парламентарним изборима.

Имајући у виду изразиту уставну ригидност и непостојање зреле правне културе која подразумева повремено активирање уставотворне власти ради унапређивања и осавремењавања уставних решења, поступак уставне ревизије требало је да постане угледни модел са изразито високим демократским стандардима за сва потоње уставне промене. Међутим, та прилика је пропуштена. Устав је промењен због захтева наметнутих у процесу европских интеграција, што сликовито говори о степену развоја правне културе српског друштва које није било у стању да самостално изнедри импулсе за спровођење уставне реформе правосуђа. Будући да је процес европских интеграција био условљен уставном реформом правосуђа, спроведена промена устава остварена је очигледно у великој нужди.[41]

[41] То је констатовала и Венецијанска комисија: „Процес уставне реформе је блиско повезан са приступним преговорима Србије са Европском унијом. У томе лежи могући разлог због којег је одредбама о правосуђу дата предност, уместо да се приступи свеобухватнијем процесу уставне реформе“. Venice Commission, CDL-AD(2021)032, para. 21.

Владајућа политичка коалиција је уместо поправљања, ужурбано преправљала Устав инструментализујући тај акт у процесу европских интеграција. На тај начин, премда и није био на високом нивоу, додатно је нарушен дигнитет највишег правног акта. Вишегодишње оклевање да се спроведе уставна реформа сведочи о недостатку искрене политичке воље да се унапреде уставна јемства независности судства. Више верзија уставних амандмана упућиваних Венецијанској комисији потврђују настојање актуелне власти да се надмудрује са тим телом да би се добацило тек до оног нужног, минималног нивоа европских стандарда.[42] Дакле, поступак уставних промена је девалвиран на својеврсно шићарџијско цењкање са Венецијанском комисијом у коме ни за јоту није требало прекорачити тај очекивани нужни праг европских стандарда о независности судства, што је читав поступак чинило недостојним највишег правног акта.

Журба да се поступак уставних промена спроведе у пројектованом временском оквиру, и то до распуштања Народне скупштине, резултирала је значајним номотехничким и редакторским слабостима текста амандмана. Циници ће вероватно приметити да су се креатори уставних амандмана добрано потрудили да Устав Србије сачува титулу правно и језички најнеписменијег текста у уставној историји Србије.[43] Они добронамерни, попут писца ових редова, претпостављају да су те слабости одраз велике нужде да се читав поступак спроведе у кратком временском периоду који није допуштао свестраније промишљање и суптилније брушење уставних норми.

Спроведена уставна реформа потврдила је ограничен домашај Венецијанске комисије. То тело је остало заведено сладуњавом реториком представника власти будући да се у њеном извештају наглашава да је уставотворни поступак инклузиван, мада су јавна слушања организована у четири града Србије више наликовала представи путујућег позоришта, у којој је доминирао дух самохвалисања и глорификовања нацрта уставних амандмана без очигледне намере да се уважи било која критичка нота.

Анализа садржине уставних амандмана наводи на закључак да је увелико искорачено из уобичајеног опсега уставне материје услед значајнијег захватања законске материје. Ипак, пропуштена је прилика да ниво уставног ранга добију и нека друга јемства која могу да допринесу независности судства. Отуда, премда је то била бољка и изворног уставног текста, уставни амандмани још израженије пате од пренормираности неких питања, али је присутна и поднормираност у појединим аспектима независности судства.

---

[42] Вид. Горан Дајовић (пр.), *Српско правосуђе на уставној странпутици*, Београд 2019.

[43] Ратко Марковић је Устав из 2006. године оквалификовао „правно и језички неписменијим текстом“ у досадашњој уставној историји Србије. „У номотехничком погледу, Уставом из 2006. обешчашћен је Устав као нормативни акт“. Р. Марковић, 44.

У том смислу, није пронађен одговарајући баланс приликом регулисања уставне материје.

Уставно редизајнирање Високог савета судства засновано је на апстрактној критици уставних решења из 2006. године и на препорукама Венецијанске комисије. Без обзира на то што се Устав примењивао приближно 15 година, није било анализе којом би се утврдила оцена рада Високог савета судства. Уставна реформа правосуђа у Србији спроведена је искључиво на основу идеје да је европски модел судског савета оптимално решење и да га треба некритички преузети. Европски модел судског савета, који централизује надлежности које се односе на сва питања каријере судија и додељује судијама контролу над тим телом почива на претпоставци да су судије поуздани и адекватни актери који знају своје обавезе и способни су да их остварују.[44] Међутим, занемарује се да такав судски савет, у коме већину чине судије, може имати независност и ауторитет само у политички зрелом друштву. Како је упоредно искуство показало, што се установљава снажнији судски савет то је он више на удару политичких грана власти.[45] Политичари су увек у стању да пронађу судије који желе да сарађују са њима и који постају канал за политизацију рада тог тела.[46] У том смислу, установљавање европског модела судског савета није довољан, а сасвим сигурно није ни нужан, услов за обезбеђивање независности судства. Тај модел се промовише као идеалан и од њега се очекује да ће остварити позитивне резултате у свакој држави, уз готово потпуно занемаривање традиције и достигнутог степена правне и демократске културе. Осим што се у потпуности занемарују друштвено-политичке претпоставке за његову примену, европски модел судског савета пати и од других недостатака, од којих је најважнији недостатак демократског легитимитета. Остављање судства без икакве контроле од стране екстерних фактора, у државама без демократске традиције и културе, може да води корупцији и искључивању одговорности.

Без обзира на недостатке које има, европски модел судског савета не треба одбацивати. Међутим, уместо да темељно анализира досадашњу праксу Високог савета судства уз уважавање искуства других држава, Србија спроводи уставну реформу правосуђа у којој, по инерцији, некритички следи тзв. европске стандарде који су конципирани искључиво за постсоцијалистичке државе, али не и за државе са већ снажном демократском традицијом. Отуда, чини се да уставна реформа у Србији неће донети унапређење независности судства, будући да нису идентификовани основни канали његове

[44] Michal Bobek, David Kosař, "Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe", *German Law Journal*, 7/2014, 1268.

[45] David Kosař, "Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe", *German Law Journal*, 7/2018,1591.

[46] *Ibid*.,1593.

политизације. Незадовољавајући степен остварене независности судства није био последица слабости уставног оквира, већ је несумњиво резултат недостатка политичке воље за доследним поштовањем начела поделе власти. Игнорисање тог кључног разлога значи да је Србија и поред уставне реформе подједнако далеко од независности судства као што је то била и пре ње.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Bobek, M., Kosař, D. (2014) "Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe", *German Law Journal*, 7, 1257-1292.

Boljević, D. (2018) „Zapažanja o Radnom tekstu amandmana na Ustav Republike Srbije sa obrazloženjima (referencama Venecijanske komisije) u delu koji se odnosi na sudstvo", *Sveske za javno pravo*, 31, 3-18.

Дајовић, Г. (пр.) (2019), *Српско правосуђе на уставној странпутици*, Београд.

Друштво судија Србије, (2018) *Сведочанство припреме за промену Устава од 2006. године и струка*, Београд.

Kosař, D. (2018) "Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe", *German Law Journal*, 7, 1567-1612.

Маринковић, Т. (2021) *Одговорност председника Републике за повреду Устава – забрана утицаја на вршење судијске функције*, Београд.

Marković, G. (2021) *Zašto na referendumu u Srbiji zaokružiti "ne"?*, dostupno na: https://www.noviplamen.net/glavna/zasto-na-referendumu-u-srbiji-zaokruziti-ne/

Марковић, Р. (2015) „Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед", *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2006, 5-46.

Орловић, С. (2010) „Сталност судијске функције VS. Општи реизбор судија у Републици Србији", *Анали Правног факултета у Београду*, 2, 163-186.

Орловић, С., Рајић, Н. (2018) „Распуштање парламента – вршење или злоупотреба уставних овлашћења", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4, 1545-1557.

Орловић, С. (2021) *О уставном референдуму као мачу народном*, доступно на: https://srpskipravnickiklub.rs/2021/12/23/o-ustavnom-referendumu-kao-ma%C4%8Du-narodnom.html

Орловић, С. (2021) *Ко је за промену Устава*, доступно на: https://srpskipravnicki-klub.rs/2021/10/05/ko-je-za-promenu-ustava.html

Пајванчић, М. (2011) „О судској власти у уставном систему Србије у контексту међународних стандарда", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3, 7-21.

Пејић, И. (2014) „Конституционализација судске независности: упоредно и искуство Србије", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68, 157-174.

Petrov, V. (2012) „Zašto sudija ustavnog suda (ne) mora biti istaknuti pravnik?", Šarčević, E. (ur.), *Ko bira sudije ustavnog suda?*, Sarajevo, 229-248.

Радојевић, М. (2022) „Референдум у Србији – Између народне воље и манипулације", *Национални интерес*, 1, 185-210.

Ракић-Водинелић, В., Кнежевић Бојовић, А., Рељановић, М. (2012) *Реформа правосуђа у Србији 2008-2012*, Београд.

Simović, D. (2016) "The Constitutional Court of Serbia: a Controller or an Apologist?", Lazić, M., Knežević, S. (ed.), *Legal, Social and Political Control in National, International and EU Law*, Niš, 51-64.

Simović, D. (2017) „Ustavna rigidnost i aporije revizione vlasti u Republici Srbiji", Šarčević, E., Simović, D. (ur.), *Reviziona vlast u Srbiji*, Sarajevo, 63-90.

Simović, D. (2017) „Ustavna rigidnost u Republici Srbiji – uzroci i posledice", *Pravni život*, 12, 615-630.

Simović, D. (2018) „Uzroci prezidencijalizovanja parlamentarizma i dometi ustavnog inženjeringa u Republici Srbiji", Simović, D., Šarčević, E. (ur.), *Parlamentarizam u Srbiji*, Sarajevo, 53-84.

Симовић, Д., Зекавица, Р. (2020) *Људска права*, Београд.

Стојановић, Д. (2018) „Осврт на радни текст амандмана о судској власти на Устав Републике Србије", Друштво судија Србије, *Сведочанство припреме за промену Устава од 2006. године и струка*, Београд, 259-276.

Хасанбеговић, Ј. (2021) „Може ли промена Устава да промени српско правосуђе набоље?", Јовановић, М. (ур.), *Правно-политичке расправе о правосуђу*, Београд, 7-16.

Вујанић, М. и др. (2011) *Речник српског језика*, Матица српске, Нови Сад.

Venice Commission, CDL-AD(2007)004, *Opinion on the Constitution of Serbia.*

Venice Commission, CDL-AD(2018)011, *Opinion on the draft Amendments to the Constitutional provisions on the Judiciary.*

Venice Commission, CDL-AD(2020)031, *Revised guidelines on the holdings of referendums.*

Venice Commission, CDL-AD(2021)032, *Serbia – Opinion on the draft Constitutional Amendments on the Judiciary and draft Constitutional Law for the Implementation of the Constitutional Amendments.*

Venice Commission, CDL-PI(2021)019-e, *Serbia – Urgent Opinion on revised draft constitutional amendments on the judiciary.*

Darko Z. Simović
University of Criminal Investigation and Police Studies
darko.simovic@kpu.edu.rs

Constitutional Amendments Resulting from Necessity – A Critical Overview of the Constitutional Reforms of the Judiciary

Abstract: *Following the referendum which took place on January 16, 2022, in which most citizens voted in favor of constitutional amendments; the National Assembly proclaimed the Constitutional Amendments on February 9. Although not a generally accepted view, there has been emphasis on these amendments as having improved the constitutional framework of the judiciary. Changes include the elimination of the three-year probationary mandate for judges and the election of all judges and court presidents to be under the exclusive jurisdiction of the High Judicial Council. The election process of the members of the High Judicial Council have also been depoliticized. In addition, the constitutional guarantee of the independence of judges have been improved, by securing the permanency of tenure of judicial office, constitutionalizing the basis for the removal of judges and more precise guaranteeing of their irremovability. Despite this, most scholars remain critical or at least evidently reserved with respect to the effects of the implemented constitutional changes. Aside from a deficit in democratic legitimacy in the convocation of the National Assembly who had decided upon the Constitutional Amendments, there is emphasis on the fact that the guarantees of the independence of the judiciary have only been partially improved with the creation of the new, and best described as hidden channels for political influence. Hence, a contextual analysis of the content of these constitutional amendments show that the implemented constitutional reform cannot have positive effects on the advancement of the rule of law in Serbia.*

Keywords*: Constitutional Amendments, Referendum, Judicial Independence, Judges, High Judicial Council, Venice Commission.*

Датум пријема рада: 18.05.2022.
Датум прихватања рада: 09.06.2022.

Прегледни чланак 343.1:347.462
doi:10.5937/zrpfns56-36828

Сања М. Савчић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.savcic@pf.uns.ac.rs

Николина Б. Мишчевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs

ПУНОМОЋЈЕ У КОРИСТ ТРЕЋЕГ?*

Сажетак: *Према одредби чл. 75 Законика о кривичном поступку, једног или више бранилаца може изабрати и пуномоћјем овластити окривљени сам, или његов законски заступник, брачни друг, сродник по крви у правој линији, усвојитељ, усвојеник, брат, сестра, хранитељ и лице са којим окривљени живи у ванбрачној или каквој другој трајној заједници живота, осим ако се томе окривљени изричито противи. Циљ ове одредбе јесте омогућавање стручне одбране окривљеном у кривичном поступку и онда када он није у могућности да је обезбеди, а однос који настаје између адвоката и лица овлашћеног да са њим закључи уговор јесте грађанскоправне природе. Теорија и судска пракса се нису много бавиле правном квалификацијом овог односа или су то чиниле само маргинално. Штавише, образложење пресуде Врховног касационог суда о солидарној одговорности окривљеног и овлашћеног лица (супруге), отвара низ питања, која су предмет истраживања у овом раду. Најпре, да ли је између адвоката и странке у поступку одбране оквирљеног постоји уговорни однос? Уколико постоји, да ли је такав уговор могуће закључити у корист трећег лица? Која је правна природа накнадног давања пуномоћја за заступање? Уколико је закључен уговор у корист трећег, које је правно дејство тако закљученог уговора међу странама? Да ли из уговора у корист трећег произлази и обавеза за трећу страну? Коначно, имајући у виду да солидарност обавезе није изричито уговорена, из чега суд црпе солидарну одговорност?*

Кључне речи: *заступник, пуномоћје, уговор о налогу, уговор у корист трећег, солидарна одговорност.*

---

* Рад је настао као резултат истраживања у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

1. УВОДНО РАЗМАТРАЊЕ

Иако уговор у корист трећег лица представља институт са дугом традицијом у грађанском праву, чини се да његова дејства нису увек коректно схваћена. У једној пресуди Врховног касационог суда[1], која је послужила као инспирација за овај рад, утврђено је да су окривљени и његов супружник солидарно одговорни за пружене адвокатске услуге адвокату, кога су самостално ангажовали као браниоца окривљеног у кривичном поступку. У образложењу одлуке, ВКС наводи да је тужиљу, као адвоката, ангажовала супруга окривљеног који се налазио у притвору, да га брани у кривичном поступку. Током поступка, који је дуже трајао, и сам окривљени је овластио тужиљу да га брани. Након извршених адвокатских услуга, тужиља је захтевала исплату припадајуће накнаде, али је њен захтев оспорен и од бранјеног окривљеног, и од његове супруге. Наиме, супруга је тврдила да само окривљени има обавезу да плати накнаду, док је окривљени ту обавезу ограничавао за период од момента када је он лично издао пуномоћје да га у поступку брани, па до окончања.

Суд је усвојио тужиљин захтев за исплату накнаде и солидарно обавезао окривљеног и његову супругу, што је Врховни касациони суд, одлучујући по ревизији потврдио. Међутим, у образложењу одлуке ВКС пропушта да пружи догматско упориште за овакву одлуку. Наиме, суд наводи да је Закон о кривичном поступку[2] који је важио у време у којем се водио кривични поступак, предвиђао да браниоца окривљеног, поред осталих лица може да ангажује и брачни друг. Иста одредба садржана је и у важећем Законику о кривичном поступку.[3] За суд, из таквог законског уређења произлази да је тужена закључила пуноважан уговор о заступању (пуномоћју) из чл. 89 ЗОО, који ствара непосредне обавезе између тужиље, адвоката, и тужене, супруге окривљеног. Тужиља је стога дужна да предузме радње за које је овлашћена, а тужена да за то плати утврђену накнаду. Надаље, суд из околности да је тужиља адвокат утврђује да је реч о услугама пружања правне помоћи по чл. 2 Закона о адвокатури, те да је накнада утврђена адвокатском тарифом. Суд се не бави правном квалификацијом накнадног пуномоћја од стране окривљеног, већ констатује да тако дато пуномоћје производи иста права и обавезе и између њих двоје. Коначно, ВКС наводи да у уговору о пуномоћју

---

[1] Сентенца из пресуде Врховног касационог суда, бр. Рев. 600/2016 Рж. 83/2016 од 25.08. 2016. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.04.2018, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 1/2018, 95-96.

[2] Закон о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ, бр. 70/01 и 60/02 и Службени гласник РС, бр. 58/04*, чл. 68. став 2.

[3] Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, чл. 75, ст. 2.

који је закључен између тужиље и супруге окривљеног има елемената уговора у корист трећег, из чл. 149 ЗОО, који даје право и трећем лицу, али и уговарачу да од дужника обавезе захтева испуњење што њему намеће обавезу давања накнаде за услуге. На основу свега наведеног, суд истиче да су нижестепени судови правилно закључили да је одговорност тужених за накнаду услуга солидарна.

Без намере да преиспитујемо одлуку суда, из датог образложења нам се ипак намеће низ питања. Најпре, која је правна природа уговора који адвокат закључује са странком ради одбране окривљеног? Да ли је такав уговор могуће закључити у корист трећег лица? Која је правна природа накнадног давања пуномоћја за заступање од стране окривљеног? Уколико је закључен уговор у корист трећег, које је правно дејство тако закљученог уговора међу странама? Да ли из уговора у корист трећег произлази и обавеза за трећу страну? Коначно, имајући у виду да солидарност обавезе није изричито уговорена, из чега суд црпе солидарну одговорност?

1. ДА ЛИ ЈЕ ОДНОС ИЗМЕЂУ АДВОКАТА И СТРАНКЕ РАДИ ОДБРАНЕ ОКРИВЉЕНОГ ОДНОС ПО ОСНОВУ ПУНОМОЋЈА ИЗ ЧЛ. 89 ЗОО?

Употреба термина „заступник“ у означавању улоге адвоката у судским поступцима не упућује увек на изворно значење овог појма. Наиме, заступање представља предузимање правних послова (изјављивање воље) у име другог лица, односно заступаног, „да би се и посао и његова дејства директно рачунали заступаном као да је сам изјавио вољу.“[4] Овлашћење за заступање може бити садржано у закону, у вољи заступаног, акту органа управе. Онда када је заступање засновано на вољи заступаног, реч је о пуномоћју.[5]

У обављању адвокатске службе, адвокат закључује различите врсте уговора. Одређење о ком се уговору у конкретном случају ради зависи од тога који задаци се поверавају адвокату, односно која је сврха њиховог ангажовања.[6] Најчешће је реч о уговору о налогу, због чега се у свакодневном говору неретко реч налог и пуномоћје употребљавају као синоними. Штавише, теорија и судска пракса не инсистирају на јасном разграничењу ових појмова.

---

[4] Владимир Водинелић, *Грађанско право – увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд 2012, 470.

[5] Закон о облигационим односима (ЗОО), *Службени лист СФРЈ,* бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93, „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља и „Сл. гласник РС“, бр. 18/2020, чл. 89, ст. 1.

[6] Према Закону о адвокатури, *Сл. гласник РС,* бр. 31/2011 і 24/2012 – *одлука УС,* чл. 3.

Истини за вољу, ако говоримо у општем значењу ових појмова, јасну демаркациону линију често у околностима у којима се они користе, није ни могуће повући. Разлог томе лежи донекле и у околности да је заступништво настало управо из уговора о налогу (мандату)[7]. Осим тога, у уговору о налогу најчешће је садржано и овлашћење за заступање. Имајући у виду да ЗОО регулише и пуномоћје и налог, у контексту овог рада чини нам се неопходним осврнути се на елементе сваког од њих, како бисмо могли одговорити на питање да ли је закључење уговора могуће у корист трећег лица.

Према чл. 89, ст. 1, пуномоћје је овлашћење за заступање које властодавац правним послом даје пуномоћнику. Дакле, властодавац својом вољом овлашћује одређено лице (пуномоћника) да предузима правне послове чија дејства ће непосредно погађати заступаног, као да их је он сам предузео. У питању је однос који настаје вољом једног лица, властодавца.[8] Пуномоћник послове предузима у туђе име и за туђ рачун. Постојање и обим пуномоћја су независни од правног односа на чијој подлози је пуномоћје дато (ст. 2). Уговор о налогу пак је уговор којим се налогопримац обавезује према налогодавцу да за његов рачун предузме одређене послове (чл. 749, ст. 1), а истовремено се овлашћује на предузимање тих послова (ст. 2).[9]

Овлашћење за заступање које налогопримац црпе непосредно из закона односи се на предузимање оних послова који су дефинисани налогом. Разлог томе свакако лежи у потреби испуњења циља уговора, што би се довело у питање уколико такво овлашћење не би постојало. Ипак, онда када је дат налог за закључење одређеног посла за који је потребна посебна пуномоћ, такву пуномоћ налогодавац мора изричито, ако је прописано и у посебној форми, дати налогопримцу.

Суштинска разлика између ова два односа, дакле, јесте то што пуномоћник то постаје на основу једностраног правног посла, док је налог уговор. Осим тога, пуномоћник увек предузима послове у име и за рачун властодавца, а налогодавац пак може и у своје, и у име налогодавца, али увек за његов (налогодавчев) рачун.

Када је реч о уговору који адвокат закључује ради одбране окривљеног, теорија се није много бавила утврђивањем природе тог односа.

---

[7] Валентина Цветковић Ђорђевић, „Непосредно заступање у римском праву с освртом на модерно право“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2020, 124-144.

[8] Пуномоћ представља преображајно право пуномоћника да предузима правни посао у име властодавца, којег непосредно погађају правна дејства тако закљученог посла. Вид. В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд 2012, 475.

[9] Миодраг Трајковић у: *Коментар Закона о облигационим односима*, ред. Слободан Перовић, Београд 1995, 1279, Иван Букљаш, Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб 1979, 2320, Славко Царић у: Коментар Закона о облигационим односима, Београд 1980, 230.

Тако, Слободан Бељански у Коментару Законика о кривичном поступку наводи: „Пуномоћје за одбрану само је привидно врста уговора о пуномоћју (...) Бранилац и окривљени који му даје пуномоћје не закључују тиме уговорни однос, јер су права и дужности браниоца и окривљеног, међусобно и према трећим лицима, трајање и обим њихових овлашћења, и садржина и форма заступања у целини регулисани екстерним правом,[10] а не самим пуномоћјем и правним послом на чијој подлози је пуномоћје дато.“[11] Премда препознаје да није реч о пуномоћју, Бељански негира постојање уговорног односа, само на основу чињенице да адвокат пружа услуге у складу са прописима различитог ранга, којима се регулише поступање пред судовима и другим органима, као и само обављање адвокатске службе.

Шкулић овај однос одређује као „врсту уговора о делу, којим се бранилац обавезује да помогне окривљеном у одбрани у кривичном поступку, односно преузима обавезу савесног остваривања бранилачке функције у конкретном поступку.“[12]

Комплексност проблема правне природе односа адвоката и окривљеног спречава нас да у оквиру овог рада томе посветимо дужну пажњу. Стога ћемо као неспорно у теорији издвојити чињеницу да није реч о заступању из чл. 89 ЗОО, те да радње које адвокат предузима представљају заправо вршење адвокатске службе. Према Закону о адвокатури, пружање правне помоћи, које улази у вршење адвокатске службе, између осталог обухвата заступање и одбрану физичких и правних лица, као и обављање других послова правне помоћи у име и за рачун домаћег или страног физичког или правног лица, на основу којих се остварују или штите слободе и други интереси.[13]

2. ДА ЛИ ЈЕ УГОВОР О ОДБРАНИ ОКРИВЉЕНОГ МОГУЋЕ ЗАКЉУЧИТИ У КОРИСТ ТРЕЋЕГ ЛИЦА?

2.1. Опште напомене о дејству уговора према трећим лицима

Да бисмо могли одговорити на ово питање, неопходно је изложити општа правила уговорног права о уговорима у корист трећег.

Правило је да уговор производи дејство између две стране уговорнице чијом вољом је он и настао. То значи да одређена дуговања и/или потраживања имају уговорне стране једна према другој. Ипак, сваки уговор, иако

[10] Аутор овде мисли на то 254

[11] Слободан Бељански у: Горан Илић, Слободан Бељански, Миодраг Мијић, Александар Трешњак, *Коментар Законика о кривичном поступку*, 2013, 253, 254.

[12] Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2009, 153.

[13] Закон о адвокатури, *Сл. гласник РС,* бр. 31/2011 і 24/2012 – *одлука УС,* чл. 3, у вези са чл. 2, ст. 1.

обавезује само уговараче, своје дејство испољава и према лицима која нису у уговорном односу, будући да је једна од функција уговора да се њиме изврши одређена промена у правној сфери. Трећа лица, дакле, морају да трпе промене у правној сфери које је испуњење уговора створило. Начелно, трећа лица су дејством уговора обухваћена само на посредан начин. Промена која је настала у правном поретку њих обавезује, онолико колико их обавезује и сам правни поредак. Они не постају део уговорног односа. Уговорне стране немају потраживања према трећим лицима, нити према њима имају обавезе. Међутим, могуће је да се саме уговорне стране једна према другој обавежу на начин да треће лице постане непосредно обухваћено њиховим споразумом, односно да уговор дејствује према одређеном или одредивом трећем лицу.

2.2. Треће лице као поверилац уговорене чинидбе

Слобода воље уговорних страна подразумева да уговорне стране могу, уколико се то не противи принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима, самостално да одлучују о томе да ли ће, са ким ће и са којом садржином засновати однос међусобних потраживања и дуговања.[14] С тим у вези, уговорници могу и да се споразумеју о томе да се обавеза изврши трећем лицу. Тиме, заправо, треће лице бива обухваћено дејством уговора иако у његовом закључивању није учествовало. Од воље уговорних страна зависи да ли трећи стиче овлашћење да прими чинидбу из уговора у своје име и за свој рачун или пак у своје име, али за рачун повериоца.

Сама чињеница да је треће лице одређено да прими испуњење уговорне обавезе не значи нужно да је воља уговорних страна била да се трећи обухвати дејством уговора. Другим речима, није свако означавање субјекта, који није учествовао у закључењу уговора, истовремено и конституисање његовог сопственог права, односно потраживања.

Најпре, воља повериоца да дужник обавезу испуни трећем лицу можемо посматрати у контексту правила о испуњењу обавезе. Тако, када је обавеза доспела, њено испуњење, по правилу, треба да прими поверилац. Међутим, обавеза се сматра испуњеном, а дуг угашеним, и онда када се изврши лицу које је одређено законом, судском одлуком, уговором између повериоца и дужника, или од стране самог повериоца.[15] Треће лице, дакле, коме се обавеза испуњава, не стиче таквим испуњењем корист за себе. Трећи, заправо, прима испуњење туђег потраживања. Када прима испуњење, заправо то чини у своје име, а за рачун повериоца.[16] Онда када дужник обавезе изјави

[14] Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад 2013, 122, 123.
[15] ЗОО, чл. 305 ст. 1.
[16] Најчешће је реч о асигнацији. В. ЗОО, чл. 1020-1034.

прихват да обавезу испуни трећем лицу, трећи стиче захтев према дужнику из уговора, односно може не само да прими, већ и да захтева испуњење. Међутим, ни тада трећи испуњење не прима за сопствени рачун, него за рачун повериоца из уговора који се испуњава.[17]

За разлику од случаја када је треће лице овлашћено да у своје име, а за рачун повериоца, прими испуњење чинидбе, могуће је трећем конституисати сопствено право из уговора, односно споразумети се о томе да се уговорна обавеза испуни у корист трећег. Према ЗОО, кад неко уговори у своје име потраживање у корист трећег, трећи стиче сопствено и непосредно право према дужнику, ако није шта друго уговорено или не произлази из околности посла.[18] Оно што би могло да буде другачије уговорено или да другачије произлази из околности посла јесте заправо потраживање у корист трећег када трећи не стиче, сходно вољи уговорних страна или природи потраживања, сопствено и непосредно право према дужнику. У вези са тим, у теорији се прави разлика између правих и неправих уговора у корист трећег.

С обзиром на различиту позицију коју трећи стиче у уговорном односу, у теорији домаћег[19] и упоредног права[20] се прави разлика између правог и неправог уговора (тзв. домицилирање уговора) у корист трећег.

Уколико изузмемо поједине уговоре који су по природи ствари већ уговори у корист трећег, често се не може на недвосмислен начин утврдити да ли су стране корист из уговора намениле трећем лицу или то није случај.[21] Од овог питања свакако зависи и то да ли трећи може непосредно од дужника да захтева испуњење чинидбе (прави уговор у корист трећег) или он није снабедевен таквим захтевом (код неправог уговора у корист трећег)[22]. Међутим, практични значај разликовања се не исцрпљује у опредељењу да ли

---

[17] ЗОО, чл. 1023, ст. 1. Притом, сагласност дужника је неопозива, ЗОО, чл. 1021. ст. 2.

[18] ЗОО, чл. 149.

[19] Јаков Радишић, *Облигационо право,* Ниш 2016, 143, Михаило Константиновић, *Облигационо право – према белешкама са предавања професора Др. М. Константиновића*, Београд 1961, 61; Слободан Перовић, *Облигационо право,* Београд 1986, 438; Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право,* Београд 1987, 272.

[20] Вид. Wolfganf Fikentscher, Andreas Heinemann, *Schuldrecht,* Berlin 2006, 152-161; Dieter Medicus, Stephen Lorenz, *Shuldrecht – Allgemein Teil,* München 2012, 411-413; Eugen Bucher, *Schweizerische Obligationenrecht,* Zürich 1988*,* 471-476; Hein Kötz, *Vertragsrecht,* Tübingen 2009, 198-203; Peter Apathy, Andreas Riedler, *Bürgerliches Recht – Schuldrecht*, Linz 2015, 294.

[21] НГЗ, § 328 ст. 2. У том смислу, немачки законодавац изричито предвиђа да се, у одсуству изричите воље уговорне стране, спрам околности конкретног случаја, посебно имајући у виду циљ уговора, утврђује да ли је треће лице снабдевено сопственим правом, да ли оно право стиче одмах или под одређеним условима, да ли је странама у уговору резервисано право да спрече корист трећег, без његове сагласности. У сумњи, претпоставља се да треће лице не стиче самостални захтев (НГЗ, § 329), осим уколико корист коју прима не потиче из уговора о доживотном издржавању (НГЗ, § 330).

[22] НГЗ, § 328.

треће лице има самостално потраживање или не. Правна квалификација улоге трећег утиче и на однос између корисника и дужника (обећаоца)[23], на могућност опозива користи, али и на разлоге који могу довести до престанка уговора.[24]

2.3. Да ли уговор о одбрани окривљеног може да буде уговор у корист трећег?

Уговор у корист трећег није никаква посебна врста уговора.[25] Реч је заправо о уговорној одредби којом се дејство уговора проширује на треће лице. Премда таква одредба представља интегрални део уговорног односа, она је уједно посебан правни посао акцесорне природе.[26] Из тих разлога, начелно, сваки уговор вољом уговорних страна може постати уговор у корист трећег.[27] Питање је, међутим, чиме се објашњава то што трећи стиче потраживање, дакле субјективно право, из правног односа у чијем настанку није учествовао. Другим речима, да ли је за дејство уговора у корист трећег потребна и изјава његове воље или какав други објективни услов?

Подсетимо се, према ЗОО, кад неко уговори у своје име потраживање у корист трећег, трећи стиче сопствено и непосредно право према дужнику, ако није шта друго уговорено или не произлази из околности посла.[28]

Формулација законске одредбе јасно упућује на то да трећи ни на који начин не учествује у закључењу уговора из којег за њега настаје потраживање. Поверилац (стипулант) и дужник (промитент) ступају у уговорни однос који су међусобно уредили слободном вољом, а њихова воља је била да корист из уговора припадне трећем лицу. Са тим су, дакле, сагласни и једна и друга уговорна страна и с аспекта начела слободе воље у облигационим односима, неспорно је да је ова сагласност нужна претпоставка ваљаности клаузуле у корист трећег.

---

[23] Ј. Радишић (2016), 143; Ж. Ђорђевић, В. Станковић (1986), 270-273; О. Антић (2012), 361-363; С. Перовић (1986), 438.

[24] Тако, уколико трећи не жели да прими корист из уговора у чијем закључењу није учествовао, то би могло да доведе до престанка уговора. Уколико пак трећи не жели да прими испуњење, обавеза се не гаси.

[25] Другачије: Борис Визнер у: Б. Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб 1978, 607.

[26] Petar Klarić, Martin Vedriš, *Građansko pravo,* Zagreb 2014, 461.

[27] У терминолошком смислу, хрватски Закон о обвезним односима напушта одређење „уговор у корист трећег“ и односну одредбу наслављава „уговарање у корист трећег“, чиме се и у језичком смислу прецизније истиче дејство ове уговорне одредбе. Вид. Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, Odsek 5 – Učinci ugovora, Odeljak 2. Ugovaranje u korist trećeg, čl. 337.

[28] ЗОО, чл. 149.

С друге стране, а полазећи од садржинског одређења начела слободе воље у смислу тога да субјекти могу сами да одлуче да ли ће и са ким ће засновати правни однос,[29] треће лице постаје титулар права које није конституисано његовом вољом. Имамо ли у виду да начелно сваки уговор може постати уговор у корист трећег, питање које се намеће јесте да ли и свако лице може бити трећи који стиче корист или је потребна нека додатна повезаност са уговорном страном, којом се такво одступање од *inter partes* дејства уговора може догматски оправдати?[30]

Законом такав додатни услов није изричито предвиђен. Штавише, језичко тумачење односне одредбе упућује на то да је претпоставка законодавца да су стране уметањем такве одредбе у међусобни однос имале намеру управо да трећи стекне сопствени и непосредни захтев према дужнику. Ипак, стране могу и другачије уговорити, изричито (када не постоји спор о садржини њихове намере) или таква намера може да произлази из околности посла. У потоњем случају је потребно тумачити које су то околности које искључују намеру страна да трећи стекне корист.

С тим у вези, није неспорно да се уговор који закључује адвокат о одбрани окривљеног може закључити у корист трећег. Разлог томе лежи у околности да је однос између странке и адвоката првенствено однос заснован на уверењу да ће интереси странке у правној сфери бити заштићени на најбољи могући начин (поверење према сауговарачу). Међутим, у одређеним ситуацијама, попут оне из цитиране одлуке ВКС-а, правна сфера се не тиче само оног о чијој позицији се одлучује у судском (кривичном) поступку. Стога се одредбом Законика изричито овлашћују одређена лица да закључе уговор са адвокатом.

2.4. Да ли окривљени као треће лице увек стиче сопствено и непосредно право?

У настојању да разумемо неизвесну позицију трећег, као полазиште узимамо оне ситуације које су неспорне.

Најпре, поједини уговори, по природи ствари, јесу уговори у корист трећег. Примера ради, такав је уговор о осигурању живота уговарача осигурања.[31] Осим тога, понекад су разлози за закључење уговора усмерени на задовољење потреба трећег лица, али уз задржавање уговорне позиције. Најчешће су такви уговори мотивисани потребом да се реши неки раније

[29] Д. Николић, *op.cit.,* 122, 123.

[30] Antun Bilić, „Ugovor u korist trećeg“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 6/2011, 1982.

[31] ЗОО, чл. 943.

постојећи правни однос између повериоца и трећег лица (бенефицијара, корисника).[32] Такав је, примера ради, либераторни уговор у корист трећег, којим промитент преузима на себе дуг као што је стипулантов према бенефицијару.[33] Разлог може бити и *animus donandi*, будући да поверилац који је своју корист уступио трећем лицу и даље остаје дужник противчинидбе из уговора у корист трећег лица (на пример, када родитељи закључују уговор о закупу стана који ће користити њихово дете за време студија).

Уколико упоредимо наведене ситуације у којима се закључује уговор у корист трећег, могло би се уочити да их међусобно повезује наглашени интерес трећег да чинидба буде извршена баш њему. Стога би се, у случају сумње, воља уговарача могла тумачити управо полазећи од критеријума првенственог интереса, односно да ли интерес испуњења чинидбе који има трећи оправдава конституисање сопственог права трећем.[34] У том смислу илустративно је упоређивање два института: уговора у корист трећег и преузимање испуњења из чл. 453 ЗОО.

Наиме, према чл. 453, ст. 1, преузимање испуњења се врши уговором између дужника и неког трећег којим се трећи обавезује према дужнику да испуни његову обавезу према повериоцу. Однос који настаје поводом преузимања испуњења свакако подсећа на уговор у корист трећег. Тако, преузималац је дужник користи (промитент), дужник је стипулант, а стипулантов поверилац заузима позицију бенефицијара. Ипак, јасна линија раздвајања преузимања испуњења и уговора у корист трећег јесте изричита законска одредба према којој преузималац не преузима дуг, нити приступа дугу, те поверилац нема никакво право према њему, односно не може истицати захтев за испуњење према преузимаоцу. (чл. 453, ст. 3). Наравно, ове одредбе су диспозитивног карактера. То значи да се стране могу међусобно договорити да поверилац остварује непосредно и сопствено право према трећем, у ком случају се заправо закључује уговор у корист трећег.

Дакле, онда када није очигледно да трећи стиче непосредно захтев према дужнику, просуђивање о правој намери уговорних страна могло би да буде засновано на питању интереса трећег лица. Тако, стипулант који је уговорио испуњење чинидбе трећем због тога што му нешто дугује, не губи интерес да до испуњења чинидбе дође, јер се тиме гаси и његова обавеза према трећем. Насупрот томе, када је уговарање користи за трећег мотиви-

---

[32] Упор. D. Medicus, S. Lorenz, *op.cit.,* 412.

[33] Марија Караникић-Мирић, „Романска субјективна новација променом дужника: институт на заласку“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије (*ур. Стеван Лилић), Београд 2018, 218. Од исте ауторке в. *Промена дужника*, Београд 2017, 100-103.

[34] Antun Bilić, *op.cit.,* 1995.

сано доброчинством, оправдано је трећем признати сопствено право да захтева испуњење, како би могао обезбедити остваривање сопствене користи.[35] Имајући у виду да је дејство уговора према трећем одступање од општег правила облигационог права о релативном дејству, онда и „корист" треба рестриктивно тумачити. С тим у вези, корист заправо треба тумачити искључиво у смислу бољитка за треће лице.

Пошто смо утврдили да је у погледу настанка уговора у корист трећег од пресудног значаја воља уговорних страна, јасно је да изричита сагласност трећег за корист која се њему испуњава није потребна. С тим у вези, уговор који је са адвокатом закључила супруга окривљеног производи дејство и према трећем, односно окривљеном, од тренутка закључења. Дакле, окривљени има право да захтева пружање стручне одбране, односно обавезу да за извршене радње плати одговарајућу накнаду. Његово потраживање уговорене користи (пружања одбране) настаје у тренутку закључења уговора.[36] Наравно, трећи, односно окривљени може да одбије корист, као и да се изричито са њом сагласи. Ове изјаве воље, међутим, немају утицај на настанак самог потраживања трећег, већ на његову судбину.[37]

2.5. Да ли за окривљеног као трећег настаје каква обавеза из уговора у чијем закључењу није учествовао?

Уговарање користи за трећег има за последицу настајање правних односа између три лица: оног који обећава да ће обавезу испунити трећем (обећаоца (промитента)), оног коме је обећање дато (стипулант, промисар) и лица у чију корист ће се испунити обавеза (бенефицијар). Конкретно; адвокат је промитент који је супрузи окривљеног (стипуланту) обећао да ће окривљеном (бенефицијару) пружити стручну одбрану у кривичном поступку.

---

[35] A. Bilić, *op.cit.,* 1995. Овај аутор истиче да се исти критеријум интереса може применити и код преузимања испуњења, када трећи не стиче самосталан захтев. Наиме, стари дужник је довољно заинтересован да присили преузимаоца на испуњење, те се самосталан захтев трећег не претпоставља.

[36] С. Перовић у: С. Перовић, Д. Стојановић, *Коментар ЗОО*, Књига прва, 1980, 473, Б. Визнер, Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима, 1978, 613. Другачије у: Драгослав Вељковић, *Коментар Закона о облигационим односима са регистром појмова, за практичну примену са примерима уговора, тужби и судске праксе*, Београд 2005, 163: „По закључењу уговора, када треће лице изјави да прихвата закључени уговор између уговарача и дужника, он преузима права према дужнику за она потраживања која му је уговарач пренео и непосредно их остварује према дужнику."

[37] Ако трећи одбије корист која је уговорена за њега, или је уговарач опозове, корист припада уговарачу ако што друго није уговорено или не произлази из природе посла (ЗОО, чл. 152). Уговарач користи за трећег може је опозвати или изменити све док трећи не изјави да прихвата оно што је уговорено у његову корист. (ЗОО, чл. 150, ст. 1).

2.5.1. Однос адвоката и окривљеног

Адвокат је обећао да ће уговорну обавезу испунити окривљеном, односно да ће окривљеном пружити стручну одбрану у кривичном поступку. Самим тим, адвокат постаје непосредни дужник окривљеног, и обрнуто. Окривљени јесте поверилац чинидбе, те може непосредно захтевати вршење радњи које су обухваћене адвокатском службом, а у вези са одбраном окривљеног у кривичном поступку. То право му је конституисано уговором између адвоката и његове супруге.

Према општим правилима, бенефицијар своје потраживање црпе непосредно из уговора у чијем закључењу није учествовао. Његово право је, стога, изворно, али зависно од уговора из којег је настало.[38] С тим у вези, када трећи стиче сопствено право, он располаже свим приговорима и противљењима које има поверилац обавезе (стипулант), али и дужник оним приговорима које има према стипуланту[39], по основу уговора који се закључује у корист трећег.[40] Штавише, када корист постане неопозива, бенефицијар може даље да сужава и проширује захтев. Рецимо, не само да може да захтева испуњење, већ и штету због неиспуњења или задоцњења у испуњењу.[41] Приговори личне природе (нпр. компензација), по природи ствари, нису обухваћени овим дејством.

Сходно односној законској одредби, корисник стиче сопствено и непосредно право према дужнику. Стога, окривљени стиче сопствено и непосредно право према адвокату. Он постаје титулар субјективног права (потраживања), односно захтева за чинидбу, а не саме чинидбе. Потраживање је субјективно право, а чинидба само објект тог права.[42] Наш законодавац, дакле, претпоставља да уговорне одредбе у корист трећег имају управо ово значење.

Наравно, законодавац предвиђа могућност да стицање сопственог права може да буде уговором искључено или другачије може да произлази из околности конкретног случаја.

2.5.2. Однос супруге (стипуланта) и адвоката (промитента)

Супруга и адвокат су лица која су својим сагласним изјавама воља закључила уговор о пружању стручне одбране окривљеног. У контексту уговора у корист трећег, овај однос се *однос покрића*.

Садржински, њихов међусобни однос одговара било којем уговорном односу одређеног типа: односу купца и продавца, превозника и путника, а овде уговору о одбрани окривљеног.

[38] J. Радишић (2016), 154.
[39] Примера ради, приговор неиспуњења уговора, неважност уговора и слично.
[40] ЗОО, чл. 151.
[41] D. Medicus, S. Lorenz, *op.cit.,* 413.
[42] M. Vedriš, P. Klarić, *op.cit.,* 462.

Посматрано с аспекта општих правила, настанком уговорног односа, настаје заправо обавеза која се мора испунити онако како су се стране договориле. Код уговора у корист трећег, стране су се договориле управо да обавеза буде испуњена неком трећем. Ово има двојако значење. С једне стране, уколико би промитент обавезу испунио стипуланту, обавеза се не би угасила јер није испуњена на начин како је то уговорено. С друге стране, околност да је у уговорном односу означен корисник, бенефицијар, не искључује стипуланта из уговорног односа. Напротив, он има право да захтева испуњење обавезе трећем лицу у чију корист је уговор закључен.[43]

2.5.3. Однос окривљеног (бенефицијара) и супруге (стипуланта)

Између окривљеног као бенефицијара и супруге као стипуланта постоји однос који би се, у контексту уговора у корист трећег, могао сматрати спољним (валутни однос). Нити супруга има обавезу према окривљеном, нити окривљени има обавезу према супрузи. Другим речима, један према другом немају никаквих захтева који произлазе из уговора о одбрани окривљеног закљученог у корист трећег. Штавише, према правилима уговорног права, однос бенефицијара и стипуланта најчешће не настаје у тренутку закључења уговора, већ му претходи. Њиме се, заправо, објашњава због чега је стипулант одлучио да корист из уговора не ужива он, него бенефицијар. Разлог за то може да буде, примера ради, неки ранији дуг стипулантов, који се коришћу може угасити или смањити. Исто тако, разлог се може налазити у родбинским и пријатељским односима, што је овде случај, када стипулант жели да коришћу из закљученог уговора помогне бенефицијару. Могуће је пак да бенефицијар буде и накнадно одређен, ако су уговором дати елементи који личност бенефицијара чине одредивим. Примера ради, послодавац закључује уговор са туристичком агенцијом о организовању путовања у корист запосленог који у првој половини године оствари најбоље резултате. Али, разлози због којих се корист уговара за трећег могу да буду и недопуштени. Та околност не утиче непосредно на пуноважност уговора у корист трећег, јер је она, како смо навели, везана за спољни однос. Промитент чинидбу мора да изврши. О правној ваљаности односа стипуланта и бенефицијара у погледу примљене користи се расправља изван уговора којим је корист трећем конституисана.[44]

За одговор на питање да ли окривљени као треће лице постаје дужник противчинидбе из закљученог уговора релевантан је претходно објашњен однос између промитента и бенефицијара. У том смислу, посебно наглашавамо да

[43] ЗОО, чл. 149 ст. 2.

[44] С. Радовановић у: Бојан Пајтић, Сања Радовановић, Атила Дудаш, *Облигационо право*, Нови Сад 2018, 320.

трећи не постаје дужник противчинидбе јер није учествовао у закључењу уговора. Он је дејством уговора обухваћен само у погледу користи коју стиче, а не и у погледу противчинидбе. Другачије тумачење би се свакако противило и општем правилу уговорног права према којем нико не може бити обавезан на чињење, односно пропуштање без његове воље.[45] Следствено, ни образложење судске одлуке у делу у којем основ обавезе бенефицијара да исплати накнаду адвокату лежи у околности да дато пуномоћје има елементе уговора у корист трећег, није одрживо.

3. ДА ЛИ НАКНАДНО ДАТО ПУНОМОЋЈЕ ОД СТРАНЕ ОКРИВЉЕНОГ УТИЧЕ НА ПРАВНУ СУДБИНУ УГОВОРА У КОРИСТ ТРЕЋЕГ?

Када се једно лице обавеже другом да ће испунити обавезу трећем лицу, треће лице стиче сопствено и непосредно право да од дужника захтева испуњење обећаног. Законском одредбом о непосредном праву трећег није предвиђено да се трећи о користи мора изјаснити уопште, а нарочито није предвиђено да настанак његовог непосредног права зависи од изјаве његове воље. Практично, то би значило да уговор почиње да производи дејство (а тиме и према трећем лицу) и пре него што се трећи изјасни о користи. Тако, адвокат из нашег примера, већ од закључења уговора може да учини низ припремних радњи ради коначног испуњења чинидбе, па и независно од тога да ли ће чинидба бити спречена одбијањем трећег или опозивом супруге. Следствено, трошкови које је с тим у вези учинио, падају на терет супруге и он их је дужан надокнадити. У обрнутом случају, односно да дејство уговора зависи од изјаве воље окривљеног, трошкови би се могли сматрати неоправданим, па тиме и изузетим из обима накнаде на коју би евентуално адвоакт имао право.

Околност да законодавац дејство уговора не везује за изјашњавање трећег не значи да трећи не може да се изјасни, односно да његова воља није релевантна за сам уговор из којег је корист настала. Напротив, и афирмативна и негативна изјава трећег утичу на правну судбину закљученог уговора.

Прво, законодавац оставља могућност стипуланту да опозове корист за трећег или да је измени, све док трећи не изјави да је прихвата. Када то учини, уговорена корист трећег постаје перфектан правни посао, који конституише потраживање бенефицијара, као његово самостално и сопствено право. Стипулант више не може да утиче на његову садржину у погледу конкретне чинидбе, нити на даљу правну судбину.

[45] ЗОО, чл. 153, ст. 1, у вези са чл. 10.

Онда када се обавеза у корист трећег има испунити тек после смрти стипуланта, овај може све дотле, па и својим тестаментом, опозвати корист уговорену за трећег, уколико из самог уговора или из околности не произлази шта друго.[46]

У случају када трећи одбије корист која је уговорена за њега, корист припада стипуланту, јер он и јесте уговорна страна из уговора у којем је обавеза промитента настала.[47] Промитентова позиција се не мења чињеницом да бенефицијар не жели да прими корист. Он је дужник одређене чинидбе, те је за њега ирелевантно да ли ће она бити испуњена његовом сауговарачу, или трећем лицу. Исти је случај и када стипулант опозове корист.

Стипулант и промитент могу се договорити и другачије, да одбијање трећег гаси обавезу промитента. Исто може да произлази и из природе посла. То је најчешће случај када се корист уговара с обзиром на посебна својства личности трећег или су разлози такве природе да не оправдавају опстанак обавезе онда када бенефицијар такву корист не жели.[48]

4. ДА ЛИ ИЗ НОВОГ УГОВОРА О ОДБРАНИ ОКРИВЉЕНОГ НАСТАЈЕ СОЛИДАРНА ОБАВЕЗА НАКНАДЕ ПОСТОЈЕЋЕГ ДУГА?

У светлу схватања истакнутог у судској одлуци о уговору са адвокатом у корист трећег, остаје нејасно од каквог је значаја за обавезу плаћања накнаде адвокату чињеница да је окривљени накнадно, усмено на записник, дао пуномоћје адвокату.

Образложење судске одлуке нас води у два правца. Први је онај који суд експлицитно квалификује, а то је да је таквом изјавом закључен нови уговор о одбрани окривљеног, овог пута између окривљеног и адвоката. Други се намеће управо указивањем суда да првобитно закључени уговор, између супруге и адвоката, има елементе уговора у корист трећег.

4.1. Обавеза накнаде у случају да је закључен нов уговор

У погледу одређивања који је уговор закључен између две стране свакако да воља уговорних страна, њихова намера, има пресудни значај. У том смислу, усмено дато пуномоћје браниоцу у току поступка није ништа друго до закључење уговора о одбрани окривљеног.[49] Чини се да је ово неспорно

[46] ЗОО, чл. 150, ст. 2.

[47] ЗОО, чл. 152.

[48] Уобичајени пример јесте код уговора о доживотном издржавању у корист трећег. Онда када трећи одбије да прими издржавање, циљ обавезивања стипуланта на противчинидбу више не постоји.

[49] ЗКП, чл. 75, ст. 2.

суду који је одлучивао о захтеву за исплату накнада и странкама у том спору. Следствено, нови уговор производи дејство између браниоца и окривљеног, те је дужник исплате накнаде окривљени. Према правилима уговорног права, окривљени има обавезу да плати накнаду само од момента када је постао друга уговорна страна, односно када је дато усмено пуномоћје.[50] Штавише, с обзиром на то да је пуномоћје једностран правни посао, оно *a priori* не ствара обавезу за окривљеног као властодавца, а имајући у виду да претходно закључени уговор није престао да производи дејство, не мора да упућује на то да се накнадно датим пуномоћјем заправо жели закључити нови уговор.

С аспекта предмета уговора о налогу за пружање адвокатске услуге, за окривљеног не настаје никакво ново право, односно потраживање. Одбрана од стране адвоката била му је обезбеђена и на основу претходно закљученог уговора. Налогопримац, адвокат, дакле, сада уместо једног има два налогодавца. Када је реч о обавези исплате накнаде, та чињеница може да има значај, будући да постоји више налогодаваца за извршење једног истог посла (или више). Према ЗОО, ако је више налогодаваца поверило налогопримцу извршење налога, они му одговарају солидарно.[51] Али, да би постојала солидарна одговорност, потребно је да су налогодавци и налогопримац везани истим уговором.[52] Овде то није случај. Доследном применом релевантних одредаба и општих правила уговорног права, у погледу обавезе плаћања накнаде, окривљени би био дужник од тренутка давања пуномоћја, а супруга од тренутка закључења уговора са адвокатом. У временском раздобљу у којем оба уговора дејствују, постојала би, дакле, два дужника, један поред другог.

С тим у вези, а посебно имајући у виду да се у погледу потраживања окривљеног ништа не мења чињеницом да је и сам закључио уговор, поставља се питање да ли такву његову изјаву воље можемо тумачити као изјаву о приступању дугу *(intercessio cumulativa).*

Наиме, уговором између повериоца и трећег, којим се трећи обавезује повериоцу да ће испунити његово потраживање од дужника, трећи ступа у обавезу поред дужника.[53] У нашем примеру, поверилац са којим трећи закључује уговор о приступању дугу јесте заправо поверилац накнаде, односно адвокат. Дужник је пак супруга која је иницијално закључила уговор. Приступилац и дужник нису ни у каквом уговорном односу (тачније, не морају да буду, а ако и јесу, такав њихов однос остаје изван уговора о приступању дугу), те свако од њих дугује повериоцу самостално цео дуг. У теорији није

[50] ЗОО, чл. 26, чл. 148.
[51] ЗОО, чл. 764.
[52] Уместо свих: М. Трајковић у: С. Перовић, *Коментар (1995)*, коментар уз чл. 764, 1293.
[53] ЗОО, чл. 451.

прихваћен став да је њихов дуг солидаран.[54] Због тога приступилац нема право регреса према дужнику чији је дуг исплатио. Он тиме заправо испуњава своју обавезу према повериоцу, из њиховог међусобног односа, те је ирелевантно да ли се дужник томе противи или не.

Дакле, ни у једном од наведених могућих интерпретација односа који настају међу овим лицима, не постоји основ за солидарно обавезивање.

4.2. Обавеза накнаде у случају да није закључен нов уговор

Уколико бисмо уговор о одбрани окривљеног између супруге и адвоката сматрали уговором у корист трећег, поставља се питање какав значај има пуномоћје дато од стране окривљеног. Пошто из образложења судске одлуке није могуће сазнати садржину изјаве воље коју је дао окривљени поводом ангажовања браниоца, могли бисмо таквој изјави дати значење саглашавања са коришћу која му је намењена уговором о налогу.

Како смо то већ претходно објаснили код односа који настају из уговора у корист трећег, таква сагласност не доводи до промене повериоца, или дужника, већ спречава стипуланта да опозове или измени корист. Следствено, стипулант остаје једини дужник, иако се уговор не испуњава у његову корист, већ у корист трећег лица. У овом случају не само да не постоји солидарност дужника, већ је дужник накнаде искључиво стипулант.

5. ЈОШ НЕКА ПРОМИШЉАЊА О ДУЖНИКУ ОБАВЕЗЕ НАКНАДЕ ТРОШКОВА АДВОКАТУ

Настојећи да образложи своју одлуку, Суд нуди неколико правних квалификација односа из којих црпе солидарну одговорност супружника за исплату дуговане накнаду адвокату. Како смо у претходном излагању истакли, ни једна не утемељује одлуку суда. Уз то, оно што више уноси конфузију јесте сама чињеница да ни суд не опредељује прецизно о ком правном основу солидарне одговорности за плаћање накнаде се ради у конкретном случају.

Наиме, указано је на то да закључење уговора о одбрани окривљеног са адвокатом, а у корист трећег, није сасвим неспорно. Међутим, одредбом члана 75 Законика о кривичном поступку је изричито прописано да „једног или више бранилаца може изабрати и пуномоћјем овластити“ једно од таксативно наведених субјеката, међу којима је и супружник окривљеног. Јасно се истиче да уговор са браниоцем може закључити не само окривљени или

[54] В. Станковић у: С. Перовић, *Коментар (1995)*, 1006, Б. Визнер, *Коментар* (1978), 1456. Б. Пајтић у: Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, *op.cit*, 167. Другачије Ј. Радишић, *op.cit*, 451.

његов законски заступник, него и други субјекти који са окривљеним стоје у родбинској или другој блиској или сродној вези (и само наведени субјекти).

Дакле, правило је да уговор са адвокатом о пружању адвокатских услуга закључује странка која наведене услуге користи. Наравно, са овом ситуацијом се изједначава и закључење уговора путем заступника, јер заступник иступа у име и за рачун заступаног. Подсетимо се, основ за заступање може се налазити у закону, статуту или у вољи уговорних страна. Како одредба ЗКП изричито наводи ко су субјекти, осим окривљеног, који могу закључити уговор са изабраним браниоцем, чини нам се да је законодавац интервенисао у сфери уговорног права, управо са циљем да омогући окривљеном стручну одбрану, било да је у притвору или не, и без обзира на то каква је казна запрећена за кривично дело због којег се поступак води.[55]

Наиме, одређујући круг субјеката који могу закључити такав уговор, посматрано с аспекта уговорног права, законодавац заправо тим лицима даје овлашћење за заступање за закључење конкретног уговора. Наведена лица могла би се сматрати специјалним законским заступницима.[56] Тако посматрано, уговор о пружању адвокатских услуга који брачни друг, сродник или други овлашћени субјект закључи са адвокатом јесте уговор који производи дејство између адвоката и окривљеног. Друго лице, без обзира на то што има овлашћење на закључење уговора, дакле, није уговорна страна, те не може бити ни обавезано на накнаду адвокату.

У односној одредби законописац ипак не опредељује на такав начин својство овлашћеног лица у уговорном односу. Имајући у виду да закључење уговора путем заступника треба да буде транспарентно, изостајање формулације „у име и за рачун“ могло би указивати и на одсуство намере законописца да овлашћено лице заправо закључује уговор са адвокатом у својству заступника, који по природи ствари остаје изван уговорног односа.

Поједини аутори у околности да је уговор са адвокатом закључило неко од овлашћених лица виде и основ потраживања адвокатске накнаде управо од лица са којим је уговор закључен. Тако, аутори Васиљевић и Грубач[57] у Коментару Законика о кривичном поступку изричито наводе да је однос између окривљеног и браниоца којег су изабрала овлашћена лица истоветан односу окривљеног и браниоца којег је сам окривљени изабрао. Са тим се и ми слажемо. Но, ови аутори даље истичу да је једина разлика у томе што браниоца којег је сам окривљени изабрао плаћа окривљени и може да опо-

---

[55] О случајевима обавезне стручне одбране в. Мања Блажић Павићевић, „Обавезна стручна одбрана у кривичном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2018, 413-429.

[56] О законском заступању в: В. Водинелић, *op.cit*, 473-474.

[57] Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Београд 2002, уз чл. 68 (који одговара садашњем чл. 75 ЗКП), 146, пар. 8.

зове пуномоћје. Дакле, закључујемо да супротно важи у случају да је браниоца изабрало овлашћено лице. Тада би, сходно мишљењу ових аутора, браниоца плаћало лице које га је ангажовало, а које би (једино) могло и да опозове пуномоћје. Међутим, окривљени може, чак и када је уговор закључило овлашћено лице, да одбије одбрану и пружање правне помоћи од стране одређеног браниоца.[58]

ВКС на сличан начин у цитираној одлуци образлаже основ обавезе супруге окривљеног на исплату накнаде адвокату наводећи да је управо она закључила уговор из којег је настало дуговање. Додуше, додајући да закључени уговор „има елемената уговора у корист трећег" због чега, према ВКС, и окривљени постаје дужник накнаде, се удаљава од јасне интерпретације односне одредбе ЗКП-а, а тиме и спорног односа. Шта уопште суду значи да уговор има елементе уговора у корист трећег? Уговор или то јесте или није. При том, како је већ раније објашњено, ни уговор у корист трећег не ствара обавезу за бенефицијара, односно окривљеног. Дужник накнаде јесте лице које је уговор закључило, што и *Васиљевић* и *Грубач* имају у виду у коментару односне одредбе.

Исти став аутори износе и у делу који се односи на одредбу о плаћању награда и нужних издатака,[59] иако се законодавац о томе не изјашњава на изричит начин. Наиме, према актуелном чл. 266, награду и нужне издатке браниоца и пуномоћника оштећеног, оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца дужно је да плати заступано лице, без обзира ко је по одлуци суда дужан да сноси трошкове кривичног поступка, осим ако по одредбама овог законика награда и нужни издаци браниоца падају на терет буџетских средстава суда. То значи онда када би плаћање награде и нужних издатака угрозило материјално стање окривљеног или лица које он издржава.[60]

Из цитиране одредбе произлази да се у питању плаћања награда, не води рачуна о томе да ли су бранилац и окривљени, као заступани, у уговорном односу или је бранилац постављен од стране суда,[61] или га је узело овлашћено лице. Обавеза плаћања на страни заступаног неће постојати једино у случају да би тиме било доведено у питање његово издржавање или издр-

[58] *Ibidem*

[59] Овлашћена лица која су узела браниоца окривљеном дужна су и да му исплате награду. Бранилац у том погледу није ни у каквом односу са њим. Т. Васиљевић, М. Грубач, *op.cit*, 371, пар. 3. уз члан 199. раније важећег ЗКП.

[60] Даље се у одредби Законика наводи да у случају када је окривљеном био постављен бранилац, а плаћањем награде и нужних издатака би било доведено у питање издржавање окривљеног или издржавање лица које је он обавезан да издржава, награда и нужни издаци браниоца исплатиће се из буџетских средстава суда. Овако ће се поступати и ако је оштећеном као тужиоцу био постављен пуномоћник.

[61] ЗКП, чл. 76 и чл. 77.

жавање лица које је он обавезан да издржава.[62] Отуда није најјасније из чега аутори изводе закључак да награду плаћа овлашћено лице, онда када је оно закључило уговор са адвокатом. У извесној мери се овај приступ надовезује на схватање уговорног односа, које додуше аутори нису на изричит начин тако представили, између браниоца и овлашћеног лица које га је ангажовало, као уговора у корист трећег. Тада би се свакако подразумевало да овлашћено лице, као уговорна страна, испуњава обавезу плаћања награде.

С наведеним у вези, остаје нејасно шта је основ солидарне одговорности заступаног и овлашћеног лица које је закључило уговор са адвокатом. Наиме, могући приступ који би оправдао одлуку суда о солидарној одговорности јесте тумачење односа између ова три лица као однос налога са више налогодаваца. У том случају, према одредби чл. 764 ЗОО, ако је више налогодаваца поверило извршење налога, они му одговарају солидарно. Међутим, да би солидарност постојала, више лица на страни налогодавца треба да буду у истом уговорном односу.[63] У спорном случају, како смо видели, реч је о два закључена уговора.

Како је у нашем примеру овлашћено лице заправо супруга окривљеног, основ солидарне одговорности за исплату накнаде евентуално би могао да се црпе из одредбе чл. 187 Породичног закона, према којој за обавезе преузете ради подмирења потреба заједничког живота у браку, као и за обавезе које по закону терете оба супружника, одговарају супружници солидарно својом заједничком и посебном имовином.[64] Посебно је питање да ли би се трошкови одбране могли сматрати „подмирењем потреба заједничког живота у браку“. С тим у вези, када је реч о другим овлашћеним лицима, на питања одговорности за плаћање накнаде браниоцу окривљеног имала би се применити правила која регулишу имовинске односе окривљеног и овлашћеног лица.

6. ЗАКЉУЧАК

Солидарна одговорност за испуњење уговорне обавезе није правило облигационог права, већ изузетак. То значи да солидарност дужника мора да буде изричито уговорена или прописана законом. ВКС је, у пресуди која је била инспирација за истраживање изнето у овом раду, пропустио да пружи довољно јасну квалификацију правних односа између супруге (као лица овлашћеног да ангажује адвоката), адвоката и окривљеног. Следствено, ни одлука о солидарној одговорности супруге и окривљеног за исплату накнаде

[62] ЗКП, чл. 266.

[63] Уместо свих: М. Трајковић у: С. Перовић, *Коментар (1995)*, коментар уз чл. 764, 1293.

[64] Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

и награде адвокату, није довољно јасна. У раду смо настојали да понудимо неколико могућих одговора у погледу насталих правних односа, а тиме и у погледу субјекта који је дужник накнаде адвокату.

Најпре, у анализи смо пошли од тога да је уговор који адвокат закључује са странком уговор о налогу. С тим у вези, према првом могућем приступу, у спорној ситуацији закључена су два уговора о налогу. Један је закључила супруга, а други накнадно и сам окривљени. Из такве квалификације произлази да свако од налогодаваца одговара за обавезе које произлазе из уговорног односа у чијем настанку су учествовали. Дакле, супруга је дужник накнаде из првог закљученог уговора, и то од тренутка закључења, а окривљени од тренутка давања пуномоћја у поступку. Адвокат има два дужника, који нису солидарни, већ дугују један поред другог. Осим тога, њихове обавезе нису ни истог обима.

Према другом приступу, пуномоћје дато у току поступка од стране окривљеног адвокату нема карактер сагласности за закључење уговора о налогу, већ представља овлашћење за заступање (једностран правни посао). Јасно је да овде постоји само један уговорни однос, тиме и само један дужник – овлашћено лице које је закључило уговор са адвокатом.

У трећем случају, релевантну одредбу Законика о кривичном поступку о лицима која су овлашћена да изаберу и дају пуномоћ браниоцу за одбрану окривљеног посматрали смо као основ специјалног законског заступништва. Тада би дужник накнаде био искључиво окривљени, будући да је овлашћено лице уговор о налогу закључило у његово име и за његов рачун. Томе у прилог говоре и одредбе ЗКП-а о трошковима поступка, према којима, по правилу, накнаде и награде адвокату падају на терет заступаног. И у овом случају постоји само један дужник – окривљени.

Коначно, уколико уговор о налогу који је закључила супруга окривљеног посматрамо као уговор у корист трећег, накнадно дато пуномоћје би могло да представља сагласност окривљеног као бенефицијара. Према општим правилима, сагласност има утицаја само на даља располагања уговореном чинидбом од стране стипуланта, али не доводи до промене дужника накнаде. И у овом случају је једини дужник накнаде супруга окривљеног, односно овлашћено лице из чл. 75 ЗКП.

Да закључимо, нити једна од понуђених правних квалификација односа које смо анализирали не указује на оправданост солидарне одговорности окривљеног и овлашћеног лица за исплату дуговане накнаде. Једина опција у којој долази у обзир солидарна одговорност јесте она која произлази из одредаба Породичног закона, с тим што то свакако зависи од тумачења „потреба заједничког живота“. Суд, међутим, ову опцију није имао на уму када је одлучивао у конкретном случају.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Antun Bilić, „Ugovor u korist trećeg“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 6/2011, 1982.

Dieter Medicus, Stephen Lorenz, *Shuldrecht – Allgemein Teil*, München 2012.

Eugen Bucher, *Schweizerische Obligationenrecht,* Zürich 1988.

Hein Kötz, *Vertragsrecht,* Tübingen 2009.

Petar Klarić, Martin Vedriš, *Građansko pravo,* Zagreb 2014.

Peter Apathy, Andreas Riedler, *Bürgerliches Recht – Schuldrecht*, Linz 2015.

Wolfganf Fikentscher, Andreas Heinemann, *Schuldrecht,* Berlin 2006.

Бојан Пајтић, Сања Радовановић, Атила Дудаш, *Облигационо право*, Нови Сад 2018.

Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб 1978, 607.

Валентина Цветковић Ђорђевић, „Непосредно заступање у римском праву с освртом на модерно право“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2020, 124-144.

Владимир Водинелић, *Грађанско право – увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Беград 2012.

Горан Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар Законика о кривичном поступку*, 5. издање, Београд 2013.

Горан Илић, Слободан Бељански, Миодраг Мијић, Александар Трешњак, *Коментар Законика о кривичном поступку*, 2013.

Драгослав Вељковић, *Коментар Закона о облигационим односима са регистром појмова, за практичну примену са примерима уговора, тужби и судске праксе*, Београд 2005.

Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад 2013.

Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право,* Београд 1987.

Иван Букљаш, Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб 1979.

Јаков Радишић, *Облигационо право,* Ниш 2016.

Коментар Закона о облигационим односима, ред. Слободан Перовић, Београд 1995, 1279.

Марија Караникић Мирић, „Романска субјективна новација променом дужника: институт на заласку“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије (*ур. Стеван Лилић), Београд 2018.

Марија Караникић Мирић, *Промена дужника*, Београд 2017.

Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2009.

Мињa Блажић Павићевић, „Обавезна стручна одбрана у кривичном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2018, 413-429.

Михаило Константиновић, *Облигационо право – према белешкама са предавања професора Др. М. Константиновића*, Београд 1961.

Сентенца из пресуде Врховног касационог суда, бр. Рев. 600/2016 Рж. 83/2016 од 25.08.2016. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.04. 2018, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 1/2018, 95-96.

Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1986.

Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Београд 2002.
Закон о адвокатури, *Сл. гласник РС,* бр. 31/2011 і 24/2012 – *одлука УС*.
Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.
Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske*, Narodne novine, br.* 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21.
Немачки грађански законик, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), *https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf,* 10.12.2022.
Закон о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ, бр. 70/01 и 60/02 и Службени гласник РС, бр. 58/04*.
Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19.
Закон о облигационим односима (ЗОО), *Службени лист СФРЈ,* бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93, „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља и „Сл. гласник РС“, бр. 18/2020, чл. 89, ст. 1.

Sanja M. Savčić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.savcic@pf.uns.ac.rs

Nikolina B. Miščević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs

Power of Attorney in Favor of a Third Party?

Abstract: *According to the provision of Art. 75 of the Criminal Procedure Code, one or more defense attorneys may be selected and authorized by the defendant, or his legal representative, spouse, blood relative, adoptive parent, adoptive parent, brother, sister, foster parent and the person with whom the defendant lives in extramarital affairs, or any other permanent community of life, unless the defendant expressly objects. The aim of this provision is to provide professional defense to the defendant in criminal proceedings even when he is unable to provide it, but the relationship between the lawyer and the person authorized to conclude a contract with him is of a civil nature. Theory and jurisprudence have not dealt much with the legal qualification of this relationship or have done it only marginally. Moreover, the explanation of the judgment of the Supreme Court of Cassation on the solidary liability of the accused and the certain person (wife) opens a number of questions, which are the subject of research in this paper. First of all, what is the legal nature of the contract that a lawyer concludes with a client? Is it possible to conclude such a contract in favor of a third party? What is the legal nature of the subsequent granting of a power of attorney? If a contract is concluded in favor of a third party, what is the legal effect of such a contract concluded between the parties? Does the contract in favor of a third party also result in an obligation for a third party? Finally, bearing in mind that the solidary liability is not explicitly agreed, from what does the court derive that kind of liability?*

Keywords*: authorization, power of attorney, mandate contract, contract in favor of a third party, solidary liability.*

Датум пријема рада: 07.03.2022
Датум достављања коначне верзије рада: 12.05.2022.
Датум прихватања рада: 10.06.2022.

Оригинални научни рад 341.241.8:339.727.22
doi:10.5937/zrpfns56-35506

Петар М. Ђунђић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

ПОТЕНЦИЈАЛНА РЕФОРМА СРПСКЕ МРЕЖЕ ДВОСТРАНИХ СПОРАЗУМА О ЗАШТИТИ И ПОДСТИЦАЊУ УЛАГАЊА: ПРИЛИКА ЗА НОВИ ПОЧЕТАК*

***Сажетак**: У последњих неколико година многе државе су отпочеле процес реформе својих двостраних споразума о заштити и подстицању улагања (енгл. Bilateral Investment Treaties, у даљем тексту: БИТ). Идеја иза ових напора је да се постојећи споразуми, који се често перципирају као неизбалансирани инструменти, окренути искључиво заштити интереса улагача и карактеристични по одредбама које су формулисане широко и недовољно прецизно, ставе ван снаге или замене новим споразумима. У овом тренутку, Србија није део овог процеса. Рад нуди предлог нормативног стања у погледу БИТ-ова на снази у Србији. У њему се разматрају опције за неминовну реформу домаће мреже двостраних споразума, имајући у виду правне, економске и политичке импликације три могућности: отказивање (једностране раскид) постојећих БИТ-ова, њихово споразумно гашење и замена постојећих споразума новим споразумима.*

***Кључне речи**: двострани споразуми о заштити и подстицању улагања (БИТ), страна улагања, инвестициона арбитража, Европска унија.*

1. УВОД

Према подацима Конференције УН о трговини и развоју (*United Nations Conference on Trade and Development*), број међународних уговора о заштити улагања који су престали да важе у 2020. години је тачно двоструку већи

* Рад је настао као резултат ангажовања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

од броја закључених нових споразума.[1] То је само наставак тренда који је присутан већ неколико година.[2] Истовремено, овакав развој догађаја представља потпуну супротност у односу на праву помаму за закључивањем двостраних споразума о заштити и подстицању улагања (енгл. *Bilateral Investment Treaties*, у даљем тексту: БИТ) која је владала у периоду након пада Берлинског зида до наступања Светске економске кризе 2008. године. Примера ради, само у последњој деценији XX века број БИТ-ова се увећао петоструко: са броја од 381 споразума на крају осамдесетих година прошлог века, на 2067 до краја 2000. године.[3]

Заустављање овог тренда пролиферације БИТ-ова резултат је више фактора. Најважнија карактеристика ових извора је у томе што улагачима из друге државе уговорнице нуде могућност да покрену поступак директно против државе пријема улагања пред арбитражним судом, у случају наводне повреде материјалноправног третмана који им се гарантује споразумима. Закључно са 31. децембром 2020. године, против држава су покренута 1104 арбитражна поступка, од којих је око три четвртине (846 спорова) имало своју основу у одговарајућем БИТ-у.[4] Све до краја 2016. године дословно сви познати арбитражни поступци против држава су се одвијали на основу тзв. прве генерације споразума (споразума који су најчешће закључени пре 2010. године).[5] У време када су БИТ-ови прве генерације закључивани, државе су их често сматрале само политичким декларацијама и изразима добре воље,[6] да би тек када су тужбе на основу њих почеле да пристижу, схватиле да ови споразуми могу бити итекако опасни.[7] Накнаде досуђене улагачима се понекад мере у милијардама америчких долара, при чему арбитри не воде рачуна о утицају који висина накнаде може имати на становништво тужене државе, нити узимају у обзир способност државе да досуђену накнаду плати.[8]

---

[1] Број закључених споразума у овом периоду је 21. Истовремено, престала су да важе 42 оваква споразума. Вид. UNCTAD, *Recent Developments in the IIA Regime: Accelerating IIA Reform*, IIA Issues Note, Issue 3, August 2021, 2.

[2] Вид. International Institute for Sustainable Development, *Terminating a Bilateral Investment Treaty*, IISD Best Practices Series, March 2020, 1.

[3] UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, New York and Geneva, 2015, 123.

[4] Вид. UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, доступно на https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement.

[5] Вид. UNCTAD, *IIA Issues Note*, Issue 2, June 2017, 1.

[6] Вид. L. N. Skovgaard Poulsen, *Sacrificing Sovereignty by Chance: Investment Treaties, Developing Countries, and Bounded Rationality*, doctoral thesis, London School of Economics and Political Science, London, June 2011, 13-16.

[7] UNCTAD, *IIA Issues Note*, Issue 2, June 2017, 4.

[8] Вид. M. Paparinskis, A Case Against Crippling Compensation in International Law of State Responsibility, *The Modern Law Review*, Vol. 83/6, 2020, 1246-1286, 1246-1248. Аутор помиње арбитражну одлуку у предмету *ConocoPhillips Petrozuata B.V. et al. v. Bolivarian*

Други разлог који је поједине државе мотивисао да се повуку из оваквих споразума тиче се њихових материјалноправних одредаба. Старији БИТ-ови се перципирају као извори који не пружају уравнотежену заштиту улагача и државе пријема, будући да су скоро искључиво окренути ка интересима улагача на уштрб права државе да регулише друштвене односе и штити јавни интерес.[9] Они садрже одредбе са широким и недовољно прецизним формулацијама, чије је тумачење затим препуштено арбитражним судовима, уз ризик да различити арбитражни судови другачије тумаче најважније материјалноправне стандарде заштите што, коначно, доводи до тога да државама није јасно где се тачно налази граница између легитимног вршења законодавних и извршних овлашћења, са једне стране, и повреде међународних обавеза, са друге стране.

Поменуте околности су довеле до тога да се државе као што су Еквадор, Индија, Индонезија[10] и Јужноафричка Република[11] упусте у процес отказивања својих БИТ-ова. Друге државе су се определиле за споразумно гашење оваквих уговора, у договору са другим државама уговорницама.[12] Овакав развој догађаја је потпомогнут дешавањима у оквиру ЕУ – доношењем пресуде Суда ЕУ у предмету Ахмеа (*Achmea*) којом су арбитражне клаузуле из БИТ-ова закључених између држава чланица Уније проглашене супротним праву ЕУ,[13] односно закључивањем Уговора о раскидању БИТ-ова између држава чланица Европске уније, у мају 2020. године.[14]

Паралелено са овим процесом гашења постојећих споразума, одвија се процес реформисања са циљем да се прва генерација БИТ-ова замени новим споразумима. Многе државе су усвојиле модел БИТ-ове, који би требало да

Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/30), донету 8. марта 2019. године на основу БИТ-а између Холандије и Венецуеле (1991), којом је улагачима досуђена накнада од 8,7 милијарди америчких долара, у тренутку када је Венецуела била погођена несташицама електричне енергије и хране, те једном од најтежих економских криза у историји, према мишљењу Међународног монетарног фонда.

[9] C. Titi, Most-Favoured-Nation Treatment: Survival Clauses and reform of International Investment Law, *Journal of International Arbitration*, 33/5 (2016), 425-440, 426.

[10] International Institute for Sustainable Development, *op. cit*., 7, 8.

[11] T. Voon, A. D Mitchell, Denunciation, Termination and Survival: The Interplay of Treaty Law and International Investment Law, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 31, 2/2016, 413–433, 424, 425.

[12] То је, на пример, случај са Чешком која је, у периоду између 2004. и 2011. године, споразумно раскинула своје споразуме са седам других држава чланица ЕУ (Словачком, Словенијом, Данском, Малтом, Естонијом, Италијом и Ирском). *Ibid*., 430.

[13] *Slowakische Republic (Slovak Republic) v. Achmea BV*, European Court of Justice, Case C-284/16, Judgment of the Court (Grand Chamber), 6 March 2018, пасуси 58-60.

[14] *Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union*. Уговор су потписале 23 државе чланице ЕУ. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en.pdf.

послуже као основа за преговоре са другим државама. Ови модели се знатно разликују у односу на постојеће споразуме. Њима се, на пример, прецизирају критеријуми за утврђивање индиректне експропријације улагања,[15] дефинишу активности државе које могу представљати повреду стандарда поштеног и правичног третмана улагања (енгл. *fair and equitable treatment standard*),[16] сужава појам улагања које ужива заштиту,[17] дефинише појам улагача на начин који онемогућава привредна друштва која немају значајну везу са другом државом уговорницом да се појаве као тужиоци,[18] уводе механизми који би требало да спрече појаву сукоба интереса код арбитара[19] и изричито предвиђа право предузимања регулативних мера у циљу заштите животне средине, здравља становништва, родне равноправности и других циљева одрживог развоја.[20] Поново, у првим редовима борбе за промене се налази ЕУ. Унија је, доношењем Лисабонског уговора 2009. године, преузела надлежности у материји закључивања споразума о улагањима и одмах усмерила своје напоре на укидање БИТ-ова између држава чланица, као и на закључивање нових споразума о улагањима и трговинских споразума са одредбама о улагањима са трећим земљама.[21]

У овом тренутку, Србија посматра динамичан процес промена у међународном инвестиционом праву са стране, без видљивих напора да у њему учествује. Циљ овог рада да се сагледа позиција Србије и могућност да она реформише своју мрежу двостраних споразума о заштити и подстицању улагања. То ће бити учињено имајући у виду три могућности које нашој земљи стоје на располагању: отказивање постојећих БИТ-ова, гашење на

[15] Вид. чл. 6 ст. 8 Модел БИТ-а Норвешке (2015): https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3350/download.

[16] Вид. чл. 5 ст. 2 модел БИТ-а Словачке (2019): https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5917/download.

[17] Вид. чл. 1 ст. 1 модел БИТ-а Чешке (2016): https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5407/download.

[18] Вид., на пример, чл. 2 ст. 2 т. б модел БИТ-а Белгијско-луксембуршке економске уније (2019): https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5854/download.

[19] Вид. чл. 20 ст. 5 модел БИТ-а Холандије (2019): https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download.

[20] Вид., на пример, чл. 3 Модел БИТ-а Канаде (2021): https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6341/download.

[21] Вид. М. Станивуковић, Основни елементи за реформу клаузуле о решавању спорова између улагача и државе у двостраним споразума Србије о заштити инвестиција (необјављено), 11-14. Као примери оваквих споразума помињу се Свеобухватни економски и трговински споразум (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*) између ЕУ и Канаде, закључен 2016. године, Споразум о заштити улагања са Вијетнамом (*EU-Vietnam Investment Protection Agreement*) од 2019. године и Споразум о заштити улагања са Сингапуром (*EU-Singapore Investment Protection Agreement*) од 2018. године. Више о споразумима на: https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/negotiations-and-agreements/.

основу споразума са другом државом уговорницом и гашење уз истовремено закључивање нових споразума. Међутим, претходно је потребно указати на разлоге за приступање реформи мреже српских БИТ-ова и користи које би оваква промена могла да донесе.

2. РАЗЛОЗИ ЗА РЕФОРМУ

2.1. Тренутно стање

Србију тренутно обавезује 47 двостраних споразума о подстицању и заштити улагања.[22] Четири БИТ-а су потписана, али нису ступила на снагу.[23] Безмало половина ових споразума (22) је закључена са државама чланицама ЕУ.[24] За разлику од свих осталих БИТ-ова Србије, споразуми закључени са Француском (1974) и Шведском (1978) не садрже одредбе које би омогућавале улагачу из једне државе уговорнице да непосредно покрене арбитражни поступак против државе пријема улагања.[25]

Готово сви БИТ-ови на снази за Србију имају карактеристике прве генерације оваквих споразума. То се односи и на споразуме који су закључивани од 2010. године до данас.[26] То значи да се у њима, по правилу, не одређује ближе садржина основних материјалноправних стандарда заштите (као што су стандард поштеног и правичног третмана или забрана незаконите експропријације)[27], да су засновани на широким, „отвореним“ дефиницијама појма улагања,[28] да одређују појам улагача тако да обухвата и привредна

[22] Подаци преузети са интернет странице Конференције Уједињених нација о трговини и развоју: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/187/serbia.

[23] То су споразуми закључени са Италијом (2000), Индонезијом (2011), Мароком (2013). Споразум са Турском је закључен 2001. године и на снази је од 2003. године. Током 2018. године Србија и Турска су закључиле нови БИТ, али он још увек није ступио на снагу.

[24] М. Станивуковић, *op. cit*., 16, 17.

[25] *Ibid*.

[26] У овом периоду Србија је закључила БИТ-ове који су ступили на снагу са следећим државама: Малтом (2010), Казахстаном (2010), Азербејџаном (2011), Алжиром (2012), Уједињеним Арапским Емиратима (2013) и Канадом (2014). Споразуми са Индонезијом (2011), Мароком (2013) и нови споразум са Турском (2018) још увек не обавезују нашу земљу.

[27] У погледу стандарда поштеног и правичног третмана честе су формулације које од државе пријема захтевају да улагањима и улагачима друге државе уговорнице „у сваком тренутку“ или „у сваком случају“ пруже поштен и правичан третман. Вид., на пример, чл. 3 ст. 1 БИТ-а са Уједињеним Арапским Емиратима (2013), чл. 2 ст. 2 БИТ-а са Уједињеним Краљевством (2002), чл. 2 ст. 2 БИТ-а са Словенијом (2002), чл. 2 ст. 1 БИТ-а са Немачком (1989).

[28] Овакве дефиниције под „улагањем“ обучно подразумевају „сваку врсту имовине“ уз набрајање, примера ради, различитих облика у којима се улагање може манифестовати. Вид., на пример, чл. 1 ст. 1 БИТ-а са Кувајтом (2004), чл. 1 ст. 1 БИТ-а са Литванијом (2005), чл. 1 ст. 1 БИТ-а са Кипром (2005).

друштва која не врше стварну економску активност на територији државе порекла улагача (тзв. *mailbox companies*), укључујући ту и друштва под директном или индиректном контролом држављана државе пријема улагања,[29] да не садрже изузетке од обавеза у случају предузимања регулативне активности државе у областима од посебног друштвеног интереса. Поједини споразуми излажу државе уговорнице изузетно великом ризику од потенцијалних тужби инвеститора. Тако, на пример, БИТ са Аустријом установљава надлежност арбитражног суда *ratione personae* у односу на правна лица основана према праву државе уговорнице или било које друге државе, под условом да у њему физичко или правно лице друге државе уговорнице остварује „доминантан утицај."[30] У комбинацији са „кишобран клаузулом" (енгл. *umbrella clause*) из чл. 8 ст. 2 овог БИТ-а која предвиђа да је држава уговорница у обавези да поштује све уговорне обавезе које је евентуално преузела према улагачу друге државе уговорнице, оваква би одредба могла да изложи Србију тужбама на основу БИТ-а због повреде приватноправних уговора са домаћим правним лицима или правним лицима из трећих држава, у којима аустријски улагачи имају доминантан утицај.[31]

Изузетак у овом погледу је БИТ са Канадом (2014). Споразум је очигледно инспирисан модел БИТ-ом Канаде од 2004. године[32] и садржи неколико карактеристика које су својствене споразумима нове генерације: инсистирање на циљевима одрживог развоја, кроз промовисање обавезе држава уговорница да не привлаче улагања снижавањем стандарда који се односе на заштиту здравља, безбедности и животне средине,[33] те да охрабрују привредна друштва која послују на њиховој територији да прихвате међународно признате стандарде корпоративне друштвене одговорности.[34] Њиме се предвиђају ограничења у погледу подношења тужби заснованих на одговорности због примене пореских мера,[35] дозвољава се примена недискримина-

[29] Поједини споразуми предвиђају да „улагач" може да буде правно лице основано или на други начин организовано према праву друге државе уговорнице или правно лице са регистрованим седиштем у овој држави. Вид., на пример, чл. 1 ст. д) БИТ-а са Малтом (2010), чл. 1 ст. е) БИТ-а са Уједињеним Краљевством (2002), чл. 1 ст. 1 т. б) БИТ-а са Белгијско-луксембуршком економском унијом (2004). У одсуству тзв. одредбе о ускраћивању погодности (енгл. *denial of benefits clause*), овакве одредбе омогућују правним лицима под контролом или у својини држављана трећих држава или држављана државе пријема улагања да се јаве као тужиоци у арбитражном поступку. Вид. о томе: П. Ђундић, Процесне претпоставке за примену клаузуле о ускраћивању погодности у инвестиционој арбитражи: зашто је тешко рећи не?, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, vol. LIII, 3/2019, 933-954.

[30] Чл. 1 ст. 2 тачка ц).

[31] Значење израза „доминантан утицај" није одређено споразумом.

[32] Вид. више о овом документу: C. Lévesque, A. Newcombe, Canada, у књизи C. Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, 2013, 53-130.

[33] Чл. 15 БИТ-а са Канадом (2014).

[34] Чл. 16 БИТ-а са Канадом (2014).

[35] Чл. 14 БИТ-а са Канадом (2014).

торних мера усмерених на заштиту здравља људи, биљног и животињског света, очување природног богатства и обезбеђивање поштовања закона,[36] ближе дефинишу критеријуми за наступање инидректне експропријације.[37] Споразум врло детаљно регулише решавање спорова између улагача и државе пријема и, између осталог, предвиђа право јавности на доступност документације из арбитражног поступка и присуствовање усменој расправи,[38] те могућност да се трећим заинтересованим лицима омогући обраћање арбитражном суду у вези са спором.[39]

Нормативно стање, када су у питању БИТ-ови на снази у Србији, потребно је ставити у економски и друштвени контекст. Посматрано глобално, Србија несумњиво спада у ред држава које се могу сматрати увозницама капитала. У току 2020. године Србија је остварила прилив у износу од 3,44 милијарде америчких долара страних директних улагања док је, истовремено, улагање из наше земље у друге државе износило свега 125 милиона.[40] Због тога не изненађује податак да се улагачи из Србије до сада нису ниједном појавили као тужиоци на основу поменутих споразума.[41] Са друге стране, Србија се до овог тренутка суочила са 14 арбитражних поступака проистеклих из БИТ-ова.[42] Могуће је закључити и да се број арбитражних спорова с временом повећава. Између 2005. године, када је покренута прва инвестициона арбитража против Србије,[43] и 2013. године, инвеститори су подносили тужбе сваке друге године. Од 2013. године, са изузетком 2015., сваке године је покренута бар једна арбитража против наше земље.[44]

Нема, према томе, никакве сумње да је Србија имала довољно времена да закључи да ни њени билатерални споразуми не представљају пуке политичке прокламације.[45] Током 2014. године наша земља је усвојила нови модел БИТ који би требало да послужи као основа преговора са другим државама

---

[36] Чл. 18 ст. 1 БИТ-а са канадом (2014).

[37] Вид. Анекс Б уз БИТ са Канадом (2014).

[38] Чл. 31 БИТ-а са Канадом (2014).

[39] Чл. 32 БИТ-а са Канадом (2014).

[40] Вид. UNCTAD, World Investment Report 2021, 251. Публикација доступна на: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_en.pdf.

[41] Вид. UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, доступно на https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement.

[42] Вид. М. Станивуковић, *op. cit*., 5.

[43] *Mytilineos Holdings SA v. The State Union of Serbia & Montenegro and Republic of Serbia* (UNCITRAL), Award, 23 September 2009.

[44] Током 2013. године су покренута два арбитражна поступка. Вид. UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, доступно на https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement. Исти је случај са 2021. годином. Вид. https://icsid.worldbank.org/cases/case-database.

[45] Републички буџет за 2022. годину предвиђа да је за казне и пенале које би Србија могла да плати у овој години опредељено 280 милиона евра. Јавно доступне информације

приликом закључивања БИТ-ова. Овај модел се разликује од већине споразума који данас обавезују Србију, будући да су његове одредбе знатно рестриктивније у односу на појмове улагања и улагача, дефинисање кључних материјалноправних стандарда и регулисање права улагача на покретање међународне арбитраже.[46] Иако његово усвајање сугерише окретање ка опрезнијем приступу приликом закључивања споразума *pro futuro*, то још увек не мења чињеницу да су односи између Србије и држава из којих најчешће долазе инвестиције у нашу земљу махом регулисани БИТ-овима који се данас могу сматрати застарелим.[47]

Неадекватност нормативног стања у овој области је запазила и Европска комисија. У извештају о напретку Србије за 2020. годину, Комисија истиче потребу да Србија обезбеди компатибилност својих инвестиционих и трговинских споразума са правним тековинама ЕУ и да у њих унесе одредбе које ће омогућити отказивање споразума у тренутку приступања Унији.[48] Посебно у односу на БИТ-ове, наводи се да би наша земља требало да развије стратегију за измену или раскидање постојећих билатералних уговора који нису у складу са стандардима ЕУ и излажу земљу ризику због широких и недовољно прецизних формулација.[49]

Јасно је да би реформа домаће мреже БИТ-ова требало, пре свега, да омогући држави излазак из уговорних аранжмана који су се показали као високоризични. Међутим, потенцијална корист се не мора огледати искључиво у престанку важења БИТ-ова прве генерације, већ може да подразумева закључивање нових уговора чије су одредбе много прецизније и који узимају у обзир развој арбитражне праксе и међународног инвестиционог права у последњих двадесетак година. Разлика између онога што типичан БИТ који обавезује Србију представља данас и онога што би он могао да буде у будућности, најбоље се може сагледати кроз поређење одредаба БИТ-а између Холандије и Србије (2002),[50] са једне стране, и модел БИТ-а Холандије (2019), са друге.

сугеришу да се највећи део ове суме односи на потенцијалне губитке инвестиционих спорова. Вид. „*На казне и пенале из буџета одлази 280 милиона евра*“, Политика, 02. 12. 2021.

[46] Вид. модел БИТ Србије (2014), посебно чл. 1, 2, 6, 11 и 14. Текст доступан на: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4791/download.

[47] Србија има споразуме оваквог типа са већином чланица ЕУ, Руском Федерацијом и НР Кином.

[48] Commission Staff Working Document, Serbia 2020 Report, Brussels, 6.10.2020 SWD(2020)352 final 2020 Progress Report, 114.

[49] *Ibid*. У тексту извештаја на српском језику (https://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/serbia_report_2020_SR.pdf) синтагма “*broad and open language*” преведена је као „*разноврсни и отворени језик*.“ Вид. М. Станивуковић, *op. cit*., 3, 4.

[50] Закон о потврђивању Споразума о подстицању и узајамној заштити улагања између Савезне Републике Југославије и Краљевине Холандије (Сл. лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 12/2002).

2.2. „Златни стандард“ за улагаче или БИТ нове генерације

Холандски БИТ-ови се дуго времена сматрају „златним стандардом“ када је у питању заштита коју пружају улагачима.[51] Комбинација повољног пореског третмана који ова земља нуди и широке мреже двостраних споразума о заштити улагања, учинила је да Холандија постане омиљени избор мултинационалних компанија за оснивање холдинг компанија које, затим, служе за инвестирање у треће државе,[52] и допринела томе да БИТ-ови Холандије буду међу најчешће коришћеним инструментима у инвестиционим арбитражама.[53]

Разлози за посебну атрактивност ових споразума се налазе у екстензивним дефиницијама улагача и улагања, широким формулацијама које се односе на материјалноправне стандарде заштите и доступности различитих форума за арбитражно решавање спорова.[54]

Све наведене карактеристике важе и за БИТ између Холандије и наше земље. Споразум наводи да се улагањем сматра свака врста имовине (имовинског права), уз навођење, примера ради, различитих облика у којима се улагање може јавити.[55] Појам улагача је дефинисан изузетно широко – под њим се подразумева физичко лице које има држављанство друге државе уговорнице или правно лице које је основано у складу са њеним прописима. Одредба омогућује да се као холандски улагач у Србији појави привредно друштво које је основано по праву Холандије, али у њој не обавља економску делатност. Према једној студији, чак 77 процената тужби које су холандски улагачи поднели у инвестиционим арбитражама потиче од оваквих тужилаца.[56] Штавише, холандским улагачем се сматра привредно друштво треће државе, па чак и домаће привредно друштво, под условом да се налази под директном или индиректном контролом холандских држављана или правних лица.[57] Искуства других држава са холандским БИТ-овима показују да привредно друштво државе пријема улагања може да ужива заштиту на основу овакве одрдебе и онда када се налази под крајњом контролом улагача

[51] N. Lavranos, The Changing Ecosystem of Dutch BITs, *Arbitration International*, 36/2020, 441-457, 442.

[52] A. Arcuri, B. Verbeek, The New Dutch Model Investment Agreement: on the Road to Sustainability of Keeping up Appearances?, *Erasmus Law Review*, 4/2019, 37-49, 39.

[53] N. Lavranos, *op. cit*., 442.

[54] *Ibid.*

[55] Чл. 1 ст. 1 БИТ-а између Холандије и Србије (2002).

[56] A. Arcuri, B. Verbeek, *op. cit*., 41.

[57] Чл. 1 ср. 2 т. 3 БИТ-а између Холандије и Србије (2002). Србија се тренутно суочава са тужбом у спору на основу овог БИТ-а, у којем је један од тужилаца домаће правно лице. Вид. *United Group B.V., Adria Serbia Holdco B.V., and Serbia Broadband–srpske kablovske mreže d.o.o. Beograd v. Republic of Serbia* (ICSID Case No. ARB/21/5).

треће државе, све док крајњи власник реализује улагање посредством правног лица (друштва-кћери) основаног у Холандији.[58]

Материјалне одредбе БИТ-а са Холандијом нормирају уобичајене стандарде заштите улагања формулацијама које се, у смислу горепоменутог извештаја Европске комисије, могу сматрати широким и недовољно прецизним: улагачима се гарантује поштен и правичан третман, пуна заштита и сигурност улагања, национални третман, третман најповлашћеније нације и заштита од експропријације, без било каквих квалификација и ограничења. Такође, државе уговорнице су дужне да поштују сваку правну обавезу прихваћену у односу на улагање улагача из друге државе уговорнице (кишобран клаузула). Споразум, у складу са владајућим трендом у време када је настао, не предвиђа било какву обавезу на страни улагача, већ је посвећен искључиво заштити њихових права. Коначно, БИТ даје право улагачу да изнесе спор поводом улагања пред арбитражни суд на основу различитих арбитражних правила, по сопственом избору, и не нуди могућност да се улагач определи за изношење спора пред суд државе пријема.

У марту 2019. године, Влада Холандије је објавила нови модел БИТ (у даљем тексту: холандски модел БИТ 2019 или модел) који би требало да послужи као основа за поновно преговорање у циљу измене мреже БИТ-ова које ова држава има са земљама изван ЕУ.[59] Његова садржина је резултат, пре свега, негативног става јавности (посебно цивилног сектора) према споразумима на снази и инвестиционој арбитражи уопште.[60] Холандски модел БИТ 2019 садржи низ иновативних одредаба које у значајној мери одступају од решења у важећим холандским БИТ-овима.

Прво, холандски модел БИТ 2019 знатно сужава поље примене споразума. Иако задржава дефиницију улагања засновану на имовини ("*asset-based*") – улагање је дефинисано као „сваке врсте имовине" (енгл. *any kind of asset*), додато је прецизирање да се ово односи на имовину која има карактеристике улагања: одговарајуће трајање, пласирање капитала или других средстава, очекивање профита и преузимање ризика.[61] Проблем тзв. *mailbox* привредних друштава се решава тако што се у појам „улагача" уводи критеријум

---

[58] Вид. *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/02/3), Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 October 2005. Детаљније: M. Stanivuković, Domaći ulagač kao tužilac u međunarodnom investicionom sporu, *Pravna riječ*, vol. 9, 33/2012, 127-143.

[59] Вид. https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/investment-treaty-arbitration/report/netherlands.

[60] Вид. N. Lavranos, *op. cit*., 443-445.

[61] Чл. 1(а) холандског модел БИТ-а 2019. Дефиниција је очигледно инспирисана, барем делимично, образложењем арбитражне одлуке у предмету Салини, у којем арбитражни суд дефинише инхерентне карактеристике „улагања" у смислу Конвенције ИКСИД. Вид. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, 31 July 2001, пасус 52.

значајне пословне делатности на територији државе уговорнице – само правна лица која обављају овакву активност спадају у улагаче на основу споразума, при чему се утврђују индикатори постојања „значајне пословне активности“ као што су, на пример, број запослених, обим оствареног прихода, присуство производних капацитета итд.[62]

Такође, Споразум се примењује само на улагања извршена у складу са правом државе пријема.[63] Присутна је и одредба којом се штити простор за регулативно деловање државе: споразум не спречава државу уговорницу да предузима мера неопходно за остваривање легитимних циљева, као што су заштита јавног здравља, животне средине, права потрошача и запослених и сл.[64] Сама чињеница да држава спроводи законодавну интервенцију, кроз измену постојећих закона на штету улагача и супротно његовим очекивањима, не представља повреду споразума.[65] Изричито је предвиђено право државе да предузима, у односу на улагаче, мере које се односе на спречавање нарушавања конкуренције.[66] Посебно се наводи и да се споразум не може тумачити тако да спречава државу да укине субвенције (државну помоћ) које су евентуално пружене улагачу или да захтева њихов повраћај, када је то неопходно на основу међународних обавеза установљених између држава уговорница или када то проистиче из одлуке надлежног суда или другог органа.[67] Одредба је посебно значајна за државе кандидате у процесу придруживања ЕУ.[68] Исто важи и за одредбу којом је предвиђено да споразум не спречава извршење обавеза које држава има на основу чланства у различитим облицима економске, царинске или тржишне интеграције, при чему се као пример помиње Европска унија.[69]

Друго, материјалноправне одредбе су много детаљније у односу на традиционалне БИТ-ове. Модел садржи секцију која се односи на одрживи

---

[62] Чл. 1 ст. 1 т. ц) холандског модел БИТ-а 2019.

[63] Чл. 2 ст. 1 холандског модел БИТ-а 2019.

[64] Чл. 2 ст. 2 холандског модел БИТ-а 2019.

[65] *Ibid*.

[66] Чл. 2 ст. 3 холандског модел БИТ-а 2019.

[67] Чл. 2 ст. 4 холандског модел БИТ-а 2019.

[68] Одредба је вероватно инспирисана исходом арбитражног поступка у *предмету Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania* (ICSID Case No. ARB/05/20), Final Award, 11 December 2013. У овом случају је арбитражни суд нашао да је Румунија повредила обавезе из БИТ-а са Шведском (2002) и то тако што је укинула исплату државне помоћи за недовољно развијена подручја, као резултат обавеза у поступку приступања ЕУ. Вид. више о овоме код: S. Djajić, M. Stanivuković, Changed Perspectives and Conflicting Treaty Obligations: What Is the Message of the CJEU Achmea Decision and the 2020 Plurilateral Termination Agreement for Candidate Countries such as Serbia?, *Central European Journal of Comparative Law*, vol. II, 1/2021, 53-82, 60-65.

[69] Чл. 2 ст. 5 холандског модел БИТ-а 2019.

развој[70] и овим одредбама се, на нивоу прокламација, предвиђају обавезе уговорница да теже остваривању циљева одрживог развоја, међу којима своје место има и родна равноправност.[71] У оквиру члана који успоставља обавезе улагача које се односе на корпоративну друштвену одговорност, интересантна новина је предвиђање одговорности улагача, пред судовима државе његовог порекла, за акте или одлуке у вези са улагањем у случају проузроковања значајне штете, телесних повреда или смрти лица у држави пријема.[72]

Уобичајени стандарди заштите су у холандском модел БИТ-у регулисани уз бројна прецизирања и ограничења. Модел тако садржи стандард националног третмана и стандард најповлашћеније нације, при чему се у погледу овог последњег стандарда наводи да само постојање материјалноправних обавеза државе на основу других споразума не представља „третман" ако она није заиста и донела одговарајућу меру на основу тих обавеза, те да појам третмана не обухвата ни одредбе о решавању инвестиционих спорова у другим споразумима.[73] Садржина стандарда поштеног и правичног третмана је одређена кроз таксативно набрајање аката који представљају његову повреду, уз могућност да листа буде проширена на основу заједничке изјаве држава уговорница.[74] Држава може да повреди легитимна очекивања улагача, у смислу овог стандарда, ако су она настала на основу конкретног обећања усмереног на привлачење улагања или његов наставак.[75] Модел задржава кишобран клаузулу, али је обавеза државе одређена много уже у односу на, на пример, чл. 3 ст. 4 БИТ-а између Холандије и Србије (2002) – државе уговорнице се обавезују да поштују обавезе према улагачима друге уговорнице преузете писмено и у односу на конкретно улагање, те да ове обавезе неће повредити предузимањем аката државне власти (аката *ex jure imperii*).[76] Повреда уговора са улагачем предузимањем аката својствених уговорној страни (аката комерцијалног карактера), у складу са доминантним схватањем у савременој арбитражној пракси, према томе, није предвиђена као основ одговорности.

---

[70] Чл. 6 и 7 холандског модел БИТ-а 2019.

[71] Чл. 6 ст. 3 холандског модел БИТ-а 2019.

[72] Чл. 7 ст. 4 холандског модел БИТ-а 2019. Серија тужби које су нигеријски држављани поднели пред холандским судовима против холандско-британске корпорације Шел (*Royal Dutch Petroleum Co.*) и њене нигерисјке филијале због штете изазване изливањем нафте, показује да су холандски судови спремни да прихвате надлежност и у случају тужби против локалних (зависних) друштава, под условом да холандско матично друштво може бити одговорно, у конкретном случају, за деловање своје филијале. Вид. N. Jägers, K. Jesse, J. Verschuuren, The Future of Corporate Liability for Extraterritorial Human Rights Abuses: The Dutch Case Against Shell, *American Journal of International Law*, 1/2014, 36-41, 40.

[73] Чл. 8 ст. 3 холандског модел БИТ-а 2019.

[74] Чл. 9 ст. 2 и 3 холандског модел БИТ-а 2019.

[75] Чл. 9 ст. 4 холандског модел БИТ-а 2019.

[76] Чл. 9 ст. 5 холандског модел БИТ-а 2019.

Холандски модел БИТ 2019 предвиђа забрану директне и индиректне експропријације, осим под стандардним условима за њену законитост (постојање јавног интереса, законитог поступка, одуство дискриминације и плаћање правовремене, адекватне и ефективне накнаде).[77] Релевантни члан садржи претпоставку да недискриминаторне мере државе, донете и примењене у доброј вери и у циљу заштите легитимних јавних интереса, не представљају индиректну експропријацију.[78] Исти члан садржи и одредбу која би требало да послужи за разликовање законитих мера државе у односу на индиректну експропријацију, кроз прописивање фактора који се узимају у обзир приликом анализе – економски утицај мере, њено трајање и природа.[79]

Коначно, модел БИТ садржи детаљне одредбе о решавању спорова између улагача и државе пријема. Документ предвиђа да ће ове одредбе бити стављене ван снаге у случају успешне глобалне реформе система решавања инвестиционих спорова – подстакнуте нарочито напорима ЕУ и Комсије Уједињених нација за међународно трговинско право[80] – и формирања мултилатералног инвестиционог суда, у тренутку када уговор који би се односио на овај форум ступи на снагу између држава уговорница БИТ-а.[81] Изричито се наводи да механизам за решавање спорова не може да се користи у случају када је улагање резултат преварног понашања, корупције или других аката предузетих у лошој вери,[82] односно да арбитражни суд нема надлежност *ratione personae* када је улагач извршио реструктурирање свог улагања са циљем да обезбеди надлежност, у тренутку када је спор већ настао или био предвидив.[83]

Поред уобичајене одредбе о праву улагача на покретање арбитраже против државе пријема,[84] модел садржи детаљну разраду процедуре за консултације између страна у спору које обавезно претходе подношењу тужбе,[85] правила која се односе на конституисање и састав арбитражног већа,[86] одредбе о претходним приговорима,[87] садржини и дејству арбитражне одлуке.[88] Интересантну новину представља и решење на основу којег стране у спору

[77] Чл. 12 ст. 1 холандског модел БИТ-а 2019.
[78] Чл. 12 ст. 8 холандског модел БИТ-а 2019.
[79] Чл. 12 ст. 4 холандског модел БИТ-а 2019.
[80] Вид. A. K. Bjorklund, Arbitration, the World Trade Organization, and a Creation of a Multilateral Investment Court, *Arbitration International*, vol. 37, 2/2021, 433-447, 441, 442.
[81] Чл. 15 ст. 1 холандског модел БИТ-а 2019.
[82] Чл. 16 ст. 2 холандског модел БИТ-а 2019.
[83] Чл. 16 ст. 3 холандског модел БИТ-а 2019.
[84] Чл. 19 холандског модел БИТ-а 2019.
[85] Чл. 18 холандског модел БИТ-а 2019.
[86] Чл. 20 холандског модел БИТ-а 2019.
[87] Чл. 21 холандског модел БИТ-а 2019.
[88] Чл. 22 холандског модел БИТ-а 2019.

губе контролу над именовањем арбитара – све чланове већа именује орган именовања, водећи рачуна о њиховим квалификацијама и родној и географској заступљености.[89] Модел, такође, елиминише и појаву познату као *double-hatting*: праксу по којој чланови арбитражног већа могу да обављају своју функцију, истовремено се бавећи заступањем странака у другим арбитражним споровима. Модел се бави овим проблемом тако што прописује да арбитар може да буде само лице које није иступало као заступник у инвестиционој арбитражи у пет претходних година.[90] Модел ограничава износ досуђене накнаде улагачу на износ стварне штете, забрањује досуђивање казнене одштете[91] и налаже да се приликом њеног одмеравања узме у обзир понашање улагача, посебно придржавање обавеза које се односе на корпоративну друштвену одговорност.[92]

Анализа садржине холандског модел БИТ-а 2019, као типичног представника споразума нове генерације, и његово поређење са текстом важећег БИТ-а између наше земље и Холандије, указује на значајне разлике између два извора. Док је важећи споразум производ приступа у којем се фокус држава уговорница налазио искључиво на заштити субјективних права улагача, модел очигледно представља покушај да се узме у обир растућа забринутост држава да БИТ-ови значајно смањују њихов простор регулативне делатности.

Садржина модела додатно наглашава неадекватност српске мреже двостраних споразума и представља још један је аргумент за приступање реформи. У наставку ћемо укратко размотрити опције које стоје на располагању нашој земљи у овом процесу.

3. МОДАЛИТЕТИ РЕФОРМЕ

3.1. Отказивање БИТ-ова

Реформа у овом смислу не подразумева нужно билатералну сарадњу. Једно од решења које би могло да омогући излазак из „загрљаја“ застарелих одредаба постојећих споразума јесте једнострано отказивање.

Према правилима међународног права, повлачење из међународног уговора или његово гашење могуће је на начин предвиђен његовим одредбама или, у сваком тренутку, на основу споразума уговорних страна.[93] Уни-

[89] Чл. 20. ст. 1 и 2.

[90] Чл. 20 ст. 5.

[91] Чл. 22 ст. 4.

[92] Чл. 23.

[93] Бечка конвенција о уговорном праву (Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми, бр. 30/72) од 1969. године, чл. 54.

латерално повлачење из одговарајућег БИТ-а, према томе, могуће је у складу са његовим одредбама.

Ова врста споразума, укључујући ту и оне на снази у Србији, садрже две врсте одредаба које регулишу питање њиховог отказивања.[94] Прву групу чине БИТ-ови који су закључени на одређени временски период и чије важење се, под условом да једна од уговорних страна не обавести другу о отказивању у овом периоду, аутоматски продужава за наредни период означен у уговору. Типичан пример за ову групу споразума је поменути БИТ са Холандијом (2002) – споразум је закључен на период од 15 година, при чему свака држава уговорница има право да споразум откаже тако што ће послати обавештење о томе другој страни, најмање шест месеци пре истека иницијалног периода важења. Ако овакво обавештење изостане, важење БИТ-а се аутоматски продужава за још 10 година.[95]

У другу групу споразума спада, на пример, БИТ на снази са Турском (2001): закључен је на период од 10 година и свака уговорница, после тог периода, може отказати уговор под условом да о томе обавести другу уговорну страну најмање једну годину унапред.[96]

Од 45 БИТ-ова на снази у Србији који предвиђају могућност покретања арбитраже против државе уговорнице, готово две трећине спадају у категорију са аутоматским продужењем важења у назначеном периоду. За већину ових споразума је иницијални период истекао, али су они остали на снази захваљујући поменутим одредбама, за период који је одређен у самим споразумима. Ови сукцесивни периоди варирају од две године,[97] па све до десет година.[98] У појединим случајевима то значи да би, чак и када би обавештење о отказивању било послато другој уговорници одмах, споразум наставио да важи годинама, све до истека временског периода који је у току.[99]

---

[94] Вид. International Institute for Sustainable Development, *op. cit*., 2-5.

[95] Чл. 14 ст. 1 и 2 БИТ-а са Холандијом (2002). Иницијални период од 15 година је истекао 1. марта 2019. године. Будући да споразум није отказан у овом периоду, он ће бити на снази најмање до 1. марта 2029. године, уз могућност продужавања важења за наредни десетогодишњи период.

[96] Чл. XI БИТ-а са Турском (2001).

[97] Вид., на пример, чл. 14 ст. 1 БИТ-а са Швајцарском (2005) и чл. 14 ст. 1 БИТ-а са Кипром (2005).

[98] Вид. чл. 15 ст. 3 БИТ-а са Уједињеним Арапским Емиратима (2013) и чл. 12 ст. 2 БИТ-а са Мађарском (2001).

[99] На пример, према подацима са интернет странице Конференције Уједињених нација о трговини и развоју, БИТ између Србије и Белгијско-луксембуршке економске уније је ступио на снагу 12.08.2007. године. Иницијални десетогодишњи период важења је истекао 12.08.2017. године, те је важење споразума продужено аутоматски за још 10 година – до 12.08.2027. године, чак и када би једна од уговорних страна, најкасније 6 месеци пре истека овог периода, послала другој обавештење о отказивању споразума. Вид. чл. 14 ст. 1 БИТ-а са Белгијско-луксембуршком економском унијом (2004).

Међутим, чак и када су у питању они БИТ-ови који спадају у другу категорију и које је могуће отказати у сваком тренутку, због тога што не садрже одредбу о обавезном, иницијалном периоду важења[100] или је тај период истекао,[101] отказивање не може да произведе очекиване ефекте у непосредној будућности. Ово због тога што БИТ-ови, по правилу, садрже тзв. клаузулу продужене примене. Ове клаузуле се у литератури уобичајено називају „клаузулама заласка“ (енгл. *sunset clauses*) или „клаузулама опстанка“ (*survival clauses*) и сврха им је у томе да заштите интересе оних улагача који су реализовали инвестицију пре него што је БИТ престао да важи. Тако, на пример, БИТ између Данске и Србије (2009) предвиђа да се одредбе о заштити улагања из споразума примењују на улагања реализована пре него што је БИТ престао да важи, у периоду од 10 година после престанка његовог важења.

Према томе, отказивање које је произвело ефекат ефекат престанка важења БИТ-а, још увек не ослобађа државу пријема обавезе да примењује његове одредбе у односу на постојећа улагања. Период који је обухваћен овим клаузулама о продуженој примени у српским БИТ-овима је различит. Он се креће од пет година након престанка важења споразума,[102] па све до 15[103] или чак 20 година.[104] У домаћим БИТ-овима се најчешће примена по престанку важења споразума ограничава на 10 година.

Због свега наведеног, унилатерално отказивање ових уговора представља опцију која је далеко од идеалне. Не само да споразуми ограничавају Србију у погледу тренутка у којем је могуће предузети отказивање и одлажу, понекад и годинама, његово наступање, већ и чињеница да је БИТ престао да важи не значи, по правилу, да ће његове одредбе о материјалноправној заштити улагача и праву на покретање арбитражног поступка престати да се примењују. Ове одредбе чине „имунски систем“ БИТ-а који је управо дизајниран са циљем да заштити улагаче од једностраног гашења споразума.[105] Такође, требало би имати у виду и негативне импликације сигнала који се

[100] Вид. БИТ-ове са Малтом (2010), Азербејџаном (2011) и Канадом (2014). Ови споразуми су закључени на неодређено време, уз право држава уговорница да откажу споразум у сваком тренутку, при чему споразуми престају да важе протеком одређеног времена од учињене изјаве.

[101] Вид. БИТ-ове са Немачком (1989), Кином (1995), Чешком (1997), Ганом (2000), Аустријом (2001), Босном и Херцеговином (2001), Турском (2001), Шпанијом (2002), Уједињеним Краљевством (2002), Ираном (2003), Израелом (2004), Финском (2005), Данском (2009).

[102] Вид., на пример, чл. 14 ст. 3 БИТ-а са Кином (1995)

[103] Вид., на пример, чл. 13 ст. 3 БИТ-а са Немачком (1989) и чл. 16 ст. 3 БИТ-а са Финском (2005).

[104] Вид. чл. 15 ст. 1 БИТ-а са Уједињеним Краљевством (2002) и чл. 16 ст. 2 БИТ-а са Кувајтом (2004).

[105] Вид. F. M. Lavopa, L. E. Barreiros, M. Victoria Bruno, How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties, *Journal of International Economic Law*, 16/2013, 869-891, 878.

шаљу потенцијалним и постојећим улагачима одлуком о отказивању.[106] Због тога би њему требало приступати само у случају да је једна од наредне две опције искључена.

3.2. Споразумно гашење без закључења новог споразума

Престанак важења БИТ-а на основу споразума са другом државом уговорницом захтева, по природи ствари, спремност друге државе уговорнице да оваквом поступку прибегне. Када су у питању земље из којих долази значајан прилив капитала у Србију у форми страних улагања, очигледан проблем је могући недостатак мотива да се одрекну правне заштите коју поменути споразуми пружају њиховим држављанима и привредним друштвима. Са друге стране, предност овог приступа је у чињеници да гашење споразума наступа у тренутку и на начин за који се уговорне стране определе, независно од одредаба самог споразума о престанку важења.[107]

Гашење БИТ-а споразумом држава уговорница ипак отвара извесна питања. Вероватно најважније је питање судбине и дејстава клаузуле продужене примене – ако су обе уговорнице повукле свој пристанак да буду везане међународним уговором, да ли то значи да *sunset* клаузула више не може да производи дејство, тј. да улагач не може поднети тужбу против државе пријема позивајући се на ову клаузулу, након што је важење БИТ-а престало? Једно становиште јесте да поменуте клаузуле служе заштити улагача друге стране уговорнице у случају да се држава пријема одлучи за отказивање БИТ-а, те да је њихово важење упитно када су се уговорне стране споразумеле о престанку важења међународног уговора.[108]

Ипак, чини се да арбитражни судови сматрају да клаузуле продужене примене стварају права за улагаче која опстају чак и у случају када је до гашења БИТ-а дошло споразумом уговорница. Тако је арбитражно веће у предмету Багат против Египта (*Bahgat v. Egypt*) одбило аргумент Египта да фински тужилац може да се користи клаузулом о продуженој примени из БИТ-а између Финске и Египта (1980) само у случају када је БИТ отказан једнострано.[109] Према гледишту већа, текст релевантне одредбе продужава примену БИТ-а за период од 20 година без обзира на то како је споразум угашен.[110] Слично томе, у контексту значаја одлуке Суда ЕУ у предмету

[106] *Ibid*., 879.

[107] Вид. Бечка конвенција о уговорном праву (1969), чл. 54 ст. 1 т. б).

[108] Вид. S. Djajic, Post-Achmea Apocalypse for EU Law in International Investment Arbitration, у књизи: A. F. Tatham et al. (eds.), *Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović*, 133-159, 153. Такође, C. Titi, *op. cit*., 437.

[109] *Mohamed Abdel Raouf Bahgat v. Egypt* (PCA Case No. 2012-07), Decision on Jurisdiction, 30 November 2017, пасус 313.

[110] *Ibid*.

Ахмеа и њеног утицаја на примену арбитражне клаузуле из БИТ-а између Мађарске и УК (1987), други арбитражни суд је, *obiter dicta*, истакао да клаузула продужене примене у том споразуму значи да државе уговорнице прихватају пружање заштите улагањима *чак и услучају споразумног гашења БИТ-а*.[111]

Овакве недоумице су мотовисале државе да, приликом споразумног гашења споразума, посебну пажњу посвете стављању ван снаге клаузула продужене примене. Чешка је, на пример, споразумно раскинула неколико БИТ-ова са другим државама чланицама ЕУ, тако што је, у неколико случајева, споразум о престанку важења БИТ-а био праћен истовременим споразумом о томе да се релевантни БИТ измени, како би се клаузуле продужене примене ставиле ван снаге.[112] Најзначајнији пример у овом погледу ипак представља Уговор о раскидању БИТ-ова између држава чланица Европске уније. Њиме су 23 државе чланице ЕУ изричито предвиделе да се *sunset* клаузуле из БИТ-ова на снази између држава чланица стављају ван снаге и да остају без дејства.[113] Споразумом су елиминисани ефекти и оних клаузула продужене примене које су се налазиле у већ претходно раскинутим БИТ-овима између држава чланица.[114]

Изричито стављање ван снаге клаузула продужене примене споразумом држава уговорница би требало да спречи позивање улагача на одредбе БИТ-ова који су престали да важе, узимајући у обзир да је примена међународног уговора условљена постојањем пристанка држава уговорница,[115] те да оне могу споразумно дерогирати правило међународног уговорног права да престанак уговора не утиче на права настала у време његовог важења.[116]

Међутим, остаје питање како би арбитражни судови реаговали у случају када би улагач покренуо арбитражу на основу *sunset* клаузуле коју су државе уговорнице изричито ставиле ван снаге. До овог тренутка, арбитражна пракса се није бавила поменутим проблемом, барем не на експлицитан начин. У најмање једној арбитражној одлуци се наговештава да овакав споразум држава уговорница не би нужно лишио арбитражни суд његове надлежности. У раније цитираној одлуци у предмету Мађар Фарминг против Мађарске (*Magyar Farming v. Hungary*) арбитражни суд истиче да државе

---

[111] Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary (ICSID Case No. ARB/17/27), Award of the Tribunal, 13 November 2019, пасус 223.

[112] Вид. T. Voon, A. D Mitchell, *op. cit.*, 430.

[113] *Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union*, чл. 2 ст. 2.

[114] *Ibid.*, чл. 3.

[115] T. Voon, A. D Mitchell, *op. cit.*, 430.

[116] Чл. 70 ст. 1 т. б) Бечке конвенције о уговорном праву (1969). Вид. T. Voon; A. D. Mitchell; R. J. Munro, Parting Ways: the Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 29, 2/2014, 451-473, 467.

уговорнице имају статус господара свог уговора, али да је њихова контрола ограничена начелом правне сигурности и правилом да њихови акти не могу утицати на права трећих лица,[117] при чему се посебно истиче да ни споразумни престанак важења БИТ-а не може угрозити дугорочне интересе улагача који су заштићени клаузулом продужене примене из чл. 13 БИТ-а између УК и Мађарске (1987).[118]

Са друге стране, требало би имати у виду да арбитражно веће у поменутом спору разматра, на начелном нивоу, важење клаузула продужене примене у случају споразумног гашења БИТ-а, али се не осврће на специфичну ситуацију коју овде имамо у виду – споразум између држава којим се БИТ ставља ван снаге, уз *изричито одузимање дејства* оваквим клаузулама. У једном другом арбитражном спору, арбитражни суд сугерише да би овакав споразум држава уговорница могао да му одузме надлежност.[119] Утицај на ово питање би могла да има дилема о природи субјективних права установљених БИТ-ом која није разрешена до краја у правној доктрини и арбитражној пракси. Дилема се односи на то да ли међународни уговори о заштити улагања установљавају субјективна права директно за улагаче, дајући им овлашћење да се сами старају о остваривању сопствених права у спору против државе пријема (тзв. директна теорија),[120] или држава пријема дугује обавезу заштите улагача непосредно другој држави уговорници, при чему се улагачу друге државе уговорнице даје само могућност покретања арбитраже против државе пријема, у циљу реализације права која у суштини остају права државе порекла улагача (тзв. деривативна теорија).[121] Прихватање прве теорије би могло да ојача аргумент да државе уговорнице не могу диспонирати правима улагача без његовог пристанка. Међутим, истиче се и да је схватање како државе не могу елиминисати или изменити стечена

[117] *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary*, пасус 222.

[118] *Ibid.,* пасус 223.

[119] Вид. *UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale v. Hungary* (ICSID Case No. ARB/13/35), Award, 9 October 2018. Арбитражни суд је објаснио да приступање Мађарске ЕУ, чак и када би могло да има дејство престанка важења БИТ-а између ове земље и Француске (због несагласности споразума са оснивачким уговорима ЕУ), није ставило ван снаге клаузулу продужене примене из овог БИТ-а, будући да је неспорно да ниједна од две државе уговорнице није покушала да измени ову клаузулу или да скрати период њеног важења. Вид. параграф 265. Ово имплицира да би државе, на основу споразума, могле да ставе ван снаге *sunset* клаузулу.

[120] Вид. Z. Douglas, The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, *British Yearbook of International Law*, vol. 74, 1/2003, 151-289, 182; C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (2nd Edition), Oxford, 2015, 77, 78.

[121] Вид. у овом смислу: *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3), Award, 26 June 2003, пасус 488; *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. v Mexico* (ICSID Case No. ARB(AF)/04/50), Award, 21 November 2007, пасус 168.

права улагача створена међународним уговором у супротности са основним начелом међународног права – да државе морају пристати на то да буду везане међународним уговором и да, самим тим, имају право да тај уговор ставе ван снаге.[122]

3.3. Престанак важења БИТ-а услед закључења новог споразума

Опција поновног преговарања и закључивања нових споразума представља вероватно најповољнију опцију, посматрано са аспекта политичких и дипломатских односа са другим државама уговорницама. Уколико државе уговорнице новим споразумом изричито ставе ван снаге ранији БИТ, клаузула продужене примене из ранијег БИТ-а би могла да производи дејство само до дана ступања новог споразума на снагу, и то под условом да се прихвати раније поменуто становиште да ову клаузулу активира и споразумно гашење, а не само отказивање БИТ-а од стране једне државе уговорнице.[123]

Наравно, као што је то случај и са споразумним гашењем без закључивања новог споразума, замена постојећег БИТ-а новим захтева активно учешће и сарадњу друге државе уговорнице. Различити фактори могу утицати на спремност друге уговорне стране да у оваквом процесу учествује. Једна емпиријска студија показује, на основу анализе 177 БИТ-ова који су измењени (путем закључења нових споразума или протокола о измени постојећих), да су основи фактори који мотивишу државе да приступе овом поступку искуство које су државе имале као тужене у инвестиционој арбитражи, процес придруживања Европској унији и политичке (идеолошке) промене у овим државама.[124]

Положај Србије као државе кандидата у процесу приступања ЕУ је специфичан. Као што је претходно речено, Унија захтева од Србије да приступи реформи постојећих споразума који садрже одредбе о заштити страних улагања.[125] Такође, тужиоци у инвестиционим арбитражама које су до сада покренуте против Србије су готово искључиво била привредна друштва неке од држава чланица ЕУ.[126] Због тога је потпуно јасно да је интерес наше земље примарно да регулише статус уговорних аранжмана које има са овим државама.

---

[122] Вид. T. Voon; A. D. Mitchell; R. J. Munro, *op. cit*., 472.

[123] Вид. C. Titi, *op. cit*., 438.

[124] Вид. Y. Z. Haftel, A. Thompson, When Do States Renegotiate Investment Agreements? The Impact of Arbitration, *The Review of International Organizations*, vol. 13, 1/2018, 25-48, 43.

[125] Вид. Commission Staff Working Document, Serbia 2020 Report, Brussels, 6.10.2020 SWD(2020)352 final 2020 Progress Report, 114.

[126] Вид. М. Станивуковић, *op. cit*., 5.

У овом погледу Србији стоји на располагању билатерални приступ – поновно преговарање са појединим државама чланицама од којих се неке, као што је то случај са Холандијом, налазе у поступку реформисања сопствене мреже билатералних уговора. Међутим, поступак преговарања држава чланица ЕУ у циљу измене постојећег или закључења новог БИТ-а са трећим државама је знатно закомпликован од 2013. године. Наиме, тада је на снагу ступила Уредба о успостављању прелазних аранжмана за билатералне инвестиционе споразуме између држава чланица и трећих држава (у даљем тексту: Уредба).[127] Уредба се бави последицама чињенице да Унија, од ступања на снагу Лисабонског уговора, има искључиву надлежност да води преговоре у вези са закључивањем уговора у материји заштите инвестиција. Њоме се оставља могућност да држава чланица ипак ступи у преговоре са трећом државом, али се такви преговори могу одвијати под строгом контролом Европске комисије. Држава прво мора да обезбеди сагласност Комисије за ступање у преговоре.[128] Комисија има могућност да се, у сваком тренутку, умеша у преговоре[129] и, коначно, даје сагласност држави чланици да договорени текст потпише.[130]

Имајући ово у виду, најпрактичније решење би могло да се пронађе у закључивању новог споразума о заштити улагања са ЕУ. Унија је већ закључила трговинске споразуме са појединим земљама који садрже одредбе о заштити улагања и којима се ван снаге стављају БИТ-ови између држава чланица и те државе. Добар пример је Свеобухватни економски и трговински уговор између Канаде и ЕУ (ЦЕТА), закључен 2016. године.[131] Њиме су стављене ван снаге одредбе осам БИТ-ова између Канаде и држава чланица ЕУ.[132]

Препрека за закључење оваквог споразума могла би да буде потенцијална незаинтересованост Уније: тешко је замислити да би значај и обим економских односа ЕУ са Србијом могао да стави нашу земљу на врх дугачке листе земаља са којима се овакви споразуми разматрају. Због тога би Србија своју прилику могла да пронађе у мултилатералном, регионалном приступу.

Напори усмерени на регионалну хармонизацију стандарда за преговарање приликом закључивања уговора о заштити инвестиција су већ отпо-

---

[127] Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, *OJ (L/351) 40*.

[128] Чл. 9 Уредбе.

[129] Чл. 10 Уредбе.

[130] Чл. 11 Уредбе.

[131] Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement. Текст уговора доступан на: https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/.

[132] *Ibid.,* Анекс 30-А.

чели. Тако су шест држава (територија) Западног Балкана,[133] у новембру 2020. године, прихватиле необавезујући документ сачињен под окриљем Савета за регионалну сарадњу (*Regional Cooperation Council*), који садржи усаглашене основе који би требало да служе као полазна тачка приликом закључивања нових споразума о заштити улагања.[134] Циљ поменутог документа, између осталог, јесте да хармонизује инвестиционе политике тзв. Западно-балканске шесторке са стандардима ЕУ и најбољом међународном праксом.[135] У њему су прихваћена решења која одсликавају модерне тенденције у погледу садржине међународних уговора о заштити улагања. То се односи, на пример, на ограничавање примене стандарда националног третмана на улагаче „у сличним ситуацијама"; искључење примене стандарда најповлашћеније нације у погледу механизама за решавање инвестиционих спорова из других споразума; прецизирање обавезе пружања поштеног и правичног третмана улагањима, уз предвиђање затворене листе аката који представљају повреду стандарда; утврђивање изузетака који се односе на одговорност за индиректну експропријацију у погледу мера усмерених на постизање легитимних јавних циљева; изричите одредбе о заштити права држава да регулишу друштвене односе; одредбе које се односе на промоцију циљева одрживог развоја и корпоративне друштвене одговорности; ограничавање инвеститорима приступа арбитражном решавању спорова против државе пријема.[136]

Према томе, када је у питању судбина БИТ-ова са државама чланицама ЕУ, препоручљив приступ за Србију би била заједничка иницијатива, са другим земљама региона, усмерена ка ЕУ, у нади да ће Унија деловати у складу са својим прокламацијама и пристати на закључење инвестиционог споразума са државама Западног Балкана. Овакав споразум би могао да реши проблем неусклађености важећих споразума држава региона са оним што ЕУ назива сопственим стандардима, али и да унапред елиминише БИТ-ове чије би постојање свакако било неодрживо од дана ступања ових држава у пуноправно чланство.[137]

---

[133] Албанија, БиХ, Косово (под управом Уједињених нација, на основу Резолуције СБ ОУН 1244), Црна Гора, Северна Македонија и Србија.

[134] Regional Cooperation Council, *WB6: Regionally Accepted Standards for Negotiating IIAs*, 10 November 2020. Доступно на: https://www.rcc.int/docs/562/wb6-regionally-accepted-standards-for-negotiating-iias.

[135] Вид. Regional Cooperation Council, Regional Investment Reform Agenda for the Western Balkan Six, 11 May 2018. Доступно на: https://www.rcc.int/docs/410/regional-investment-reform-agenda-for-the-western-balkans-six.

[136] Regional Cooperation Council, *WB6: Regionally Accepted Standards for Negotiating IIAs,* 2-10.

[137] Вид. *Slowakische Republic (Slovak Republic) v. Achmea BV*, European Court of Justice, пасуси 58-60.

4. ЗАКЉУЧАК

Спроведена анализа показује да садашњи тренутак пружа прилику за темељну реформу српске мреже двостраних споразума о заштити и подстицању улагања. Опште незадовољство које данас у свету постоји када је у питању прва генерација БИТ-ова, требало би искористити за то да се и наша земља ослободи неадекватних и застарелих одредаба у сопственим уговорима. При томе, промена не мора нужно да означава потпуно напуштање система заштите страних улагања успостављеног на међународном нивоу, већ може да подразумева деловање „изнутра“ – инсистирање на закључивању нових или измени постојећих БИТ-ова. У овом погледу би требало пружити приоритет изменама споразума са државама чланицама ЕУ, који су се у пракси показали најзначајнијим. Окретање директно ЕУ као потенцијалном сауговарачу је вероватно најрационалније решење у овом тренутку. Када су у питању БИТ-ови са другим државама, иницијатива за њихову замену би требало да прати листу приоритета сачињену на основу процене потенцијалне опасности од тужби које би могле потицати од улагача билатералних партнера, узимајући у обзир и политичке и дипломатске импликације, и водећи рачуна о томе да унилатерални приступ који се огледа у отказивању споразума представља крајњу меру која тек дугорочно може да донесе извесну корист.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

A. Arcuri, B. Verbeek, The New Dutch Model Investment Agreement: on the Road to Sustainability of Keeping up Appearances?, *Erasmus Law Review*, 4/2019, 37-49.

A. K. Bjorklund, Arbitration, the World Trade Organization, and a Creation of a Multilateral Investment Court, *Arbitration International*, vol. 37, 2/2021, 433-447.

Z. Douglas, The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, *British Yearbook of International Law*, vol. 74, 1/2003, 151-289.

S. Djajic, Post-Achmea Apocalypse for EU Law in International Investment Arbitration, у књизи: A. F. Tatham et al. (eds.), *Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović*, 133-159.

S. Djajić, M. Stanivuković, Changed Perspectives and Conflicting Treaty Obligations: What Is the Message of the CJEU Achmea Decision and the 2020 Plurilateral Termination Agreement for Candidate Countries such as Serbia?, *Central European Journal of Comparative Law*, vol. II, 1/2021, 53-82.

П. Ђундић, Процесне претпоставке за примену клаузуле о ускраћивању погодности у инвестиционој арбитражи: зашто је тешко рећи не?, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, vol. LIII, 3/2019, 933-954.

Y. Z. Haftel, A. Thompson, When Do States Renegotiate Investment Agreements? The Impact of Arbitration, *The Review of International Organizations*, vol. 13, 1/2018, 25-48.

International Institute for Sustainable Development, *Terminating a Bilateral Investment Treaty*, IISD Best Practices Series, March 2020.

N. Jägers, K. Jesse, J. Verschuuren, The Future of Corporate Liability for Extraterritorial Human Rights Abuses: The Dutch Case Against Shell, *American Journal of International Law*, 1/2014, 36-41.

F. M. Lavopa, L. E. Barreiros, M. Victoria Bruno, How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties, *Journal of International Economic Law*, 16/2013, 869-891.

N. Lavranos, The Changing Ecosystem of Dutch BITs, *Arbitration International*, 36/2020, 441-457.

C. Lévesque, A. Newcombe, Canada, у књизи C. Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, 2013.

C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (2nd Edition), Oxford, 2015.

M. Paparinskis, A Case Against Crippling Compensation in International Law of State Responsibility, *The Modern Law Review*, Vol. 83/6, 2020, 1246-1286.

М. Станивуковић, Основни елементи за реформу клаузуле о решавању спорова између улагача и државе у двостраним споразума Србије о заштити инвестиција (необјављено).

M. Stanivuković, Domaći ulagač kao tužilac u međunarodnom investicionom sporu, *Pravna riječ*, vol. 9, 33/2012, 127-143.

L. N. Skovgaard Poulsen, *Sacrificing Sovereignty by Chance: Investment Treaties, Developing Countries, and Bounded Rationality*, doctoral thesis, London School of Economics and Political Science, London, June 2011.

C. Titi, Most-Favoured-Nation Treatment: Survival Clauses and reform of International Investment Law, *Journal of International Arbitration*, 33/5 (2016), 425-440.

UNCTAD, *Recent Developments in the IIA Regime: Accelerating IIA Reform*, IIA Issues Note, Issue 3, August 2021.

UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, New York and Geneva, 2015.

UNCTAD, *IIA Issues Note*, Issue 2, June 2017.

T. Voon, A. D Mitchell, Denunciation, Termination and Survival: The Interplay of Treaty Law and International Investment Law, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 31, 2/2016, 413–433.

T. Voon; A. D. Mitchell; R. J. Munro, Parting Ways: the Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 29, 2/2014, 451-473.

Petar M. Đundić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

Potential Reform of Serbian Network of Bilateral Investment Treaties: An Opportunity for a New Beginning

***Abstract**: In past several years many states have started a reform of their bilateral investment treaties (BITs). The idea behind this effort is to terminate altogether or to replace the existing BITs, often perceived as unbalanced instruments, focused solely on the protection of investors and containing broad and open language, with new treaties. Serbia is, at the moment, not engaged in such process. The paper offers an overview of the BITs currently in force in Serbia. It also discusses different options for inevitable reform of Serbian BITs, bearing in mind legal, economic and political implications of three alternatives: denunciation (unilateral termination) of the existing BITs, termination by consent and their replacement with new treaties.*

***Keywords**: Bilateral Investment Treaties (BITs), foreign investments, investment arbitration, European Union.*

Датум пријема рада: 22.12.2021.
Датум прихватања рада: 23.06.2022.

Прегледни рад 343.131
doi:10.5937/zrpfns56-38837

Бојан Н. Тубић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Tubic@pf.uns.ac.rs

Стефан Н. Радојчић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Radojcic@pf.uns.ac.rs

ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ АСПЕКТИ ПРИМЕНЕ НАЧЕЛА *NE BIS IN IDEM* У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

Сажетак: *Начело ne bis in idem као једно од најчвршће утемељних правних правила, широко је регулисано изворима унутрашњег и међународног права. По својој природи, штити појединце од двоструког гоњења за исто дело, без обзира да ли се ради о прекршају, кривичном делу итд. Различите правне традиције, као и искључиво национална кривичноправна надлежност, довеле су до одређене дивергенције међу државама. Штавише исти проблем постојао је дуго и у пракси Европског суда за људска права. Међутим, уређење овог начела у оквиру Права ЕУ донело је одређене новине. Крајем XX и почетком XXI века долази до детаљнијег регулисања услова за примену начела ne bis in idem. Паралелно с тим процесом, доношене су пресуде Суда правде ЕУ, којим су разјашњене практичне дилеме националних судова у овој области. Пресуде су настале у поступку одлучивања о претходном питању упућеном од стране судова држава чланица. Тако су усвојени важни преседани, дефинишући суштинске елементе од значаја за примену забране двоструког кажњавања, као нпр. појам истог кривичног дела. На основу анализе нормативног оквира и релевантне праксе Суда правде ЕУ, долазимо до закључка да се начело ne bis in idem у Унијском праву тумачи екстензивно и да значајно утиче на превазилажење формалности националних правних система, које могу довести до двоструког кажњавања за исто дело.*

* Рад је настао као резултат истраживања у оквиру Пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“, чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

Кључне речи: *ne bis in idem, двоструко кажњавање, Суд правде ЕУ, Шенгенски споразум, исто дело.*

УВОД

Начелна забрана вођења новог поступка у истој (пресуђеној) правној ствари има карактер општег правног начела, са међународном и националном применом. Разлози елементарне правичности довели су до развоја општеприхваћеног става о обавезности овог начела које потиче из римског права.[1] Свест о недозвољености двоструког одлучивања, након доношења коначне одлуке о спорним чињеничним и правним питањима, укорењена је као правно-цивилизацијска тековина. Ипак, у пракси долази до иницирања паралелних поступака због истих чињеница, али и до дуплирања поступака, тако што се воде сукцесивно. Такви поступци могу се разликовати по својој природи – управни, прекршајни, кривични итд. Негирања својства коначности одлука у појединачним правним стварима, најчешће се односе на кажњива тј. недозвољена понашања. Чине их органи јавне, судске или управне власти, а у квалитативном смислу она обухватају дела различитог степена друштвене опасности. У нормативном смислу, налазимо материјалноправне и процесноправне институте којима је уређено предметно питање. С обзиром на тему овог рада, истичемо укратко најважније међународноправне инструменте заштите од двоструког кажњавања за исто дело. С тим у вези, посебно је важан аспект недопуштености обраћања међународним телима[2] за заштиту људских права, поводом већ разматраних притужби. Коначно, у централном делу рада садржана је анализа сврхе и начина примене начела *ne bis in idem,* у правном систему Европске уније.

Генерално, обухват овог начела уређен је првенствено материјом уставног права и кривичног права[3], али налази снажан израз и у међународноправним

---

[1] Elizabeta Ivičević Karas, „Načelo Ne bis in idem u europskom kaznenom pravu*", Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2014, 271.

[2] Чл. 35(2)(б) Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (*European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*), усвојена 04. новембра 1950. године, ступила на снагу 03. септембра 1953. ETS No. 005. Република Србија је чланица ове Конвенције („Сл. Лист СЦГ – Међународни уговори", бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр. и „Сл. Гласник РС – Међународни уговори", бр. 12/2010 и 10/2015) (у даљем тексту Европска конвенција о људским правима); Чл. 47(д) Америчке конвенције о људским правима (*American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica)*, потписана 22. новембра 1969. године, ступила на снагу 18. јула 1978. UNTS 1144 (p. 123). Република Србија није чланица ове Конвенције.

[3] У одређеним државама овај принцип кодификован је као уставно право, а историјски посматрано развијао се као принцип националног, тј. кривичног права. John A.E. Vervaele,

изворима[4], о којима ће бити речи у даљем тексту.[5] Управо нормативна и судска[6] хармонизација овог питања на међународноправном нивоу, омогућује превазилажење нормативних и/или практичних ригидности у оквиру правних система држава[7]. На тај начин се настоји превазићи тзв. позитивни сукоб надежности. На међународноправном плану, такав сукоб настаје из погрешне интерпретације правила о надлежности, или чак због доследне примене конвенцијских правила о надлежности, укључујући и систем Права ЕУ.[8]

„The transnational *ne bis in idem* principle in the EU Mutual recognition and equivalent protection of human rights", *Utrecht Law Review*, 2/2005*,* 100-118, 100.

[4] Поред извора који су у непосредној вези са темом рада и анализирани су у наставку рада, истичемо и Јединствену конвенцију о опојним дрогама (*Single Convention on Narcotic Drugs*), усвојену 30. марта 1961. године, која је ступила на снагу 13. децембра 1964. UNTS vol. 520, p. 151, vol. 557, p. 280. Република Србија је чланица ове Конвенције („Сл. Лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми", бр. 2/64 и „Сл. Лист СФРЈ – Међународни уговори", бр. 3/78 – др. закон). Чл. 36(2)(а) дефинише да свако дело попут производње, припреме, транспорта или увоза наркотика, учињено у различитим државама, представља посебно кривично дело. Тако се на посредан начин утиче на могућност примене начела *ne bis in idem*. Искључује се могућност апстраховања и посматрања конкретне ситуације у целини, када је присутна апсолутна повезаност и међузависност у извршењу различитих дела у више држава. Стандарди Суда правде Европске уније разликују се од наведеног члана, дајући предност контексту у којем се дела врше, односно циљном тумачењу одредабама којима је у овом систему уређена примена начела *ne bis in idem*.

[5] Гаранција примене начела *ne bis in idem* није обезбеђена чак ни у неким федералним државама, у светлу доктрине двоструког суверенитета. Свако решење којим се овај проблем превазилази мора да уважи суверене интересе федерације, федералних јединица, али и оптуженог лица. Adam J. Adler, "Dual Sovereignty, Due Process, and Duplicative Punishment: A New Solution to an Old Problem", *Yale Law Journal*, 2/2014, 482.

[6] Посебно је важна интеракција између Европске конвенције о људским правима и Права ЕУ. У чл. 6(3) Уговора о Европској унији препозната су као израз уставних традиција држава чланица ЕУ, те представљају опште принципе Права ЕУ. (*Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union – Consolidated version of the Treaty on European Union – Protocols – Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon*, signed on 13 December 2007 – Tables of equivalences), *Official Journal C 326 , 26/10/2012 P. 0001 – 0390.* Поред тога у чл. 52(3) Повеље о основним правима ЕУ истакнуто је како права из Повеље, која су гарантована и Европском конвенцијом, имају исто значење и ширину примене као у Европској конвенцији. Повеља о основним правима ЕУ (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*), Official Journal of the European Union C83. Vol. 53, усвојена 07. децембра 2000. године.

[7] Посебна обележја примене *ne bis in idem* налазимо у правном оквиру Европске уније. Аутори га још називају и европским транснационалним принципом, у оквиру европског простора слободе, правде и безбедности. Christoph Burchard, Dominik Brodowski, "Post-Lisbon Principle of Transnational Ne Bis in Idem: On the Relationship between Article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement: Case Note on District Court Aachen, Germany, (52 Ks 9/08 – Boere), Decision of 8 December 2010", *New Journal of European Criminal Law*, 3/2010, 311.

[8] Maja Munivrana Vajda, "The Trust Is Not Blind – Reviewing the Idea of Mutual Trust in the EU in the Context of Conflicts of Jurisdiction and Ne Bis in Idem Principle", *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 2/2018, 324.

Имајући у виду да не постоји уједначеност у примени овог начела у земљама чланицама Уније[9], једно од важних питања у раду је како та чињеница утиче на питање двоструког кажњавања. У том контексту, наводимо најважније међународноправне изворе којима је уређено ово питање. Првенствено је важно извршити језичко тумачење израза којима је у њима дефинисано (кривично) дело.

Кад је у питању Пакт о грађанским и политичким правима, забрана двоструког суђења или кажњавања прописана је у чл. 14(7). У оригиналној верзији Пакта, коришћен је појам *offence*.[10] У службеном преводу на српски језик је наведено да „нико не може бити гоњен или кажњен због *кривичног дела* у вези са којим је већ био ослобођен кривице или осуђен правноснажном пресудом према закону и кривичном поступку сваке земље.“[11] Ипак, у преводу који је доступан на интернет презентацији Београдског центра за људска права, који уједно садржи сугестије у погледу превода Пакта на српски језик, присутна је одређена разлика. Наиме, израз *offence* у овој верзији превода Пакта преведен је као дело, без придева кривично.[12] У том контексту, истичемо објашњење овог појма у референтном *Black's Law Dictionary*. Према датој дефиницији *offence* представља кривично дело или прекршај, кршење кривичних закона, односно кршење закона за које је прописана казна.[13]

Затим, чл. 4 Протокола 7 уз Европску конвенцију о људским правима носи наслов „Право да се не буде суђен или кажњен двапут у истој ствари“. Дефиниција цитираног члана циљно упућује на забрану у оквиру кривичне надлежности исте државе, а језички посматрано, у оригиналу коришћен је појам *offence*. У преводу на српски језик насталом приликом ратификације Европске конвенције о људским правима, коришћен је појам *дело*.[14]

---

[9] John A. E. Vervaele, "Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?", *Utrecht Law Review*, 4/2013, 212.

[10] „No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country." Међународни пакт о грађанским и политичким правима (*International Covenant on Civil and Political Rights*), U.N.T.S., Vol. 999, p. 171., усвојен 16. децембра 1966. године, а ступио на снагу 23. марта 1976. године. Република Србија је чланица Пакта („Службени лист СФРЈ“, бр. 7/71).

[11] Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима („Службени лист СФРЈ“, бр. 7/71).

[12] Наведени превод доступан је на: http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/02/Me%C4%91unarodni-pakt-o-gra%C4%91anskim-i-politi%C4%8Dkim-pravima.pdf

[13] „A felony or misdemeanor, a breach of the criminal laws, violation of law for which penatly is prescribed". Потпуна дефиниција доступна је на: https://blacks_law.en-academic.com/36595/offense

[14] „Никоме се не сме поново судити нити се може поново казнити у кривичном поступку у надлежности исте државе за *дело* због кога је већ био правоснажно ослобођен или осуђен у складу са законом и кривичним поступком те државе.“ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом 11, Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода,

Наведени елементи су одреднице оквира примене начела *ne bis in idem*. Важно је да ли се у међународном уговору ради о делу (радњи или скупу чињеница) у материјалном смислу, или о прописаном кривичном делу тумаченом у складу са начелом легалитета. Једнако важан је и закључак о томе да ли су конкретном одредбом обухваћени прекршаји, или нека друга кажњива (казнена) дела. На основу до сада изнетог, основано је рећи да појам *offence*, па и концепт примене *ne bis in idem* има шири обухват од кривичних дела.

О овим питањима постоји богата пракса, како Европског суда за људска права[15], тако и Суда правде Европске уније, о чему се говори у централном делу рада. За разлику од горе наведених извора, у Праву Европске уније налазимо идејно подударне, али номотехнички детаљније и језички прецизније стандарде примене начела *ne bis in idem*. Стога приступамо прегледу релевантних докумената Унијског права, са посебним нагласком на Конвенцију о примени Шенгенског споразума[16] (у даљем тексту ***Конвенција***). Теоријски аспект одабране теме, налази важно упориште у чл. 54 поменуте Конвенције. Тако су практични аспекти примене начела *ne bis in idem*, кроз анализиране пресуде Суда правде ЕУ, сагледани на основу практичне примене овог члана.

1. НОРМАТИВНО УРЕЂЕЊЕ НАЧЕЛА *NE BIS IN IDEM* У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Полазни теоријски оквир налазимо у чл. 50 Повеље ЕУ о основним правима[17], где се наводи да се никоме „не може поново судити нити му се

Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и Први протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свом околностима („Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 9/2003, 5/2005, и 7/2005 – испр. и „Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 12/2010 и 10/2015).

[15] У пракси Европског суда за људска права примећујемо хетерогеност у пресудама о овом питању, нарочито у погледу истоветности дела. Горан П. Илић, „Начело *Ne bis in idem* у пракси Европског суда за људска права“, *Страни правни живот*, 3/2017, 28.

[16] Конвенција о примени Шенгенског споразума (*Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders*), *OJ L 239, 22.9.2000, p. 19–62, усвојена 19. јуна 1990. године, а ступила на снагу 26. марта 1995 године. Република Србија није чланица ове Конвенције.*

[17] Након ступања на снагу Лисабонског (реформског) уговора, Повеља је добила снагу примарног извора Права ЕУ. C. Burchard, D. Brodowski, “Post-Lisbon Principle of Transnational Ne Bis in Idem: On the Relationship between Article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement: Case Note on District Court Aachen,

може поново изрећи казна у кривичном поступку за *дело* због којег је већ био правноснажно ослобођен или осуђен унутар Уније, у складу са законом."[18] Важно је истаћи да је Конвенција о примени Шенгенског споразума, Протоколом 19[19] уз Уговор о ЕУ и Уговор о функционисању ЕУ[20], интегрисана у правни оквир Уније.

У чл. 54 Конвенције, уместо *offence,* коришћен је појам *acts,* при дефинисању *дела.* То имплицира нешто другачији, екстензивнији, приступ појмовном одређењу кажњивог дела.[21] Упоредноправно посматрано *act* првенствено означава радњу, акт, односно чинидбу, док *offence* означава кривично дело у целости, укључујући и последицу као његов конститутивни елемент.[22] Свакако да се при језичком одређењу *дела (act)* у Конвенцији о примени Шенгенског споразума није радило о суштински различитим мотивима и циљу цитиране одредбе, у односу на друге изворе права којима се забрањује двоструко кажњавање. Ипак, примећује се шире нормативно одређење домашаја начела *ne bis in idem*, али и концепта *дела.* Наравно да таква ситуација има и суштинске – практичне импликације, о чему ће касније бити речи.

Нормирање начела *ne bis in idem* налазимо и у секундарним изворима Унијског права. Оквирна Одлука Савета ЕУ о европском налогу за хапшење и поступцима предаје између држава[23] суштински је детерминисана приме-

Germany, (52 Ks 9/08 – Boere), Decision of 8 December 2010," *New Journal of European Criminal Law*, 3/2010, 311.

[18] У енглеској верзији Повеље, као и код горе цитираних докумената, користи се израз *offence,* што је важно напоменути због разматрања централних питања у раду.

[19] Протокол о интегрисању Шенгенске правне тековине у правни оквир Европске уније (*Protocol integrating the Schengen acquis into the framework of the European Union*), *OJ C 326, 26.10.2012, p. 290–292.*

[20] Уговор о функционисању Европске уније (*Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union – Consolidated version of the Treaty on European Union – Protocols – Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 – Tables of equivalences*), *Official Journal C 326 , 26/10/2012 P. 0001 – 0390*

[21] У светлу тога, указујемо и на чл. 58 Конвенције о примени Шенгенског споразума, у којем се наводи да државе могу применити шире одредбе националног права у погледу начела *ne bis in idem*, поводом страних пресуда.

[22] У чл. 4 аустралијског Кривичног законика, прецизирано је да су физички елементи кривичног дела радња, последица или околност. Радња је дефинисана као чињење (*an act*), нечињење (*an omission to perform an act*) или стање ствари (*a state of affairs*). (*Criminal Code Act 1995 No. 12, 1995, Compilation No. 144, Compilation date: 2 April 2022, Includes amendments up to: Act No. 33, 2022.*), доступан на https://www.legislation.gov.au/Details/C2021C00183. У Римском статуту, у дефиницији кривице (чл. 30), налазимо разликовање субјективног односа учиниоца према радњи (*conduct*) и према последици (*consequence*). Статут Међународног кривичног суда (*Rome Statute of the International Criminal Court*, U.N.T.S. Vol. 2187, No. 38544), усвојен 17. јула 1998. године, ступио на снагу 01. јула 2002. године. Република Србија је чланица овог међународног уговора („Сл. лист СРЈ – Међународни уговори", бр. 5/2001).

[23] Оквирна одлука Савета о Европском налогу за хапшење и поступцима предаје између држава (*2002/584/JHA: Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest*

ном овог начела. У чл. 3 дефинисане су ситуације када је држава дужна да одбије трансфер лица, а у другом ставу наводи се ће поступајућа држава одбити да поступи по захтеву ако је информисана да се захтев односи на дело које је већ правноснажно пресуђено и, да ако је изречена казна, траје поступак извршења или се према законима државе у којој је казна изречена, више не може извршити.[24] Затим у чл. 4 наводе се факултативни основи за одбијање захтева. Између осталог, у петом ставу налазимо, такође, претходно цитирану дефиницију, уз то да се ради о казни изреченој у трећој држави.

Коначно, примећујемо да је примена *ne bis in idem* уређена и у погледу вођења истраге. Директива о Европском налогу за истрагу[25] садржи јасно одређење по овом питању. У чл. 17 наведено је да *ne bis in idem* представља фундаментални принцип Унијског права „препознат Повељом о основним правима ЕУ и развијен у пракси Суда правде ЕУ".

Анализирајући практичну примену овог начела у Праву Уније, налазимо да је већина релевантних пресуда Суда правде ЕУ настала као резултат одлучивања о претходном питању. Зато је важно истаћи основе иницирања, правну природу и степен обавезности одлука у овом специфичном поступку. За разлику од Европског суда за људска права, где национални судови могу тражити претходно мишљење о тумачењу Конвенције тек од 2018. године[26] (а пресуде имају дејство *inter partes*)[27], Суд правде ЕУ дуго примењује овај значајан механизам и усваја пресуде (заправо износи тумачење) по принципу *erga omnes*. Национални судови држава чланица ЕУ, у потрази за „структуром, прегледом и правном сигурности" имају два основна изазова – „изгубљеност" у (компликованој) структури Права ЕУ и (не)познавање материјалноправних одредаба комунитарног права.[28]

---

warrant and the surrender procedures between Member States – Statements made by certain Member States on the adoption of the Framework Decision), *Official Journal L 190, 18/07/2002, p. 1-20.*

[24] Дефиниција из чл. 3(2) је суштински истоветна са чл. 54 Конвенције о примени Шенгенског споразума. У оба документа користи се термин *act,* а не *offence.* Уочава се да је у Оквирној одлуци коришћен израз *finally judged,* а у Конвенцији *finally disposed of.*

[25] Директива 2014/41/ЕУ о Европском налогу за истрагу у кривичним стварима (*Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters*), *OJ L 130, 1.5.2014, p. 1–36.*

[26] Чл. 1 Протокола 16 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (*Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*), Council of Europe Treaty Series – No. 214, усвојен 02. октобра 2013. године, ступио на снагу 01. августа 2018. године. Република Србија није ратификовала овај Протокол.

[27] Ипак не би требало занемарити значај јуриспруденције и усвојених стандарда Европског суда како у смислу правно конзистентне заштите људских права, тако и у погледу еволутивног тумачења Европске конвенције.

[28] Marc de Werd, "Dynamics at Play in the EU Preliminary Ruling Procedure", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1/2015, 151-152.

Зато се поступак одлучивања о тзв. претходном питању сматра једним од фундаменталних механизама Унијског права.[29] Оцењен је још и као драгуљ у круни Суда, затим као „најпотентније оружје у рукама Суда“ итд.[30] Одлуку о тумачењу спорног питања доноси Суд правде ЕУ, на иницијативу поступајућег националног суда. Правни основ за усвајање пресуде налазимо у чл. 19(3)(б) Уговора о Европској унији, као и у чл. 267(б) Уговора о функционисању Европске уније. У поменутом чл. 267 прецизирано је да упућивање предлога за одлучивање о претходном питању представља обавезу поступајућег суда, ако против одлуке тог суда није могуће изјавити правни лек.[31] Од ове ситуације постоји изузетак, установљен у пракси Суда правде ЕУ, а назива се доктрина јасног акта (*acte clair*)[32]. Суштина је у томе да је некада исправан начин примене Унијског права толико очигледан да не ствара разумну сумњу. Ипак да би се национални суд на основу тога уздржао од упућивања предлога, мора бити уверен да се конкретна ситуација сматра једнако јасном пред судовима других држава чланица и пред Судом правде ЕУ.[33] Такође, Суд правде ЕУ може да одбије разматрање предлога, уколико је очигледно да тражено тумачење Унијског права није у вези са чињеницама случаја, ако је правни проблем хипотетички, или уколико Суд не располаже са довољно чињеничне и правне грађе, како би пружио користан одговор.[34]

Пресудом се даје одговор на једно или више постављених питања, чиме се врши тумачење примене Унијског права од стране националних судова. Држави се не изриче наредба нити обавеза, него се констатује да ли би и шта у конкретном представљало кршење Унијског права. Коначна одлука је тако

---

[29] Liana-Teodora Pascariu, “The Reference for a Preliminary Ruling. CJEU Recommendations”, *Logos Universality Mentality Education Novelty Section: Law*, 1/2017, 45. Штавише, наводи се како је механизам одлучивања о претходном питању осмишљен као гаранција примене и униформне интерпретације права у оквиру Уније.

[30] Маја Станивуковић, *Појединац пред Судом европских заједница,* друго измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009, 43.

[31] Уколико се постављено питање односи на ситуацију где је лице лишено слободе, Суд правде ЕУ одлучује у најкраћем року, тј. уз минимално одлагање одлуке.

[32] М. Станивуковић, 108. Roberto Virzo,”The Preliminary Ruling Procedures at International Regional Courts and Tribunals”, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2 /2011, 304.

[33] *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo Spa v Ministry of Health*, *European Court reports 1982, page 03415, Case 283/81, Judgment of 6 October 1982,* ¶ 16. *Srl CILFIT и Lanificio di Gavardo Spa против Министарства здравља*, Извештај Европског суда правде 1982, страница 03415, Предмет 283/81, Пресуда од 06. октобра 1982, ¶ 16.

[34] *Jean Leon Van Straaten v Staat der Nederlanden and Republiek Italië, Court of Justice of the EU*, Case C-150/05, Judgment of 28 September 2006, ¶ 34. *Jean Leon Van Straaten против Холандије и Италије*, Суд правде Европске уније, Предмет C-150/05, Пресуда од 28. септембра 2006. године, ¶ 34.

у надлежности националног суда, уз претходно добијено тумачење од Суда правде ЕУ.[35]

Наведене материјалноправне и процесноправне одредбе примењују се у оквиру идеје да Европска унија чини простор слободе, безбедности и правде.[36] Стога је у наставку рада присутна анализа одабраних одлука Суда правде ЕУ, са циљем провере у којој мери је тај концепт остварен, у пољу тумачења и примене начела *ne bis in idem*.

2. ПРАКСА СУДА ПРАВДЕ ЕУ

Различите чињеничне ситуације доводиле су до потребе да Суд правде заузима став о проблематици двоструког кажњавања, а његова улога у обликовању елемената начела *ne bis in idem,* оцењена је као врло ефикасна.[37] Током последњих неколико година, питање дуплирања поступака због кршења пореских прописа било је нарочито актуелно. По правило радило се о проблематици изрицања казне у административном (управном) поступку и вођења кривичног поступка поводом истог дела.[38]

Ипак, у овом раду, првенствено су анализирана суштинска питања идентитета – истоветности кривичног дела, у оквиру четири одабрана предмета. Случајеви у којима је ово питање разматрано имају неколико заједничких карактеристика. Радило се о покушају вођења другог (поновног) кривичног поступка за исто кривично дело, од стране друге државе чланице Конвенције. Такође, у три случаја предметно дело односило се на недозвољену трговину наркотицима или цигаретама. Најважнија одредница која је успостављена у анализираној пракси је појам *дела* схваћен на специфичан – екстензиван начин у одлукама Суда правде.

Такође, оно што је заједничко предметним пресудама је чињеница да је Суд одлучивао о примени чл. 54 Конвенције о примени Шенгенског спо-

[35] Ово правило ипак није апсолутне природе па је Суд, изузетно, уверен у чињенично стање, износио и конкретније ставове према спорним одредбама. Mark Hoskins, "Preliminary References to the ECJ: Some Practical Pointers", *Judicial Review*, 3/2002, 162.

[36] Чл. 67(1) Уговора о функционисању ЕУ и чл. 3(2) Уговора о ЕУ.

[37] Mirela Gorunescu, "European Accents on the Non Bis in Idem Principle", *Annals of the Constantin Brancusi University of Targu Jiu Juridical Sciences Series 2010*, 1/2010, 106.

[38] *Criminal proceedings against Massimo Orsi and Luciano Baldetti*, Court of Justice of the EU, Joined Cases C-217/15 and C-350/15, Judgment of 5 April 2017; *Кривични поступци против Massimo Orsi и Luciano Baldetti*, Суд правде ЕУ, спојени предмети C-217/15 и C-350/15, пресуда од 05. априла 2017; *Criminal proceedings against Luca Menci*, Court of Justice of the EU, Case C-524/15, Judgment of 20 March 2018. *Кривични поступак против Luca Menci*, Суд правде ЕУ, Предмет C-524/15, пресуда од 20. марта 2018; *Criminal proceedings against BV***,** Court of Justice of the EU, Case C-570/20, Judgment of 5 May 2022. *Кривични поступак против БВ*, Суд правде ЕУ, Предмет C-570/20, Пресуда од 05. маја 2022.

разума, по предлогу за одлучивање о претходном питању. Стога наводимо најважније материјалноправне и процесноправне детерминанте ових поступака. Као што је раније напоменуто, ова Конвенција инкорпорисана је у оквир Унијског права посебним Протоколом. Заправо дошло је до интеграције тзв. Шенгенске правне тековине. Истовремено Конвенција представља међународни уговор, па је обавезујућа и за државе уговорнице, које су нечланице ЕУ. И поред тога, у погледу примене Шенгенске правне тековине у овој групи држава постоји посебна Одлука Савета ЕУ.[39]

Посматрајући рад националних судова држава чланица ЕУ, Конвенција је правно обавезујућа и недоумице око њеног тумачења стварају обавезу обраћања Суду правде ЕУ, што је раније објашњено у тексту. Због специфичних околности случајева у којима су одлучивали, судови неколико европских земаља иницирали су одлучивање о претходном питању.

У поменутом члану 54 дефинисано је како „се против особе против које је судски поступак правноснажно окончан у једној страни уговорници не може водити поступак у другој уговорној страни за иста *дела* под условом да, ако је изречена казна и извршена, тренутно у поступку извршења или се више, према законима уговорне стране која ју је изрекла, не може извршити.“

Из садржаја кључног чл. 54 Конвенције произлази да се при његовој интерпретацији и тумачењу могу јавити различита питања. Претпоставка за његову примену је да дође до покретања поступка против лица коме је већ „суђено“ у другој држави. Основна питања су свакако да ли је (први) поступак правноснажно окончан, да ли оба поступка обухватају исто дело, као и да ли је раније изречена казна извршена и када се сматра извршеном. Управо ова питања су, као централна, разматрана у анализираним одлукама. Свакако да се и друга правна питања могу подвести под примену начела *ne bis in idem*, те су била предмет разматрања Суда правде ЕУ.[40]

---

[39] Одлука Савета од 01.12.2000. о примени Шенгенске правне тековине у Данској, Финској и Шведској те Исланду и Норвешкој (*2000/777/EC: Council Decision of 1 December 2000 on the application of the Schengen acquis in Denmark, Finland and Sweden, and in Iceland and Norway – Declarations*) OJ L 309*,* 9.12.2000, p. 24–28.

[40] Нпр. то је издавање и реализација Европског налога за хапшење лица које је саслушано као сведок у једној држави поводом истих чињеница које су, потом, у другој држави чланици представљале основ за његово кривично гоњење. *AY*, Court of Justice of the EU, Case C-268/17, Judgment of 25 July 2018. *AY*, Суд правде ЕУ, предмет C-268/17, пресуда од 25. јула 2018. Такође и питање законитости обраде података о личности садржаних у црвеној Интерполовој потерници. *WS v Bundesrepublik Deutschland*, Court of Justice of the EU, Case C-505/19 PPU*,* Judgment of 12 May 2021. *WS против СР Немачке*, Суд правде ЕУ, предмет C-491/07, пресуда од 12. маја 2021. године.

2.1. Van Esbroeck

Предмет који је нарочито важан и правно сложен у погледу примене начела *ne bis in idem* у пракси Суда настао је 2006. године, када је Касациони суд Белгије упутио Суду предлог за одлуку о претходном питању, а проблематика двоструког кажњавања настала је поводом следећих чињеница. Првостепени суд у Бергену (Норвешка) осудио је 02. октобра 2000. године г. *Van Esbroeck*, белгијског држављанина, на пет година затвора. Проглашен је кривим због недозвољеног увоза наркотика 01. јуна 1999. године, а 08. фебруара 2002. године добио је условни отпуст и враћен је у Белгију[41]. С тим у вези, битно је истаћи да је Конвенција о примени Шенгенског споразума почела да се примењује у односу на Норвешку 25. марта 2001. године.[42]

Недуго затим, у новембру 2002. године против њега је покренут поступак у Белгији, пред Кривичним судом у Антверпену (*Correctionele Rechtbank te Antwerpen*), који је резултирао осуђујућом пресудом са изреченом казном од годину дана затвора. У новој пресуди од 19. марта 2003. године, наведено је да је недозвољено извезао опојна средства из Белгије 31. маја 1999. године. Апелациони суд у Антврерпену (*Hof van Beroep te Antwerpen*) потврдио је у својој одлуци првостепену пресуду, ослањајући се као и првостепени суд, на чл. 36(2)(а) раније поменуте Јединствене конвенције о опојним дрогама[43].

Оптужени се позвао на чл. 54 Конвенције о примени Шенгенског споразума и кршење начела *ne bis in idem,* те је Касациони суд Белгије (*Hof van Cassatie*) прекинуо поступак и упутио предлог за одлучивање Суду правде ЕУ.

Предлог је садржао два питања. Прво, да ли се чл. 54 Конвенције примењује на ситуацију где је лице издржало казну изречену у Норвешкој, пре него што је Конвенција ступила на снагу у односу на Норвешку? Друго, ако је одговор на прво питање позитиван, да ли се тумачећи чл. 54 Конвенције у вези са чл. 71 исте Конвенције[44], извоз и увоз исте дроге у различитим државама, може сматрати истим *кривичним делом*?

---

[41] *Criminal proceedings against Leopold Henri Van Esbroeck*, Court of Justice of the EU, Case C-436/04, Judgment of 9 March 2006, ¶ 14. *Кривични поступак против Leopold Henri Van Esbroeck,* Суд правде ЕУ, Предмет C-436/04, Пресуда од 09. марта 2006, ¶ 14. (у даљем тексту *Van Esbroeck*)

[42] Чл. 1(б) Одлуке Савета од 01.12.2000. о примени Шенгенске правне тековине у Данској, Финској и Шведској те Исланду и Норвешкој (*2000/777/EC: Council Decision of 1 December 2000 on the application of the Schengen acquis in Denmark, Finland and Sweden, and in Iceland and Norway – Declarations*) OJ L 309*,* 9.12.2000, p. 24–28.

[43] Према наведеној одредби, свако од следећих дела сматра се посебним кривичним делом, ако је учињено у различитим земљама: производња, држање, понуда, пуштање у продају, расподела, куповина, продаја, испорука, посредовање, одашиљање итд.

[44] Овим чланом утврђена је обавеза држава да предузму све неопходне мере превенције и кажњавања трговине наркотичким дрогама и опојним супстанцама, у складу са конвенцијама Уједињених нација.

Суд је истакао да се проблем примене начела *ne bis in idem* јавља само у ситуацији када се против исте особе по други пут покреће кривични поступак у другој држави чланици Конвенције. Стога је Суд оценио да је потребно испитати да ли су сви услови за примену чл. 54 испуњени пред судом државе у којој се покреће други поступак[45]. Суд није узео као релевантну чињеницу што Конвенција није била обавезујућа за Норвешку, у тренутку доношења пресуде од стране суда у Бергену. Позитиван одговор на прво питање, водио је ка одговору и на друго питање постављено од стране Касационог суда. У погледу идентичности дела, Суд је навео да је критеријум за поређење природа дела, а не његова правна квалификација, чиме је експлицитно одбијена примена *idem crimen* критеријума.[46]

Као образложење овог става, у пресуди се наводи како је у другим међународним уговорима – Пакту о грађанским и политичким правима и Европској конвенцији о људским правима, коришћен израз *offence*, а у чл. 54 Конвенције синтагма *the same act.*[47] Затим је истакнуто како је Суд већ у својој пракси[48] потврдио да из текста чл. 54 Конвенције, ни из Главе 6 Уговора о ЕУ (која регулише полицијску и судску сарадњу), не произлази услов

---

[45] *Van Esbroeck*, ¶ 22.

[46] Micheal O. Floinn, "The Concept of Idem in the European Courts: Extricating the Inextricable Link in European Double Jeopardy Law", *Columbia Journal of European Law*, 1/2017, 75-110, 87.

[47] *Van Esbroeck,* ¶ 27-28.

[48] *Criminal proceedings against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*, Court of Justice of the EU, Joined Cases C-187/01 and C-385/01, Judgment of 11 February 2003, ¶ 32. *Кривични поступак против Hüseyin Gözütok и Klaus Brügge*, Суд правде ЕУ, спојени предмети 187/01 и C-385/01, пресуда од 11. фебруара 2003, ¶ 32. У наведеном предмету, Суд је одлучио о две ситуације, где је тужилац под законом одређеним условима одустао од кривичног гоњења, а потом је у другој држави дошло до покретања новог поступка. Суд је указао на неопходност постојања међусобног поверења држава чланица у њихове кривичноправне системе, важност циљног тумачења чл. 54 и идеју о ЕУ као простору слободе, безбедности и правде. Тако је Суд закључио да обустава кривичног гоњења од стране тужиоца, без учешћа судске власти, представља коначну одлуку у правној ствари, те да преклудира покретање новог поступка поводом истих чињеница, у другој држави чланици. Ова одлука поздрављена је у стручној јавности, као охрабрујућа у циљу остваривања једнаких гаранција у заштити људских права. Maria Fletcher, "Some Developments to the ne bis in idem Principle in the European Union: Criminal Proceedings against Huseyn Gozutok and Klaus Brugge", *Modern Law Review*, 5/2003, 769-780. Такође, у случају *M,* одлука претпретресног већа првостепеног белгијског суда о томе да нема основа да се са решавањем случаја настави у фази суђења, представљала је по мишљењу Суда коначну одлуку, те је била препрека за вођење новог поступка у Италији, поводом истих чињеница. Као спорна чињеница истакнуто је како је одлука белгијског суда таква да је постојала могућност поновног отварања истраге, у случају откривања нових доказа. Ипак, уз констатацију да таква правна могућност представља изузетак, Суд није сматрао да то доводи у питање својство коначности одлуке. *M.,* Court of Justice of the EU, Case C-398/12, Judgment of 5 June 2014. *M.*, Суд правде ЕУ, Предмет C-398/12, пресуда од 05. јуна 2014.

хармонизације нити уједначавања националних кривичних законодавстава. Исти став Суд је изнео и кад се ради о правном интересу који се штити одредбама чијом применом настаје разматрање кршења начела *ne bis in idem*. У пресуди је цитиран и став Општег правобраниоца о томе да се слобода кретања може ефективно остварити једино ако се учинилац може слободно кретати Шенгенским простором, након пресуде о спорним чињеницама, а без страха од поновног гоњења.[49]

У светлу цитираних ставова Суд је формулисао суштину одговора на друго питање. Као једини релевантан критеријум дефинисан је идентитет дела у материјалном смислу (*identity of the material acts*), схваћених као низ конкретних околности које су неодвојиво међусобно повезане. Битно је да природа чињеница по својој природи конституише такву ситуацију. Параметри који се користе за оцену да ли је такав идентитет испуњен су повезаност чињеница у времену, простору, као и предметна подударност[50]. Тако је у околностима овог случаја Суд закључио да се присутне чињенице могу подвести под концепт истог дела, у складу са претходно објашњеним тумачењем чл. 54 Конвенције.[51]

Закључци садржани у овој пресуди веома су важни из неколико разлога. Пресуда се заснива на аутономно формираном концепту тумачења истоветности *дела*, који је чврсто утемељен у каснијој пракси Суда. Не само да је пресудна чињенична повезаност спорних аката, него је децидно речено да правна квалификација дела није релевантан критеријум. Притом, Суд је

---

[49] *Criminal proceedings against Leopold Henri Van Esbroeck*, Court of Justice of the EU, Case C-436/04, Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer delivered on 20 October 2005, ¶ 45. *Кривични поступак против Leopold Henri Van Esbroeck*, Мишљење општег правобраниоца Ruiz-Jarabo Colomer достављено 20. октобра 2005, ¶ 45. У мишљењу је наведено да би се слобода кретања у ЕУ суштински довела у питање ако би постојало онолико препрека колико има правних система држава чланица. Дакле, у овом контексту, није од значаја то што правни систем друге државе чланице различито квалификује одређено чињенично стање, у односу на правни систем државе у којој је већ вођен кривични поступак.

[50] *Van Esbroeck,* ¶ ¶ 36-38.

[51] Сматра се да је Европски суд за људска права био мотивисан овом одлуком Суда правде ЕУ, када је прихватио *idem factum* принцип у својој пракси, у познатом случају *Zolotukhin v. Russia*, European Court of Human Rights, App. no. 14939/03, Grand Chamber, 10 February 2009. *Золотукин против Русије,* Европски суд за људска права, представка бр. 14939/03, Велико веће, пресуда од 10. фебруара 2009. Juliette Lelieur, „ 'Transnationalising' Ne Bis in Idem: How the Rule of Ne in Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty", *Utrecht Law Review*, 4/2013, 198-210. Пре тога, у литератури је била присутна забринутост због дивергенције у пракси два европска суда, у погледу *ne bis in idem.* Robin Loof, "54 CISA and the Principles of Ne Bis In Idem", European Journal of Crime, *Criminal Law and Criminal Justice*, 3/2007, 320. О интеракцији два суда у примени начела *ne bis in idem* видети више: Max Vetzo, "The Past, Present and Future of the Ne Bis in Idem Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of Menci, Garlsson and Di Puma", *Review of European Administrative Law*, 2/2018, 55-84.

указао на то да је у чл. 54 *дело* одређено као *act*, а не као *offence*. Овим ставовима Суд је фактички елеминисао потребу за разматрањем фундаменталних питања кривичног права држава чланица. Затим, експлицитно је формулисан принцип примене Конвенције у погледу временске надлежности Суда. Битно је да Конвенција обавезује државу која покреће други поступак за исто дело, у тренутку иницирања поступка. Принципи формулисани у пресуди *Van Esbroeck* цитирани по правилу у каснијим одлукама Суда у сличним ситуацијама, а једна од њих је усвојена неколико месеци касније у предмету *Van Straaten*.

2.2. Van Straaten

Сличну проблематику налазимо и у пресуди у предмету *Van Straaten*[52]. *Van Straaten* осуђен је 1983. године у Холандији, пред Окружним судом у Хертогенбошу (*Rechtbank's-Hertogenbosch*), на казну од 20 месеци затвора. Утврђена је његова кривица због поседовања количине од око једног килограма хероина и због поседовања оружја и муниције. Ослобођен је по тачки оптужбе која се односила на увоз око 5,5 килограма хероина из Италије у Холандију, заједно са још једним лицем. Образложење овог дела пресуде гласи да наводи о увозу хероина нису доказани на правно задовољавајући начин.[53]

Након тога, у кривичном поступку вођеном 1999. године у Италији, пред Окружним судом у Милану (*Tribunale ordinario di Milano*), исто лице је осуђено у одсуству, заједно са још две особе, на 10 година затвора и новчану казну од 10 милиона лира. Пресуда је заснована на чињеницама о поседовању и извозу око 5 килограма хероина из Италије у Холандију.[54] Затим, у наставку решавања овог случаја пред италијанским судом, а на иницијативу осуђеног лица, држава Италија није сматрала да је у питању претходно пресуђена ствар због поступка вођеног у Холандији. Наведено је да холандском пресудом није обухваћен увоз хероина, јер је по тој тачки оптужбе г. *Van Straaten* ослобођен.[55] Такође, представници италијанске државе истакли

---

[52] *Jean Leon Van Straaten v Staat der Nederlanden and Republiek Italië*, Court of Justice of the EU, Case C-150/05, Judgment of 28 September 2006. *Jean Leon Van Straaten против Холандије и Италије*, Суд правде ЕУ, Предмет C-150/05, пресуда од 28. септембра 2006. (у даљем тексту *Van Straaten*)

[53] *Van Straaten*, ¶ 20.

[54] *Ibid.*, ¶21.

[55] И у случају када је кривично гоњење застерело у једној држави, Суд је сматрао да је гоњење поводом истих чињеница у другој држави, преклудирано дејством чл. 54 Конвенције. *Criminal proceedings against Giuseppe Francesco Gasparini and Others*, Court of Justice of the EU, Case C-467/04, Judgment of 28 September 2006. *Кривични поступак против Giuseppe Francesco Gasparini и других*, Суд правде ЕУ, предмет C-467/04, пресуда од 28. септембра 2006. (у даљем тексту *Gasparini*)

су да их не обавезује чл. 54 Конвенције, због декларације (резерве) коју је Италија изјавила у складу са чл. 55(1)(а) Конвенције.[56]

Италија је 2002. године „алармирала" тзв. Шенгенски информациони систем (*Schengen Information System – SIS)*, са циљем екстрадиције овог лица, а на основу налога за хапшење издатог од стране јавног тужилаштва у Милану. Г. *Van Straaten* тражио је од Окружног суда у Хертогенбошу уклањање ове информације у складу са чл. 111(1) Конвенције. Међутим, одговор је гласио да је према чл. 106(1) Конвенције, једино држава која је издала налог, овлашћена да га модификује или избрише. Стога је поступајући холандски суд упутио Суду правде ЕУ предлог за одлучивање о претходном питању, који се састојао из следећег.

Прво питање односило се на постојање „истог дела", у околности где је г. *Van Straaten* вршио извоз и увоз истих 5 килограма хероина, а његови саучесници у Италији и у Холандији нису били иста лица. Друго питање гласило је да ли је ослобађајућа пресуда у делу који се односи на претходно наведене чињенице, због правно незадовољавајућег доказивања, препрека за примену чл. 54 Конвенције, односно правила *ne bis in idem*?

У разматрању првог питања, Суд се позвао на ставове заузете у предмету *Van Esbroeck*, наводећи неопходност постојања међусобног поверења држава чланица у важеће национално кривично законодавство. Са друге стране, оснажена је идеја о непримењивости критеријума националне правне квалификације дела и заштићеног правног интереса. Коначно, Суд је указао на то да се слобода кретања не може угрожавати вишеструким кривичним гоњењем за исто дело.[57]

Оно што је квалитативна допуна наведених ставова из случаја *Van Esbroeck*, настала из специфичности случаја *Van Straaten*, јесте констатација Суда да идентичност *дела* не захтева идентичност количине дроге ни инволвираност истих лица у обе земље у којима се врши недозвољена трговина наркотицима.[58] Дакле, без потпуне подударности ових аспеката, према ставу Суда могуће је да околности конкретног случаја обухватају низ чиње-

[56] Конвенција, чл 55(1)(а): „Уговорна страна може приликом ратификовања, прихватања или потврђивања ове Конвенције изјавити да је не обавезује чл. 54 у једном од следећих случајева: (а) ако су се дела на која се страна пресуда односи догодила у целости или делимично на њеној територији; у потоњем случају, међутим, овај изузетак се не примењује ако су се дела делимично догодила на територији уговорне стране у којој је пресуда донета." Имајући у виду чињенице случаја, односно сложеност предметног дела (као целине околности посматраних у светлу тумачења од стране Суда правде ЕУ), у коме се његов конститутивни елемент – увоз – одвијао у Холандији, јасно је да се поменути изузетак не може применити.

[57] *Van Straaten*, ¶¶ 43-47.

[58] *Ibid.,* ¶ 49.

ница које су, према својој нарочитој природи, неодвојиво повезане. Тако је Суд позитивно одговорио на прво питање.[59]

У оквиру одговора на друго питање, Суд је указао на то да текст чл. 54 Конвенције не прави разлику између коначних пресуда, на основу исхода поступка. Надаље је истакнуто да недостатак доказа као основ (делимично) ослобађајуће пресуде није разлог за вођење новог кривичног поступка у другој држави. Тиме би се нарушила правна сигурност и заштита легитимних очекивања, суочавајући оптужено лице са страхом од кривичног гоњења иако је правна ствар „коначно решена“[60]. Закључак Суда гласио је да ситуација у којој је лице ослобођено због недостатка доказа, спада у круг примене чл. 54 Конвенције, односно да је обухваћена дејством начела *ne bis in idem*.

Нешто сложеније чињенице овог случаја пружиле су Суду прилику да прошири домен примене *ne bis in idem*, у односу на предмет *Van Esbroeck*. Иако се Суд позвао на ту пресуду у погледу суштинских питања, вреди истаћи да је прецизирао још два елемента од значаја. Прво, хетерогеност саучесника у различитим државама чланицама и неистоветност робе која је предмет вршења кривичног дела, не одричу спорној ситуацији у целини – карактер истог *дела*. Друго, резултат вођења првог кривичног поступка, нема утицај на чињеницу да је у правној ствари коначно одлучено.

2.3. Kretzinger

Пресуда у предмету *Kretzinger*[61] настала је након предлога Савезног суда СР Немачке упућеног Суду правде ЕУ. По критеријуму просторне дислоцираности спорних чињеница, односно сложених околности за успостављање територијалне надлежности држава, овај случај се нарочито истиче као

---

[59] Ипак, истичемо да је након усвајања пресуде по предлогу за одлучивање о претходном питању, мериторна одлука о спорном питању препуштена националном суду, што је Суд истакао у овом случају, али и генерално у својој пракси. *Gasparini,* ¶ 56.

[60] *Van Straaten*, ¶ 59. У том погледу Суд се позвао на случај *Criminal proceedings against Filomeno Mario Miraglia*, Court of Justice of the EU, Case C-469/03, Judgment of 10 March 2005. *Кривични поступак против Filomeno Mario Miraglia*, Суд правде ЕУ, предмет C-469/03, пресуда од 10. марта 2005. Јасно је повучена разлика између ситуација када се чл. 54 Конвенције не може применити. У поменутом предмету, дошло је до обуставе кривичног гоњења од стране тужилаштва у Холандији, на основу тога што је за исто дело вођена истрага у Италији, без било каквог мериторног исхода. Холандско тужилаштво сматрало је да је тиме исход у овој правној ситуацији стекао својство коначности (*finally disposed of*). Ипак, имајући у виду да није дошло до мериторног пресуђења, Суд није прихватио такво становиште. Притом, радило се о организованом криминалу, тј. оптужбе пред холандским правосудним органима односиле су се на извоз 30 килограма хероина у Италију.

[61] *Criminal proceedings against Jürgen Kretzinger*, Court of Justice of the EU, Case C-288/05, Judgment of 18 July 2007. Кривични поступак против *Jürgen Kretzinger*, Суд правде ЕУ, предмет C-288/05, пресуда од 18. јула 2007. (у даљем тексту *Kretzinger*)

илустративан. Чињенице случаја настале су 1999. године и 2000. године, када је г. *Kretzinger* увозио цигарете из земаља нечланица ЕУ, које су претходно прокријумчарене у Грчку од стране трећих лица, а затим комбијем кроз Италију и Немачку усмерене ка Уједињеном Краљевству. Ни у једној држави роба није пријављена, нити царињена.

Прва пленидба количине од 34.500 картона цигарета догодила се од стране финансијске полиције Италије (*Guardia di Finanza*) 03. маја 1999. године. Оптужени је пуштен на слободу након саслушања. Након ослобађајуће првостепене пресуде, апелациони суд у Венецији (*Corte d'apello di Venezia*) осудио је, у одсуству, г. *Kretzinger-a* на условну казну затвора од једне године и осам месеци. Основ осуде су два кривична дела, прво, увоз и држање 6.900 килограма кријумчарених цигарета страног порекла, те друго, неплаћање царинских обавеза у вези са увозом цигарета.

Други пут долази до пленидбе 14.927 картона цигарета 12. априла 2000. године. Након краћег полицијског задржавања у Италији, осумњичени је враћен у Немачку, где је био у притвору чекајући суђење. Пред Судом у Анкони (*Tribunale di Ancona*) осуђен је, поново у одсуству, на казну затвора у трајању од две године. Ниједна од наведених пресуда тј. изречених санкција није извршена.

Потом долази до усвајања две осуђујуће пресуде у Немачкој[62], на основу истих чињеница које су основ италијанских пресуда. Окружни суд у Аугсбургу (*Landgericht Augsburg*) осудио је исто лице на годину дана и десет месеци затвора због прве пошиљке цигарета. Такође, пред истим судом изречена му је казна затвора од годину дана у вези са другом пошиљком. Оглашен је кривим за кривично дело из чл. 374 Пореског законика СР Немачке[63], којим је инкриминисано примање, држање или продаја добара стечених пореском утајом. Стога је постојање кривице утврђено у погледу утаје царинских обавеза насталих из увоза кријумчарене робе у Грчку. Вреди истаћи да Окружни суд у Аугсбургу није сматрао да претходно донете пресуде у Италији представљају било какву препреку за вођење поступка. Односно сматрао је да чл. 54 Конвенције није примењив иако је чињенични основ пресуде заснован на истим недозвољеним пошиљкама цигарета. Г. *Kretzinger* упутио је поводом тога жалбу федералном суду, који је имао дилему у погледу три питања, потом упућена на тумачење Суду правде ЕУ.

[62] Федерални суд СР Немачке у предлогу за одлуку о претходном питању наводи да из неколико покушаја није било могуће добити прецизан одговор на које царинске обавезе при увозу цигарета се односе италијанске пресуде. Нарочито да ли се оптужницом или пресудом обухваћено кривично дело царинске преваре.

[63] Порески законик СР Немачке. Fiscal Code of Germany in the version promulgated on 1 October 2002 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I. p. 61), last amended by Article 17 of the Act of 17 July 2017 (Federal Law Gazette I p. 2541), доступан на: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/englisch_ao.html

Прво питање је сложено и односи се на постојање „истог дела“ у светлу чл. 54 Конвенције, због претходно наведених специфичних околности случаја.[64] Суд је формулисао одговор позивајући се на случај *Van Esbroeck* и критеријум материјалног идентитета аката. Сматрајући да чињенице овог случаја чине низ неодвојиво повезаних околности, Суд је закључио да се ради о јединственом делу.[65]

Друго питање тиче се услова извршења санкције садржаног у чл. 54 Конвенције. Чињеница да је г. *Kretzinger* изречена условна осуда у Италији, створила је дилему да ли се може сматрати да је „казна извршена“ или да је „казна у поступку извршења“. Наводећи да је уобичајена пракса изрицања условне осуде за лакша кривична дела, Суд је оценио да условна осуда испуњава услов „извршења казне“. Прецизније, док траје период провере Суд сматра да је казна у поступку извршења, а што тај период истекне, казна се сматра извршеном.[66] Под исто питање сврстана је и чињеница што му је било одређено полицијско задржавање и притвор, који су подобни за урачунавање као период лишења слободе при извршењу казне затвора. У том смислу одговор на постављено питање је негативан. Став Суда је да се сврха превентивног лишења слободе битно разликује од суштинског „услова извршења“ садржаног у чл. 54, чији је циљ коначно решавање поступка.[67]

Треће питање такође је конципирано у два сегмента која се односе на тзв. Европски налог за хапшење и предају осуђеног лица ради извршења казне. Суштина питања је да ли могућност издавања налога за хапшење коју Италија има на основу Оквирне одлуке о европском налогу за хапшење и поступцима предаје између држава[68], утиче на тумачење услова извршења казне. Ипак, став Суда ја да сама могућност извршења пресуде тј. казне затвора, тако што би дошло до предаје осуђеног лица од стране треће државе, не утиче на тумачење појма извршења казне у контексту чл. 54. Поред тога, питање је обухватало и право замољене државе да не поступи аутоматски по налогу за хапшење, јер је лице осуђено у одсуству[69]. Суд је закључио да

---

[64] Такође, у питању се истиче како је осуђено лице имало намеру од почетка да извезе спорне цигарете у Уједињено Краљевство, преко Италије, након преузимања робе у Грчкој.

[65] *Kretzinger,* ¶ 37. Суд је и у овој одлуцио потврдио при доношењу закључка о истоветности дела да релевантни критеријуми нису правна квалификација дела у унутрашњем праву, нити заштићени правни интерес који је погођен у домаћем правном поретку.

[66] *Ibid.*, ¶ ¶ 42-44.

[67] *Ibid.,* ¶ ¶ 51-52.

[68] Оквирна одлука Савета о Европском налогу за хапшење и поступцима предаје између држава (*2002/584/JHA: Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States – Statements made by certain Member States on the adoption of the Framework Decision*), *Official Journal L 190, 18/07/2002, p. 1-20.*

[69] Чл. 5(1) регулише гаранције које у неким случајевима мора пружити држава која је издала налог за хапшење. Тако се наводи да извршење налога може бити условљено „ако је

иако због пресуде *in absentia* постоји могућност додатног условљавања изручења осуђеног лица, то не утиче на тумачење појма „извршења“ казне. Тако је Суд навео да није потребно одлучивати о томе да ли пресуда усвојена у одсуству осуђеног лица, чије извршење је подложно условима из чл. 5(1) Оквирне одлуке, представља одлуку којом је коначно одлучено у поступку.[70]

У овом предмету нарочито је дошла до изражаја флексибилан приступ Суда у тумачењу појма *дела*. Поред свих описаних чињеничних и правних специфичности, предност је дата циљном тумачењу чл. 54 Конвенције. У садејству јединственог умишљаја са објективном везом[71] међу спорним радњама предузетим у различитим државама, Суд је потврдио да овај случаја улази у поље примене чл. 54.

2.4. Bourquain

Последњи у низу одабраних случајева, разликује се од три претходна у погледу врсте кривичног дела, озбиљности изречене санкције и због амнестирања учионица. Убиство легионара и дезертерство из Легије странаца довели су до изрицања смртне казне немачком држављанину.[72] Суђење је

европски налог за хапшење издат у сврхе извршења пресуде или лишења слободе на основу судске одлуке донете у одсуству оптуженог, а особи о којој се ради позив за суд није био лично достављен или није на неки други начин била обавештена о датуму и месту саслушања на основу кога је донета одлука у одсуству, предаја особе може бити подложна услову да правосудни орган који издаје налог за хапшење пружи одговарајуће гаранције да ће та особа имати могућност да тражи понављање поступка у држави чланици која издаје налог за хапшење и могућност присуства суђењу“.

[70] *Kretzinger,* ¶¶ 67-68; Поређења ради, у предмету *Kossowski* Суд је такође одлучивао о постојању „коначне одлуке“. Закључак гласи да се одлука јавног тужиоца којом се без изрицања санкције обуставља кривично гоњење и правноснажно обуставља истражни поступак, уз могућност његовог поновног отварања или укидања одлуке, не може сматрати коначном одлуком због тога што није спроведена ефикасна истрага. *Criminal proceedings against Piotr Kossowski, Court of Justice of the EU*, Case C-486/14, Judgment of 29 June 2016, ¶ 54. *Кривични поступак против Piotr Kossowski,* Суд правде ЕУ, предмет C-486/14, пресуда од 29. јуна 2016., ¶ 54. Овом пресудом уведен је аутономан концепт „коначног“ спровођења кривичног поступка, који се разликује од постојећег у држави у којој је вођена предметна истрага, Пољској. Arkadiusz Lach, “Effective Investigation of Crime and the European Ne Bis in Idem Principle”, *Teises Apzvalga Law Review*, 2/2017, 8.

[71] Годину дана након доношења пресуде у предмету *Van Straaten*, позивајући се између осталих и на ту пресуду, Суд је навео да међу спорним чињеницама мора постојати *објективна веза*, да би чл. 54 био примењив. *Kraaijenbrink,* Court of Justice of the EU, Case C-367/05, Judgment of 18 July 2007, ¶ 31. *Kraaijenbrink,* Суд правде ЕУ, предмет C-367/05, пресуда од 18. јула 2007. године, ¶ 31.

[72] *Klaus Bourquain*, European Court of Justice, Case C-297/07, Judgment of 11 December 2008. *Klaus Bourquain*, Суд правде ЕУ, предмет C-297/07, пресуда од 11. децембра 2008. године. (у даљем тексту *Bourquain*)

одржано у одсуству оптуженог, а поступак је вођен 1961. године пред француским сталним војним трибуналом у Алжиру, уз примену француског права. Осуђеник је побегао у Источну Немачку, те му није било могуће доставити пресуду, нити је извршити. Покренута је истрага и у Западној Немачкој (Савезној Републици Немачкој), те је упућен налог за хапшење, који је одбијен од стране тадашње Источне Немачке (Немачке Демократске Републике). Затим, 1968. године долази до усвајања француског Закона о амнестији[73], којим су амнестирана сва кривична дела настала у вези са догађајима у Алжиру. Конкретније, у чл. 1(2) овог Закона посебно је прецизирано да се припадници француског војног особља сматрају амнестираним за сва кривична дела учињена у Алжиру.[74]

Међутим, након сазнања да г. *Bourquain* живи у Регенсбургу, јавно тужилаштво у овом граду (*Staatsanwaltschaft Regensburg*) подигло је 11. децембра 2002. године оптужницу против њега.[75] На терет су му стављене исте чињенице у вези са убиством другог легионара. Поводом тога Окружни суд у Регенсбургу (*Landsgericht Regensburg)* тражио је информације од Министарства правде Француске, како би утврдио да ли је пресуда војног трибунала за источну зону Константина препрека за покретање кривичног поступка у Немачкој због истог дела. Војни трибунал у Паризу у свом одговору навео је да је 1981. године истекао рок за жалбу против смртне казне. Исто тако, протеком двадесетогодишњег рока, наступила је апсолутна застарелост извршења кривичне санкције према француском закону.[76] На основу настале

[73] Loi n° 68-697 du 31 juillet 1968 portant amnistie, JORF, O2 août 1968, p. 7521, доступан на https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000693181. Закон о амнестији усвојен 31. јула 1968. године.

[74] У литератури се истиче како је то учињено због помирења и јединства нације, а у виду забране истраживања злоупотреба учињених у Алжирском рату за независност. Valérie Niquet, „History and Memory Issues: A Comparative Study of the Treatment of The Colonial Period in France And Japan", *Japan Review, The History of Asia in the 20th Century – The Origins of Prosperity and Stability*, 1/2017, 22-32, 23. Закони о амнестији сматрају се комплексним механизмом решавања конфликта. Са једне стране, одговарају потреби за миром и помирењем, а са друге стране, доводе до питања како „заборављање злочина" утиче на статус жртава. Laila Fathi, *Forgetting the unforgivable: amnesties following the Algerian war of independence,* PhD thesis, 19622012, SOAS University of London, 2018, 53. Кад је у питању Француска, у периоду од 1962. до 1968. године, 2.466 особа амнестирано је различитим актима о амнестији. *Ibid,* 116.

[75] Оптужен је за тешко убиство („убиство под посебно отежавајућим околностима") из чл. 211 Кривичног законика СР Немачке, где је запрећена доживотна казна затвора. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBI. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. November 2021 geändert worden ist, доступан на https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html. Кривични законик у верзији објављеној 13. новембра 1998. (Савезни гласник закона, стр. 3322), који је последњи пут измењен чланом 2. закона од 22. новембра 2021. године.

[76] Занимљиво је да је исто мишљење дао и Макс Планк институт за страно и међународно кривично право (*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*),

ситуације, поступајући Суд упутио је предлог за одлучивање о претходном питању Суду правде, који је гласио: „Може ли особа чије суђење је правноснажно окончано у држави уговорници бити кривично гоњено у другој држави уговорници за исто дело, када по закону државе у којој је изречена санкција, казна више не може бити извршена?“[77]

Као прелиминарна питања, Суд је истакао да иако Конвенција није обавезивала Француску у тренутку доношења пресуде, обе укључене државе су биле стране уговорнице у тренутку када је покренут други поступак. Затим, Суд није сматрао као препреку то што је први поступак вођен у Алжиру, јер је казна изречена од органа државе (Француске) која је касније постала страна уговорница Конвенције. Истанкута је и чињеница да је приликом суђења примењено француско право.

У меритуму, пресуда даје потврдан одговор на постављено питање. Начело *ne bis in idem* примењиво је у овом случају, без обзира на то што изречена казна више не може бити извршена. Накнадно пружена амнестија, не може водити ка закључку да пресуда није ни постојала, у светлу примене чл. 54 Конвенције.[78] Коначно, слобода кретања је ефективно гарантована само када осуђено лице, може да се креће без страха од гоњења у другој држави уговорници.[79] На тај начин, Суд је дао предност правној сигурности и легитимним очекивањима која су произашла на страни осуђеног лица након пружене амнестије.

ЗАКЉУЧАК

Након сагледавања теоријских поставки и практичних ефеката примене начела *ne bis in idem* у Праву ЕУ, а првенствено чл. 54 Конвенције о примени Шенгенског споразума, долазимо до неколико закључака. Прво, степен уређености овог правног начела је прилично висок и систематичан. Забрана двоструког гоњења и кажњавања инкорпорисана је у примарним и секундарним изворима Унијског права. У начелном смислу примењује се на све

наводећи да су испуњени услови за примену чл. 54 Конвенције, тј. да нема места вођењу новог кривичног поступка. *Bourquain,* Judgment of 11 December 2008, ¶ 25.

[77] *Bourquain,* ¶ 26.

[78] *Ibid,,* ¶ 44.

[79] Став о неопходности пружања ефикасних гаранција слободе кретања, без страха од двоструког гоњења, снажно је подржан у пракси Суда. *Criminal proceedings against Vladimir Turanský*, Court of Justice of the EU, Case C-491/07, Judgment of 22 December 2008, ¶ 41. *Кривични поступак против Vladimir Turanský*, Суд правде ЕУ, предмет C-491/07, пресуда од 22. децембра 2008. године, ¶ 41; *WS v Bundesrepublik Deutschland*, Court of Justice of the EU, Case C-505/19 PPU*,* Judgment of 12 May 2021, ¶ 91. *WS против СР Немачке*, Суд правде ЕУ, предмет C-491/07, пресуда од 12. маја 2021. године, ¶ 91.

фазе кривичног поступка, од покретања истраге до извршења санкције, укључујући ситуације када више није могуће да се изврши казна. Поред тога, ово начело експлицитно се налази као део посебних правних института или области, попут прописа којима се уређују питања изручења, истраге, заштите података о личности итд. У односу на друге међународноправне изворе, унијски правни оквир ипак нуди формалноправно прецизнију и материјалноправно ширу заштиту од двоструког гоњења и кажњавања за исто кривично дело.

Поменута констатација посебно добија на значају ако се има у виду прекогранични карактер „позитивног“ сукоба надлежности, који се применом чл. 54 Конвенције превазилази. У неким ситуацијама, нормативни оквир није довољан за потпуно остварење прокламације о јединственом простору безбедности, слободе и правде. Државе чланице понекад показују суверенистички став о вршењу надлежности у кривичним стварима. Тада до пуног изражаја долази улога Суда правде ЕУ. Путем приказаног механизма одлучивања о претходном питању Суд несумњиво утиче на фактичку стандардизацију у поступању националних судова. У ситуацију када постоји легислативна неуједначеност, тј. не постоји хармонизација кривичних законодавстава држава чланица ЕУ, значај одлука Суда правде ЕУ је још већи.

Најзначајнији допринос остварен у досадашњој пракси јесте аутономно формирани концепт *дела*. Дефиниција која суштински почива на материјалном идентитету аката, представља квалитативни *novum,* који се у потпуности ослања на принцип *idem factum*, а потпуно ставља ван снаге принцип *idem crimen.* Можемо рећи да је тиме Суд правде ЕУ апстраховао низ формалноправних услова, који би у супротном били препрека примени чл. 54 Конвенције. Приступом који је еластичан и циљно оријентисан ка испуњењу сврхе *ne bis in idem*, Суд је ставио у други план формалности и ригидности националних правних система. Тиме је *de facto* дошло и до екстратериторијалне примене Унијског права, имајући у виду случај *Bourquain*. Практично је омогућено појединцу против кога је вођен кривични поступак, без обзира на његов исход и без обзира на квалификацију која му је стављена на терет, да са поуздањем у такву одлуку формира своја легитимна очекивања. Она се првенствено односе на правну сигурност која произлази из коначне судске (или тужилачке) одлуке. Суд је управо на том основу, посебно акцентовао слободу кретања, до чијег кршења најчешће долази, ако се претходно наведене гаранције занемаре од стране државе чланице. Укратко, начином на који је Суд правде приступио заштити гаранција начела *ne bis in idem*, успостављена је врло екстензивна предметна, временска и просторна примена овог начела.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Америчка конвенција о људским правима (*American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica)*, потписана 22. новембра 1969. године, ступила на снагу 18. јула 1978. UNTS 1144 (p. 123)

Adam J. Adler, "Dual Sovereignty, Due Process, and Duplicative Punishment: A New Solution to an Old Problem", *Yale Law Journal*, 2/2014, 448-483.

Arkadiusz Lach, "Effective Investigation of Crime and the European Ne Bis in Idem Principle", *Teises Apzvalga Law Review*, 2/2017, 5-16.

AY, Court of Justice of the EU, Case C-268/17, Judgment of 25 July 2018. *AY*, Суд правде ЕУ, предмет C-268/17, пресуда од 25. јула 2018.

Christoph Burchard, Dominik Brodowski, "Post-Lisbon Principle of Transnational Ne Bis in Idem: On the Relationship between Article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement: Case Note on District Court Aachen, Germany, (52 Ks 9/08 – Boere), Decision of 8 December 2010", *New Journal of European Criminal Law*, 3/2010, 310-327.

*Criminal proceedings against BV***,** Court of Justice of the EU, Case C-570/20, Judgment of 5 May 2022. *Кривични поступак против БВ*, Суд правде ЕУ, Предмет C-570/20, Пресуда од 05. маја 2022.

Criminal proceedings against Filomeno Mario Miraglia, Court of Justice of the EU, Case C-469/03, Judgment of 10 March 2005. *Кривични поступак против Filomeno Mario Miraglia-е*, Суд правде ЕУ, предмет C-469/03, пресуда од 10. марта 2005.

Criminal proceedings against Giuseppe Francesco Gasparini and Others, Court of Justice of the EU, Case C-467/04, Judgment of 28 September 2006. *Кривични поступак против Giuseppe Francesco Gasparini-а и других*, Суд правде ЕУ, предмет C-467/04, пресуда од 28. септембра 2006.

Criminal proceedings against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge, Court of Justice of the EU, Joined Cases C-187/01 and C-385/01, Judgment of 11 February 2003. *Кривични поступак против Hüseyin Gözütok и Klaus Brügge,*Суд правде ЕУ, спојени предмети 187/01 и C-385/01, пресуда од 11. фебруара 2003.

Criminal proceedings against Leopold Henri Van Esbroeck, Court of Justice of the EU, Case C-436/04, Judgment of 9 March 2006.

Criminal proceedings against Leopold Henri Van Esbroeck, Court of Justice of the EU, Case C-436/04, Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer delivered on 20 October 2005. *Кривични поступак против Leopold Henri Van Esbroeck*, Мишљење општег правобраниоца Ruiz-Jarabo Colomer достављено 20. октобра 2005.

Criminal proceedings against Luca Menci, Court of Justice of the EU, Case C-524/15, Judgment of 20 March 2018. *Кривични поступак против Luca Menci*, Суд правде ЕУ, Предмет C-524/15, пресуда од 20. марта 2018.

Criminal proceedings against Massimo Orsi and Luciano Baldetti, European Court of Justice, Joined Cases C-217/15 and C-350/15, Judgment of 5 April 2017; Кривични поступци против *Massimo Orsi и Luciano Baldetti*, Суд правде ЕУ, спојени предмети C-217/15 и C-350/15, пресуда од 05. априла 2017.

Criminal proceedings against Piotr Kossowski, Court of Justice of the EU, Case C-486/14, Judgment of 29 June 2016. *Кривични поступак против Piotr Kossowski,* Суд правде ЕУ, предмет C-486/14, пресуда од 29. јуна 2016.

Criminal proceedings against Vladimir Turanský, Court of Justice of the EU, Case C-491/07, Judgment of 22 December 2008. *Кривични поступак приотив Vladimir Turanský*, Суд правде ЕУ, предмет C-491/07, пресуда од 22. децембра 2008. године;

Директива 2014/41/ЕУ о Европском налогу за истрагу у кривичним стварима (*Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters*), *OJ L 130, 1.5.2014, p. 1–36*.

Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода (*European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*), усвојена 04. новембра 1950. године, ступила на снагу 03. септембра 1953. ETS No. 005.

Elizabeta Ivičević Karas, „Načelo Ne bis in idem u europskom kaznenom pravu*",* Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), 2/2014, str. 271-294;

Горан П. Илић, „Начело *Ne bis in idem* у пракси Европског суда за људска права", *Страни правни живот*, 3/2017, 21-34

Jean Leon Van Straaten v Staat der Nederlanden and Republiek Italië, Court of Justice of the EU, Case C-150/05, Judgment of 28 September 2006. *Jean Leon Van Straaten против Холандије и Италије*, Суд правде ЕУ, Предмет C-150/05, пресуда од 28. септембра 2006.

John A. E. Vervaele, "Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?", *Utrecht Law Review*, 4/2013, 211-229

John A.E. Vervaele, „The transnational *ne bis in idem* principle in the EU Mutual recognition and equivalent protection of human rights", *Utrecht Law Review*, 2/2005*,* pp. 100-118;

Juliette Lelieur, "'Transnationalising' Ne Bis in Idem: How the Rule of Ne in Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty", *Utrecht Law Review*, 4/2013, 198-210.

Јединствена конвенција о опојним дрогама (*Single Convention on Narcotic Drugs*), усвојену 30. марта 1961. године, која је ступила на снагу 13. децембра 1964. UNTS vol. 520, p. 151, vol. 557, p. 280

Конвенција о примени Шенгенског споразума (*Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders*), *OJ L 239, 22.9.2000, p. 19–62, усвојена 19. јуна 1990. године, а ступила на снагу 26. марта 1995 године.*

Кривични законик Аустралије (*Criminal Code Act 1995 No. 12, 1995, Compilation No. 144, Compilation date: 2 April 2022, Includes amendments up to: Act No. 33, 2022*), доступан на https://www.legislation.gov.au/Details/C2021C00183.

Kraaijenbrink, Court of Justice of the EU, Case C-367/05, Judgment of 18 July 2007. *Kraaijenbrink,* Суд правде ЕУ, предмет C-367/05, пресуда од 18. јула 2007. године.

Laila Fathi, *Forgetting the unforgivable: amnesties following the Algerian war of independence,* PhD thesis, 19622012, SOAS University of London, 2018.

Liana-Teodora Pascariu, "The Reference for a Preliminary Ruling. CJEU Recommendations", *Logos Universality Mentality Education Novelty Section: Law*, 1/2017, 43-49

Loi n° 68-697 du 31 juillet 1968 portant amnistie, JORF, O2 août 1968, p. 7521, доступан на https://www.legifrance. gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000693181. Закон о амнестији усвојен 31. јула 1968. године.

M., Court of Justice of the EU, Case C-398/12, Judgment of 5 June 2014. *M*., Суд правде ЕУ, Предмет C-398/12, пресуда од 05. јуна 2014.

Maja Munivrana Vajda, "The Trust Is Not Blind – Reviewing the Idea of Mutual Trust in the EU in the Context of Conflicts of Jurisdiction and Ne Bis in Idem Principle", *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 2/2018, 323-337

Marc de Werd, "Dynamics at Play in the EU Preliminary Ruling Procedure", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1/2015, 149-157

Maria Fletcher, "Some Developments to the ne bis in idem Principle in the European Union: Criminal Proceedings against Huseyn Gozutok and Klaus Brugge", *Modern Law Review*, 5/2003, 769-780.

Mark Hoskins, "Preliminary References to the ECJ: Some Practical Pointers", *Judicial Review*, 3/2002, 162-166.

Max Vetzo, "The Past, Present and Future of the Ne Bis in Idem Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of Menci, Garlsson and Di Puma", *Review of European Administrative Law*, 2/2018, 55-84.

Micheal O. Floinn, "The Concept of Idem in the European Courts: Extricating the Inextricable Link in European Double Jeopardy Law", *Columbia Journal of European Law*, 1/2017, 75-110.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима (*International Covenant on Civil and Political Rights*), U.N.T.S., Vol. 999, p. 171., усвојен 16. децембра 1966. године, а ступио на снагу 23. марта 1976. године.

Маја Станивуковић, *Појединац пред Судом европских заједница,* друго измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.

Mirela Gorunescu, "European Accents on the Non Bis in Idem Principle", *Annals of the Constantin Brancusi University of Targu Jiu Juridical Sciences Series 2010*, 1/2010, 99-116.

Одлука Савета од 01.12.2000. о примени Шенгенске правне тековине у Данској, Финској и Шведској те Исланду и Норвешкој (*2000/777/EC: Council Decision of 1 December 2000 on the application of the Schengen acquis in Denmark, Finland and Sweden, and in Iceland and Norway – Declarations*) OJ L 309*,* 9.12.2000, p. 24–28.

Оквирна одлука Савета о Европском налогу за хапшење и поступцима предаје између држава **(***2002/584/JHA: Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States – Statements made by certain Member States on the adoption of the Framework Decision*), *Official Journal L 190, 18/07/2002, p. 1-20.*

Повеља о основним правима ЕУ (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*), Official Journal of the European Union C83. Vol. 53, усвојена 07. децембра 2000. године

Порески законик СР Немачке. Fiscal Code of Germany in the version promulgated on 1 October 2002 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I. p. 61), last amended by Article 17 of the Act of 17 July 2017 (Federal Law Gazette I p. 2541), доступан на: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/englisch_ao.html

Протокол 16 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (*Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*), Council of Europe Treaty Series – No. 214, усвојен 02. октобра 2013. године, ступио на снагу 01. августа 2018. године.

Roberto Virzo,"The Preliminary Ruling Procedures at International Regional Courts and Tribunals", *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2 /2011, 285-314

Robin Loof, "54 CISA and the Principles of Ne Bis In Idem", European Journal of Crime, *Criminal Law and Criminal Justice*, 3/2007, 309-334.

Статут Међународног кривичног суда (*Rome Statute of the International Criminal Court*, U.N.T.S. Vol. 2187, No. 38544), усвојен 17. јула 1998. године, ступио на снагу 01. јула 2002. године

Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBI. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. November 2021 geändert worden ist, доступан на https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html. Кривични законик у верзији објављеној 13. новембра 1998. (Савезни гласник закона, стр. 3322), који је последњи пут измењен чланом 2. закона од 22. новембра 2021.

Уговор о Европској унији (*Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union – Consolidated version of the Treaty on European Union – Protocols – Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon*, signed on 13 December 2007 – Tables of equivalences), *Official Journal C 326 , 26/10/2012 P. 0001 – 0390*

Уговор о функционисању Европске уније (*Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union – Consolidated version of the Treaty on European Union – Protocols – Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 – Tables of equivalences*), *Official Journal C 326 , 26/10/2012 P. 0001 – 0390*

Valérie Niquet, „History and Memory Issues: A Comparative Study of the Treatment of The Colonial Period in France And Japan", *Japan Review, The History of Asia in the 20th Century – The Origins of Prosperity and Stability*, 1/2017, 22-32.

WS v Bundesrepublik Deutschland, Court of Justice of the EU, Case C-505/19 PPU, Judgment of 12 May 2021. *WS против СР Немачке*, Суд правде ЕУ, предмет C-491/07, пресуда од 12. маја 2021. године.

Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима („Службени лист СФРЈ", бр. 7/71).

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом 11, Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и Први протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свом околностима („Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 9/2003, 5/2005, и 7/2005 – испр. и „Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 12/2010 и 10/2015

Zolotukhin v. Russia, European Court of Human Rights, App. no. 14939/03, Grand Chamber, 10 February 2009. *Золотукин против Русије,* Европски суд за људска права, представка бр. 14939/03, Велико веће, пресуда од 10. фебруара 2009.

Bojan N. Tubić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Tubic@pf.uns.ac.rs

Stefan N. Radojčić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Radojcic@pf.uns.ac.rs

Theoretical and Practical Aspects of the *Ne Bis In Idem* Principle Implementation in the EU Law

Abstract: *The ne bis in idem principle as one of the most eslablished legal rules, has been widely regulated by sources of national and International Law. By its very nature, it protects individuals from double punishment for the same act, regardless of its classification as a misdemeanor, criminal offence etc. Different legal traditions, together with a purely national criminal jurisdiction, led to a certain divergency among states. Moreover, such a problem has existed for a long time in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. However, regulation of this principle in the EU Law brought upon some novelties. In the end of 20th century and in the beginning of 21st century there was the process of a more detailed defining of conditions for the application of ne bis in idem principle. In parallel with that process, the European Court of Justice delivered its judgments, which clarified practical dillemas of national courts in this particular field of law. These judgments resulted from the requests for preliminary rulling referred by national courts. In that regard, many important precedents have been adjudicated, defining essential elements for impelmentation of prohibition of double punishment, as for example concept of the 'same act'. On the basis of the analysis of the legal framework and relevant jurisprudence of the ECJ, we come to the conclusion that the principle ne bis in idem in the EU Law system has been interpreted extensively and this fact significantly impacts on the overcomming of formalities contained in national legal systems, which can bring about double punishment for the same act.*

Keywords: *ne bis in idem, double punishment, European Court of Justice, Schengen Agreement, same act.*

Датум пријема рада: 25.06.2022.
Датум прихватања рада: 30.06.2022.

Прегледни чланак 347.772:061.1EU
doi:10.5937/zrpfns56-36403

Соња М. Лучић
Универзитет у Крагујевцу
Правни факултет у Крагујевцу
slucic@jura.kg.ac.rs

ЗНАЧАЈ УКИДАЊА УСЛОВА ГРАФИЧКОГ ПРИКАЗА ЗНАКА У ПОСТУПКУ РЕГИСТРАЦИЈЕ НЕТРАДИЦИОНАЛНИХ ЖИГОВА*

Сажетак: *Традиционалне робне ознаке, као што су речи и слике, дуго су представљале доминантан предмет заштите жигом. Међутим, развој модерне технологије и нове маркетиншке методе утицале су на порast пријава нетрадиционалних ознака за заштиту жигом. Ипак, број регистрованих нетрадиционалних жигова, како националних тако и наднационалних, није био велики. Разлог за то је био графички приказ као услов за регистрацију жига. Овај захтев нису могле да задовоље оне нетрадиционалне ознаке које се опажају другим чулима, а не само чулом вида.*

Уредбом о жиговима ЕУ бр. 2017/1001 је измењен захтев за графички приказ знака технички неутралним захтевом. На тај начин је у ЕУ отворена могућност регистрације жигова уз коришћење опште доступне технологије.

У раду ће бити анализиран утицај укидања графичког приказа знака на регистрацију нетрадиционалних жигова у ЕУ. Знакови који ће бити анализирани за ту сврху су: звучни, тродимензионални и мултимедијални знакови, боја, мирис, као и тактилне и ознаке укуса.

Кључне речи: *жиг; нетрадиционални жиг; графичко представљање.*

1. УВОД

Право жига је првенствено национално право. Ипак, ова област права је релативно брзо прошла процес европеизације у протеклим деценијама у

---

* Овај рад је резултат учешћа на III Међународној научној конференцији „Правна традиција и нови правни изазови" која је одржана у онлајн формату 29. и 30. септембра 2021. године у организацији Правног факултета Универзитета у Новом Саду.

односу на остала права интелектуалне својине. У ЕУ је било важно да се ова област права брзо регулише, будући да жигови имају битан утицај на тржишни успех.

Систем жигова ЕУ је успостављен 1994. године, након скоро 40 година од прве идеје о стварању обједињене заштите жига.[1] Сврха овог система је била да се створи алтернативна заштита, у односу на систем националне заштите жига заступљен у свим државама чланицама ЕУ. Успостављање јединствене заштите и Канцеларије (сада Уреда) ЕУ за интелектуалну својину (скраћено: ЕУИПО) је, са једне стране, омогућио поједностављен и модернизован систем регистрације жигова, а са друге стране, је допринео јачању конкурентности ЕУ.

Жиг је право које за предмет заштите има робну или услужну ознаку. Жигови се користе за идентификацију одређене робе и услуга. На основу регистрације власник жига добија ексклузивно право да спречи неовлашћено коришћење заштићеног знака и право на коришћење заштићеног знака у циљу разликовања робе и услуга од конкурената. Једна од подела жигова је на традиционалне и нетрадиционалне.[2] Не постоји законодавство или судска пракса која јасно дефинише ове две категорије.[3] Већ дужи временски период у националним и наднационалним регистрима доминира прва категорија жигова који се састоје од дводимензионалне речи, лога, фигуративног знака, њихове комбинације.[4] Друга категорија жигова садржи широк спектар ознака, на пример звук, мирис, боја, 3Д ознака. Знакови који се штите нетрадиционалним жиговима се могу поделити у две групе: видљиви знакови (боје, покретне слике, итд.) и невидљиви знакови који се односе на четири чула (звук, мирис, укус и додир). У новије време, жигови у једној боји, жигови покрета, облик (3Д жигови) и звучни жигови су постали шире прихваћни и регистровани. На пример, 3Д ознаке, ознаке у боји саме по себи и звучне ознаке могле су се наћи у регистру ЕУИПО и пре последње реформе права жига у ЕУ. Међутим, ознаке мириса, укуса, додира су наилазиле на озбиљне препреке у поступку регистрације. Један од разлога који је стајао на путу регистрације нетрадиционаланих жигова је био захтев за графичким приказом знака.

---

[1] Почетком 1994. године у ЕУ је усвојена Уредба Савета (ЕЗ) бр. 40/94 о жиговима Заједнице. Ова Уредба је почела да се примењује од 1. априла 1996. године.

[2] За нетрадиционалне жигове користе се различити изрази као што су неконвенционални, егзотични, нови, ванредни итд. По нашем мишљењу термин „нетрадиционални жигови“ је најјаснији израз и стога ће овај термин бити коришћен у раду.

[3] Neha Mishra, „Registration of non-traditional trademarks”, *Journal of Intellectual Property Rights*, 13/2008, 45.

[4] Onur Sahin, “The past, the present and the future of colour and smell marks”, *European Intellectual Property Review,* 38(8)/2016, 504.

Европски и национални прописи о жиговима, пре измена, изричито су предвиђали да знак који је пријављен за заштиту жигом мора да буде подобан за графичко представљање.[5] Поред захтева за графичко представљање, знак који је пријављен за регистрацију у ЕУИПО морао је да буде „јасан, прецизан, самосталан, лако приступачан, разумљив, трајан и објективан".[6] Захтев за графичко представљање знака је аналоган патентном захтеву у патентној пријави јер поставља обим и границе за заштиту знака жигом.[7] Осим тога, захтев за графичко представљање је информативне природе пошто пружа могућност да знак постане лако доступан јавности и конкурентима власника жига. Захваљујући графичком представљању знака, трећа лица могу увидом у јавне регистре да прегледају заштићени знак у циљу спречавања могућих повреда жига.

Међутим, захтев за графичко представљање знака је представљао препреку за регистрацију појединих нетрадиционалних жигова, посебно визуелно не уочљивих. Ипак, потреба да и прописи о жиговима иду у корак са дигитализацијом и сталним унапређењем маркетиншких метода је довела до измена у европским и националним прописима о жиговима. Уредба ЕУ која је ступила на снагу 1. октобра 2017. године је уклонила захтев за графичко представљање са циљем да се отвори пут за регистрацију визуелно неуочљивих знакова употребом опште доступне технологије.

2. ПРАВНА РЕГУЛАТИВА

Нетрадиционални жигови спадају у широку категорију жигова. У последње две деценије привредни субјекти показују веће интересовање за регистрацију ових жигова. Главни разлог за то је огроман број већ регистрованих традиционалних жигова, чиме се смањује број доступних знакова (речи, слике, фигуре) које би привредни субјекти могли да пријаве за регистрацију.[8] У наставку рада ће бити дат приказ релевантних прописа који се односе на заштиту нетрадиционалних жигова.

---

[5] Вид. чл. 4 Уредбе 209/2007. Текст Директиве је доступан на адреси: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32009R0207.

[6] Вид. пресуду Суда правде ЕУ у предмету „Ralf Sieckmann v Deutsches, Patent- und Markenamt", C-273/00. Текст пресуде је доступан на адреси: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-273/00.

[7] Lionel Bently, Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press 2014, 887, 928.

[8] Arka Majumdar, Subhojit Sadhu, Sunandan Majumdar, „The requirement of graphical representability for non-conventional trademarks", *Journal of Intellectual Property Rights*, 11/2006, 313-317.

2.1. Међународна регулатива

Париска конвенција за заштиту индустријске својине не даје дефиницију жига наводећи само да: „Услови за регистрацију жига се утврђују у свакој земљи Уније њеним домаћим законодавством", чиме се из заштите не искључују нетрадиционални жигови.[9] Другим речима, на регулативи појединих земаља је да укључи или искључи нетрадиционалне ознаке из заштите.

Мадридски аранжман и Протокол који се односи на Мадридски аранжман о међународној регистрација жигова, такође, не садрже дефиницију жига. Ипак, могуће је протумачити да нетрадиционални жигови као нпр. „звук" могу бити заштићени жигом по основу Мадридског споразума.[10]

Дефиниција жига је дата у члану 15, ст. 1 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС) у коме се наводи да „сваки знак, или свака комбинација знакова, која може да разликује робу или услуге једног предузећа од оних других предузећа, може да представља жиг".[11] Такође, овај члан даје непотпуну листу знакова који се могу заштитити жигом: „Такви знаци, посебно речи укључујући лична имена, слова, бројеве, фигуративне елементе и комбинације боја, као и било која комбинација таквих знакова, биће подобна за регистрацију као жиг".[12] Будући да ова листа ознака није коначна, ТРИПС не искључује могућност регистрације невизуелних нетрадиционалних жигова наводећи да: „Чланице могу захтевати, као услов регистрације, да знаци буду визуелно уочљиви".[13]

Једини међународни уговор који директно искључује нетрадиционалне жигове из заштите је Уговор о жиговном праву који је потписан 1994. године. Овај пропис у чл. 2, ст. 1, тачка б предвиђа: „Овај Уговор се не примењује на холограмске жигове и на жигове које се не састоје од видљивих знакова, посебно на звучне жигове и мирисне жигове".[14] Међутим, Међународна класификација фигуративних елемената знакова (Бечка класификација) даје листу нетрадиционалних знакова који се могу регистровати укључујући звучне ознаке (Категорија 24.17.10 – музички симболи) и ознаке у боји (Категорија 29.1 – боје).[15] Осим тога, 2006. године државе чланице WIPO-а су усвојиле Сингапурски уговор о жиговном праву, који је ступио на снагу

---

[9] Вид. чл. 6(1) Париске конвенције за заштиту интелектуалне својине.

[10] Roberto Carapeto, „A Reflection About the Introduction of Non-Traditional Trademarks", *Waseda Bulletin of Comparative Law*, 34/2016, стр. 28.

[11] Вид. чл. 15, ст. 1 ТРИПС-а.

[12] Ibid.

[13] Ibid.

[14] Вид. чл. 2, ст. 1, тачка б Уговора о жиговном праву. Текст Уговора је доступан на адреси: https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_potvrdjivanju_ugovora_o_zigovnom_pravu.html.

[15] https://nivilo.wipo.int/vienna/index.htm#

2009. године.[16] Сврха Уговора из Сингапура је да усклади процес регистрације жига у државама чланицама WIPO-а, тако да се примењује на све врсте жигова, не само на традиционалне већ и на нетрадиционалне, чиме је направљен велики корак напред у настојању да се хармонизују прописи о жиговима широм света. Овај Уговор поставља мултилатерални оквир за дефинисање критеријума који се односе на репродукцију холограма, покретних, невидљивих и ознака у боји, без стварања међународне обавезе за регистрацију и заштиту нетрадиционалних жигова.[17] До данас 51 држава чланица WIPO-а је приступила Сингапурском уговору.[18]

Међународни уговори пружају само основну заштиту за конвенционалне и неке неконвенционалне жигове и остављају дискреционо право својим чланицама да одлуче да ли желе да заштите нетрадиционалне жигове или да директно искључе, на пример, невизуелне жигове из могућности да добију заштиту жигом. Управо, због недостатка јединствене међународне регулације, домаћи прописи о жиговима веома варирају у погледу могућности заштите нетрадиционалних жигова.

2.2. Регулатива ЕУ

Право жига ЕУ се данас заснива на два основна прописа: Директива ЕУ бр. 2015/2436 и Уредба ЕУ бр. 2017/1001. За разлику од Уредбе којом се успоставља јединствен систем заштите жигова у ЕУ, Директива има за циљ да усклади националне прописе о жиговима у мери у којој би разлике међу њима ометале слободно кретање робе и услуга. И један и други пропис садрже низ промена у односу на прописе који су важили пре њиховог ступања на правну снагу. Тако, термин „жиг Заједнице“ је промењен у „жиг ЕУ“, а Уред за хармонизацију на унутрашњем тржишту је преименован у Уред ЕУ за интелектуалну својину. Једна од главних промена је укидање графичког приказа знака који је пријављен за заштиту жигом. Наиме, од 1. октобра 2017. године у ЕУ више није неопходно да знак пријављен за заштиту жигом ЕУ буде графички представљен. Уместо тога, представљање мора бити изведено на „начин који омогућава надлежним органима и јавности да утврде јасан и прецизан предмет заштите“.[19]

Главни разлог за реформу је тај што је временом захтев за графичким приказом знака довео до потешкоћа у вези са регистрацијом нетрадиционалних

[16] Текст овог Уговора је доступан на адреси: https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_potvrdjivanju_singapurskog_ugovora_o_zigovnom_pravu.html

[17] V.K. Ahuja, “Non-traditional trademarks: new dimension of trademarks law”, *European Intellectual Property Review,* 32(11), 2010, 575.

[18] Стање на дан 31.01.2022. године. https://wipolex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?start_year=ANY&end_year=ANY&search_what=C&code=ALL&treaty_id=30

[19] Вид. чл. 4, ст. 1(б) Уредбе 2017/1001.

жигова. За разлику од традиционалних ознака, нетрадиционалне ознаке нису увек могле да испуне овај захтев јер се не могу увек визуелно уочити. И ЕУИПО је био стриктан у тумачењу релевантних прописа, задржавајући дослован приступ.[20] Један од бројних примера је случај Sieckmann где је могућност регистрације мирисног знака био у сенци техничког услова за графичко представљање знака.[21]

Савет ЕУ је 2008. године затражио од Комисије ЕУ да преиспита систем функционисања жигова ЕУ. Овај захтев је резултирао Студијом о „укупном функционисању европског система жигова“ коју је спровео Макс-Планк институт за интелектуалну својину и право конкуренције.[22] Једно од мишљења из Студије било је да је захтев за графичким приказом знака застарео и да треба пронаћи флексибилније решење у релевантним прописима.[23] Студију Макс Планк института је пратио предлог Комисије да се направи систем регистрације жигова ЕУ „приступачнији и ефикаснији за предузећа у смислу нижих трошкова и сложености, повећане брзине, веће предвидљивости и правне сигурности“.[24] У циљу повећања правне сигурности за нетрадиционалне жигове, законодавство ЕУ је измењено и уклоњен је захтев за графички приказ знака. Циљ је био да се поједностави процес регистрације жигова ЕУ и подстакне већи број компанија да региструју нетрадиционалне жигове. У том смислу, у Саопштењу Међународног удружења трговачких жигова у вези са извршеном реформом је истакнуто да ће „бити неопходно обезбедити да све канцеларије буду опремљене да могу поступати по различитим врстама пријава које за предмет имају нетрадиционалне жигове и обезбедити механизме претраживања (на пример, прихватање МП3 фајлова у сврху регистровања звучних ознака).[25]

[20] Stefano Sandri, Sergio Rizzo, Non-conventional trade marks and community law, Thurmaston Leicester 2003, 33.

[21] https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-273/00. Случај Sieckmann спада у најрелевантније случајеве у погледу регистрације нетрадиционалних жигова. У овом случају суд је предложио седам критеријума који морају бити испуњени за представљање знака који је пријављен за регистрацију као жиг. Критеријуми који се данас обично називају Сикманови критеријуми су да знак који је пријављен за регистрацију мора бити „јасан, прецизан, самосталан, лако доступан, разумљив, издржљив и објективан“. Ови критеријуми су кодификовани у важећу Уредбу 2017/1001.

[22] Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law: „Study on the overall functioning of the European Trade Mark System“. Текст Студије која је објављена 3. априла 2013. године је доступан на адреси: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5f878564-9b8d-4624-ba68-72531215967e.

[23] https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5f878564-9b8d-4624-ba68-72531215967e, стр. 65-66.

[24] European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, COM (13) 162 final. https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0162:FIN:EN:PDF

[25] Наведено према: Taras Kulbaba,“EU Trademark Law Reform Series: Implications for Non-traditional Marks”, INTA Bulletin 71-3/2016; приступљено: 15.12.2021.

2.3. Национална регулатива

Државе чланице ЕУ су имале рок до јануара 2019. године да изврше имплементацију најновијих измена и допуна из Директиве 2015/2436. У наставку рада ће бити анализарана регулатива релевантних немачких и аустријских прописа. Аустријски онлајн регистар жигова, поред немачког, спада у ретке регистре који омогућавају претраживање пријављених, односно регистрованих жигова по врстама знакова који су пријављени за заштиту.

2.3.1. Немачка

Немачки Закон о жиговима из 1996. године предвиђа да се и нетрадиционални знакови могу заштитити жигом.[26] Међу најважнијим изменама овог закона које су извршене 14.01.2019. године је укидање графичког приказа знака који је пријављен за регистрацију као жиг. Увидом у регистар немачког Уреда за жигове и патенте пажњу привлачи велики број регистрованих звучних жигова до дана ступања на снагу ових измена. Наиме, пре укидања услова графичког приказа знака укупно је регистровано 184 звучних жигова. После укидања услова графичког приказа знака укупно је регистровано 33 звучних жигова.[27] Интересантан податак се односи и на тродимензионалне жигове. Наиме, у регистар немачког Уреда за патенте и жигове укупно је регистровано 2237 тродимензионалних жигова: од тог броја до укидања графичког приказа знака укупно је регистровано 2043 тродимензионалних жигова, а после укидања 194.[28] Сви позициони (укупно19) и мултимедијални жигови (укупно 6) регистровани су после укидања графичког приказа знака.[29] Међутим, ниједан холограм, као и мирисни знак није регистрован, како пре тако и после укидања графичког приказа знака.

Наравно, сви традиционални знакови (посебно речи и фигуративни знакови) и даље се могу пријавити, односно регистровати путем графичког приказа. Међутим, уколико је пријавилац заинтересован и за међународну регистрацију свог жига, биће ограничен на овај класични метод приказивања жига. Наиме, WIPO и даље захтева да жиг буде представљен у виду дводимензионалног графичког приказа. Увидом у регистар немачког Уреда за патенте и жигове могуће је запазити мобилне и ознаке узорака које су регистроване као жигови. Ознаке узорака су дводимензионални дизајни који се дводимензионално понављају у свим правцима. Пријављени знак редовно

[26] Вид. чл. 3, ст. 1 немачког Закона о жиговима. Текст закона је доступан на адреси: https://www.gesetze-im-internet.de/markeng/.

[27] Стање на дан 10.01.2022. године.

[28] https://register.dpma.de/DPMAregister/marke/trefferliste. Стање на дан 10.02.2022. године.

[29] https://register.dpma.de/DPMAregister/marke/trefferliste; https://register.dpma.de/DPMAregister/marke/trefferliste.

представља део шаре која се равномерно шири у свим правцима. Све ознаке узорка (укупно 18) су у Немачкој регистроване после укидања графичког приказа знака.[30] Мобилне ознаке обухватају низ природних или вештачких покрета, на пример као низ дводимензионалних или тродимензионалних слика. Све мобилне ознаке (укупно 20) су у Немачкој, такође, регистроване после укидања графичког приказа знака.[31]

2.3.2. Аустрија

Директива ЕУ 2015/2436 захтевала је да се изврше измене и допуне и аустријског Закона о жиговима.[32] Аустрија се, при том, определила за измене у два корака: први пут 1. септембра 2017. године, а други пут 14. јануара 2019. године. Извршене измене Закона имају за циљ да заштиту жига у Аустрији учине привлачнијом и приступачнијом, посебно малим и средњим предузећима, и да елиминишу непотребне формалности. Једна од измена се односи на укидање услова графичког приказа знака који је пријављен за регистрацију као жиг. Важећи аустријски Закон о жиговима у чл. 1 прописује да се „жигом могу заштитити знакови .... под условом да су погодни за разликовање производа и услуга једног привредног субјекта од произвоа и услуга другог привредног субјекта и да могу да буду заступљени у Регистру жигова на начин да надлежни органи и јавност могу јасно и недвосмислено да утврде предмет заштите који се пружа његовом носиоцу“.

Резулатати претраживања аустријског регистра жигова, пре и после датума укидања услова графичког приказа знака, су приказани у следећој табели (претраживање се односи на доступне нетрадиционалне жигове):

Врста жигова	Пре реформе	После реформе
Холограм	регистрована 3 жига	регистрована 3 жига
Звучни жигови	регистровано 99 жигова	регистрована 83 жига, а по 17 пријава поступак је још увек у току
Покретни жигови	регистрована 22 жига	регистровано 90 жигова, а по 23 пријаве поступак је још увек у току
Мултимедијални жигови	Регистровано 14 жигова, а по једној пријави из 2017. године поступак је још увек у току	регистровано 40 жигова, а по 6 пријава поступак је још увек у току

[30] https://register.dpma.de/DPMAregister/marke/trefferliste. Стање на дан 10.01.2022. године.

[31] https://register.dpma.de/DPMAregister/marke/trefferliste. Стање на дан 10.01.2022. године.

[32] Текст аустријског Закона о жиговима је доступан на адреси:
https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002180.

Позициони жигови	регистровано 12 жигова	регистровано 43, а по 6 пријава поступак је још увек у току

Што се тиче холограма, број регистрованих жигова пре и после укидања услова графичког приказа знака је исти. Интересантан је податак о великом броју регистрованих звучних жигова, како пре, тако и после измена Закона о жиговима. Што се тиче доступних података за остале нетрадиционалне жигове, примећује се пораст регистровања покретних мултимедијалних и позиционих жигова после укидања услова графичког приказа знака. Ниједна ознака у мирису и укусу није уписана у регистар аустријског Завода за жигове, како пре, тако и после измена Закона о жиговима.

3. ПОСЛЕДИЦЕ УКЛАЊАЊА ЗАХТЕВА ЗА ГРАФИЧКО ПРЕДСТАВЉАЊЕ ЗНАКА

Уклањање захтева за графичко представљање знака је извршено са циљем да обезбеди флексибилнију и једноставнију регистрацију нетрадиционалних жигова. Кодификација тзв. Сикманових критеријума у важеће европске прописе о жиговима ипак доводи у питање ефекат уклањања захтева за графичко представљање знака у поступку регистрације нетрадиционалних жигова. У наставку рада ће бити дат приказ појединих врста нетрадиционалних жигова.

3.1. Звучни жигови

Звук пружа људима информације о свету око њих. Звучни знаци који се користе за јединствену идентификацију порекла робе или услуга постали су уобичајена пракса у данашње време, али препознавање звукова као заштићених знакова није увек било изводљиво. Генерално, музички тонови, мелодија звона, звукови песме, звук текуће воде, звук биљке и лишћа у покрету итд., могу служити за идентификацију производа и услуга. Једини проблем у поступку заштите звучних ознака жигом био је њихов графички приказ. И поред тога, звучни жигови су један од најупечатљивијих нетрадиционалних жигова, премда већина људи може да запамти много различитих мелодија, песама и комбинација тонова.[33]

Звучни, акустични или аудитивни жиг се састоји искључиво од звукова или тонских секвенци.[34] У ЕУ дуго се расправљало о томе да ли се звучни

[33] Jerome Gilson, Anne Gilson LaLonde, "Cinnamon Buns, Marching Ducks and Cherry-Scented Racecar Exhaust: Protecting Nontraditional Trademarks", *Trademark Reporter*, 95/2005, 801.

[34] ЕУИПО – Упутство за испитивање жигова ЕУ, део Б, стр. 29.

https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/trade_marks_practice_manual/WP_2_2017/Part-B/02-part_b_examination_section_2_formalities/part_b_examination_section_2_formalities_en.pdf

жигови могу регистровати, посебно због чињенице да се звучни знаци могу свирати на различитим инструментима и са различитим висинама, интензитетом и тоном.[35] Прва компанија која је регистровала звучни жиг за своје телевизијске емисије била је америчка Национална радиодифузна компанија.[36] Упркос томе, у ЕУ је тек 2000. године регистрован музички знак који је укључивао графички приказ у облику нотног записа. У питању је препознатљива музичка мелодија звона на мобилном телефону компаније Nokia названа „The Grande Valse".[37] Са друге стране, прва пресуда у којој је потврђено да нотни запис може да задовољи захтев за графичким приказом знака је случај „Shield Mark".[38]

Понекад је ипак немогуће представити звук у облику нотног записа. На пример, рика лава на почетку емитовања филмова у продукцији компаније Metro-Goldwyn-Mayer не може бити представљена у форми нотног записа, јер је то не-музички звук који је у пријави жига представљен у облику спектрограма.[39] Носилац жига је и поред тога додао текстуални опис звука у пријави.[40] Поред спектрограма, други начин да се испуни захтев за графичко представљање је приказ звучног знака у облику сонограма. На пример, немачка компанија Hexal Aktiengesellschaft је поднела пријаву за звучни жиг у форми сонограма који је био праћен текстуалним описом: „Arzneimittel ihres Vertrauens: HEXAL" (у преводу: ХЕКСАЛ – лек коме можете веровати). Звучни знак се у пријави за регистрацију жига може приказати и у облику осцилограма. Пољска компанија је 2016. године поднела захтев за регистрацију звучног жига у форми осцилограма, укључујући његову звучну датотеку и текстуални опис.[41]

После пресуде у случају „Shield Mark", ЕУИПО је дозвољавао регистрацију више звучних жигова. Међутим, од укупно 265 регистрованих звучних

---

[35] S. Sandri, S. Rizzo, 133.

[36] У питању је знак који је регистрован под бројем: U.S. Reg. No. 523616 (1950). У САД звучне ознаке спадају у категорију услужних ознака.

[37] Овај жиг је у ЕУИПО регистрован под бројем 001040955.

[38] Пресуда Суда правде ЕУ „Shield Mark" у предмету C-283/01 је доступна на адреси: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-283/01.

[39] Овај жиг је у ЕУИПО регистрован под бројем 005170113.

[40] "The sound mark is a sound of a lion roar having a duration of approximately 2.5 seconds. It is composed of two successive roars (0 to around 1.4s and 1.4 to 2.6), the second one having a slightly lower amplitude. The sound is non-harmonic, has fast (>15Hz) non-periodic amplitude envelope modulation (perception of sound roughness) and has dominant frequency content in the low and low-medium range (approximate -6dB range: 40 to 400 Hz for both roars with a peak at 170 Hz for the first one and a peak at 130 Hz for the second one). The perceived dominant frequency range (related to the spectral controid) of the first roar increases until around 0.35s and decreases afterwards. In the second roar, it increases until around 1.7s, decreases until around 2.2s, increases again until around 2.3s and decreases afterwards".

[41] Овај жиг је у ЕУИПО регистрован под бројем 015129547.

жигова у ЕУИПО, 101 жиг је регистрован у периоду после 1. октобра 2017. године.[42] Иако се звучни жигови сада чешће региструју него раније, и даље се сматрају нетрадиционалним.

3.2. Тродимензионални жигови

Тродимензионални жиг се састоји од облика који може укључивати паковање, сам производ или његов изглед.[43] Облик се може заштитити као такав или у комбинацији са речима, фигуративним елементима, етикетама. Облик се такође може одвојити од производа, нпр. мерцедесова трокрака звезда или украсна скулптура на хауби Ролс-Ројс аутомобила. Пре укидања захтева за графичко представљање знака, пријава за регистрацију тродимензионалног жига је обавезно садржала слику или фотографију која је обухватала највише шест различитих перспектива тродимензионалног жига.[44] Новоизмењени захтев за представљање знака није битно утицао на начин на који ће тродимензионални знак бити представљен у пријави за регистрацију жига. Фотографско представљање и даље се сматра најпогоднијим начином приказивања тродимензионалне ознаке.[45] Међутим, представљање тродимензионалног знака у пријави сада може укључивати компјутерски анимирани дизајн у следећем формату: OBJ, STL или X3D и са максималном величином од 20 МБ.

Претраживање базе података ЕУИПО показује да од укупно 5211 регистрованих тродимензионалних жигова, после укидања графичког представљања знака је регистровано 632 жига.[46] Међутим, никада није било једноставно регистровати тродимензионални жиг, из разлога што потрошачи нису навикли да разликују порекло производа само на основу облика и паковања производа. Облик зато мора бити довољно оригиналан и необичан да би га потрошач препознао као жиг. Примера ради, кондиторски производ умотан у фолију се сматра уобичајеним начином паковања и зато не може бити довољно дистинктиван. Други разлог за тешкоћу у процесу регистрације тродимензионалних жигова је апсолутни разлог за одбијање регистрације жига предвиђен у чл.7, ст. 1, тачка е Уредбе 2017/1001. У смислу овог прописа не може се регистровати знак који се састоји искључиво од облика: а) који произилази из саме врсте производа; б) који је неопходан за добијање неког техничког резултата; в) који даје битну вредност роби.

[42] Стање на дан 29.12.2021. Последњи звучни жиг је регистрован у ЕУИПО 23.11.2021. године под бројем 018498778.

[43] EUIPO Guidelines, Part B, Examination, 22.

[44] Вид. нпр. жиг који је у ЕУИПО регистрован под бројем 0906200. Предмет заштите жига је тродимензионални облик пса повезаног са приколицом аутомобила.

[45] EUIPO Guidelines, Part B, Examination, 22.

[46] Стање на дан 20.12.2021. године.

Испитивање препознатљивости облика производа који је пријављен за регистрацију као жиг се врши кроз перцепцију просечног потрошача. На пример, у предмету T-28/08 („Bounty Shape“), европски Суд прве инстанце је навео да би се детаљи на чоколади пре перципирали као декоративни елемент него као ознака порекла производа, пошто се предметни производ продаје у непрозирној амбалажи.[47] Облик чоколаде је стога одбијен за регистрацију због одсуства снаге разликовања пријављеног знака. То значи да само робне ознаке са значајним и другачијим обликом су могле да се заштите жигом, под условом и да су стекле посебност кроз употребу у целој ЕУ. На пример, ружичаста боца са дизајном у облику дијаманта познатог шпанског произвођача пенушавог вина „Freixenet“ је регистрована као тродимензионални жиг.[48]

Регистрација тродимензионалних жигова увек је наилазила на изазове, али графички приказ никада није био разлог за то. Главни разлог зашто су ове ознаке остале нетрадиционалне је одсуство снаге разликовања пријављеног тродимензионалног знака. Укидање захтева за графичким представљањем знака ће стога тешко утицати на подесност тродимензионалних жигова да се региструју чешће или брже.

3.3. Жигови у боји

Боје и комбинације боја играју важну улогу у разликовању производа на тржишту.[49] Потрошачи могу лако из даљине по боји препознати производ који желе да купе. Боје су често једна од највреднијих веза које компаније имају са својим купцима, јер представљају моћно и ефикасно средство за идентификацију производа које може да превазиђе културне и језичке баријере.[50] У циљу разликовања производа и услуга, боје се могу користити у два облика, као једна боја или као комбинација боја.

За разлику од звучних и мирисних знакова, ознаке у боји обично немају потешкоће да испуне захтев за графичко представљање. Међутим, проблем може настати у вези способности знака да омогући разликовање производа и услуга, посебно у погледу једнобојних ознака.[51] Наиме, поједине боје не смеју да буду монополизоване због јавног интереса, на пример, црвена боја за апарате за гашење пожара или плава за производе и услуге у вези са во-

[47] Пресуда Суда прве инстанце у предмету T-28/08 је доступна на дреси: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008TJ0028&qid=1628567378582.

[48] Овај жиг је у ЕУИПО регистрован под бројем 017431115.

[49] Madan S. Karki, „Nontraditional Areas of Intellectual Poperty Protection: Colour, Sound, Taste, Smell, Shape, Slogan and Trade Dress“, *Journal of Intellectual Property Rights*, 2005, 500.

[50] S. Sandri, S. Rizzo, 34, 70.

[51] S. Sandri, S. Rizzo, 74.

дом, јер постоји вероватноћа да ће штетити конкуренцији на тржишту ако би једна компанија спречила друге да користе плаву боју у односу на производе или услуге у вези са водом. Другим речима, боје које су генеричке или функционалне за производ, односно услуге су искључене из регистрације.

Боја сама по себи, по правилу, не може бити заштићена као жиг, већ само боја која се односи на неку специфичну робу попут наранџасте боје за пенушава вина[52] или љубичаста боја за храну за мачке.[53] Суд правде ЕУ се бавио регистрацијом једнобојних ознака у случају „Libertel".[54] У том случају подносилац пријаве је тражио да региструје наранџасту боју за телефонске именике и телекомуникационе услуге. Суд је имао задатак да одговори на питање да ли је боја сама по себи способна да има довољно препознатљивости у односу на горе поменути производ и услугу. У вези са овим питањем Суд је сматрао да, по правилу, боја сама по себи не може представљати знак који се користи за разликовање производа, јер је једноставно својство ствари. Изузетно, по мишљењу Суда, једна боја се може заштитити као жиг. Да би објаснио ову тврдњу, Суд се позвао на критеријуме постављене у пресуди „Sieckmann". Графички приказ подносиоца пријаве у случају „Liebertel" је садржао наранџасти правоугаоник, вербални опис и реч наранџаста без позивања на било коју шифру боје. Што се тиче достављеног узорка боје, Суд је сматрао да он не би испунио критеријуме постављене у пресуди „Sieckmann", јер тачна нијанса боје на папиру се не може заштитити од утицаја протока времена. Поред тога, вербални опис не би био довољан. Међутим, Суд је навео да комбинација узорка боје, вербалног описа и ознаке боје коришћењем међународно признатог идентификационог кода за бојење, као што је Пантоне или ПАН, може задовољити критеријуем из пресуде „Sieckmann".

И пре укидања графичког приказа знака, овај услов никада није представљао нарочити проблем за регистрацију ознаке у боји јер се могу лако визуелно перципирати. Проблем са регистрацијом је постојала због чињенице да ознаке у боји најчешће нису дистинктивне. Једнобојне ознаке могу стећи дистинктивност употребом и терет доказивања је на подносиоцу пријаве. За разлику од једне боје, регистрација комбинација боја је мање проблематична. У том смислу, ЕУИПО прави разлику између једне боје и фигуративног знака.[55] У пријави боја се мора приказати у ЈПЕГ датотеци или на А4 листу, а ако се ознака састоји од више боја, приказ мора да садржи „систематски распоред комбинација боја".

---

[52] Ова боја је у ЕУИПО регистрована под бројем 747949.

[53] Ова боја је у ЕУИПО регистрована под бројем 3793361.

[54] Текст пресуде у случају „Libertel", C- 104/01 је доступан на адреси: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-104/01

[55] Вид. Смернице ЕУИПО-а: EUIPO Decision No EX-17-1 (2017) https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/decisions_president/EX-17-1_en.pdf

Поред укидања услова графичког приказа знака, реформа права жига у ЕУ је донела и друге измене. Једна од њих је проширивање апсолутног основа за одбијање регистрације знакова који се састоје искључиво од облика и на "друге карактеристике" робе.[56] У светлу ових амандмана, додавање синтагме „и друге карактеристике" може се сматрати као противтежа елиминацији графичког захтева за представљање знака пријављеног за регистрацију.[57] Ове измене и допуне доводе у питање регистрацију појединих нетрадиционалних жигова, без пружања могућности да се превазиђе функционална препрека на стеченој дистинктивности.[58] Укидањем услова графичког приказа знака није дакле, значајно поједностављен процес регистрација ознака у боји, како једнобојних, тако и комбинација боја. Наиме, после укидања услова графичког приказа знака у ЕУИПО је регистровано 137, од укупно 1158 регистрованих ознака у боји.[59]

3.4. Мултимедијални жигови

Традиционално, заштита жига је била ограничена на статичне визуелне знакове и симболе. Међутим, широка употреба дигиталног тржишта и све већа тржишна конкуренција отворили су пут за употребу визуелних нестатичних или покретних знакова. Знак који је предмет заштите тзв. мултимедијалног жига се састоји од иновативне и јединствене анимације креиране уз помоћ компјутерског програма или неког другог покретног објекта који постоји у стварном свету. САД су биле прва земља која је 1996. године дозволила регистрацију покретног знака. У питању је женска статуа која држи бакљу на почетку сваког филма америчке компаније Columbia Pictures. Остали примери мултимедијалних жигова су: Windows знак компаније Microsoft, Sony Ericsson покретна ознака, почетни екран Nokia телефона (покрет две руке које се пружају једна другој). Главна препрека која је стајала на путу регистрације мултимедијалних жигова је био услов графичког приказа знака који је пријављен за регистрацију. Овај услов је у међувремену укинут, али је остао услов дистинктивности знака.

Сви мултимедијални жигови уписани у регистар ЕУИПО-а (укупно 66) су регистровани после укидања услова графичког приказа знака.[60] Канце-

---

[56] Вид. чл. 7, ст. 1(е) Уредбе 2017/1001

[57] See Désirée Fields, Alasdair Muller, „Going Against Tradition: The Effect of Eliminating the Requirement of Representing a Trade Mark Graphically on Applications for Non-Traditional Trademarks", *European Intellectual Property Review*, 2017/39, 240.

[58] Mitchell Adams, Amanda Scardamaglia, "Non-Traditional Trade Marks in Europe: An Historical Snapshot of Applications and Registrations", *European Intellectual Property Review*, 2018/40, 625.

[59] Стање на дан: 01.02.2022. године.

[60] Стање на дан 25.01.2022. године. https://euipo.europa.eu/eSearch/#advanced/trademarks/1/100/n1=MarkFeature&v1=Multimedia&o1=AND&sf=ApplicationNumber&so=asc

ларија за интелектуалну својину Уједињеног Краљевства је, такође, доделила први мултимедијални жиг након укидања услова графичког приказа знака. Жиг је додељен компанији Toshiba и састоји се од исечка Toshiba логотипа у трајању од једне секунде, окруженог троугловима у боји на преклоп у оригами стилу.[61] Уместо графичког приказа знака, подносиоци пријаве жига сада могу да користе мултимедијалне фајлове, што ће омогућити гледаоцима регистра жигова да доживе жигове тачно онако како је то замислио креатор жига. У данашњем дигиталном добу, компаније све више траже иновативне и креативне начине промоције свог жига. Наведене промене ће им свакако омогућити да лакше заштите своје мултимедијалне ознаке.

3.5. Олфакторни жигови

Олфакторно памћење спада у најмање коришћено средство за повезивање производа са потрошачима.[62] Мирис као најмоћнији тип људске меморије може потенцијално да идентификује производ ако испуњава услове за заштиту жигом. Мирис, дакле, може утицати на одлуку потрошача да купи одређени производ. Отуда су привредни субјекти заинтересовани да се њихови производи разликују по мирису.[63] Ипак, органи чула мириса су изузетно осетљиви, односно трагови мириса су веома субјективни, тако да их је тешко довољно описати.[64] Пракса је показала да ове ознаке не могу да испуне захтев за графичким приказом. Записивање хемијске формуле за мирис је проблематично јер се сматра да представља супстанцу, а не мирис.[65] Осим тога, на мирис могу утицати влага, ветар и топлота. Због оваквих услова мирис може ослабити или ојачати. Физичке, менталне способности, осетљивост и здравље појединца играју важну улогу у одређивању трага мириса. Отуда је могуће тврдити да субјективни осећај, заправо, има кључну улогу у разумевању и опажању мирисних ознака.

Ознаке мириса могу се разликовати по томе што имају функционалан мирис који долази из природе производа и нефункционални мирис који није изведен из природе самог производ, нпр. парфеми.[66] Мириси се могу поделити на примарне, секундарне и помоћне мирисе.[67] Примарни мирис је онај који просечан потрошач купује због самог мириса, нпр. парфем. Секундарни

[61] https://trademarks.ipo.gov.uk/ipo-tmcase/page/Results/1/UK00003375593

[62] Mohit Joshi, "Smell Mark: A New Era", *International Journal of Law Management & Humanities* , 3/2020, 609.

[63] V.K. Ahuja, 575.

[64] M.S. Karki, 503.

[65] V.K. Ahuja, 575.

[66] Lisa P. Lukose, „ Non-Traditional Trademarks: A Critique", *Journal of Indian Law Institute*, 57/2016, 203.

[67] Jacob Bolte, *The Removal of the Requirement for Graphical Representation of EU Trade Marks*, Örebro University 2016, 24. http://oru.diva-portal.org/smash/get/diva2:1072679/FULLTEXT01.pdf.

мирис, као што је мирис шампона, има још једну функцију осим прве функције. Главна функција шампона је чишћење косе, а секундарна је пријатан мирис. Помоћни мирис повезује ствари за које се зна да немају јасан мирис. Пример таквог мириса је мирис који подсећа на руже и који је регистрован за обележавање гума. У начелу, сматра се да последња категорија мирисних ознака може да послужи за обележавање порекла производа или услуга.

Први олфакторни жиг регистрован је 1990. године у америчком Уреду за патенте и жигове за мириса који подсећа на плумерију цвет за конац за шивење. Пример успешно регистрованог олфакторног жига је и мирис свеже покошене траве за тениске лоптице.[68] Међутим, овај жиг је регистрован пре случаја „Ralf Sieckmann v. Deutshes Patent-und Markenamt“, који је поставио низ критеријума за правилан графички приказ знака пријављеног за заштиту жигом. Први жиг за мирис у Великој Британији додељен је јапанској компанији Sumitomo Rubber Co. 1996. године за мирис руже који се наноси на гуме. Исте године, Unicorn Products, произвођач спортске опреме са седиштем у Лондону, регистровао је жиг у Великој Британији за јак мирис горког пива који се примењује на пикадо.

И поред укидања услова графичког приказа знака у ЕУИПО до данас није регистрован ниједан олфакторни жиг. Чак и у својим Смерницама ЕУИПО наводи да се олфакторни жигови не могу регистровати.[69] Пријава за заштиту мирисне ознаке се неће третирати као пријава, односно сматраће се као није поднета. Разлог за такво поступање је недоступност технологије потребне да омогући јасну, прецизну, разумљиву и самосталну представу о неком олфакторном знаку. Осим недоступне технологије, велики изазов у поступку регистрације олфакторних жигова је субјективна природа знака који је пријављен за заштиту. Чињеница да мирисни знак није визуелно уочљив отежава објективно сагледавање ознаке.[70]

3.6. Густаторни и тактилни жигови

Поред олфакторних, густаторни и тактилни жигови спадају у невидљиве жигове. Густаторни жиг за предмет заштите има укус, а тактилни ознаку

[68] Резултат Упитника који је спроведен под окриљем WIPO-а јесте да је 20 од 72 Канцеларије за жигове одговорило да прихвата регистрацију ове врсте ознака.

STANDING COMMITTEE ON THE LAW OF TRADEMARKS, INDUSTRIAL DESIGNS AND GEOGRAPHICAL INDICATIONS, 2006, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_16/sct_16_2.pdf, параграф 46.

[69] EUIPO Guidelines, Part B, Examination, стр. 33. https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/trade_marks_practice_manual/WP_2_2017/Part-B/02-part_b_examination_section_2_formalities/part_b_examination_section_2_formalities_en.pdf

[70] Danny F, „EU opens door for sound marks: Will scent marks follow?“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 10 (2015) 931.

на додир, тј. тактилни ефекат одређеног материјала или текстуре. Обе ознаке се ретко штите жигом, иако на пример текстура представља моћно оружје произвођача, односно пружаоца услуга. Купце појединих производа често привлаче комфор и удобност. Отуда се произвођачи такмиче у производњи што мекших и удобнијих столица, седишта за аутомобиле, мењача, волана. У угоститељству се води рачуна о текстури сервиса за ручавање, салвета, чаша и других детаља. Тактилне ознаке омогућавају потрошачима да идентификују производ његовим додиром (на пример торбе и кофери робне марке „Louis Vuitton"). Са друге стране, поједини производи се могу препознати по његовом укусу. ЕУИПО у својим Смерницама, ипак, изричито каже да је са актуелном доступном технологијом немогуће описати тактилни и густаторни знак на јасан и прецизан начин.[71] Због субјективне природе ових ознака, тешко је задовољити Сикманове критеријуме, посебно тест објективности. У том смислу је жалбени одбор ОХИМА (Канцеларија ЕУ за интелектуалну својину) одбио захтев за регистрацију вештачке ароме јагоде за лекове.[72] У образложењу одлуке ОХИМ-а је истакнуто да арома јагоде не може да разликује производ једног произвођача од производа других конкурентских предузећа, нити може бити перципирана од стране потрошача као жиг. Потрошачи су пре склонији закључку да арома јагоде има за циљ да прикрије непријатан укус производа. Осим тога, регистрација ароме јагоде није била дозвољена јер није био испуњен услов графичке репрезентативности жига. Из овог случаја се може закључити да потрошачи вероватно неће користити текстуру или укус производа као ознаку порекла производа, већ пре као карактеристику или компоненту производа. Дакле, способност укуса и додира да испуне битну функцију жига готово да је немогућа. Чак и уз уклањање захтева за графичко представљање знака пријављеног за заштиту жигом, тактилни и густаторни знак се суочавају са другим инхерентним препрекама њиховој регистрацији.

4. ЗАКЉУЧАК

Уредбом о жиговима ЕУ бр. 2017/1001 је укинут захтев за графички приказ знака пријављеног за заштиту жигом. Укидање овог услова није у великој мери допринело порасту броја регистрованих тродимензионалних, звучних

[71] EUIPO Guidelines, Part B, Examination, стр. 32-33. https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/trade_marks_practice_manual/WP_2_2017/Part-B/02-part_b_examination_section_2_formalities/part_b_examination_section_2_formalities_en.pdf.

[72] Случај Eli Lilli v OHIM, R -120/2001. https://www.copat.de/markenformen/r0120-2001-2.pdf.

и жигова у боји. И пре реформе права жига ЕУ звук, боја и 3Д ознаке су у већем проценту имале проблем да испуне услов дистинктивности, него услов графичког приказа знака. Када су у питању ове три ознаке, реформа права жига је, захваљујући новим технологијама, једино проширила нове могућности за њихово приказивање.

Укидање услова графичког приказа знака је, пак, у великој мери допринео порасту броја регистрованих мултимедијалних жигова који сада могу бити представљени помоћу видео записа. Са друге стране, укидањем услова графичког приказа знака није отворен пут за регистрацију олфакторних, тактилних и густаторних жигова. Поред одсуства доступне технологије за приказивање ових ознака на „начин који омогућава надлежним органима и јавности да утврде јасан и прецизан предмет заштите“, и други механизми настављају да ограничавају могућност регистрације ових визуелно не уочљивих знакова. Наиме, Уредба у чл. 7, ст. 1(е) прописује да се „неће регистровати знак који се искључиво састоји од: (и) облика или другог обележја, који произилази из саме природе робе; (ии) облика или другог обележја производа потребног за добијање неког техничког резултата; (иии) облика или другог обележја робе, који роби даје значајну вредност“. Израз „или друго обележје робе“ које је садржано у наведеној одредби Уредбе о жиговима ЕУ је, такође, једна од новина Уредбе 2017/1001. Увођење израза „...друго обележје производа“ има потенцијал за ограничавање регистрације нетрадиционалних знакова, посебно мириса, укуса и боје. Међу нетрадиционалним знаковима, посебно олфакторни и густаторни чине обележја производа за чије обележавање су намењени. Покушај регистрације нпр. мириса краставца за вински производ како би се прикрио непријатан мирис вина може наићи на препреке у смислу чл. 7, ст. 1(е) Уредбе 2017/1001. Наиме, знак пријављен за заштиту (мирис краставца) је одлика производа. Овај недостатак се не може отклонити ни стеченом дистинктивношћу у смислу чл. 7, ст. 3 Уредбе 2017/1001.

Реформа права жига у ЕУ у вези са захтевом графичког приказа знака више је козметичке него суштинске природе. Одустајање од графичког приказа знака је имало за циљ да либерализује процес регистрације жига, односно да га учини више флексибилним. Већина нетрадиционалних ознака које су се у прошлости суочавале са препрекама за регистрацију, и даље наилазе на препреке у ревидираном систем регистрације жига ЕУ. Остаје нада да ће се са развојем технологије појавити и нова средства за представљање свих врста нетрадиционалних жигова. Усвајање и прихватање таквих нових технолошких средстава допринеће савременом процесу регистрације жига који је усклађен са данашњим и будућим маркетиншким потребама.

Потписивањем Споразума о стабилизацији и усклађивању Србија се обавезала да ће вршити усклађивање домаћих прописима са правом ЕУ. Једна од новина нашег закона о жиговима је укидање графичког приказа жига.

Нови Закон о жиговима ступио је на снагу 1. фебруара 2020. године. Искуство Европског Уреда за интелектуалну својину и националних уреда може бити од велике користи како домаћем Заводу за интелектуалну својину, тако и судовима.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS): https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm

Ahuja V.K, "Non-traditional trademarks: new dimension of trademarks law", *European Intellectual Property Review,* 32(11).

Bently, L, Sherman, B, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press 2014.

Bolte J, *The Removal of the Requirement for Graphical Representation of EU Trade Marks*, Örebro University 2016. http://oru.diva-portal.org/smash/get/diva2:1072679/FULLTEXT01.pdf.

Carapeto R, „A Reflection About the Introduction of Non-Traditional Trademarks", *Waseda Bulletin of Comparative Law*, 34/2016

Case C-273/00 – Ralf Sieckmann v Deutsches, Patent- und Markenamt https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-273/00.

Case C-283/01 – Shield Mark https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-283/01.

Case T-28/08 – Bounty Shape https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008TJ-0028&qid=1628567378582.

Case C-104/01 – Libertel: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-104/01

Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark.

European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, COM (13) 162 final. https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0162:FIN:EN:PDF

Danny F, „EU opens door for sound marks: Will scent marks follow?", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 10 (2015).

Désirée S. Fields, Muller A, „Going Against Tradition: The Effect of Eliminating the Requirement of Representing a Trade Mark Graphically on Applications for Non-Traditional Trademarks", *European Intellectual Property Review*, 2017/39.

Gilson J, Gilson LaLonde A, "Cinnamon Buns, Marching Ducks and Cherry-Scented Racecar Exhaust: Protecting Nontraditional Trademarks", *Trademark Reporter*, 95/2005.

Madan S. Karki S.M, „Nontraditional Areas of Intellectual Poperty Protection: Colour, Sound, Taste, Smell, Shape, Slogan and Trade Dress", *Journal of Intellectual Property Rights*, 2005.

Joshi M, "Smell Mark: A New Era", *International Journal of Law Management & Humanities*, 3/2020.

Kulbaba T,"EU Trademark Law Reform Series: Implications for Non-traditional Marks", INTA Bulletin 71-3/2016.

Lukose L.P, „ Non-Traditional Trademarks: A Critique", *Journal of Indian Law Institute*, 57/2016.

Majumdar A, Sadhu S, Majumdar S, „The requirement of graphical representability for non-conventional trademarks", *Journal of Intellectual Property Rights*, 11/2006.

Mishra, N, "Registration of non-traditional trademarks", *Journal of Intellectual Property Rights*, 13/2008.

Mitchell A, Scardamaglia A, "Non-Traditional Trade Marks in Europe: An Historical Snapshot of Applications and Registrations", *European Intellectual Property Review*, 2018/40.

Paris Convention for the Protection of Industrial Property: https://wipolex.wipo.int/en/text/287556.

Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1001

Sandri S, Rizzo S, Non-conventional trade marks and community law, Thurmaston Leicester 2003,

Sahin, O, "The past, the present and the future of colour and smell marks", *European Intellectual Property Review,* 38(8)/2016.

Sonja M. Lučić
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac
slucic@jura.kg.ac.rs

The Importance of Abolishing the Conditions of Graphic Representation of the Sign in the Procedure of Registration of Non-Traditional Trademarks

***Abstract**: Traditional trademarks, such as words and images, have long been the dominant subject of trademark protection. However, the development of modern technology and new marketing methods have influenced the increase in applications for non-traditional trademark protection marks. However, the number of registered non-traditional trademarks, both national and supranational, was not large. The reason for that was the graphic display as a condition for the registration of the trademark. This requirement could not be satisfied by those non-traditional signs that are perceived by other senses, and not only by the sense of sight. The abolition of the conditions for graphic representation of the sign, on the other hand, has greatly contributed to the increase in the number of registered multimedia trademarks that can now be represented by video. On the other hand, the abolition of the conditions for the graphic representation of the sign did not open the way for the registration of olfactory, tactile and gustatory trademarks.*

***Keywords**: Trademark, Nontraditional Trademark, Graphical Representation.*

Датум пријема рада: 10.02.2022.
Датум прихватања рада: 10.06.2022.

Оригинални научни рад 343.352(37)
doi:10.5937/zrpfns56-34141

Наташа Љ. Деретић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Deretic@pf.uns.ac.rs

ЗЛОУПОТРЕБА И ПРИВАТИЗАЦИЈА ДРЖАВНЕ МОЋИ У ПОЗНОМ ПЕРИОДУ РИМСКЕ ИМПЕРИЈЕ, КАО ПРИМЕРИ ДОПРИНОСА ПРОПАСТИ РИМСКОГ ЦАРСТВА*

Сажетак: *Овај рад је наставак приче о политичкој корупцији у римској империји. Крајем принципата и почетком домината промењен је облик владавине; најпре принцепси, па потом императори, постали су апсолутни господари или деспоти. У том периоду, историја нам пружа низ примера владавине корумпираних, окрутних владара, чија је „разулареност коначно довела до пада Римског царства". Император је постао једини и искључиви господар целе државе: био је законодавац, шеф извршне власти, врховни судија, главни командант војске. У формалноправном погледу власт императора је била неограничена јер је он био „господар и бог" (dominus et deus). Држава више није била res publica (јавна ствар) већ је постала res privata (приватна ствар) императора. Императору је помагао разгранати чиновнички апарат, чија је најважнија карактеристика била безрезервна лојалност императору; он га је постављао и смењивао по својој вољи. На страну то што је била често евидентна нестручност ових органа који су у непосредном контакту са грађанима ширили страх својом самовољом, подмитљивошћу, грубошћу. Полибијеве речи да „демократија пропада, када власт народ учини подмитљивим и лакомим", посебно је карактеристична за овај период, али нажалост, није изгубила на актуелности ни данас. Император као законодавац доноси законе који њему одговарају. Тацитова мисао: „што више закона, искваренија држава", долази до пуног изражаја.*

Кључне речи: *морал, кварење друштва, лакомост, самовоља, злоупотреба власти, мноштво законских прописа, приватна корист.*

* Рад је посвећен пројекту „Правна традиција и нови правни изазови", чији је носилац Универзитет у Новом Саду, Правни факултет у Новом Саду.

УВОД

Појам *corruptio* (корупција) је током историје мењао своје значење: поквареност, кварност, изопаченост, разврат, поткупљивање, подмићивање, кривотворење...[1] У старом Риму, под појмом корупција најпре се подразумевао „лош утицај, кварење“, на пример робова (*servus corruptus*), о чему нам сведочи Гај у својим Институцијама:

> *Sed et si credat aliquis invito domino se rem contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quaesitum est, cum Titius servum meum sollicitaverit, ut quasdam res mihi subriperet et ad cum perferret, et servus id ad me pertulerit, ego, dum volo Titium in ipso delicto deprehendere, permiserim servo quasdam res ad eum perferre, utrum furti an* ***servi corrupti*** *indicio teneatur Titius mihi, an neutro...*
>
> ...ако неко узме ствар верујући да то чини против воље сопственика, а сопственик је био сагласан да то учини, сматра се да није учињена крађа. Стога се поставља питање да ли имам право на тужбу због крађе или на тужбу због кварења роба (***de servi corruptio***) или ни на једну од ових ако је Тиције мог роба наговорио да неку моју ствар потајно узме и да му је преда, а роб ме обавести и ја, у жељи да ухватим Тиција у деликту, дозволим робу да му неку ствар однесе...[2]

Током даље историје Рима, појам корупције је мењао своје значење. Кварењем моралних вредности појединаца, квари се и само друштво. Тако је тај појам касније означавао разне злоупотребе и кварење власти и на крају „подмићивање, односно поткупљивање ради одређене користи“. Само кратак осврт на политичку злоупотребу и приватизацију државне моћи, показује колико је корупција била примамљива у политичким круговима Рима.[3] Римски историчар Салустије (*Gaius Sallustius Crispus*) разочаран моралом и лакомошћу римске аристократије из друге половине републике, а што ће се наставити и касније, у свом делу *Историја* сведочи да су „моћници почели претварати слободу у раскалашност; свако је грабио шта може, отимао, крао. Државу је водила самовоља малобројних људи. У рукама су држали ризницу, провинције, дужности, славу и тријумфе. Остали грађани су живели под притиском сиромаштва, оптерећени службом и легијама. Вође су делиле плен међу малобројнима, док су људи били терани са земљишта, ако би га на несрећу пожелео неки моћни сусед“.

---

[1] Слободан Вуковић, *Корупција и владавина права*, Београд 2003, 10.

[2] У раду је коришћен превод Гајевих Институција проф. др Обрада Станојевића: Gai, *Institutiones*, превео Обрад Станојевић, Београд 1982, III, 198.

[3] Вид. Наташа Деретић, „Суптилна и неодољива примамљивост корупције у политичким круговима Рима“, *Зборник радова ПФНС* (ур. Слободан Орловић), 3/2017, 767-791.

КРАТАК ОСВРТ НА НЕКЕ ОД РАЗЛОГА КОЈИ СУ ДОПРИНЕЛИ КРАЈУ РИМСКОГ ЦАРСТВА

Силазна путања највеће империје старог века, све до њеног распада под налетом варвара из V века, била је дуга и мучна. Елементи који су водили у расуло позног римског друштва били су бројни: превазиђеност производних односа заснованих на робовском раду, где је измењени начин производње утицао на незаинтересованост роба за исту; привредно затварање провинција и латифундија које постају економски самодовољне; опште смањење трговине и опадање поверења у новац; финансијске тешкоће које је изазивао све већи државни апарат и потпуно ново понашање војске.[4]

Приликом разматрања узрока пропасти Рима, полази се и од других фактора. Гибонова (Gibbon) основна теза била је да је „хришћанство један од основних разлога који је довео до пропасти Рима; ту је и варварска најезда и погрешна политика Римљана према њима, као и чињеница да је својом величином Римска империја прерасла подношљиве димензије“.[5] Наведене тезе су изазвале велике полемике у јавности, посебно у круговима теолога, који су минимизирали улогу цркве у многим историјским догађањима, посебно њено енормно и тако очигледно богаћење.[6] Има и оних теоретичара који указују да су за пропаст Римског царства важни и други моменти: посебно је важна чињеница „преласка са прикривене на отворену монархију, где је власт императора, који постаје *dominus te deus* у случају појединих владара, стицала у пракси атрибуте тираниде, затим нестабилност државне власти, због честих отимања око престола, промена у врху државе итд.“[7]

Врховна власт оличена у императору који је, због своје друштвене моћи и политичког утицаја третиран као божанство, оличена у крилатици „господар и бог“ (*dominus et deus*) имала је за последицу да је он постао једини и искључиви господар целе државе.[8] Император је био законодавац, шеф извршне власти, врховни судија, главни командант војске. У формалноправном погледу власт императора је била неограничена; деловао је како

[4] Обрад Станојевић, *Римско право*, Београд 2007, 89.

[5] Едвард Гибон, *Опадање и пропаст Римског царства*, (превод Г. Вучићевић), Београд 2007, (предговор Симе Аврамовића), XIII.

[6] *Ibid*.

[7] *Ibid.,* XII-XIII.

[8] Епитет „доминус“ или „господар“, у првобитном значењу није означавао власт владара над његовим поданицима, нити заповедника над војницима, већ деспотску власт господара над његовим кућним робовима. Први цезари су га се с гнушањем одрицали. Временом се уобичајио код ласкаваца и полтрона, да би редовно био уведен у законе и јавне споменике. Нав. према Е. Гибон, 128.

је хтео: *princeps legibus solutus*,[9] а његова самовоља је била закон: *quidquid principi placuit legis habet vigorem*.[10]

Доминус управља империјом преко војске и разгранатог чиновничког апарата. Цареви су били спремни на све, само да би приграбили и очували власт. Мучења и убиства супарника били су уобичајена појава. Императори, иако формалноправно неограничени господари римске државе, често су губили власт и животе због неуређених питања око наслеђа престола, због побуна и због непокорности војних команданата. Смене на престолу су биле толико брзе, да су у храмовима посвећеним владару, као божанству, кипови имали главе које се лако могу демонтирати, да би се могла поставити глава новог императора, јер није било времена да се прави цела статуа; А често је демонтирању главе на статуи претходило „демонтирање главе“ самом цару.[11] Према неким изворима, током треће анархије (235. г.) која је трајала свих 50 година и исцрпла империју, уз 20 императора које је признао сенат, а још 20 је извикала војска, 27 их је убијено.[12]

Римски владари из периода принципата и домината занемарују улогу Сената и Скупштине; „цивилне функције конзула, проконзула, цензора и трибуна су гурнуте у страну, али су свој високи положај итекако истицали називом „цара“ или „императора“.[13] Та реч се схватала у новом достојанственијем смислу – у смислу суверена римског света“.[14] Е. Гибон нас упознаје са једном занимљивом праксом коју је увео Максенције, а која се тицала сенатора из тог периода. Он је задојен мржњом према сенату, први пут, са својим чиновничким апаратом, „изумео метод изнуђивања „добровољног поклона“ од сенатора, па како се износ неосетно повећавао, тако су се сразмерно умножавали изговори под којима је наметана – победа, рођење, брак или положај царског конзула. Живот сенатора био је изложен његовим завидљивим сумњама, који је као царски љубавник био склон обешчашћивању њихових жена и кћери... Војници су били једини сталеж коме је хтео да се свиди... трпео је њихову некажњену пљачку, па чак и покољ народа без одбране; повлађивао је својим војним миљеницима, поклањајући им велелепне виле, а уз њу и жену неког сенатора...“[15]

---

[9] *D.* 1, 13, 31.

[10] *D.* 1, 2, 2.

[11] О. Станојевић, 89.

[12] Антун Маленица, Наташа Деретић, *Римско право*, Нови Сад 2011, 29.

[13] Друштвена структура из периода с краја принципата и у доминату је истоветна. Владајући сталеж чине: сенаторски сталеж, који су чинили нобили, освежени придошлицама из других слојева, као и еквестри. Сви су они чинили тадашњу аристократију из чијих су редова регрутовани прокуратори, управитељи провинција и други високи чиновници.

[14] Е. Гибон, 128.

[15] *Ibid*, 141.

Најзначајнију друштвену групу која је носила епитет „владајућа“ поред императора, чинили су: чланови породица императора, лични службеници императора, централни државни службеници и најистакнутији службеници великих територијалних административних јединица. Највиша бирократија је представљала затворени друштвени слој у који су искључиво по вољи императора могли бити примљени припадници богатих слојева сенатора, односно богате земљишне аристократије. Друштвени углед високих бирократа био је заснован на учествовању у власти, на високим платама и на личном утицају појединаца на императора; утицај на императора, био је често извор великих прихода. Пословична је била поткупљивост службеника тога доба, што сликовито описују речи „У Риму се све купује“.[16]

У време те опште грамзивости и похлепе било је покушаја да се то, ако не спречи, а оно бар каналише у неке правне оквире. Тако је Галерије одлучио да предузме веома строгу и општу проверу имовног стања поданика у циљу општег опорезивања земљишта и личности. Обављен је подробан преглед некретнина, а уколико би проценио да неко нешто покушава да сакрије, методом мучења је долазио до изјаве о личном богатству.[17]

ДИОКЛЕЦИЈАН

Политику опорезивања грађана наставили су и остали владари. Тако је Диоклецијан (284-305) кога је за императора прогласила војска, дошавши на власт, покушао да својим реформама донекле бар заустави привредну, политичку и економску кризу. Римско царство у време Диоклецијана улази у своје последње раздобље, то је тзв, „доба позног царства“. Он је до краја увео неограничену власт владара: иако скромног порекла, син ослобођеника, Диоклецијан је службом у римској војсци стигао до високих чинова**;** био је заповедник преторијанаца (царске гарде) код императора Нумеријана. Дошавши на власт, постао је законодавац, шеф извршне власти, врховни судија, врховни командант војске, једном речју „господар и бог“, а сви грађани су били његови поданици (*subiecti*) и чак робови (*servi*).[18] Као апсолутни господар „над свиме и сваким“, никоме не полаже рачуне; одају му се божанске почасти, пред њиме сви падају на колена, љубе му се скутови и одећа; и сама царска одећа га издваја од осталих, од свиле је и пурпура, сва искићена златом и драгим камењем (чак и ципеле), што све подсећа на источњачки тип монархије.[19] „Као лукав и надасве сујетан човек, себи је ласкао да ће разметљивост

[16] Иво Пухан, *Римско* право, Београд 1977, 99.
[17] Е. Гибон, 136.
[18] Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд 2005, 39.
[19] Жељко Фајфрић, *Византијски цареви*, Београд 2008, 5.

сјаја и раскоши, обуздати уобразиљу светине; да ће монарх бити мање изложен сировој разуларености народа и војника, будући да је његова личност заклоњена од погледа јавности, а да ће навика на покоравање неосетно произвести осећања дубоког поштовања.“[20]

Диоклецијан је остао упамћен по томе што је путем тетрархије (четворовладе) покушао да обезбеди мирно преношење власти и управљање империјом. Бира себи савладара, а свако од њих бира свог помоћника.[21] Ова подела власти доводи и до суштинске поделе царства на два дела – источни и западни. Већ тада Рим није фактичка престоница, јер ни један од владара тамо не борави. Диоклецијан је у Никомедији, Галерије у Сирмијуму, Максимијан у Равени, а Констанције Хлор у Триру.[22] Присуство по једног од царева на свакој од стално угрожених граница, извршено је с циљем превазилажења војне кризе која је захватала империју.

Царство је подељено на префектуре, а оне на дијецезе, које чини више провинција. Поделивши царство, провинције и сваки огранак цивилне и војне управе, повећан је државни апарат, који је централизован. Плаћени службеници императора –бирократе, разврстани су по строгом хијерархиском реду. Нижи чиновници одговарају вишем, а сви заједно владару. Сада до пуног изражаја долазе (већ помињани) принципи да „*владара закони не вежу*“ и „*што год се владару свиди има снагу закона*“.

Дворска администрација (управа) је подељена по ресорима, тако да на сваком нивоу (префектуре, дијецезе, провинције) постоје чиновници задужени за разне врсте послова и они су подређени управнику своје јединице. С обзиром на то да је удвостручен број гувернера и државних службеника, државна управа је постала гломазна и знатно скупља; требало је обезбедити нову количину финансијских средстава. Зато је и Диоклецијан приступио реформама пореског система. Од народа који се неограничено тлачи, требало је узети што више материјалних средстава, како би могле функционисати јавне службе, како би се несметано издржавао императоров двор, како би се хранила војска и како би се обезбедиле плате службеницима. Царска благајна се све мање пунила пореским приходима и приходима од државних

[20] Е. Гибон, 129.

[21] Због величине царства и тежине проблема с којима се борио, Диоклецијан је узео још једног савладара (Максимијана) који је као и он имао титулу августа. Даје му на управу западни део империје (Италију и Шпанију), а себи задржава источни део империје. Сваки од њих је имао по једног помоћника са титулом цезара. Диоклецијан за свог помоћника бира Галерија, коме даје на управу Балкан (тј. Илирик са Грчком и Македонијом). Максимијан добија за помоћника Констанција Хлора, који добија на управу Галију и Британију. Овај систем „четворовладе“ замишљен је тако, да када један од њих умре или погине, остала тројица бирају новог члана тетрархије. Примењен је само једном, када је Диоклецијан сишао с власти.

[22] Ж. Фајфрић, 6.

имања. Тај проблем је решаван и пре Диоклецијана, инфлацијом, што је обезвређивало новац, а тиме и робно-новчану привреду; натурална привреда је полако, али сигурно поново ступала на историјску позорницу.[23] Како је куповна моћ новца била готово сасвим уништена, Диоклецијан захтева да се порези плаћају робом. Он је везао за земљу закупце на огромним царским поседима и тиме још више сузио могућност за регрутовање војника. Диоклецијан је као основ за прикупљање пореза одредио *iugum* (део земље) и *caput* (човек). Систем опорезивања је назван *capitatio iugatio*, где се за основу узима човек који обрађује земљу и одређена површина земље, која је варирала зависно од плодности и културе која се на њој гаји. Порез је наплаћиван по величини, односно квалитету обрадивог земљишта које је порески обвезник имао у својини или у закупу. Земљопоседници су поред земљишног пореза плаћали и: порез на зграде, на радну стоку, на робове, на живину, на луксуз, али и порез за издржавање градова и војске (*annona*).[24] Чак су и лица без икакве имовине плаћала посебан порез – главарину. Припадници највиших друштвених слојева, поред наведених пореза, плаћали су и тзв. *follis* или *gleba* од 7 солида, као и *aurum oblatum* и *votorum oblatio* поводом нове године и ступања императора на престо.

Настојећи да превазиђе последице инфлације која је харала државом, Диоклецијан доноси чувени *Едикт о максималним ценама*, у коме, позивајући се на грамзивост трговаца, покушава да заустави инфлацију; утврђене су максималне цене за сву робу која је била у промету, као и висина свих плата и хонорара.[25] Тај Диоклецијанов списак извесног броја плата, надница и транспортних трошкова, представља најважнији извор ове врсте из читаве римске историје.[26] Санкције против прекршилаца биле су сурове: смртна казна и за продавца, и за купца, као и за оне који крију робу.

Диоклецијаново настојање да путем тетрархије обезбеди мирно преношење власти и управљање империјом, није уродило плодом. Он се у двадесет првој години своје владавине, одрекао царског положаја. „Диоклецијан је стекао славу тиме што је свету пружио први пример оставке, што је за касније владаре била реткост. Одлучио се да остатак живота проведе у миру, препустивши светску позорницу млађим и предузимљивијим савладарима“.[27] Повукао с власти 305. године, а већ следеће године је дошло до борби за

[23] И. Пухан, 96.

[24] *Ibid*, 97

[25] Душко Лопандић, *Пурпур империје*, Београд 2007, 30.

[26] Енциклопедија, *Историја света – Стари свет* (ур. Слободан Душанић), Љубљана 1984, 256.

[27] Занимљив је Диоклецијанов одговор Максимијану: када је овај затражио од њега да поново преузме власт и царски пурпур, он је то пуним срцем одбио, зажаливши једино што не може да покаже главицу купуса коју је сам засадио и убрао у Салони (код Сплита): то је била његова срећа, а не трка за влашћу. Нав. према Е. Гибон, 130.

власт и грађанских немира. Борбе за власт су трајале све до Константина (Великог) који влада од 306. до 337. И мада је царски престо у начелу био доступан свима, јер се божји избор ничим не може ограничити – сви цареви, почев од Константина, настојали су да власт пренесу на своју децу. Нерешено питање преноса власти, као један од узрока пропасти империје, решено је тако што се на крају *de facto* наметнуо принцип наследности власти, али је остало забележено мноштво покушаја узурпације власти, појаве која је била нарочито изражена међу војсковођама.[28]

КОНСТАНТИН

Константин у многоме одступа од реформи које је спровео Диоклецијан. Он је сматрао да тетрархијски систем није одржив и стога је непрестано покушавао да у Царству поново уведе власт монархијског типа.[29] Традицију да се цареви окружују личним саветницима наставио је и Константин. Чланове царског савета (*consistorium*) чине: квестор, који брине о финансијским питањима, скупљању пореза, *magister officiorum* (заповедник града, царских уреда, пошта...), *comes sacrorum largitionum* (управник државне благајне), *comes rei privatrae* (управник царских имања), *comes sacri palati* (управник царског двора). Све ове високе чиновнике бира лично цар по својој вољи. И мада се на седницама царског савета расправљало о важним питањима као што су: војни односи, оптужбе за издају, именовање највиших великодостојника – царева реч је последња. Од цареве воље зависило је да ли ће неко бити награђен за лојалност. Високе чиновничке дужности најчешће су биле праћене и најугледнијим достојанствима. Достојанство је у принципу давано доживотно, али је могло бити и одузето. Добијање достојанство од цара отварало је пут ка сенату или неком високом положају. Сваком према личним заслугама припадала су и одређена новчана давања (одређена количина злата) од стране цара. Највише исплате додељивао је цар лично.

Државни апарат је попуњаван великим бројем чиновника не само високог, већ и нижег ранга. Тако има података, да се о царевој безбедности старао гарнизон од 3500 људи. Да би се предупредиле евентуалне побуне незадовољних грађана, одвојене су војна од цивилне управе. Установљена су два врховна војна заповедника, за коњицу и за пешадију**.** Поделом царства на Исток и Запад њихов број је удвостручен. На Константиновом двору су измишљене и две нове титуле: војводе (провинцијски генерали) из чијих редова је бирано десет грофова (високих функционера управе). Плаћани су

[28] Жан Клод Шене, Бернар Флизен (прев. Радивој Радић), *Византија–историја и цивилизација*, Београд 2010, 19.

[29] Ж. К. Шене, Б. Флизен, 14.

издашном свотом довољном за издржавање 120 слуга и 158 коња. Строго им је било забрањено мешање у ма које питање повезано са судском влашћу и управом прихода.[30] Управну и судску власт обављају управници провинција којих је било близу 200. Сви су они у мањој или већој мери у добијеним позицијама видели шансу да се материјално уздигну изнад своје околине. Њихова подмитљивост, самовоља, а често и нестручност у непосредном контакту са грађанима свуда је ширила страх.[31] Подељена управа (војна и цивилна) коју је засновао Константин, због неслоге и суревњивости истих, слабила је снагу државе, али је јачала положај цара.

Константин и његови наследници, све до Теодосија, задржавали су звање *pontifex maximus*. Иако је и даље према старој римској традицији, цар биран акламацијом војске, сената и народа, своју власт је од тада дуговао само једном Богу. Легитимитет власти добијен од Бога сакрализовао је царски положај, тако да се неретко напад на власт кажњавао посебном казном, ослепљивањем кривца. Осим што је остајао слеп, кривац је тиме губио сваку могућност да поново претендује на царски престо, јер у то време могао је да влада само човек сачуваних свих физичких функција.[32] Због свог покрштавања и великог труда на плану признавања хришћанства и Миланског едикта из 313. године, Константин је био једини византијски цар који је постхумно проглашен светитељем.[33] Успостављен је нови однос између државе и цркве. „Нова организација цркве је уређена по угледу на организацију државе; сваки град је имао свог епископа, при чему је епископ главног града провинције имао виши ранг од својих колега и звање митрополита. Од Константиновог доба поједине привилегије свештенства изједначене су с привилегијама државних чиновника, тако да су се свештеници разликовали од осталих припадника хришћанске заједнице. Константин је одвајао велика новчана средства за цркву и њене планове око изградње храмова.“[34]

---

[30] Е. Гибон, 216.

[31] И. Пухан, 100.

[32] Царски церемонијал је одражавао сву удаљеност Божјег изабраника од осталих људи. Цар се поздрављао проскинезом; то је био источњачки обичај клечања пред царем или краљем, у којем је поданик понизан пред владарем и не гледа му у лице. Први који су увели ту праксу били су Персијанци. У Византији је то био уобичајени поступак којим се изражавало дубоко поштовање. Овај физички гест је варирао од потпуног падања ничице до клечања, наклона или једноставног поздрава. Нав. према Ж. К. Шене, Б. Флизен, 17.

[33] Ж. К. Шене, Б. Флизен, 35.

[34] Као црквена седишта најпре су то постали: Рим, Александрија и Антиохија. Захваљујући већем броју саборских одлука, временом је седиште у Цариграду добило ранг патријаршије, што је у црквеној хијерархији било изнад митрополије. Тако је унапређено и седиште у Јерусалиму, јер је град, од како је Јелена, мајка Константинова, у њему пронашла Часни крст и због све чешћих ходочашћа верника у Свету земљу, сматран хришћанском престоницом Царства. Тада долази до сучељавања двеју концепција управљања црквом.

Константинову политику према цркви и његову безрезервну веру у Бога, наставили су и његови наследници Констанције и Констанс. Тако у Теодосијевом кодексу наилазимо на доказ да су они наредили да „црквени свет окупља људе, а да свештеници буду заштићени имунитетом и нека се од њих удаље сви недостојни намети и трошкови; да буду изузети од пореза...“[35] Временом, када су Цариград почели да потресају немири, „хришћанску цркву су почели да угрожавају управо они монаси који су од државе узимали привилегије. Присвојили су за себе велики део земље, а привидно дајући све сиромашнима, они су ове људе учинили сиромашним“.[36]

ПРИВРЕДА КАО ЧИНИЛАЦ

Један од узрока пропасти Римске империје је и распад класичне пољопривреде. Поново је оживела натрурална привреда, где је трговина била знатно ослабљена. Још пре Константина су се дешавале значајне новине на плану пољопривредне производње. Радило се о томе да су у пољопривредној производњи, осим робова учествовали и сиромашни слободни људи који су, после престанка бесплатног снабдевања храном, морали напустити Рим и населити се у провинцијама као закупци делова латифундија или у форми најма, најчешће на пет година. Овакви уговори су редовно продужавани јер су сопственици латифундија, мале закупце оптерећивали порезима и закупнином коју ови нису могли да исплате. Усталила се пракса да се ови закупци, односно најамници, везују за земљиште које су обрађивали. То постојеће стање је Константин само санкционисао својим конституцијама.[37] Правно везивање људи за земљу коју су обрађивали, представљало је и корак ка ослобађању робова (који су имали неуређене и од воље господара зависне обавезе) и корак ка поробљавању слободних људи (јер су колони плаћали унапред предвиђену ренту у новцу или у натури); све је то представљало прелазну фазу ка увођењу кметства, као основне институције феудалне економско-друштвене формације.[38]

У овом последњем периоду Римске империје, императори су, конфискацијом имања, убиствима, директним отимањем приграбили највећи део земље (нарочито у Африци, Малој Азији, Грчкој и Македонији). Током целе историје Византије, царска породица је увек била највећи велепоседник.[39]

Да ли да се црквом управља из пет црквених седишта или да се од два седишта, Рима и Цариграда, изабере једно које ће постати главно... Вид. Ж.К.Шене, Б.Флизен, 36-37.

[35] C.Th. 16, 2, 10.

[36] Ж. К.Шене, Б. Флизен, 46.

[37] C.Th. 5, 9, 1. садржи најстарију конституцију о везивању људи за земљу.

[38] И. Пухан, 94.

[39] Ж. К. Шене, Б. Флизен, 33.

Та огромна имања царева била су изузета из редовне јурисдикције локалних државних органа. Сачињавала су салтусе, под управом посебног прокуратора, императоровог ослобођеника. Чести су били случајеви да богати земљопоседници шиканирају мале поседнике, који су били оптерећени великим порезима; зато су се они стављали под заштиту моћних суседа, путем посебних уговора (*patrocinium*) које су импаратори забрањивали; поред Константина, то су радили и остали импаратори: Валентин, Аркадије, Теодосије, Марцијан, Јустинијан.[40]

У времену пропадања империје, државни расходи су били врло велики. Требало је подмирити основне јавне потребе: организацију и функционисање јавних служби, издржавање императоровог двора, наоружање и исхрану војске, плате службеника; све то је изискивало велика новчана средства. Како је римска привреда увелико била у застоју, државна благајна је попуњавана инфлацијом мање вредног и безвредног новца. Императори су практиковали да постепено и константно смањују количину злата у познатим новчаним апоенима. Тако је Диоклецијан пуштао у оптицај мале количине златног и сребрног новца доброг квалитета, али како се у огромним количинама још увек појављивао стари, безвредни бакарни новац, тек са траговима сребра, скок цена производа није заустављен. То је све довело до пада вредности новца. То кварење римског новчаног система довело је не само до инфлације, већ и до готово потпуног гушења робно-новчане привреде и враћање на натуралну привреду.

По угледу на Диоклецијана (који је наредио да се кује прави сребрни и златни новац) и Константин је такође одредио да и златни и сребрни новчани апоени морају да садрже 4,55 грама злата, односно сребра. И тај Константинов златни новац се временом учврстио као стална валута римске државе.[41] Сви људи који су се бавили привредном делатношћу, било великом или малом, морали су да плаћају порез у сребру и злату. Створивши златан новац, Константин је пореском систему и трговини на велико обезбедио необично важан инструмент; све до XI века, златник је одолевао свим финансијским кризама царства.[42]

Константин преузима пореску политику коју је спроводио Диоклецијан, с тиме што поред наведених непосредних пореза утврђује још неке посредне порезе: *portoria* и *venalitium*. „Овај први облик пореза износи 12 % од вредности робе и обухватао је три различите врсте посредних плаћања: царину за превоз робе из државе у државу; трошарину – за улаз робе у самосталну административну јединицу и мостарину или друмарину за прелаз

[40] И Пухан, 95.
[41] Ibid, 97.
[42] Ж. К. Шене, Б. Флизен, 32.

робе преко нарочитих места. *Venalitium* је био наплаћиван поводом продаје покретних и непокретних ствари и износио је 4% од вредности робе. Поред наведених пореза, становништво римске државе је било обавезно и на бројне кулуке око одржавања јавних зграда, друмова и осталих комуналних служби“.[43]

Из свих наведених извора пунила се државна благајна, али све то није било довољно да подмири велике расходе које је имала римска држава у том периоду. Посебно је било тешко прикупити порезе од ионако измученог и осиромашеног становништва. Посебна су прича били утеривачи пореза који нису имали милости ни за кога. Неки извори говоре „да су мајке продавале децу а очеви проституисали ћерке, приморани да срамним пословањем прибаве новац за порез“.[44] Ипак, остају најпохлепнији у изнудама чиновници с краја периода републике који су купили своје положаје новцем зарађеним на неморалан начин. Они су регрутовани из редова еквестара (преко ноћи обогаћених плебејаца). Успели су да згрну велико богатство захваљујући откупу пореза и јавних радова („публикани“). Профит који су остваривали публикани као приватна лица, често је био последица злоупотребе поверених им овлашћења од стране управних органа.[45] Моћ, похлепа, дрскост и утицај пибликана у друштву је све више расла како је расла њихова добит. Тешко их је више било вратити у правни оквир друштва, иако су они комбинацијом изнуде и примене силе, најчешће долазили до енормног богатства. Делатност публикана била је шира од наплате пореза. Она је подразумевала и закупљивање права на експлоатацију рудних и других богатстава, закупљивање права на извођење јавних радова и послова „јавне набавке“ (данашњим речником речено), али су и уживале разне друге привилегије: нису били обавезни да се одазову позиву на сведочење, против њих се није могла подићи тужба по основу силом отетих ствари од пореског обвезника...[46]

ЈУСТИНИЈАН И ВОЈСКА КАО ЧИНИЛАЦ

Када су у питању остали владари овог позног доба Римског царства, задржаћемо се на Јустинијану. Занимљива је прича историчара Прокопија, који сведочи о владару Јустинијану и његовој жени Теодори, „грамзивим, безобзирним, подмуклим и крвожедним створењима“. Он нас у својој *Тајној*

[43] И. Пухан, 98.

[44] И. Пухан, 98.

[45] Вид. Наташа Деретић, Милан Милутин, „Публикани – према Јустинијановим Дигестама – институционализована корупција и њено правно санкционисање“, *Зборник радова ПФНС* (ур. Слободан Орловић), 4/2020, 1415-1433.

[46] О. Станојевић, 148-149.

историји која је објављена након смрти Јустинијана, упознаје са најмрачнијом страном владареве личности: „неверни пријатељ и подмукао непријатељ, сулудо жељан убистава и пљачке... никакви обзири га нису ометали у присвајању туђе имовине; није сматрао чак ни да је потребно било какво законито или незаконито оправдање за присвајање имовине која му није припадала...“[47]

Колико је корупција у време Јустинијана узела маха сведочи податак да се на тргу, јавно и под окриљем царских чиновника трговало судским одлукама и законским прописима; Јустинијан (односно, његови људи) је издавао, уз накнаду, разне дозволе за обављање повлашћених послова, одређујући свој део плена који је њему ишао. Тако су његови чиновници и њихови потчињени некажњено пљачкали.[48]

Оно што се не може оспорити Јустинијану је околност, да је он надљудским напорима хтео да поврати делове царства које су његови претходници изгубили (Јустин I, Теодорик, Теодосије, Константин, Диоклецијан). Наследио је пуну благајну али то није било довољно да уједини царство које би поново досезало до Атлантика на западу – и да свуда важе исти закони. Од варварских Германа Јустинијанове војсковође су повратиле северну Африку, Далмацију, Италију, Корзику, Сардинију, Сицилију и Шпанију. Био је то скуп подухват. Намети су били велики да би се обезбедила средства за та освајања. Бреме пореских обвезника било је још теже зато што су „Јустинијанови порезници били „немилосрдне лопуже“. Освајачки ратови уништили су градове, десетковали становништво, оставили необрађена поља. Народи које је његова војска „ослободила“ очајавали су у јаду које им је ослобођење донело“.[49]

Ратни успеси Римљана у освајачким ратовима (покорили су многе народе који су насељавали делове три континента: Европу, Азију и Африку), су резултат добре организације војске (легија) која је за разлику од античке војске била оспособљена да ратује током целе године. У римској војсци док је освајала свет, владала је строга дисциплина. Храбри војници и војсковође добијали су као награду већи део ратног плена. Војсковође су добијале разна одликовања и почасти, међу којима је било најзначајније право на свечану поворку (тријумф) у граду Риму. Припадници легија су након 25 година ратовања, добијали статус римских грађана. Временом се све променило. Крају Римске империје допринели су у великој мери и недисциплиновани и немилосрдни легионари из последњег периода римске историје. Остало је забележено да су, на пример, Галеријеве легије у повлачењу пустошиле све пред собом. Убијали су, силовали и пљачкали, спаљивали села кроз која су пролазили и настојали да униште земљу коју нису могли да

[47] Нав. према Филип Џајгентес, *Моћ и похлепа, кратка историја света*, (прев. Мила Матијашевић), Београд 2003, 93-95.

[48] *Ibid,* 95.

[49] *Ibid,* 97-98.

покоре.[50] Легионари из овог позног периода су већином били варвари из разлога што су римске власти све чешће морале њих да регрутују или изнајмљују као плаћенике, јер су многи Римљани били изгубили вољу да се боре, а и бројчано их је било мање услед последица куге, привредног расула и гладовања.[51]

Посебна су прича бескрупулозне војсковође из овог последњег периода које су се упуштале и у питање решавања смене на престолу. Остало је забележено како један владар поручује свом наследнику: „Задовољи војнике, а за остало не брини“, односно „обогатите војнике, а ругајте се свему осталом“. Да не би применом династичког принципа на престо дошли комични или махнити владари, цара би изгласала војска. Историјски подаци говоре и да је у циљу борбе за власт, Сенат помогао Гордијану у борби против Максенција, а после убиства Гордијана покушао је наметнути императоре Пупијана и Балбина. Када су и ови сенатски императори убијени, наступило је време „тридесеторице тирана“ – страховлада императора постављених од стране војних команданата разних делова римске војске. Војници су за императоре, по правилу, извикивали оне кандидате који су им обећавали највеће поклоне (*divitium*) и одржавали су их на власти док су испуњавали примљене обавезе. Војска је била подељена на граничаре (*limitanei*) и на трупе по гарнизонима (*palatini*) који су били боље плаћени од граничара, што је изазивало негодовање.

У постклaсичном периоду долази до нових раслојавања друштва, што ће имати за последицу настајање нових друштвених односа који ће касније прерасти у феудализам. Становништво се према сталешкој припадности дели на слободне, робове, колоне и варваре. Ови слободни се деле на виши друштвени сталеж (хонестиорес) где улазе: сенатори, велики земљопоседници и виши службеници државног бирократског апарата који су добро плаћени од стране владара за своју лојалност и даље уживају многе привилегије. То се променило у време Јустинијана, јер је он својом политиком учинио да „сенатори по свом богатству више нису чинили највишу друштвену класу, с обзиром да им је он конфисковао сву имовину коју је сматрао претераном“.[52]

Када је у питању ниже слободно становништво (хумилиорес) где су спадали: мали земљишни поседници, сељаци, занатлије и трговци – оно се сада наследно везује за своја занимања.[53] Колоне чине ослобођени робови

[50] Е. Гибон, 138.

[51] Енциклопедија, 258.

[52] Ж. К. Шене, Б. Флизен, 91.

[53] Од трећег века све се чеће срећу занатлије које не раде у градовима већ на имању робовласника, за потребе његове породице и робова. Временом бивају претворени у масу поданика везаних за занимања и место боравка.

или слободни људи које је економска криза натерала да се ставе под заштиту моћних земљопоседника. До Диоклецијана имају правни положај закупца земље, а од времена Јустинијана имају исти положај као и робови; налазе се под влашћу власника земље, везани су за земљу и не могу напустити земљу коју обрађују.

Ратови су и поред краткотрајних успеха, финансијски озбиљно исцрпљивали империју којој није било спаса јер је притисак варвара који су продирали са свих страна био сувише велики. Варвари (Визиготи, Остроготи, Бургунди, Вандали, Хуни...) чине посебну категорију људи у овом периоду и они ће знатно утицати на судбину Римске империје, односно на њен крај. Императори их прихватају као савезнике јер су били немоћни да им се супроставе. Насељавају их на поједина погранична подручја и укључују их у своју војску. То из разлога што је било све мање заинтересованих за војну службу из редова Римљана. Царева обећања већих плата и награда у земљи и уведено правило да ветерани могу задржати свој војни посед, уколико син настави војну службу, нису имали неког великог успеха. Варвари су полако заузимали своје место у римским легијама. Они су били на врло ниском степену развоја (излазили су из првобитне заједнице), тако да су они и Римљани били две потпуно супротне културе. Као такви, варвари нису могли бити асимиловани, па су искористивши слабљење империје формирали самосталне, тзв. варварске државе, на подручју некадашњег Западног дела царства. Када су се варвари и источни народи обрушили на границе царства, не само робови већ и неки слободни људи (градска сиротиња) су отворили капије освајачима и прелазили су на њихови страну.

Римљани су прибегли једном посебном моделу прикључења варвара римској држави тако што су пограничне народе стално настанили на једном месту. Преко сталног насељавања на једном месту постизали су још један циљ: узимали су ратоборне варваре у службу империје с намером да бране границе империје. Претворили су „ловце у сељаке“, с једним циљем, а то је да се на границама империје успостави један простор мира и стабилности и да се на тај начин смање трошкови војне одбране граница од пљачкашких номадских хорди; извршена је „деварваризација варвара“.[54] Та „деварваризација варвара“, је међутим допринела да царство војно и политички пропадне. Наиме, десило се да варвари који су били у државној служби, и које је римска држава наоружала, преплаве империју и да је корак по корак преузму.[55]

Половином 6. века долази до покрета народа који су насељавали степе, што је изазвало низ миграција и довело до новог таласа најезди Лангобарда, Словена, Авара и Бугара. Лангобарди, чија је једна војска већ раније за рачун

[54] Вид. Херфрид Минклер, *Империје, логика владавионе светом-од старог Рима до Сједињених држава* (прев. Слободан Дамњановић), Београд 2009, 133.

[55] *Ibid*, 133.

Јустинијана освојила Италију 588. године, освојили су све градове, осим Венеције. Сицилија, која је остала поштеђена током поновних освајања, чувала је и даље своју улогу житнице, што се показало као драгоцена предност, када су остатак Царства погодиле варварске најезде. На Сицилији су цар, римска и равенска црква, као и преживели италијански сенатори (који су иначе десетковани у нередима у VI веку) имали велике поседе који су доносили велику добит.[56]

Два века после Јустинијана, политичка улога сенатора је смањена у односу на улогу војске. Посебна шанса се пружила богатим војницима и странцима најразличитијег порекла. Становништво царства, укључујући и самог цара није могло бити сигурно у своју будућност, тако да се више него икад окретало Богу, молећи за спас. У наредним вековима, цареве иконофиле смењиваће цареви иконоборци, а то ће све олакшати муслиманима којима ни Византија неће одолети. Од VII века почињу освајања територије Западног царства од стране арапских муслимана, које је ујединио Ислам.[57] „Ислам се за један век развио колико хришћанство за седам векова.“[58] Први Турци који су стигли на источне границе Византије у XI веку звали су се Селџуци (по једном од својих ранијих војсковођа). Византија је 1453. године потпуно поражена од стране Турака; Балкан је остао под Турцима пет векова.

Када су у питању мотиви за освајање наведених територија, неки историчари мотив налазе у жељи да се освајањем шири вера, док други ипак наглашавају да су многи припадници исламске елите били трговци свесни значаја контроле трговачких путева и могућности за увећање богатства које пружају тадашњи градови.[59] Знали су за моћ новца па им је тај мотив био доминатнији од ширења вере код покорених народа. Ратни плен је свакако био велики (бисери, ратна опрема, злато, сребро...) и није остављао равнодушним ни цареве, ни војсковође ни војнике.

ЗАКЉУЧАК

Империје се дефинишу тиме да у „њиховом свету не постоји ниједна сила исте или веће снаге; многе империје су пропале због јаких непријатеља“.[60]

---

[56] Ж. К. Шене, Б.Флизен, 75.

[57] Арапски муслимани су отпочели своја освајања 635. године када су заузели Сирију, а потом Јерусалим (637), Ирак, Персију, Египат (641), Јерменију (691), Тунис, Алжир, Мароко (698), Шпанију (711), покушавају Француску (732), Корзику и Сардинију (809), Сицилију (837), замало да освоје и Рим (846), али Папа плаћа да Арапима да заобиђу Рим. Нав. према Х. Минклер, 146.

[58] Ф. Џајгентес, 102.

[59] *Ibid*, 103.

[60] Х.Минклер,145.

Тако се десило и са Римском империјом. Међутим, пропасти Римске империје итекако су допринели и други чиниоци: грађански немири у Царству, војничка разулареност, варварске најезде и посебно деспотска власт императора.

Краху некада моћног Римског царства, између осталих узрока, итекако су допринели различити појавни облици корупције оличене у дискредитованом моралу владајућих личности, који су неретко били крајње изопачени и живели у разврату, у поткупљивости како ситних тако и крупних државних службеника којима је подмићивање и удвориштво, постало редовно занимање. Важно је било задовољити понос и сујету владара и одбранити њихову власт, јер су тако бранили себе и своје позиције у друштву. Међутим, често је до изражаја долазила пракса да се воља и најапсолутнијег владара ретко слушала, када његови поданици процене да немају чему да се надају од његове милости или да више не треба да стрепе од његовог болесног карактера и сујете.

Да су моћ и похлепа, током читаве људске историје били главни покретачи свих историјских дешавања, посебно је видљиво на подручју Римског царства пред његов крах. Када се један део сиромашног плебса, разним финасијским трансакцијама и банкарским шпекулацијама временом обогатио (еквестри), постао је важна политичка снага у креирању римске политике, заједно са већ богатим Римљанима из редова аристократије (*nobilitas*). Као корумпиране аутократе стицали су богатство израбљујући покорени народ којим су управљали.

Моћ и похлепа је надживела векове и данас је водиља многих државних моћника, од највиших до најнижих. Током читаве историје Римске државе, поред слоја богатих људи, друштвену структуру су чинили и сељаштво, робови и градска сиротиња. „Ови последњи су посебно занимљива категорија људи као гласачка машина: презирали су физички рад и живели су од бесплатне доделе жита, циркуских игара које су им приређиване... Да би умирио то јавно мњење и искупио се за све очигледније узурпације, владар је докле су год то финансије дозвољавале, делио бесплатно жито, контролисао цену хлаба, организовао циркуске игре. Цареви их прихватају као савезнике држећи се правила да је сиротињи потребно „хлеба и игара“ (*panem et circenses*); било је то политички потребно, а етички прихватљиво...“[61]

У новије време провејава мишљење, да су „друштвена и политичка моћ и утицај – претпоставке корупције и многих других злоупотраба“.[62] Тако је било и тако ће бити. Било је римских царева који нису одобравали корупцију, али нису били у стању да је стварно укину. Царство је пљачкано не

[61] О. Станојевић, 73.
[62] С. Вуковић, 10.

само из личних разлога, већ и да би се одржала војска, без које се није могло сачувати царство. Римско царство су њихови противници војно победили. Порази у рату су неизбежно морали погодити и царске финансије, јер су изгубљени и фискални извори. Концепт најамне војске који је подразумевао редовну исплату плата у готовом новцу скоро да је био напуштен. Борци су само ретко добијали плату у злату, према неким изворима, сваке четврте године, а плаћани су непосредно из пореза, који су сељаци исплаћивали у натури. Сви војници, од најнижих редова, до генерала, покушавали су да се мало или много обогате.

Чиновништво, као пратилац сваке бирократизоване управе је посебно привилегован. И данас имамо скоро исти принцип организације државних органа. По принципу субординације, нижи органи одговарају вишим за свој рад. Међутим, сведоци смо да и ти нижи органи често узрпирају општи интерес зарад личног богаћења. Најсликовитији пример су данашњи извршиоци. Пратећи рад данашњих извршилаца (названих, најпре, приватним, а потом, јавним), с правом им се може приговорити да су они савремени публикани. Иако служба извршитеља, по закону треба да помогне надлежни органима да заштите јавни интерес, они своју моћ и силу, свакодневно користе да би остварили енормну добит и заштитили своје приватне интересе. Чиновништво, као пратилац сваке бирократизације управе, постаје све бројније и утицајније. Оно се регрутује из реда лојалних људи режиму, неретко нестручних и некомпетентних људи за област за коју су ангажовани. У периоду домината (за разлику од републиканских функционера, који су бирани на годину дана), ови чиновници су трајно постављани и плаћани од владара, који их у свако доба може сменити, посебно ако му нису лојални.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Извори:

Полибије, *Историје*, VI, 9, VI, 56
Gai, *Institutiones*, превео Обрад Станојевић, Београд 1982
C.Th. 5, 9, 1
C.Th. 16, 2, 10
D. 1, 13, 31.
D. 1, 2, 2.

Литература:

Вуковић, Слободан, *Корупција и владавина права*, Београд 2003
Гибон, Едвард, *Опадање и пропаст Римског царства*, (превод Г. Вучићевић), Београд 2007

Деретић, Наташа, „Суптилна и неодољива примамљивост корупције у политичким круговима Рима“, *Зборник радова ПФНС* (ур. Слободан Орловић), 3/2017, 767-791

Деретић, Наташа, Милутин, Милан, „Публикани – према Јустинијановим Дигестама – институционализована корупција и њено правно санкционисање“, *Зборник радова ПФНС* (ур. Слободан Орловић), 4/2020, 1415-1433

Енциклопедија, *Историја света – Стари свет* (ур. Слободан Душанић), Љубљана 1984

Лопандић, Душко, *Пурпур империје*, Београд 2007

Маленица, Антун, Деретић, Наташа, *Римско право*, Нови Сад 2011

Милошевић, Мирослав, *Римско право*, Београд 2005

Минклер, Херфрид, *Империје, логика владавионе светом-од старог Рима до Сједињених држава* (прев. Слободан Дамњановић), Београд 2009

Пухан, Иво, *Римско* право, Београд 1977

Станојевић, Обрад, *Римско право*, Београд 2007

Фајфрић, Жељко, *Византијски цареви*, Београд 2008

Џајгентес, Филип, *Моћ и похлепа, кратка историја света*, (прев. Мила Матијашевић), Београд 2003

Шене, Жан Клод, Бернар Флизен (прев. Радивој Радић), *Византија–историја и цивилиозација*, Београд 2010

Nataša Lj. Deretić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Deretic@pf.uns.ac.rs

Abuse and Privatisation of State Powers in Later Periods of Ancient Rome as a Cause of the Roman Empire's Demise

Abstract: *This paper continues the story about political corruption in the Roman Empire. Towards the end of the Principate, and the beginning of the dominate, the form of rule was changed; at first the principes and then the emperors became absolute or despotic rulers. History offers an array of examples from this period that testify to the conduct of corrupt, cruel rulers whose "lack of restraint finally led to the fall of the Roman Empire". The emperor became the sole and exclusive ruler of the entire state: he was the legislator, chief of executive power, supreme judge, and commander-in-chief. In terms of formal law, the emperor's power was unlimited as he was the Lord and God (Dominus et Deus). The state was no longer res publica (public matter) but rather a res privata (private matter) of the emperor. The emperor was aided by a ramified bureaucratic apparatus, whose main characteristic was unreserved loyalty towards the emperor; the officials were appointed and dismissed according to the emperor's will. In addition to this, incompetency of these officials was frequently apparent and their immediate contact with citizens was marked by fear that they spread through their arbitrariness, proneness to bribery and harshness. Polybius' phrase that "democracy declines when the government makes people corrupt and greedy" seems to be characteristic of this period, yet it has not lost its topicality even today. As the legislator, the emperor passed such laws as suited him. The full meaning of Tacitus' thought: "the more laws, the more corrupt the state" came to the fore.*

Keywords: *morals, corrupt society, greed, arbitrariness, abuse of power, gamut of legal regulation, private benefits.*

Датум пријема рада: 26.09.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 08.03.2022.
Датум прихватања рада: 10.06.2022.

Оригинални научни рад 343.237(497.6)
doi:10.5937/zrpfns56-36573

Драгана Ч. Васиљевић
Универзитет у Бањој Луци
Факултет безбједносних наука
dragana.vasiljevic@fbn.unibl.org

САИЗВРШИЛАШТВО У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

***Сажетак**: у кривичном законодавству у Босни и Херцеговини учешће више лица у остварењу кривичног дјела је у општим одредбама кривичних закона регулисано у складу са рестриктивним појмом извршиоца. (Са)извршилаштво је јасно одијељено од саучесништва, при чему полазну основу представља принцип лимитиране акцесорности. Поред наведеног, Кривични закон Босне и Херцеговине садржи и рјешење утемељено на монистичком схватању извршиоца кривичног дјела, прихватајући на тај начин екстензивно – рестриктивни модел извршилаштва. Аутор пажњу посвећује законском уређењу саизвршилаштва у кривичном законодавству у Босни и Херцеговини.*

***Кључне речи:** саизвршилаштво, кривично законодавство, Босна и Херцеговина.*

САИЗВРШИЛАШТВО КАО ИНСТИТУТ ОПШТЕГ ДИЈЕЛА КРИВИЧНИХ ЗАКОНА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Учешће више лица у остварењу кривичног дјела, а самим тим и саизвршилаштво у кривичном законодавству у Босни и Херцеговини[1] (начелно) је предмет регулисања у одредбама општег дијела кривичних закона. Кривични законик Републике Српске је ову материју регулисао у трећој глави, под називом Кривично дјело и кривична одговорност, у њеном трећем ди-

[1] Синтагмом кривично законодавство у Босни и Херцеговини означавамо кривичне законе/законике на нивоу ентитета (Кривични законик Републике Српске и Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине), Кривични закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине и Кривични закон Босне и Херцеговине.

јелу (Саучесништво у кривичном дјелу, чл. 37–40).[2] За разлику од наведеног, у Кривичном закону Босне и Херцеговине (чл. 29–32) ова проблематика регулисана је у глави петој под називом Кривично дјело, без икаквог ближег одређења да се ради о саучесништву.[3] Остала кривична законодавства ову материју уређују у поглављима која се односе на Кривично дјело са назнаком да се одредба односи на саизвршилаштво. Оно што се одмах примјећује сагледавањем кривичних законодавстава у Босни и Херцеговини јесу измјене законског рјешења у кривичном законодавству Републике Српске[4] и разлике у дефинисању овога института.[5]

У вези са дефинисањем саизвршилаштва, КЗ РС у чл. 37 прописује сљедеће: „*Ако више лица заједнички изврше кривично дјело, учествујући у радњи извршења или неком другом радњом значајно допринесу његовом извршењу, свако од њих казниће се казном прописаном за то кривично дјело*“, док КЗ БиХ слично рјешење садржи у чл. 29: „*Ако више лица, учествовањем у учињењу кривичног дјела или предузимајући што друго, чиме се на одлучујући начин доприноси учињењу кривичног дјела, заједнички учине кривично дјело, свако од њих казниће се казном прописаном за то кривично дјело*“.[6] Разлике јесу уочљиве, али због чињенице да је у кривичном законодавству Републике Српске одредба путем које се дефинише овај институт претрпјела извјесне промјене, данас ова дистинкција више и није толико очигледна. Из одредбе произилазе саставнице саизвршилаштва, а одмах се запажа да законодавци као субјективни елемент дефинишу заједничку одлуку или постојање колективне воље, док објективни елемент подразумијева радњу путем које се на одговарајући начин учествује у извршењу кривичног дјела.

Заједничка одлука о извршењу кривичног дјела је на идентичан начин постављења претпоставка саизвршилаштва законодавцима и у Републици

---

[2] Кривични законик Републике Српске – КЗ РС, *Службени гласник РС,* бр. 63/17.

[3] Кривични закон Босне и Херцеговине – КЗ БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 08/10, 47/14, 22/15 и 40/15.

[4] Тако су претходни кривични закони(ци) у Републици Српској уређивали овај институт прописујући: „*Ако више лица, учествовањем у радњи извршења или на други начин, заједнички изврше кривично дјело, свако од њих казниће се казном прописаном за то дјело*“ вид. чл. 23 Кривичног законика Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 37/01 и чл. 23 Кривичног закона Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 и 37/13.

[5] Примјећује се истовјетност одредби у КЗ БиХ и кривичним законима Федерације Босне и Херцеговине и Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, вид. чл. 31 Кривичног закона Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине ФБиХ,* бр. 36/2003, 21/2004 – испр., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 и 75/2017 и чл. 31 Кривичног закона Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, *Службени гласник БД БиХ,* 19/2020.

[6] Важно је истаћи да посматрана кривична законодавства у својим одредбама садрже све модалитете инкриминација са предзнаком тзв. нужног саизвршилаштва (мултилатерална и унилатерална кривична дјела).

Српској и на нивоу Босне и Херцеговине. У меритуму овог дијела одредбе налази се јединствен захтјев за постојањем свијести и воље да се дјелује са другима у остварењу заједничког кривичног дјела. Уважавајући доктринарна схватања, договорена акција се јавља као резултат заједничке одлуке, односно постављеног циља[7], а поред ње је неопходна и тзв. претпостављена вољна сагласност саизвршилаца.[8] Субјективни елемент не би се требао схватити ништа другачије него како је то заступљено у кривичноправној теорији, тј. као субјективна веза која почива на свијести о зависности и допуњавању дјелатности саизвршилаца[9] допуштајући на тај начин урачунавање предузетих дјелатности свим учесницима.[10] Он претпоставља и постојање заједничког плана у коме не мора да буде утврђена свака појединост везана за извршење кривичног дјела. Флексибилност плана омогућава да исти буде испоштован чинећи и даље учеснике у извршењу кривичног дјела саизвршиоцима. С тим у вези, у случају Ј.Е. и А.Е. судско вијеће је код кривичног дјела разбојништва из чл. 289 ст. 2 КЗ ФБиХ као субјективни елемент утврдило „*... постојање претходног договора да силом или пријетњом уз употребу оружја одузимањем туђе ствари прибаве себи противправну имовинску корист...*“ да би затим А.Е., која је одвела на кафу оптужену која је код себе имала 2200 КМ, позвала телефоном и „*...обавијестила Ј.Е. гдје се налазе како би их могао пронаћи у циљу реализације плана...*“[11] Видљиво је да је у овом случају план за извршење кривичног дјела засигурно био флексибилан, нарочито уколико се узме у обзир да је А.Е. наводила оштећену али и прилагођавала јој своју путању и у неколико наврата телефонирала Ј.Е. да га обавијести о томе.

Дистинкција законских рјешења почива на објективном елементу. Неупитно је да се саизвршилачко учешће остварује заједничким предузимањем радње извршења.[12] Међутим, када је ријеч о објективном елементу који се састоји у предузимању друге дјелатности, упитан је његов интензитет, од-

[7] */Eser/* Adolf Schönke, Horst Schröder, *Strafgesetztbuch Kommentar,* Verlag C.H. Beck, München 2010, 486; Claus Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Band II,* C.H. Beck, München 2003, 78.

[8] Klaus Geppert, „Die Mittäterschaft (25 Abs. 2 StGB)“, *JURA- Juristische Ausbildung* 33(1), 32.

[9] Наташа Делић, „Неке дилеме у вези законског појма саизвршилаштва“, *Ревија за криминологију и кривично право* (47)3, 267.

[10] Stefan Grabow, Stefan Pohl, „Die Sukzessive Mittäterschaft und Behilfe, *JURA – Juristische Ausbildung*“ 9, 659.

[11] Пресуда Кантоналног суда у Сарајеву, бр.: 09 0 K 032717 18 K од 13. децембра 2019., *https://ksud-sarajevo.pravosudje.ba/vstvfo/B/9/article/108872*, 08. фебруар 2022.

[12] Саизвршилачко учешће постоји у случају када су два лица у металном чамцу специјално израђеном за кријумчарење стоке преко ријеке Дрине превезли пет грла крупне стоке на локалитет С. Ш., чиме су извршили кривично дјело Кријумчарење (чл. 214 ст. 2 КЗ БиХ), Пресуда Суда БиХ, бр.: S1 2 K 009155 12 K од 22. јуна 2012., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=2012&odjel=1&vrsta=1&keyword*, 15. септембар 2019.

носно квалитет. Потреба за законским одређењем „квалитета“ је препозната од стране оба законодавца и због тога пријашње рјешење које се очитавало у навођењу објективног услова, чистој констатацији да је то „*нека друга радња...*“ више не постоји. Та друга радња, то „нешто друго“ прецизирано је, тј. допуњено различитим формулација у смислу да предузете радње: „*значајно допринесу*“, односно „*на одлучујући начин допринесу*“ извршењу кривичног дјела.

Ово нијансирање, како се примјећује, у већој или мањој мјери удаљава постојећа законска рјешења од некадашњег[13] чинећи их прецизнијим али и рестриктивнијим. Види се да је КЗ РС нешто блажи у погледу квалификације „квалитета“ дјелатности, због тога што се допринос одређује као „*значајан*“, а не „*одлучујући*“. Произилази да КЗ РС не упућује на Материјално – објективну теорију познатију као Теорија власти над дјелом *(Mittatherschaftslehre)*[14] у мјери у којој то, штавише пригодније, чини КЗ БиХ. Наведено из разлога што допринос који управо има квалитет „*одлучујућег*“ приказује ову теорију у њеном пуном капацитету. (Са)извршилац је „*господар*“ или „*централна фигура*“ у извршењу кривичног дјела.[15] То је прилог учесника који га ставља у позицију да управо на „*одлучујући*“ начин партиципира у извршењу кривичног дјела[16], док у случају изостанка ове дјелатности кривично дјело не би могло бити ни извршено.[17] То су, у случају кривичног дјела Фалсификовање новца из чл. 205 ст. 2 КЗ БиХ, „*унапријед уговорена предаја фалсификованих новчаница*“ што је учинио један саизвршилац и „*одношење на уговорено мјесто и предаја*“ што је реализовао други.[18] Да се Теорија власти над дјелом примјењује у кривичном законодавству на нивоу

---

[13] Кривични закон Социјалистичке Федеративне Републике Југославије за постојање саизвршилаштва захтијевао је да више лица „*учествовањем у радњи извршења или на други начин заједнички изврше кривично дјело...*“, вид. чл. 22 Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, *Службени лист СФРЈ*, бр. 44/76. Проналазе се схватања да овако дефинисано саизвршилаштво треба да се интерпретира у смислу Теорије власти над дјелом, вид. Franjo Bačić *et al., Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federaativne Republike Jugoslavije,* Savremena administracija, Beograd 1978, 130.

[14] О саизвршилаштву у кривичном законодавству Републике Српске упор. Miloš Babić, Ivanka Marković, *Krivično pravo opšti dio,* Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci 2019, 287–288.

[15] JoachimVogel, “How to determine Individual Criminal Responsibility in Systemic Context: Twelve Models“, *Cahiers de défense sociale* 16, 153.

[16] Драгана Васиљевић, „Саизвршилаштво и Теорија власти над дјелом -(Mit)tatherschaftslehre“, *Српска правна мисао* 49(22), 234.

[17] C. Roxin, 65. У суштини, карактер одлучујуће радње ваља дати оној дјелатности која има исту вриједност као и лично предузимање радње извршења кривичног дјела (у смислу Формално-објективне теорије), вид. Недељко Јованчевић, *Подстрекавање-облик саучесништва и самостално кривично дело,* Службени гласник, Београд 2008, 145.

[18] Пресуда Суда БиХ бр.: Н-К-08/649-1 од 26. фебруара 2010., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=2010&odjel=2&vrsta=1&keyword=,*15. новембар 2019.

Босне и Херцеговине потврђују и јединствени ставови судских вијећа која су у случајевима Ф.К. и др., Б.М. и др. и М.П. и др. радње оптужених квалификовала у смислу саизвршилаштва констатујући да „... *саизвршиоци не учествују у дјелу које остварује неко друго лице (туђе дјело), већ сви заједно остварују (своје) заједничко дјело, при чему сваки од њих у томе даје свој прилог који је битан и без којег кривично дјело не би било остварено или не би било остварено на замишљен начин*“.[19]

ЕКСТЕНЗИВНО СХВАТАЊЕ УЧЕШЋА ВИШЕ ЛИЦА У ОСТВАРЕЊУ КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Специфичност законског уређења учешћа више лица у остварењу кривичног дјела у кривичном законодавству у Босни и Херцеговини произилази из чл. 180 КЗ БиХ под називом Индивидуална кривична одговорност. Према ст. 1 чл. 180, за одређена кривична дјела против човјечности и вриједности заштићених међународним правом[20] одговорно је лице које „*планира, покрене, нареди, учини или подстрекава или помаже у планирању, припремању или учињењу кривичних дјела...*“ чиме је имплементиран чл. 7 ст. 1 Статута МКСЈ.[21]

Овакво законско рјешење је на линији екстензивног поимања извршиоца кривичног дјела, за разлику од рјешења заступљеног у општем дијелу КЗ БиХ у коме је (са)извршилаштво (као облик извршилаштва) одијељено

[19] Вид. Пресуда Суда БиХ бр.: S1 1 K 003372 10 KrI од 15. јуна 2012., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=2012&odjel=1&vrsta=1&keyword*, 02. јануар 2022.

Пресуда Суда БиХ бр.: S1 1 K 007209 12 Kri од 18. јануара 2013., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=2013&odjel=1&vrsta=1&keyword=,* 03. јануар 2022. и Пресуда Суда БиХ, бр.: S1 1 K 011128 12 KrI од 28. октобра 2014., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=2014&odjel=1&vrsta=1&keyword =*, 03. јануар 2022.

[20] Ријеч је о сљедећим кривичним дјелима: Геноцид (чл. 171), Злочини против човјечности (чл. 172), Ратни злочин против цивилног становништва (чл. 173), Ратни злочин против рањеника и болесника (чл. 174), Ратни злочин против ратних заробљеника (чл. 175), Противправно убијање и рањавање непријатеља (чл. 177), Противправно одузимање ствари од убијених и рањених на ратишту (чл. 178) и Повреда закона и обичаја рата (чл. 179). Ст. 2 чл. 180 се односи на командну одговорност.

[21] У питању је проширени облик саизвршилачке дјелатности, доктрина коју је Жалбено вијеће МКСЈ први пут примијенило у случају Тадић, на темељу „*системској модела*“ индивидуалне кривичне одговорности. Овај вид одговорности подложан је критикама јер, како се истиче, може створити одређену несигурност, није конзистентан са обичајним правом међународног суда и нема потврду у међународном обичајном праву, вид. Wolfgang Schomburg, „Sudska praksa o ujedinjenom zločinačkom poduhvatu (UZP) – ponovni osvrt na jednu priču bez kraja“, *Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo* 3(5), 19.

од саучесништва (подстрекавање и помагање). Како је законодавац децидирано преузео одредбу из Статута МКСЈ он је нужно у чл. 180 ст. 1 навео радње који су једним дијелом саучесничког карактера и као такве су такође предвиђене у чл. 30 и 31. Оне су само у чл. 180 ст. 1 квалификоване у смислу индивидуалне кривичне одговорности или како се примјењује као дјелатности удруженог злочиначког подухвата. Конзеквентно екстензивном разумијевању извршиоца кривичног дјела који је садржан у овој одредби, прописане дјелатности у ствари представљају широко постављене радње извршења, а сви учесници неког од кривичних дјела на које се односи ова одредба су једнаки, квалификовани као извршиоци конкретног кривичног дјела. Међутим, иако су једнаки у смислу извршилачког статуса, с обзиром на то да се индивидуална кривична одговорност у смислу чл. 180 ст. 1 заснива на читавом дијапазону квалитетно различитих дјелатности, у складу са екстензивним схватањем извршиоца кривичног дјела индивидуализацији кривичне одговорности се приступа приликом одмјеравања казне.

Уочљиво је да присутни модел/конструкција учешћа више лица у остварењу кривичног дјела представља комбинацију рјешења које једним дијелом почива на евроконтиненталном (уређење саизвршилаштва у одредбама општег дијела и рестриктивно поимање извршиоца кривичног дјела), а другим дијелом на међународном кривичном праву (индивидуална кривична одговорност, дио који се односи на удружени злочиначки подухват и екстензивно схватање извршиоца кривичног дјела).[22] Парцијално уређење учешћа више лица у извршењу кривичног дјела претпостављало би и парцијалну могућност примјене ових одредби. С тим у вези, могло би се закључити да се одредбе путем којих је регулисано саизвршилаштво у општем дијелу и рестриктивно схватање извршиоца кривичног дјела примјењују у погледу свих кривичних дјела осим појединих кривичних дјела против човјечности и вриједности заштићених међународним правом. Њихова примјена је у овим случајевима искључена и примјењује се чл. 180 ст. 1 са савим супротним (екстензивним) поимањем извршиоца. Ипак, ваља нагласити да поменуте одредбе не бивају увијек примјењене како је предвиђено. Наиме, у пракси Суда БиХ, поред примјене законског рјешења из чл. 180 ст. 1 уочена је примјена и општих одредби о саизвршилаштву (чл. 29) као и комбиновање ових рјешења.

Утврдили смо да се босанско-херцеговачки законодавац опредијелио да у погледу извршења кривичних дјела против човјечности и вриједности заштићених међународним правом реагује увођењем екстензивног извршиоца

[22] На овај начин се нарушава јединственост кривичноправног система и традиционално владајућа концепција саучесништва, упор. М. Бабић (2013), 209.; Драгана Васиљевић, *Саизвршилаштво – кривичноправни и криминолошки аспект*, Докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Новом Саду 2021, 198.

кривичног дјела. Ипак, у судској пракси примјећује се примјена и општих одредби о саизвршилаштву. Тако, у предмету Л.С. и др. Апелационо одјељење I за ратне злочине Суда Босне и Херцеговине донијело је осуђујућу пресуду квалификујући радње осуђених као Ратни злочин против цивилног становништва у вези са саизвршилаштвом (чл. 173 ст. 1 тач. ц. у вези са чл. 29 КЗ БиХ).[23] У овом случају осуђени стражари су се сагласили да се „*из затворeничких просторија затвореници одводе у стражарске просторије, гдје су им неидентификована лица наносила снажне тјелесне патње у присуству стражара који нису спријечили оваква поступања према затвореницима... те је један од њих и учестовао у нанošењу снажне тјелесне патње...*“[24] Суд БиХ је заузео став да постоји заједничка свијест и одлука да се наизмјенично предузму радње којима се на одлучујући начин остварује кривично дјело и с тим у вези, признао код оптужених постојање саизвршилаштва.[25] Слично је и у случају Ф.К. и др. гдје је кривично дјело Злочин против човјечности (чл. 172 ст. 1 тач. х у вези са ст. 1 тач. а) извршено у вези са чл. 29 КЗ БиХ, а оптужени су (између осталог) заједно „*пуцајући из аутоматској оружја.... са намјером да лише живота, по пријеком поступку погубили око осам стотина заробљених мушкараца...*“[26] Примјена опште одредбе о саизвршилаштву примјећена је и у случају З.С. и др. у коме су дјелатности издвајања цивила са знањем да ће бити погубљени окарактерисане као „*на одлучујући начин доприношење убиству око 200 цивила*.“[27]

Поред наведног, Суд БиХ код сличних случајева учешће више лица у остварењу кривичног дјела квалификује и у оквиру чл. 180 ст. 1 КЗ БиХ. Као примјер издвојиће се случај З.Б. и др. (Кривично дјело Злочин против човјечности из чл. 172. ст. 1 тач. х у вези са чл. 180 ст. 1) у коме су оптужени „*...са намјером судјеловања у кривичном дјелу убиства пуцали у поређане људе*“ и на тај начин у складу са наредбама извршили стрељање преко 150 цивила.[28] Судско вијеће је утврдило да су оптужени убијајући издвојене

[23] Пресуда Суда БиХ бр.: H-KRŽ-06/243 од 22. септембра 2010., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=0&odjel=0&vrsta=0&keyword=Lazarevi%C4%87+Sreten*, 15.09.2019.

[24] Пресуда Суда БиХ бр.: H-KRŽ-06/243 од 22. септембра 2010., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=0&odjel=0&vrsta=0&keyword=Lazarevi%C4%87+Sreten,* 15.09.2019., (стр. 2 и 3).

[25] Д. Васиљевић (2021), 198.

[26] Пресуда Суда БиХ бр.: S1 1 K 003372 10 KrI од 15. јуна 2012., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=2012&odjel=1&vrsta=1&keyword*, 02. јануар 2022., (стр. 6 и 7).

[27] Пресуда Суда БиХ бр.: S1 1 K 003365 09 Krl од 28. јуна 2012., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=0&odjel=0&vrsta=0&keyword=Ze%C4%8Devi%C4%87,* 31. децембар 2021., (стр. 6).

[28] Пресуда Суда БиХ бр.: S1 1 K003472 09 KrI (X-KR-08/549) од 21. децембра 2010., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=2010&odjel=1&vrsta=1&keyword=*, 30. децембар 2021., (стр. 72).

цивиле поступали са намјером да допринесу извршењу заједничког плана и да су предузимајући радњу извршења кривичног дјела које им се ставља на терет у значајној мјери допринијели остварењу заједничког плана. Они су квалификовани као „*главни извршиоци*“ у смислу удруженог злочиначког подухвата.[29]

Можда би било умјесно поставити питање шта код оваквих случајева искључује примјену општих одредби о саизвршилаштву уколико су остварене претпоставке за његово постојање. Како је евидентно да у пракси Суда БиХ постоје пресуде у којима се понашања учесника квалификују као саизвршилачко учешће у смислу чл. 29 КЗ БиХ, рекло би се да законодавац полази од тога да увијек испуњени објективни и субјективни услови у смислу овога члана заснивају класично саизвршилаштво.[30] Међутим, онда се са друге стране наилази на схватања да су лица која заједнички предузму радњу извршења кривичног дјела (фактички изврше кривично дјело) „*непосредни*“ или „*главни*“ извршиоци у смислу индивидуалне кривичне одговорности.[31] Поред наведеног, када је ријеч о квалификовању „других“ дјелатности које представљају радњу извршења ових кривичних дјела, а које у складу са владајућом Теоријом власти над дјелом сужавају могућност признавања саизвршилаштва, употребом чл. 180 ст. 1 онемогућено је да се оне евентуално квалификују као дјелатности подстрекавања и помагања у смислу одредби општег дијела.[32] Насупрот томе, оне су извршилачког карактера.[33] Тиме се вишеструко проширује обим кажњивости у односу на сва кривична дјела и њихове учиниоце, јер се сви изједначавају и добијају статус извршиоца без обзира коју радњу предузели. Другим ријечима, употребом чл. 180 ст. 1 заобилази се „*обавезна одредба из члана 29 КЗ БиХ која је најповољнија за извршиоце кривичних дјела*“.[34]

---

[29] Термин је конструисан како би се направила „*нужна и праведна дистинкција*“ између учесника у извршењу кривичног дјела. *ibid.,* 71 и 117.

[30] Д. Васиљевић (2021), 199. У вези наведеног је и схватање Судског вијећа које није слиједило концепт учешћа оптужених у удруженом злочиначком подухвату јер налази да се, с обзиром да се ради о извршиоцима који директно учествују, односно одлучујуће доприносе извршењу дјела, њихова одговорност може прецизније дефинисати кроз индивидуалну одговорност за саизвршилаштво у извршењу дјела, вид. Пресуда Суда БиХ бр.: S1 1 K 003365 09 Krl од 28. јуна 2012., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=0&odjel=0&vrsta=0&keyword=Ze%C4%8Devi%C4%87,* 31. децембар 2021., (стр. 100).

[31] Пресуда Суда БиХ бр.: S1 1 K003472 09 KrI (X-KR-08/549) од 21. децембра 2010., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=2010&odjel=1&vrsta=1&keyword=*, 30. децембар 2021., (стр. 117).

[32] Д. Васиљевић (2021), 199.

[33] С тим у вези, на мјесту је и опаска Бабића према коме „*БиХ напушта и сопствено рјешење које важи за сва друга кривична дјела, што је незабиљежено у савременој европској законодавној пракси*“, вид. Miloš Babić, „Saučesništvo u krivičnom djelu“, *Pravna riječ* 37, 210.

[34] Miloš Babić, „Materijalno krivično zakonodavstvo u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini“, *Crimen* VII(3), 305.

И на крају, у судској пракси присутни су и случајеви комбиновања рестриктивног и екстензивног извршиоца кривичног дјела, тј. суђење у вези са чл. 180 ст. 1 и у вези са чл. 29 КЗ БиХ. У случају В.Р. и др. оптужени су *„...наоружани аутоматским наоружањем дошли у село... а затим дошли до породичне куће... којеі су затекли у кући, те истоі употребом ватреноі оружја лишили живота и кренули путем којим су напустили село да би потом идући тим путем на једној њиви која се налазила близу пута затекли... након чеіа су исту употребом ватреноі оружја лишили живота, а затим се удаљили у непознатом правцу.*“[35] Судско вијеће је утврдило да су оптужени учествовали као саизвршиоци у почињењу злочина до којих долази када више лица са заједничком намјером предузимају злочиначку активност, коју онда изводе сви заједно. Без обзира на то што нису сви извршили кривично дјело убиства, оптужени су на основу претходног договора били присутни током њихове реализације и нису предузели нити једну дјелатност којом би осујетили убиства цивила. Поред овога, Суд БиХ је такође заузео став да су (са)извршиоци код овога кривичног дјела били индивидуално одговорни као припадници удруженог злочиначког подухвата, будући да су критичног дана имали заједнички циљ – лишење живота, те да су заједно учествовали у остварењу овога циља. Образложено је да је *actus reus* садржан у чињеници да је више лица извршило кривично дјело, те да је постојала заједничка одлука да се оно изврши, док се *mens rea* огледа у томе да су оптужени били свјесни да поступају заједно са другим лицима и да су имали намјеру да остваре заједнички план.[36] Овакав приступ уочен је и у случају М.Б. и М.Ш., у коме су оптужени осуђени за кривично дјело Ратни злочин против цивилног становништва (чл. 173. ст. 1 тач. ц) због тога што су у просторијама полицијске станице оштећеној *„преко уста залијепили самољепљиву траку... и без њеноі присталка над њом извршили сексуални однос силовања, први М.Б. а након њеіа и М.Ш....*“. Интересантно је да је суд примијетио да у оптужници ове радње нису правно квалификоване као саизвршилаштво, већ у смислу чл. 180 ст. 1 (индивидуална кривична одговорност) и да је, како није везан приједлогом тужиоца у погледу правне оцјене дјела, након свестране оцјене доказа поред индивидуалне кривичне одговорности такође „*несумњиво утврдио овај облик одіоворности*“ (тј. саизвршилаштво).[37]

[35] Пресуда Суда БиХ бр.: KRŽ-07/405 од 02. септембра 2008., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=0&odjel=0&vrsta=0&keyword=Vukovi%C4%87+Ranko*, 15. септембар 2019., (стр. 2).

[36] Пресуда Суда БиХ бр.: KRŽ-07/405 од 02. септембра 2008., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=0&odjel=0&vrsta=0&keyword=Vukovi%C4%87+Ranko*, 15. септембар 2019., (стр. 2).

[37] Пресуда Суда БиХ бр.: S1 1 K 007209 12 Kri од 18. јануара 2013., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=2013&odjel=1&vrsta=1&keyword=,* 03. јануар 2022., (стр. 24 и 25).

На крају, ваља истаћи да је конструкција која се састоји од неког од кривичних дјела против човјечности и вриједности заштићених међународним правом у вези са индивидуалном кривичном одговорношћу (чл. 180 ст. 1) и са саизвршилаштвом (чл. 29), тешко одржива. Некако нам се чини исправнијим схватање да неко од кривичних дјела из ове главе може бити доведено у везу, или са индивидуалном кривичном одговорношћу (чл. 180 ст. 1), или са саизвршилаштвом (чл. 29). Примјена обе одредбе о кривичној одговорности, по природи ствари, није могућа, јер се оне искључују.[38]

САИЗВРШИЛАШТВО У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ – *DE LEGE FERENDA*

Видјели смо да је саизвршилаштво у кривичном законодавству у Босни и Херцеговини у смислу одредби општег дијела кривичних закона унапријеђено, нарочито када је у питању КЗ РС који је донедавно садржавао рјешење насљеђено још из периода бивше Југославије. Ипак, када је у питању дефинисање овога института у одредбама општег дијела кривичних закона, примјетан је изостанак законског формулисања нехатног саизвршилачког учешћа.[39]

С тим у вези, јасно је да и један и други законодавац треба да додатно пораде на његовом уређењу и барем га приближно одреде на начин како је то учињено у српском или нпр. хрватском кривичном законодавству. Хрватски законодавац је у чл. 36 ст. 3 предвидио основе нехатне одговорности; ријеч је о заједничкој повреди дужне пажње.[40] Могућност нехатног саизвршилаштва допуштена је и у Кривичном законику Србије у коме из чл. 33 произилази да „... *више лица учествовањем у радњи извршења са умишљајем или из нехата заједнички изврше кривично дјело...*“[41] [42] Иако су модалитети

[38] Пресуда Суда БиХ бр.: KRŽ-07/405 од 02. септембра 2008., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=0&odjel=0&vrsta=0&keyword=Vukovi%C4%87+Ranko*, 15. септембра 2019., (стр. 5).

[39] Законодавци у Републици Српској и на нивоу Босне и Херцеговине у оквиру одредби о границама/правилима кривице/одговорности и кажњивости саучесника нехат одређују као облик кривице саизвршилаца, вид. чл. 32 ст. 1 КЗ БиХ и чл. 40 ст. 1 КЗ РС.

[40] Kazneni zakon Republike Hrvatske, *Narodne novine RH,* br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21.

[41] Кривични законик Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019. У питању је један од елемената (заједно са „битношћу“ друге радње) путем кога је прецизирана дотадашња одредба о саизвршилаштву, вид. Станко Пихлер, „Новеле општих установа у кривичном законодавству Србије“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду* 3/2005, 52.

[42] Упор. Feješ Ištvan, „The evolution of the Serbian criminal legislation: from the beginning of the transition until the new Criminal code“*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1 – 2/2007, 180.

уређења нехатног саизвршилаштва различити, оба законодавца се налазе на линији савремених схватања која данас признају могућност његовог постојања.

С тим у вези, кривична законодавства у Босни и Херцеговини (осим одредбе у којој је нехат одређен као облик кривице саизвршиоца) требало би да садрже и одредбу или барем дио одредбе који уређује нехатно саизвршилаштво, у смислу додатног прецизирања овог института. Тиме би се уједно допринијело разрјешењу апорије у вези са евентуалном (не)могућношћу урачунавања посљедице привидним (самосталним) извршиоцима зато што сваки од њих одговара само за оне радње које је предузео. Најбољи модел би можда представљало комбиновање законских рјешења. Тако би у дефинисању саизвршилаштва у дијелу одредбе који се односи на начин остварења саизвршилачког учешћа учествовањем у радњи извршења трбало додати да се то чини „*са умишљајем или из нехата*“. На тај начин би се нагласило да се саизвршилаштво из нехата може остварити само заједничким предузимањем радње извршења кривичног дјела. Нехатно предузимање друге радње којом се на битан или одлучујући начин доприноси извршењу кривичног дјела је искључено. Поред овога, није на одмет предвидјети у посебном ставу и шта је есенција овог облика саизвршилаштва и прописати да саизвршилаштво учињено из нехата почива на „*заједничкој повреди дужне пажње*“.[43]

Најозбиљнију критику ипак треба упутити рјешењу садржаном у КЗ БиХ (чл. 180 ст. 1), путем којег законодавац, по узору на рјешење педвиђено у Статуту МКСЈ, имплементира екстензивно схватање извршиоца кривичног дјела, иако у одредбама општег дијела (чл. 29) супротно томе уређује саизвршилаштво. Ми једноставно нисмо наишли на слична кривичноправна рјешења. Треба признати да би извјесну противтежу могао имати аргумент да је *raison d'etere* њеног постојања усмјереност ка најтежим кривичним дјелима којима се штити човјечност и вриједности заштићене међународним правом. Но, њена егзистенција је изњедрила, како се и увидјело, три правца примјене у пракси Суда БиХ.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Саизвршилаштво у кривичном законодавству у Босни и Херцеговини једним дијелом се налази на линији савремених кривичноправних схватања, а то је дио у коме се оно одређује као општи институт. Рјешење се креће,

[43] За постојање нехатног саизвршилаштва неопходно је да се испуне три услова: саизвршиоце треба да повезује објективно иста дужна пажња, они треба да поступају супротно њиховој заједничкој дужној пажњи и на крају услов дужне пажње треба да се подједнако односи на сва лица која имају статус (са)извршиоца, вид. Bettina Weißer, „Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?“, *Juristen Zeitung* 5/1998, 236 – 237.

додуше у већој или мањој мјери, у правцу Теорије власти над дјелом. За разлику од овога, дискутабилно рјешење (у смислу мјешовитог модела саизвршилаштва) присутно је у КЗ БиХ. Законска одредба из општег дијела на линији је промишљања које проситиче из кривичноправне доктрине евроконтиненталног права. Међутим, у одредбама посебног дијела садржана је атипична одредба која је примјетна у међународном кривичном праву, тј. у Статуту МКСЈ. У њеној суштини се налазе удружени злочиначки подухват и командна одговорност, и то само у односу на одређена кривична дјела против човјечности и вриједности заштићених међународним правом. Увођењем доктрине удруженог злочиначког подухвата и одбацивањем схватања према коме се (са)извршиоцем сматрају искључиво лица која су остварила функционалну власт над дјелом, границе саизвршилаштва су практично помјерене на све учеснике у остварењу кривичног дјела. Штавише, овако уређен кривичноправни институт, није подржан јединственом праксом Суда Босне и Херцеговине, па се како смо и истакли јављају различити стандарди у његовој примјени.

Поред предочене критике, истакнут је још један недостатак у уређењу овога института у смислу изостанка законског регулисања нехатног саизвршилаштва. Јасно је да је могућа његова нехатна конструкција, она само није утемељена на истим елементима као умишљајно саизвршилаштво. Везана је за радњу извршења кривичног дјела (а не њен еквивалент) и по природи ствари не почива на заједничкој одлуци за његово извршење. Кривично законодавство у Босни и Херцеговини нехат не везује за радњу саизвршилачког учешћа већ га предвиђа као облик кривице саизвршилаца. Може се рећи да овакво рјешење оставља могућност његовог признавања, с тим што би се овај облик саизвршилаштва могао уредити и у самој одредби у којој се саизвршилаштво и дефинише.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Adolf Schönke, Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München 2010.

Bettina Weißer, „Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?“, *Juristen Zeitung* 5/1998, 230–239.

Claus Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Band 2 (Besondere Erscheinungsformen der Straftat)*, Verlag C. H. Beck, München 2003.

Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, De Gruyter, Berlin–New York 2006.

Feješ Ištvan, „The evolution of the Serbian criminal legislation: from the beginning of the transition until the new Criminal code“*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1–2/2007, 171–186.

Franjo Bačić *et al., Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federaativne Republike Jugoslavije,* Savremena administracija, Beograd 1978.

JoachimVogel, “How to determine Individual Criminal Responsibility in Systemic Context: Twelve Models“, *Cahiers de défense sociale* 16, 152–169.

Klaus Geppert, „Die Mittäterschaft (25 Abs. 2 StGB)“, *JURA – Juristische Ausbildung,* 33(1), 30–38.

Miloš Babić, Ivanka Marković, *Krivično pravo opšti dio,* Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci 2019, 287–288.

Miloš Babić, „Materijalno krivično zakonodavstvo u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini“, *Crimen* VII(3), 291–310.

Miloš Babić, „Saučesništvo u krivičnom djelu“, *Pravna riječ* 37, 193 – 213.

Stefan Grabow, Stefan Pohl, „Die Sukzessive Mittäterschaft und Behilfe“, *JURA – Juristische Ausbildung* 9, 656–661.

Wolfgang Schomburg, „Sudska praksa o ujedinjenom zločinačkom poduhvatu (UZP) – ponovni osvrt na jednu priču bez kraja“, *Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo* 3(5), 12–32.

Драгана Васиљевић, „Саизвршилаштво и теорија власти над дјелом – (Mit)tatherschaftslehre“, *Српска правна мисао* 49(22), 227–244.

Драгана Васиљевић, *Саизвршилаштво – кривичноправни и криминолошки аспект*, Докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Новом Саду 2021.

Наташа Делић, „Неке дилеме у вези законског појма саизвршилаштва“, *Ревија за криминологију и кривично право* (47)3, 251–272.

Недељко Јованчевић, *Подстрекавање-облик саучесништва и самостално кривично дело,* Службени гласник, Београд 2008.

Станко Пихлер, „Новеле општих установа у кривичном законодавству Србије“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду* 3/2005, 41–58.

* * *

Кривични законик Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 63/17.

Кривични закон Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 и 37/13.

Кривични законик Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 37/01.

Кривични закон Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 08/10, 47/14, 22/15 и 40/15.

Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине ФБиХ*, бр. 36/2003, 21/2004 – испр., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 и 75/2017.

Кривични закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, *Службени гласник БД БиХ*, 19/2020.

Кривични законик Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

Кривични закон Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, *Службени лист СФРЈ*, бр. 44/76.

Kazneni zakon Republike Hrvatske, *Narodne novine RH,* br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19 i 84/21.

Пресуда Суда БиХ бр.: S1 1 K 011128 12 KrI од 28. октобра 2014., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=2014&odjel=1&vrsta=1&keyword*, 03. јануар 2022.

Пресуда Суда БиХ бр.: S1 1 K 007209 12 Kri од 18. јануара 2013., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=2013&odjel=1&vrsta=1&keyword*, 03. јануар 2022.

Пресуда Суда БиХ бр.: S1 1 K 003372 10 KrI од 15. јуна 2012., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=2012&odjel=1&vrsta=1&keyword*, 02. јануар 2022.

Пресуда Суда БиХ бр.: S1 2 K 009155 12 K од 22. јуни 2012., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=2012&odjel=1&vrsta=1&keyword*, 15. септембар 2019.

Пресуда Суда БиХ бр.: S1 1 K 003365 09 Krl од 28. јуна 2012., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=0&odjel=0&vrsta=0&keyword=Ze%C4%8Devi%C4%87*, 31. децембар 2021.

Пресуда Суда БиХ бр.: H-K-08/649-1 од 26. фебруара 2010., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=2010&odjel=2&vrsta=1&keyword,* 15. септембар 2019.

Пресуда Суда БиХ бр.: H-KRŽ-06/243 од 22. септембра 2010., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=0&odjel=0&vrsta=0&keyword=Lazarevi%C4%87+Sreten*, 15. септембар 2019.

Пресуда Суда БиХ бр.: S1 1 K003472 09 KrI (X-KR-08/549) од 21. децембра 2010., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=2010&odjel=1&vrsta=1&keyword=*, 30. децембар 2021.

Пресуда Суда БиХ бр.: KRŽ-07/405 од 02. септембра 2008., *http://www.sudbih.gov.ba/pretraga/odluke?odluke=1&godina=0&odjel=0&vrsta=0&keyword=Vukovi%C4%87+Ranko*, 15. септембар 2019.

Dragana Č. Vasiljević
University of Banja Luka
Faculty of Security Studies
dragana.vasiljevic@fbn.unibl.org

Co-Perpetration in Criminal Legislation in Bosnia and Herzegovina

Abstract: *In the criminal legislation in Bosnia and Herzegovina, the participation of several persons in the commission of a criminal offense is regulated in the provisions of the general parts of Criminal Codes in accordance with the restrictive notion of the perpetrator. (Co)perpetration is clearly separated from complicity, where the starting point is the principle of limited accessory. In addition to the above, the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina contains a solution based on the monistic understanding of the perpetrator, thus accepting the extensive-restrictive model of perpetration. Author pays attention to the legal regulation of the model of co-perpetration in the criminal legislation in Bosnia and Herzegovina.*

Keywords: *co-perpetration, criminal legislation, Bosnia and Herzegovina.*

Датум пријема рада: 22.02.2022.
Датум прихватања рада: 09.06.2022.

Оригинални научни рад 340.130:342.565.2(497.11)
doi:10.5937/zrpfns56-37666

Брано Ђ. Хаџи Стевић
Универзитет у Источном Сарајеву
Правни факултет
brano.hadzi.stevic@pravni.ues.rs.ba

НАЧЕЛО КОХЕРЕНТНОСТИ У ОДЛУКАМА УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ О ЈЕДИНСТВУ ПРАВНОГ ПОРЕТКА

***Сажетак**: Устав Републике Србије у 4. и 194. члану прописује да је правни поредак Србије јединствен. Тумачећи то уставно начело, Уставни суд Србије је развио доктрину о разликовању системских и обичних закона, утемељену на примату системских закона у односу на обичне. Обични закон мора да буде у складу са системским јер је у супротном неуставан. Образлажући свој став, Уставни суд тврди да уставно начело налаже да сви закони буду у складу (конзистентност) и да делују у истом правцу (кохерентност). Анализираћемо начело кохерентности, његово однос са конзистентношћу и затим те увиде применити на доктрину Уставног суда, у настојању да одредимо основаност таквог разликовања. Основна хипотеза од које се полази у раду је да Уставни суд начелу јединства правног поретка придаје апсолутни примат, што сматрамо аксиолошки прихватљивим али неприхватљивим са позитивноправног аспекта, будући да то начело мора да се посматра у светлу других начела, а посебно у светлу начела поделе власти.*

***Кључне речи:** Уставни суд Србије, јединство правног поретка, системски и обични закони, начело кохерентности, начело конзистентности.*

1. УВОД

Начело хијерархије правних акта подразумева да нижи правни акти буду у складу с вишим правним актима, тј. начело хијерархије је неодвојиво повезано са правном снагом. Оно би подразумевало да сви акти слабије правне снаге морају да буду у складу са уставом, а да би се очувало врховништво устава, у многим државама се прописује постојање посебног контролора уставности – уставног суда. Међутим, упоредноправно, није реткост ни

то да постоје закони различите правне снаге – обични закони, органски закони, основни закони, итд. Устав Републике Србије[1], уз посебно место које имају два акта,[2] предвиђа да су сви закони једнаке правне снаге (међу њима нема односа хијерархије), али прописује да је правни поредак Републике јединствен (у члановима 4. и 194.). *Prima facie*, не јављају се недоумице у вези с правном снагом закона, али се поставља питање да ли начело јединства правног поретка налаже друкчији приступ? Да ли, примера ради, распон новчаних казни које прописује закон о прекршајима може да се мења другим актом који прописује прекршаје? Став Уставног суда Републике Србије је да начело јединства[3] правног поретка налаже разликовање системских и обичних закона, будући да све норме и сви акти који чине правни поредак треба да буду у складу и да дејствују у истом правцу. Дакле, Уставни суд тумачењем тог начела уводи законе различите правне снаге у правни поредак, позивајући се на начела кохерентности и конзистентности. У редовима пред нама настојаћемо да, кроз призму начела кохерентности, анализирамо став Уставног суда у вези с начелом јединства правног поретка, да бисмо утврдили (не)основаност таквог разликовања. Основна хипотеза од које се полази у раду да Уставни суд заузима аксиолошки прихватљив став, али да начело кохерентности не може да има апсолутни примат у односу на друга начела, а посебно у односу на начело поделе власти. У настојању да то докажемо, прво ћемо да говоримо о кохерентности уопште и кохерентности права, а затим ћемо те увиде да применимо на расуђивање Уставног суда Србије у одлукама о јединству правног поретка.

2. НАЧЕЛО КОХЕРЕНТНОСТИ

2.1. Појмовно одређење и однос са конзистентношћу

Кохерентност се обично одређује кроз призму повезаности делова одређене целине, па сматрамо важним да концептуално одредимо кохерентност,

[1] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

[2] Устав у члану 182. помиње „посебни закон“ о суштинској аутономији Аутономне покрајине Косово и Метохија (доноси се по поступку предвиђеном за промену Устава), док се у члану 205. помиње „уставни закон за спровођење промене Устава“ (доноси се двотрећинском већином од укупног броја посланика). Њихова посебност произлази из (1) поступака по којима се доносе и (2) инструменталне улоге коју имају, а наша тврдња да су у правном поретку Србије закони једнаке правне снаге подразумева чињеницу да Устав не предвиђа хијерархијски однос једних закона према другим законима – а Уставни суд својим одлукама управо то уводи у домаћи уставни систем.

[3] Устав прописује да је правни поредак јединствен па би требало из тога да произлази начело јединствености правног поретка а не начело јединства. Вид. Г. Дајовић, „О међусобној неусклађености закона“, *Демократска транзиција Србије* (ур. Бојан Вранић, Горан Дајовић), Београд 2016, 45 фн. 19.

а затим и правну кохерентност. Концепт кохерентности подразумева однос већег броја чинилаца. У свакодневном говору, кохерентним се сматра оно што има природни или логички склад, целовитост и сувислост,[4] односно кохерентан је онај који се држи заједно тако да се „стање једног потпуно слаже са стањем другог".[5] Редактори филозофских речника кохерентност поимају првенствено као повезаност, и то: у онтологији и епистемологији је то повезаност свега бивствујућег, а у теорији истине кохерентност је критеријум провере истине кроз навођење односа појединачних феномена према некој целини.[6] Такође, исти аутори говорећи о кохерентности помињу и логичку спојивост међу исказима унутар система исказа међу којима влада непротивречност,[7] што је приближавање кохерентности и конзистентности. Стога, кохерентност представља постојање усклађености између елемената неког система, што *eo ipso* представља вредност система.[8] На основу везе једног елемента са другим елементима, расуђујемо о његовом значењу и месту у систему. Она подразумева „квалитет процеса у којем су у идеалним условима субјекти здружени у процедуру постизања позитивних веза"[9] као да је у питању „слагалица чији се делови уклапају", како сликовито објашњава Мекормик (*MacCormick*).[10] Понекад се кохерентност доводи у везу са рационалношћу[11] и исправношћу.[12] Печеник (*Peczenik*) тврди да размишљање о практичним проблемима подразумева да се ставови уобличе у кохерентан систем, будући да закључак до којег се долази мора да произлази из кохерентног низа тврдњи.[13]

---

[4] Иван Клајн, Милан Шипка, *Велики речник страних речи и израза,* Нови Сад 2006, 666.

[5] Милан Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд 1980, 475.

[6] Арним Регенбоген, Уве Мајер, *Речник филозофских појмова*, БИГЗ, Београд 2004, 293. Кохерентност је „међуприпадност појединих елемената и фактора". Вид. Владимир Филиповић *et al.*, *Филозофски рјечник*, Накладни завод Матице Хрватске, Загреб 1989, 170. Такође вид. Simon Blackburn, *Oxford Dictionary of Philosophym,* Oxford 2005, 65. и Andrei Marmor, „Coherence, Holism, and Interpretation: The Epistemic Foundations of Dworkin's Legal Theory", *Law and Philosophy* 10/1991, 386–387.

[7] А. Регенбоген, У. Мајер, 294.

[8] Мекормик говори о повезаности вредности и кохерентности. Вид. Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory,* Oxford 1978, 107.

[9] Dunja Duić, „Koncept koherentnosti u pravu Europske unije", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 3-4/2015, 543.

[10] N. MacCormick (1978), 90.

[11] О међузависности теорије рационалности и теорије кохерентности, те о поимању рационалног мишљења као баланса између бројних критеријума кохерентности вид. Aleksander Peczenik, *On Law and Reason,* Dordrecht 2008, 131. и 146.

[12] „Кохерентност је централни елемент који обједињује појмове оправдања, рационалности и исправности." – *Ibid.*, 145.

[13] A. Peczenik (2008), 164–170. Кохерентност је уско везана са холизмом, с обзиром на то да холистички приступ истиче системски природу знања, одбијајући да примењује тачно-нетачно као критеријум – закључивање се темељи да утврђивању глобалних веза у некој

С друге стране, кохерентност не треба изједначавати с конзистентношћу[14] али не треба их ни оштро супротстављати. У речницима се конзистентност одређује као чврстина, збијеност, сажетост, постојаност,[15] јача или слабија повезаност састојака.[16] Филозофско значење које се приписује речи конзистентност је следеће: то је група исказа који су, посматрани у целини, тачни, односно формалнологички се ради о систему у којем не постоји истовремено исказ и његова негација.[17] Дакле, конзистентност бисмо могли да одредимо као одсуство контрадикторности унутар неког система. Она се односи на „карактер неких исхода или стања која су компатибилни или некомпатибилни".

Кохерентност је својство неке целине чији делови делују у истом правцу доприносећи остварењу једне или више вредности, док конзистентност представља својство делова (елемената) неке целине који унутар себе нису контрадикторни и који доприносе остварењу вредности коју оличава целина, тј. сви делови су у служби остварења те вредности. Кохерентност се увек односи на систем[18] а конзистентност се увек односи на делове. Пошто између система и његових делова постоји веза и пошто је систем више од дела, тако је и кохерентност више од конзистентности.[19]

области знања. Вид. Aldo Schiavello, „On Coherence and Law": An Analysis of Different Models, *Ratio Juris* 2/2001, 233–234. Слично тврди и Раз јер холизам подразумева да „све зависи од свега (*everything depends on everything*)", а ако је то тако, „како да разликујемо истините и неистините тврдње ако не помоћу теста кохерентности?" Вид. Joseph Raz, „The Relevance of Coherence", *Boston University Law Review* 2/1992, 274.

[14] „Конзистентност је најосновнији захтев или предуслов кохерентности." – A. Peczenik, 310. „За јасно одређење појма кохерентности кључно је његово претходно разграничење или изједначавање с појмом кохерентности." То нису појмови који су „међусобно замењиви али може се сматрати да се међусобно ојачавају." – D. Duić, 541–543. О нужности разликовања вид. N. MacCormick (1978), 106. и Neil MacCormick, „Coherence in Legal Justification", *Theory of Legal Science* (ed. Alexander Peczenik, Lars Lindahal, Bert van Roermund), Lund 1984, 235. Вид. и A. Marmor, (1991), 385.; A. Schiavello, 235–236.; Luc Wintgens, „Coherence of the Law", *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 4/1993, 484–490. и Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously,* Cambridge-Massachusetts 1978, 110–131. који говори о судији Херкулесу, трагачу за најбољим решењем.

[15] И. Клајн, М. Шипка, 646.

[16] М. Вујаклија, 450.

[17] S. Blackburn, 75.

[18] „The more the statements belonging to a given theory approximate a perfect supportive structure, the more coherent the theory." – A. Peczenik, 132 и даље. Печеник наводи десет аспеката *supportive structure* који указују на то да је једна теорија кохерентна. Критички осврт на то вид. у *Interpretation and Coherence in Legal Reasoning,* доступно на *https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/,* 13. април 2022.

[19] „Кохерентност је више од логичке конзистентности... Конзистентност је нужан али недовољан услов кохерентности." – A. Peczenik, 131. Винтгенс сматра да бисмо уместо кохерентности и конзистентности могли да говоримо о интерној (која је блиска конзистентности и темељи се на правилима специјалности, хронологије и хијерархије) и екстерној

2.2. Кохерентност права и кохерентност у праву

Право можемо да посматрамо на различите начине, а прворазредни значај за нашу тему има схватање да је право „логични сређена и непротивречна целина многобројних норми,[20] које се све држе међусобно и зависе једна од друге".[21] На први поглед, право је хрпа општих и појединачних норми, али један од важнијих задатака који се поставља пред *део* правника је да изграде од те хрпе целину.[22] Уставни суд Србије је својом одлуком, позивајући се на кохерентност права, преузео на себе задатак који је првенствено у надлежности правне науке.[23] Ова тврдња има велики значај за наш рад с обзиром на то да није примарни задатак судија уставних судова (и правника практичара) да стварају кохерентну целину него је то, првенствено, задатак правне науке (доктрине). Иако ставови правне науке немају карактер

рационалности (која је блиска кохерентности и тиче се циљева правила, њихове моралне прихватљивости, итд.) као појавим облицима рационалности уопште. О томе вид. L. Wintgens, 487–488. О односу дела и целине као квазилогичком аргументу вид. Јасминка Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, Београд 2006, 75–76. и 122–123.

[20] Традиционално, правило понашања чију примену обезбеђује држава се назива правном нормом, али једно од значајнијих савремених разликовања у теорији је оно између правне норме и правног текста (тј. правне одредбе). У изворима права се налазе нормативни искази (правне одредбе), а пошто су они подложни различитим значењима, одабиром једног од тих значења се ствара правна норма. Дакле, савремени је став да је норма у ствари значење до којег се долази полазећи од правног текста и да норму ствара тумач.

[21] Радомир Д. Лукић, *Увод у право*, Београд 1995/2019, 327. Док о кохерентности права говоримо мислећи на систем права, дотле се конзистентност тиче односа између правних норми.

[22] „Задатак правне науке је да створи ту целину, да цео правни материјал среди по извесним критеријумима." – Р. Д. Лукић, 327. „Научно проучавање права пружа систематизовано излагање о правилима и принципима" којима се регулишу друштвени односи, анализирање „односа између правила и принципа унутар система", отклањање противречности међу њима и „евентуално, пожељна решења регулисања друштвених односа". Вид. Г. Дајовић, „Проучавање права – правна наука, теорија и филозофија", *Правни записи* 2/2017, 227. и A. Peczenik, 145. Дворкин сматра да и практичари и теоретичари праву приступају на исти начин јер нема оштре линије разграничења између теорије и праксе. Вид. Горан Дајовић, „Природа правне теорије Роналда Дворкина", *Наслеђе правне и политичке филозофије Роналда Дворкина* (ур. Биљана Ђорђевић, Милош Здравковић), Београд 2015, 85–87.

[23] „Судови и управни органи немају задатак да систематизују правни поредак."– Aulis Aarnio, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Dordrecht 2011, 177. Задаци правне науке могу да се сведу на два основна: дескрипција и систематизација. Систематизација подразумева „свођење хаотичног и комплексног скупа норми и принципа на простији и сређен систем", тј. смештање делова у складну целину, а у праву она је „сређивање протумачених важећих норми и правних принципа у једну логички сређену и непротивречну целину која се назива правни систем." Вид. Г. Дајовић 2017, 229–230. и A. Aarnio, 177–184. Такође вид. Mark van Hoecke, *Legal Doctrine: Which Method(s) for What Kind of Discipline*?, Oxford 2011, 1–18 и A. Peczenik, 145. Занимљиво је и то да ли је на уставносудско развијање доктринарне конструкције о системским и обичним законима утицао састав Уставног суда Србије – међу судијама су и академски правници.

формалних извора права, ипак имају епистемички значај.[24] Њен је задатак да обрађује важеће право и то обавља кроз догматичко излагање садржаја права и његово објашњавање, али и „оцењујући га с гледишта праксе и предлажући како би га требало променити".[25] То не значи да су судови увек лишени задатка да воде рачуна о кохерентности, па тиме долазимо до различитих еманација кохерентности у праву и разликовања кохерентности права као целине (тј. система) и кохерентности у праву (кохерентности правног поретка).

Целокупно право треба да представља кохерентну целину, али у оквиру њега као метакохерентног и уобличеног од стране академских правника, разликујемо неке појавне облике кохерентности којима се *обликује правни поредак* (односно његов нормативни елемент). Сматрамо да бисмо могли да разликујемо три врсте кохерентности *у праву*: кохерентност у стварању права (стваралачка), кохерентност у тумачењу права (интерпретативна) и кохерентност у пресуђивању (пресуђујућа).[26] О првој рачуна води законодавац, а о другој и трећој рачуна воде судије и други примењивачи права.[27] Стваралачка кохерентност подразумева да законодавац при доношењу нових општих правних аката мора да води рачуна о њиховој усклађености са другим актима који су већ ступили на снагу.[28] Интерпретативна кохерентност се односи на систематско тумачење (повезаност међу правним одредбама), док се пресуђујућа кохерентност односи првенствено на прецедентно право, у смислу усклађености потоње одлуке са ранијим одлукама. Најважније за наш рад су кохерентност права као целине и интерпретативна кохерентност, али с обзиром на значај одлука уставних судова, јасно је да тумачење уставног

---

[24] Како се то понекад каже, у питању су легитимне детерминанте судијског тумачења. Вид. Бојан Спаић, *Природа и детерминанте судијског тумачења права*, Београд 2020, 147–178.

[25] Р. Д. Лукић, 188.

[26] И други аутори тврде да је корисно разграничити кохерентност правног система у односу на кохерентност у тумачењу. Вид. A. Aarnio 144. Мекормик говори о нормативној и наративној кохерентности (да ли је реч о усклађености правила и принципа или о доказима у конкретном случају). За наш рад је релевантна само нормативна кохерентност, будући да се не бавимо усклађеношћу доказа у судском поступку, што је суштина наративне кохерентности. Вид. N. MacCormick (1984), 245–249. и Amalia Amaya, „Coherence, Evidence, and Legal Proof", *Legal Theory* 19/2013, 1–43.

[27] Неспорно је да академски правници приликом изградње правног система нужно морају и да тумаче позитивно право, па они делом задиру и у оно што је задатак практичара, првенствено судија. Дакле, и академски правници ће системски да тумаче законе али то чине *in abstacto* док судије то чине *in concreto*.

[28] Наравно, то не значи да сви закони морају да буду у складу. Сваки правни систем подразумева и постојање посебних закона који на друкчији начин уређују поједина питања у односу на генерални закон. Међутим, и у таквим случајевима решења су развијена од стране правне науке и изражена кроз формуле о решавању сукоба међу нормама. О томе ћемо још да говоримо приликом анализе деловања Уставног суда.

суда има утицај и на законодавца који води рачуна о стваралачкој кохерентности. Коначно, Уставни суд Србије тумачење уставног начела о јединству правног поретка у низу одлука примењује, па можемо да кажемо да је развио својеврсну доктрину тумачења,[29] тако да одговарајуће место припада и пресуђујућој кохерентности. Уставни суд је тумачењем Устава Србије настојао и да уобличи правни поредак и допринесе систематизацији права: док је прво сигурно задатак тог органа, друго је претежан задатак правне науке.

О кохерентности права као целине говоре Мекормик и Дворкин (*Dworkin*), први је називајући нормативном кохерентношћу а други говорећи о праву као интегритету.[30] Мекормик помиње нормативну кохерентност казујући да је она питање „заједничке потчињености скупа закона одређеној вредности или вредностима и одсуство сукоба са другим релевантним вредностима, попут правде".[31] За скуп неких правила можемо да кажемо да је кохерентан уколико сва представљају оличење неког вишег принципа, па је кохерентност неодвојиво повезана са принципима.[32] Будући да се принципима исказују

[29] Доктрине тумачења и теорије тумачења нису синоними. Теорије тумачења описују шта тумачење *јесте* – да ли је оно сазнајна или стваралачка и вољна активност, док доктрине (некад се називају нормативним теоријама тумачења) описују како *би требало* да се тумачи.

[30] Неки аутори који тврде да је кохерентност за Мекормика само интерпретативни алат док за Дворкина она има много шири значај. Вид. A. Schiavello, 233, 235–236 и 240.

[31] N. MacCormick (1978), 236. Он наводи хипотетички пример закона који различита ограничења брзине прописује за аутомобиле различите боје, питајући се да то има смисла (*make sense*) и да ли постоји нека заједничка вредност која то оправдава? Ако пођемо од тога да саобраћајним правилима треба да се забране све активности које угрожавају људски живот, смислено је да се ограничи брзина али *не по сваком основу.* На другом месту, Мекормик разматра интерпретативну кохерентности, говорећи да она, тако схваћена, подразумева да „мноштво правила треба да имају смисла када се свеукупно посматрају". Вид. MacCormick 1978, 152. Такође вид. N. MacCormick (1978), 106: „The basic idea is of the legal system as a consistent and coherent body of norms whose observance secures certain valued goals which can intelligibly be pursued all together." Осврт на Мекормиково схватање кохерентности и конзистентности даје Фетерис. Вид. E. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation*, Dordrecht 1999, 85–88.

[32] И ова тврдња има велики значај за даљу анализу. Интерпретативној кохерентности не може да се припише апсолутни примат, како то Печеник чини у свом делу *On Law and Reason*, будући да сваки принцип мора да се одмерава са другим принципима а за нашу тему је важан принцип поделе власти. Дакле, принцип јединства правног поретка *мора* да се посматра у односу на принцип поделе власти. С обзиром на природу принципа, ниједном од њих не може да се припише апсолутност. Нпр. принцип конзистентности би налагао одсуство контрадикторности, али то не значи да је право у сваком аспекту конзистентно. Међутим, академски правници су изграђујући систем права дошли до такозваних колизионих формула којима се омогућује сапостојање норми које су контрадикторне. Нпр. општи закона важи увек кад не постоји специјални закон. Кохерентност с принципима у везу доводи и Раз. Вид. J. Raz, 290–297. Проблеме некохерентности и неконзистентности (које имају морално утемељену важност), по мишљењу Винтгенса, треба да решавају судије или законодавац, па ове вредности имају изведен (*derived*) а не оригинаран карактер. Вид. Luc Wintgens, 490–493.

циљеви (они су оптимизујуће команде)[33] и да се њиховим прописивањем настоје остварити одређене вредности, то значи да постоји једнакост између вредности и принципа. Мекормик сматра да сваки систем практичког резоновања почива на принципима који дуготрајном применом у пракси рађају конзистентна правила (као остварења циљева који су исказни принципом).[34] На основу тога, кохерентност права би представљала смислен скуп правних одредаба које чине рационалну целину, односно она је остварење вредности које право претендује да оствари (тј. остварење правних принципа). Кохерентност права представља његову заснованост на принципима из којих се дедукују сва остала правила, која одликује конзистентност.[35] Академски правници би требао да утврде који принципи би требало да се правом остваре, које норме представљају оличење којих принципа и да све принципе ускладе и подведу под врховни принцип или више основних принципа. А правници практичари би требало да, решавајући конкретне случајева, воде рачуна о реализацији тих принципа у конкретним случајевима.[36]

Дворкин право поима као интерпретативну праксу и као скуп правила и принципа (и једно и друго су правне норме). Међу њима постоји логичка разлика: правила се примењују по принципу све-или-ништа, а принципи имају одређену тежину (важност) и они се одмеравају са другим принципима. Кохерентност права Дворкин посматра кроз призму вредности које је право позвано да оствари[37] – то су врховне правне и морално-политичке

[33] „Принципи су норме које налажу да се нешто оствари у највећој могућој мери, онолико колико је стварно и правно то могуће. Они су, према томе, оптимизујуће команде.“ – Robert Alexy, „On the Structure of Legal Principles“, *Ratio Juris* 3/2000, 295–296. Принципи морају да се одмеравају са другим принципима (имају одређену тежину), док се правила напросто примењују или не примењују – она представљају дефинитивне команде. „Свака норма је или правило или принцип.“ – *Ibid*. За Алексија су правила средстава за остваривање вредности, док су принципи саме те вредности.

[34] N. MacCormick (1984), 236–237. „Принципи установљавају вредности или политике којима правила треба да служе.“ – Barbara Baum Levenbook, „The Role of Coherence in Legal Reasoning“, *Law and Philosophy* 3/1984, 356.

[35] Ипак, неки теоретичари умањују значај права као целине (називајући то глобалном кохерентношћу) и акценат стављају на тзв. локалну кохерентност. Вид. J. Raz, 310. и B. Levenbook, 371. Нпр. за тумачење у вези с правним пословима релевантни су принципи уговорног права, а не права као целине. Скијавело тврди да се Разов став може тумачити на више начина. Вид. A. Schiavello, 238–239.

[36] Мекормик говори о хијерархији која се гради у вези с кохерентношћу. Најниже место заузимају правне норме, изнад њих су принципи/вредности који се остварују тим нормама, изнад њих су још виши принципи/вредности и на врху се налази врховна вредност: стварање задовољавајућег основа за суживот. Вид. N. MacCormick (1984), 238. О пет фаза у процесу правног расуђивања вид. Susan Lynn Hurley, „Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent“, *Oxford Journal of Legal Studies* 2/1990, 223–224.

[37] Мармор каже да Дворкин поима кохерентност као инструменталну вредност политичке моралности. Вид. A. Marmor, 391.

вредности попут правде, правичности[38] и непристрасног поступка, које, свеукупно посматрано, чине право системом.[39] Кључну улогу у остварењу тих принципа Дворкин приписује судији[40] који је Херкулес и који мора да има на уму да свој посао обавља бивајући само једна карика у низу – он је као коаутор дела који напросто мора да води рачуна о оном што је већ речено да би дело које настаје било једна целина.[41] Дакле, Дворкин указује на неодвојиву повезаност кохерентности права, интрепретативне и пресуђујуће кохерентности, иако пренаглашава улогу судије (која је, уистину, сложенија у англосаксонском праву), говорећи да принцип интегритета тражи од судије да изгради (*to make the law*) право као кохерентну целину,[42] а утврдили смо да је то првенствено задатак правне науке.

Кохерентност права као целине је неодвојиво повезана с интерпретативном кохерентношћу (што нарочито Дворкин наглашава), али постоји и разлика: прву кохерентност примарно гради наука[43] а другу граде судови (као парадигме правног расуђивања и тумачења у оквиру правног расуђивања). Интерпретативна кохерентност представља у ствари основ за систематски

---

[38] Често се правда и правичности изједначавају, и то неоправдано. Правда је синоним за општост и једнакост у поступању, а правичност је исправљање општости правне норме *in concreto* у случају кад би доследна примена довела управо до неправедних последица. Правичност није вредност која је супротна правди, штавише, она је правда у свом пуном капацитету, односно „ово двоје није ни апсолутно идентично“ нити „различито по појмовној врсти“, него је правично „боље од извесног облика праведности и само је праведно“. Вид. Аристотел, *Никомахова етика,* Сремски Карловци – Нови Сад 2003, 113–115.

[39] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge–London 1986, 243. „Позивање на кохерентност није увек довољно да се оправда одлука.“ О томе, критици Дворкиновог глобалнокохерентистичког приступа, те аргументима у прилог локалне кохерентности вид. B. Levenbook, 371–374.

[40] Дворкин акценат ставља на пресуђивање, па је код њега и кохерентност првенствено расправљена у оквиру теорије пресуђивања која описују поступање у судској пракси. Судијин задатак није да створи ново право (што је једна од основних теза утемељена на критици тезе о дискреционој власти судије коју заговарају позитивисти) него треба да нађе *најбоље* решење откривајући га у позитивном праву.

[41] О аналогији између посла писца и судије као карика у ланцу вид. Ronald Dworkin, „Law as Interpretation“, *Texas Law Review* 527/1982, 540–546. Дворкин говори о трофазној конструктивној интерпретацији: фази прединтерпретације, интерпретације и постинтерпретације. О томе детаљније вид. Г. Дајовић (2015), 84., B. Levenbook, 366. и A. Marmor, 394–401.

[42] R. Dworkin (1986), 251.

[43] Винтгенс разматра кохерентност са аспекта теоријског расуђивања и са аспекта практичког расуђивања, и то кроз призму идеје о савршено кохерентном (и конзистентном) правном систему. По његовом мишљењу, то је нужно јер с аспекта практичког расуђивања, кохерентност неће бити доведена питање иако је понека неконзистентност присутна – не постоји савршен правни систем. Вид. L. Wintgens, 485.

аргумент[44] о којем би требало да воде рачуна судије приликом решавања конкретних случајева. Она би подразумевала да судија не решава спор који се пред њим налази на основу једне правне одредбе, посматрајући је изоловано. Она је увек део нечег ширег – део неког члана, одељка, главе, закона, низа закона који уређују једну ширу (нпр. кривичноправну) област друштвених односа и на крају део правног система.[45] Користећи се резултатима правне науке (која из низа одредаба долази до правних установа, правних грана, правних области, итд. стварајући систем права), судија приписује значење неком правном тексту нужно имајући на уму да је тај текст део целине.[46] Тако је за расуђивање Уставног суда релевантно: место одредбе из става 1. који прописује да је правни поредак јединствен, чињеница да то није једини став у члану 4. Устава, прописивање спорне одредбе у оквиру начела устава, помињање истог текста о јединству правног поретка и у оквиру дела о уставности и законитости, итд. На одговарајућем месту ћемо да систематски анализирамо одредбе да бисмо утврдили (не)основаност расуђивања Уставног суда.

3. НАЧЕЛО ЈЕДИНСТВА ПРАВНОГ ПОРЕТКА

3.1. Двоструко помињање уставне одредбе о јединству правног поретка

Уставна одредба о јединству правног поретка се у истоветном облику понавља на два места у Уставу Републике Србије – у оквиру начела устава и у оквиру дела о уставности и законитости. Аргумент економичности подразумева да не постоји сувишна одредба, дакле не постоје две одредбе који имају идентично значење а део су истог правног поретка.[47] На први поглед се јављају недоумице о значењу, будући да језичким тумачењем

[44] „Систематско тумачење је утврђивање значења правне норме помоћу везе између ње и свих осталих норми које чине правни систем“ јер је свака норма „део једне велике, сложене целине, у којој су делови чврсто међусобно повезани“ тако да се норме међусобно смисаоно повезују. Вид. Р. Д. Лукић, 294. и Радмила Васић, Миодраг Јовановић, Горан Дајовић, *Увод у право*, Београд 2018, 334–335. и 345–347.

[45] „Систематски аргумент је вид хармонизације, утемељен на концепту правног система, према којем значење неке правне одредбе (или израза) одговара значењу које намеће (и не искључује) целокупан систем права.“ – Douglas Walton, Fabrizio Macano, Giovanni Sartor, *Statutory Interpretaion,* Cambridge 2021, 265. Тај аргумент подразумева читање једног закона у светлу других закона, што неки аутори називају једним ступњем кохерентности. Вид. L. Wintgens, 495.

[46] Когнитивистички речено, судија трага за правим значењем праве норме. То оспоравају скептици, тврдећи да судија увек приписује значење правном тексту и да је он тај који ствара норму.

[47] D. Walton, F. Macano, G. Sartor, 250–252.

одредаба не решавамо дилеме у вези са значењем. Међутим, систематским тумачењем се искључује истоветност значења односних одредаба јер „распоређивање норми у поједине делове једног акта и давање наслова овима има управо за циљ да ближе одреди њихово значење“.[48] У делу Уставност и законитост, члан 194, у којем се помиње да је правни поредак јединствен, има следећи наслов: „Хијерархија домаћих и међународних општих правних аката“. Дакле, јединственост у смислу 194. члана значи усклађеност правних аката различите правне снаге. Такође, систематским тумачењем осталих ставова из члана 194. се долази до истог значења, будући да се наводи да је Устав највиши акт Републике Србије, да закони и други општи акти морају да буду у складу с Уставом, итд. Даље, и аргумент конзервативног творца норме[49] указује на исто значење: и у раније важећем уставу, пре ступања на снагу Устава из 2006, регулисање уставности и законитости посматрало кроз призму хијерархије, тј. јединственост би значила усклађеност. Циљни аргумент такође говори у прилог истог значења, будући да је последица која треба да се оствари прописивањем јединствености у 194. члану очување усклађености и хијерархијског односа међу актима различите правне снаге.

Међутим, недоумице у вези са значењем одредбе о јединству правног поретка из 4. члана Устава нису решене. Дајовић сматра да би одредба из одељка Начела Устава могла да значи да је правни поредак један,[50] будући да је Србија унитарна држава, док би одредба из одељка Уставност и законитост могла да значи да је правни поредак у Србији једна кохерентна и конзистентна целина.[51] Ово становиште нам се чини прихватљивим, али Уставни суд се у својим одлукама у којима разликује системске од обичних закона ипак чешће позива на члан 4. Устава.[52] У неким одлукама, попут IУз-225/2005 и IУз-920/2012, Уставни суд се позива и на 4. и на 194. члан Устава. Дакле, суд приписује исто значење тим одредбама, што нема утемељење – из тога произлази да Устав садржи одредбе са идентичним значењем, што забрањује аргумент економичности. Ако прихватимо да јединственост из 194. члана значи усклађеност правних аката, да ли то обухвата и *међусобну* усклађеност закона различите правне снаге које Устав не познаје – системских и обичних закона?

---

[48] Р. Д. Лукић, 296.

[49] D. Walton, F. Macano, G. Sartor, 241–242.

[50] Одлука IУз-225/2005 од 19. априла 2012., *Службени гласник РС*, бр. 57/2012 и Одлука IУз-920/2012 од 26. децембра 2013., *Службени гласник РС*, бр. 34/2014.

[51] Г. Дајовић (2016), 45 фн. 19.

[52] Штавише, назив четвртог члана Устава је „Подела власти“, а Уставни суд управо то начело доводи у питање тумачењем одредбе о јединству правног поретка.

3.2. Разликовање системских и обичних закона

Суштину начела јединства правног поретка[53] Уставни суд је исказао у одлукама Іуз- 27/2011 и Іуз-17/2011.[54] Став Суда је да правни поредак одражава своје јединство регулисањем друштвених односа тако што се обезбеђује да сви акти и све норме које га чине буду у складу (конзистентност) и да дејствују у истом правцу (кохерентност), што значи да постоје системски и обични закони. Системски закон је онај који на целовит начин уређује одређену област друштвених односа, а обични закон то не чини.[55] Међутим, Суд је истом правном тексту, садржаном у члану 4. Устава, приписао најмање три значења.

(1) Првенствено, уставном тексту је приписано значење према којем се *појединим одредбама системског закона* приписује системски карактер. Ово начело налаже да основни принципи и правни институти предвиђени законима којима се на системски начин (системски закони) уређује једна област друштвених односа буду примењени и у посебним законима (обични закони), осим ако је системским законом прописана могућност другачијег уређивања повезаних питања. Тиме се испуњава друштвена функција која се огледа у заштити основних права и интереса и појединца и друштва као целине.

---

[53] О начелу јединства правног поретка Уставни суд је расправљао у низу одлука: ІУз–225/2005, ІУз–353/2009, ІУз–231/2009, ІУз–82/2009, ІУз–353/2009, ІУз–882/2010, ІУз–1218/2010, ІУз–850/2010, ІУз–17/2011, ІУз–27/2011, ІУз–12/2012, ІУз–920/2012, ІУз–95/2013, ІУз–101/2013, ІУз–196/2013. Одлуке су доступне на: *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/*, 11. април 2022.

[54] Одлука ІУз-17/2011 од 23. мај 2013, *Службени гласник РС*, бр. 55/2013 и Одлука ІУз-27/2011 од 3. октобра 2013., *Службени гласник РС*, бр. 97/2013.

[55] Уставни суд понекад у својим одлукама помиње „закон који на системски начин уређује одређену област". „Системски закон" и „закон који на системски начин уређује одређену област" не би требало да се посматрају као синоними. Закон који на системски начин уређује одређену област друштвених односа је у ствари законик. А ниједан од аката који су у пракси Уставног суда Србије били предмет анализе у контексту јединства правног поретка не спадају у категорију законика. Системски закон, према томе, не би био синоним за законик, него је он, у смислу који Уставни суд приписује појму „системски закон", оно што се традиционално назива оквирним законом. Дакле, у питању је акт који утврђује основне институте и начела на којима се *почива* одређена област друштвених односа, а нипошто акт који уређује ту област исцрпно, као законик. Посебни закони би, следствено и у смислу који им приписује Суд, били акти којима се *конкретизују* основни институти и основна начела из системског закона или акти који прописују одступања од системских решења. Системски закони нису кодекси „ни по називу, али, што је још важније, ни по суштини, јер не регулишу у целини једну област. Јер када би је регулисали у целини, не би било потребе ни простора за одступања или изузетке." – Г. Дајовић (2016), 51. Уставни суд Србије је исказао одређену „инвентивност у развијању појединих уставних начела, нпр. јединства правног поретка, изнедривши категорију тзв. системских закона." – С. Орловић, Н. Рајић, „Улога уставног суда у развоју уставних система Италије и Србије", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020, 127.

Индикативно је расуђивање Уставног суда у два уставна спора. Први се тиче односа Закона о општем управном поступку (ЗУП; системски закон) и Закона о експропријацији (ЗЕ; обичан закон), у погледу института достављања.[56] Спорно је (и неуставно, по оцени Суда) то што се према ЗЕ достављање сматра извршеним даном објављивања решења у Службеном гласнику.[57] Достављање путем објављивања не омогућује власнику непокретности да се упозна са актом којим му је одузета непокретност како би „квалитетно и у року могао сачинити поднесак, тј. тужбу, којом ће покренути управни спор и тако заштити свој интерес". Дакле, у фази стваралачке кохерентности, законодавац није имао на уму основна начела која прописује ЗУП и од њих је одступио у обичном закону. Водећи се начелом јединства правног поретка и систематским тумачењем Суд је утврдио да је ЗЕ неуставан. Или: у одлуци IУз-231/2009[58] Уставни суд напомиње да Закон о привредним преступима[59] (системски закон, ЗПП) изричито прописује да одредбе тог закона о одговорности и о санкцијама за привредне преступе важе за све привредне преступе, ма којим актом били прописани. Суд наводи да је неприхватљиво да посебан закон уводи санкције које не познаје системски закон, имајући у виду то да су „норме казненог законодавства, по својој природи, у непосредној вези са остваривањем људских права и слобода". И ЗУП и ЗПП изричито предвиђају да неке њихове одредбе важе и за друге законе који уређују питања управног поступка, односно привредне преступе. Ако је већ тако, да ли можемо да тврдимо да је суд поступио активистички? Јесте у погледу развијања доктринарне конструкције о законима различите правне снаге. Међутим, не може да се говори о активизму када је реч о давању примата ЗУП-у и ЗПП-у, будући да Уставни суд само констатује (понавља) одредбе о важењу тих закона и за друге законе.

---

[56] Закон о експропријацији, *Службени гласник РС*, бр. 53/95, 23/01 и 20/09. Закон о општем управном поступку Републике Србије (*Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/01 и *Службени гласник РС*, бр. 30/10) предвиђа различите начине достављања: лично, посредно и достављање у посебним случајевима (од којих је један достављање јавним саопштењем). О односу два закона се Уставни суд изјаснио у одлуци Iуз-17/2011.

[57] Суд је указао на суптилну разлику између објављивања и достављања, говорећи да је достављање процесна радња у управном поступку а објављивање у службеном гласнику чин обнародовања акта и предуслов за ступање на снагу. Суд додаје да није могуће изједначити то двоје јер велики број физичких лица није у могућности да се упозна са садржином службеног гласника. Коначно, будући да се ради о одузимању права својине, нужно је да се предузму сви кораци који отклањају сваку сумњу у упознавање странке са одузимањем њеног субјективног права.

[58] Одлука IУз-231/2009 од 22. јула 2010. и 5. маја 2011., *Службени гласник РС*, бр. 89/2010 и 41/2011.

[59] Закон о привредним преступима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/77, 36/77, 36/77, 14/85, 74/87, 57/89 и 3/90 и *Службени гласни РС*, бр. 101/05.

(2) Друго значење које је Суд приписао уставној одредби о јединству правног поретка је да одступање у посебном закону од решења из системског закона мора да буде *допуштено*. Дакле, није довољно да системски закон предвиђа одступања у другим законима, него она морају да буду квалитативно прихватљива. О овом ћемо да говоримо касније, у оквиру расправе о односу доктрине уставног суда и начела *lex specialis derogat legi generali*.

(3) Треће значење које је Уставни суд приписао уставној одредби о јединству правног поретка, у одлуци Iуз-225/2005 је следеће: усклађеност свих правних прописа начелно искључује могућност да се законом којим се уређује једна правна област могу мењати, односно допуњавати поједина решења садржана у закону којим се уређује друга правна област. У наведеној одлуци Суд је касирао одредбу из Закона о порезима на имовину јер није у складу са Законом о основама својинскоправних односа будући да прописује додатни услов за стицање права својине на непокретности и крши јединство правног поретка и уставно право на имовину.

Кад год не постоји међузаконска усаглашеност утемељена на неком од значења које Уставни суд приписује уставној одредби о јединству правног поретка оспорене одредбе су неуставне јер су незаконите! Пошто смо утврдили да је један од аргумента на које се Уставни суд позива деловање свих аката у истом правцу (кохерентност), поставља се питање односа (1) начела кохерентности и правила о решавању сукоба међу нормама и (2) кохерентности и начела поделе власти, будући да Уставни суд активистички дела.

3.3. Системски и обични закони и *lex specialis derogat legi generali* (Постоје ли правне норме[60] које безизузетно важе?)

Максима која исказује однос општег и специјалног закона представља „неспорну цивилизацијску тековину“[61] односно доктринарну тековину, а за нашу тему може да буде корисна за објашњење става Уставног суда о разликовању системских и обичних закона. У одлуци IУз-27/2011 се расправљало о односу Закона о заштити права и слобода националних мањина (ЗЗПСНМ) и Закона о радиодифузији (ЗОР). Суд тврди да се ЗЗПСНМ може схватити као системски закон у области права и слобода националних мањина али његова одредба према којој „држава може да оснива и посебне радио и телевизијске станице које би емитовале програме на језицима националних мањина“ нема системски карактер. Та одредба би могла да се, речју Суда, схвати као усмеравајућа и подобна да се у оквирима законодавне политике реализује на основу посебног закона. Дакле, исти закон (ЗПСНМ)

[60] Под правном нормом подразумевамо генусни појам за правна правила и правне принципе.

[61] Владан Петров, Дарко Симовић, „Четири питања из новије уставне праксе у Републици Србији“, *Правна ријеч* 39/2014, 125.

је највећим делом системски, будући да је само једна његова одредба несистемска. Следствено, исти акт има одредбе различите правне снаге.[62] Какав је, тим следом, њен однос према ЗОР-у? Спорна одредба, сматра Суд, не може да се схвати као посебно правило, тј. изузетак у односу на правила из Закона о радиодифузији. Дакле, суд тврди да у овом случају не важи правило *lex specialis derogat legi generali.*

Даље, Уставни суд наводи које услове треба да испуњава један закон (тј. његове одредбе) да би одступање од системских решења било могуће: 1) постојање оправдане потребе и легитимног циља на којем се заснива одступање; 2) утврђивање да ли посебна правила и правни изузеци омогућују да се општа правила из системског закона могу несметано применити на сва питања која нису уређена на посебан начин; 3) да ли су посебна правила и правни изузеци у складу с Уставом и целокупним правним системом Републике Србије. Циљ те трофазне анализе је омогућавање успостављања односа системских и посебних закона који уређују правила и изузетке тако да се не угрожава јединство правног поретка, правна сигурност и остваривање Уставом гарантованих права.[63]

Помињали смо да начело конзистентности налаже одсуство контрадикторности међу деловима система, будући да у једном систему не може да постоји А и не-А. Сем тога, рекли смо да је кохерентност више од конзистентности. На основу тога се поставља питање да ли постоје норме које у правном поретку важе безизузетно. Одговор је потврдан у неким случајевима и безизузетност се нпр. доводи у вези с људским правима и слободама. Тако, безизузетно у нашем праву важи правило да је живот човека неприкосновен. Устав би требало да карактерише конзистентност изведена до крајњих граница – контрадикторне *уставне* норме не могу истовремено да важе. Шта је са законима? Сматрамо да *између* закона исте правне снаге не може да постоји однос у којем један закон има одредбе које су безизузетне у односу на други закона. С друге стране, у оквиру *једног* закона могуће је да неке одредбе безизузетно важе у односу на остале одредбе *тог* закона. Нпр. општи део кривичног закона безизузетно важи у односу на његов посебан део. На тај начин се омогућује да у правном поретку у којем сви закони имају исту правну снагу, други органи не преузму улогу уставотворца и новелирају устав, како то чини Уставни суд Србије. Дакле, код закона конзистентност није могуће доследно испоштовати, али то није ни потребно а није ни спорно у свету права да и те како постоје и важе специјални закони који одступају од генералних закона.[64]

---

[62] Г. Дајовић (2016), 51.

[63] Дајовић сматра да услови које поставља Уставни суд „немају било какво уставноправно упориште“. Вид. *Ibid.*

[64] Винтгенс (L. Wintgens, 485.) говори да контрадикторност међу нормама и следствено некохерентност система не може да утиче на важење односних норми. Важење норме може

Поставља се питање како би требало да се поступи уколико сам закон који на системски начин уређује одређену област предвиђа могућност друкчијег регулисања појединих питања у посебним законима (што је једно од значења које Суд приписује спорној уставној одредби, вид. 3.2). У одлуци 17/2011 Уставни суд утврђује да начело јединства правног поретка налаже да основни принципи и правни институти предвиђени системским законима морају да буду испоштовани у посебном закону „па и у случају када је системским законом *изричито прописана* могућност друкчијег уређивања истих питања“.[65] Нпр. ЗУП у члану 3. прописује да одступања од правила општег управног поступка у другом закону морају да буду у складу с основним начелима која прописује ЗУП. Дакле, Уставни суд је делом поновио оно што је садржано у ЗУП-у, додавши да морају да буду испоштовани и основни институти системског закона (нпр. достављање).

Даље, Уставни суд уводи појам „допуштеног одступања“, тј. циљно тумачи одступање које је предвиђено системским законом. У одлуци ІУз-920/2012 расправљало се о уставности (законитости?) Закона о министарствима (ЗМ) у односу на Закон о државним службеницима (ЗДС).[66] Системски карактер има ЗДС, и у њему су прописани разлози за разрешење државног службеника, док је ЗМ (који има карактер посебног закона) прописао додатни разлог за разрешење. Уставни суд је утврдио да системски закон допушта одступања у посебним законима, ако то произлази из природе послова државног органа. На основу тога, Суд сматра да су одступања у вези с правима и дужностима државних службеника допуштена само ако се тичу специфичне врсте послова, те је, циљним тумачењем, Суд установио да решења из ЗМ представљају недопуштено одступање из системског закона, будући да се *in concreto* не ради о правима и дужностима државних службеника која произлазе из специфичне природе посла државног органа.

Корисна је и анализа одлуке ІУз-138/2016,[67] у којој се одлучивало о уставности Закона о умањењу нето прихода лица у јавном сектору (ЗУНП).[68] За нашу тему је важно то што се поставило питање да ли је ЗУНП противан

само да буде последица акта којим се ствара право, те није условљено било којим научним захтевима.

[65] „Не види се јасна логичка веза између начела јединствености правног поретка и начела, изведеног из овог претходног, примата системских закона. Веза би могла да постоји једино под условом уколико бисмо у потпуности избанализовали начело јединствености правног поретка и тумачили га тако да ниједно законско правило не трпи изузетке.“ – В. Петров, Д. Симовић, 124–125.

[66] Закон о министарствима, *Службени гласник РС*, бр. 72/12 и 76/13. и Закон о државним службеницима, *Службени гласник РС*, бр. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08 и 104/09.

[67] Одлука ІУз-138/2016 од 26. априла 2018., *Службени гласник РС*, бр. 48/2018.

[68] Закон о умањењу нето прихода лица у јавном сектору, *Службени гласник РС*, бр. 108/13.

Закону о порезу на доходак грађана (ЗПДГ)[69] с обзиром на начело јединства правног поретка. ЗПДГ прописује да се опорезивање дохотка грађана уређује *искључиво* тим законом, а ЗУНП прописује суштински посебан порез на доходак (у јавности назван „солидарни порез"). Кључно је како је Уставни суд схватио правну природу умањења нето прихода. То је, речима Суда, „мера финансијске консолидације буџета Републике Србије". А пошто је природа мере таква, Суд се није упустио у разматрање сагласности са ЗПДГ (чије би одредбе имале системски карактер) – да је Суд меру из ЗУНП тумачио као *посебан порез*, онда би анализа тог односа била нужна.[70] Међутим, тумачећи целисходност мере умањења и њену природу, Суд је политички резоновао. Начело којем је Уставни суд приписивао догматски карактер у одлуци 17/2011 (истичући да основни принципи и правни институти предвиђени системским законима морају да буду испоштовани у посебном закону па и у случају када је системским законом *изричито прописана* могућност друкчијег уређивања истих питања) Суд није испоштовао у одлуци о ЗУНП. Заштитник уставности је са поља права прешао на поље политике.

Све у свему, мислимо да Суд неоправдано сужава примену начела специјалности будући да уставни поредак Србије не познаје законе различите правне снаге нити овлашћује Уставни суд да испитује њихову међусобну усклађеност. Кад год постоји непоштовање основних принципа и правних института из системског закона у обичном закону, то је пропуст законодавца који се тиче стваралачке кохерентности, а Уставни суд није овлашћен да тај пропуст исправља. Бар прва два услова које Уставни суд утврђује говорећи о *lex specialis*-у су питања о којим би требало да се стара законодавац приликом доношења *lex specialis*-а, док надлежност за оцену трећег услова (који се тиче усклађености посебних решења са Уставом) припада контролору уставности. Видели смо да решење није ни у томе да се суд упушта у оцену целисходности законских одредаба, па остаје да утврдимо шта би

[69] Закон о порезу на доходак грађана, *Службени гласник РС*, бр. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11, 93/12, 114/12, 47/13, 48/13, 108/13, 57/14, 68/14, 5/15, 112/15, 5/16, 7/17, 113/17 и 7/18.

[70] Одлука обилује финансијско-економским аргументима, упуштањем у утврђивање околности под којима је донесен ЗУНП, утврђивањем *ratio legis*-а, и уз недовољно уставноправног резоновања и прегршт уставносудског оцењивања целисходности. Нпр. Суд исцрпно цитира предлог ЗУНП, наводи „неспорно право законодавца да прибегне мерама финансијске консолидације", наводи могућа решења буџетског дефицита, пореди ЗУНП са сличним законом који је донесен неколико година раније, говори о посебној тј. нередовној ситуацији у којој је закон донесен говорећи да је за то постојао „квалификован јавни интерес". Судије Тамаш Корхец и Милан Шкулић су издвојили мишљења, правећи критички осврт на мањкавост уставноправних аргумента и претерану економско-финансијску аргументацију, основано питајући да ли је умањење *само* мера финансијске консолидације или је и посебан порез.

било начело јединства правног поретка. Чини нам се исправним став да оно представља једну разрађену верзију правила *lex specialis derogat legi generali* која нема уставног утемељења јер Суд поставља „нормативне оквире које не познаје позитивно право или судска пракса и на тај начин ствара ново право наводно тумачећи и примењујући уставно начело јединства правног поретка“.[71]

3.4. Кохерентност и начело поделе власти

Чланом 4. Устава Републике Србије прописује се да је правни поредак јединствен, али се наводи и да уређење власти почива на подели власти на законодавну, извршну и судску.[72] Ако узмемо да су функције државне власти подељене (ма колико их било)[73] онда је посао законодавца да ствара право а други органи (па и Уставни суд) би требало да примењују већ створено право, уз наглашену улогу Уставног суда као чувара Устава.[74]

Ако јединство правног поретка схватимо као кохерентност правног поретка онда морамо да имамо на уму да је у питању једно начело, тј. принцип. Као и сваки други принцип, њега карактеришу бар две особине: представља одређену вредност и има одређену тежину (снагу) јер представља оптимизујућу а не дефинитивну команду.[75] Кохерентност правног поретка би требало да образују правни научници, стварајући систем права, па то

---

[71] Г. Дајовић (2016), 51.

[72] Сматрамо да би било прикладније да уставотворац говори о три гране или о три функције државне власти. Државна власт је једна, али су њене функције подељене. Због тога се увреженом терминологијом о законодавној, извршној и судској власти на први поглед указује на три власти. Све оне су у ствари еманација једне власти, али различити органи врше различите функције те власти.

[73] Уставни суд, по нашем мишљењу, не убраја се ни у једну од три функције државне власти, него је „самосталан и независан државни орган“ (члан 167. Устава) односно уставно судство представља четврту функцију државне власти. Међутим, та тврдња нема прворазредни значај за овај рад, па се нећемо детаљније упуштати у њено разматрање. Такође, самосталност и независност нису синоними, али нису ни појмови који су оштро сукобљени. Наиме, независност је шири појам који обухвата и самосталност, па је сваки независан орган једновремено и самосталан. Самосталност представља могућност одређеног органа да доноси одлуке без утицаја на решавање у конкретном случаја (нпр. органи управе су по дефиницији самостални, али пошто влада закључком усмерава и усклађује рад управе они нису независни). Према томе, чини нам се да би било прикладније да је у Уставу реч „самосталан“ изостављена.

[74] О односу уставног суда и законодавца у Италији и Србији вид. С. Орловић, Н. Рајић, 130–132.

[75] Алески говори о три фазе у одмеравању принципа, излажући тзв. закон балансирања, тј. тест пропорционалности. Прво се утврђује степен кршења принципа А, затим се истиче важност принципа Б, да би се у трећој фази утврдило да због важности принципа Б он треба да има примат. О томе вид. Robert Alexy, „On Balancing and Supsumption“, *Ratio Juris* 4/2003, 436–437.

није задатак државних органа. То не значи да је за њих кохерентност ирелевантна (вид. 2.2.) али стварање система права није њихов примаран посао. С друге стране, из тврдње да принцип јединства правног поретка (кохерентности) има одређену тежину произлази да он мора да се одмери с другим принципима. Члан 4. Устав прописује принцип који не може да се занемари – принцип поделе власти. Ниједан принцип, па ни кохерентност не може да има апсолутни примат, па морамо да га посматрамо кроз поделу функција које је уставотворац извршио. Словом Устава, Уставни суд је чланом 167. одређена као орган који *штити* уставност, а не орган који мења устав. Истим чланом се прописују надлежности Уставног суда, а да се не помиње надлежност оцењивања усклађености закона. Правном празнином не може да се сматра (експлицитно) нерегулисање односа системских и обичних закона, будући да се уставотворац определио за то да сви закони имају једнаку правну снагу. Поређењем деловања уставног суда са прокламованим начелом поделе власти, неминовно је да је Уставни суд преузео на себе надлежности уставотворца, те је дописао Устав, односно „створио нову уставну норму у материјалном смислу“.[76]

4. ЗАКЉУЧАК

Судије из Уставног суда су поступиле херкуловски у Дворкиновом смислу и несумњиво створиле доктрину вредну хвале,[77] али то не умањује тврдњу да су тиме прекорачили своје надлежности, из више разлога. Првенствено, њихово тумачење је створило, уставу непознате, законе различите правне снаге који стоје у хијерархијском односу.[78] Ниједна одредба Устава

[76] Г. Дајовић (2016), 51. Уставни суд је „противтег свим установљеним властима“, тј. орган који се стара о одржавању равнотеже између носилаца државне власти, изражене кроз поделу власти и на тај начин „обезбеђује гаранцију поштовања устава“. Вид. Боса Ненадић, „Начело поделе власти и уставносудска контрола с посебним освртом на искуство Уставног суда Србије“, *Правна ријеч* 39/2014, 67.

[77] Несумњиво је да би разликовање системских и обичних закона допринело кохерентности система иако оно, по нашем мишљењу, нема уставно утемељење. Нпр. Законом о општем управном поступку је прописано да се достављање врши лично, а Законом о експропријацији је прописано да се даном објављивања сматра (фикција) да је решење достављано. *Ratio* постојања института личног достављања је упознавање странке са садржином поднеска, тј. отклањање сваке могућности да странка не буде упозната са поднеском. Да ли је објављивање сигуран доказ остваривања тог циља? Сигурно да није. Начело заштите интереса странке, предвиђено Законом о општем управном поступку, Суд је доследно спровео. Или, у одлуци ІУз-231/2009 Суд наводи да је неприхватљиво да посебан закон уводи санкције које не познаје системски закон из области привредних преступа, будући да то крши начело једнакости и начело јединства правног поретка.

[78] Одлука Уставног суда Србије у вези с јединством правног поретка би могла да се уброји у категорију „интерпретативних одлука“ које се најнепосредније приближавају

не говори о „системским“ и „обичним“ законима.[79] Право да предвиди законе различите правне снаге који стоје у режиму надређености и подређености је припадало само уставотворцу. Такође, ако прихватимо да је кохерентност повезана с принципима, како Мекормик тврди, онда је разликовање системских и обичних закона смислено јер је обједињено заједничком вредношћу – јединством правног поретка, али други Мекормиков услов није испуњен: одсуство конфликта са другим релевантним вредностима – *in concreto* са принципом поделе власти.[80]

Друго, Устав енумеративно наводи надлежности Уставног суда, не помињући одлучивање о међусобној сагласности закона, а ниједна од наведених надлежности не пружа простор за приписивање тог значења.[81] Треће, неприхватљива је „доктринарна конструкција самообавезивања законодавца“ решењима из системских закона.[82] Четврто, регулисање уставног судовања у Републици Србији је прожето идејом о Уставном суду као чувару устава, а не правотворцу,[83] те мора да се разматра у комбинацији с начелом поделе власти (члан 4. став 2). Пето, уставни суд (а ни други државни органи) не би требало да се баве пословима правне науке и гради кохерентан систем – државни органи стварају и примењују право, а доктрина га уобличава у систем права. Судија не би требало да ствара ново право него треба да открије шта важеће право захтева.[84]

легислативи а што консеквентно значи да је „граница између тумачења и стварања права у стварности постала крајње еластична“. Вид. Б. Ненадић, 71–74. Уставни суд чува устав али и повезује „апстрактне уставне одредбе и уставну стварност, сложену, слојевиту и надасве динамичну“. Вид. С. Орловић, Н. Рајић, 135–136.

[79] Истина, словом Устава се не доносе сви закони по истом поступку – нека се усвајају релативном већином, некад апсолутном а у мањем броју случајева (члан 105.) се тражи квалификована већина (двотрећинска), али то не утиче на наведени став, као ни тврдња с почетка рада о посебном месту које заузимају посебни закон о Косову и Метохији и уставни закон за спровођење устава.

[80] N. MacCormick 1984, 236–237.

[81] У образложењу одлуке Iуз-231/2009, Уставни суд потврђује да важећи правни систем не прави разлику између органских, основних и других закона који имају јачу правну снагу од осталих, „обичних“ закона, из чега произлази да Уставни суд није надлежан да оцењује међусобну сагласност закона. Међутим, Суд сматра да уставна клаузула из члана 4. треба (може?) да се тумачи тако да закони различите правне снаге постоје.

[82] В. Петров, Д. Симовић, 125.

[83] У теорији се помиње да „није било лако одбранити постојање посебног уставног органа“ који се не уклапа у постојећу тродеобу функција државне власти чији се представници морају подредити и повиновати „не само уставу, већ и његовом чувару“. Вид. Б. Ненадић, 69.

[84] S. L. Hurley, 243. Дворкин слично говори: кад судија одлучује, он није слободан попут законодавца (а тим пре уставотворца), иако његова теорија судији приписује и задатке практичара и задатке теоретичара. Вид. R. Dworkin (1986), 244. „Постоји, наравно, значајна разлика између законског и уставног тумачења у томе што је улога уставних судова у неким случајевима проширена у толикој мјери да они подсећају на позитивне законодавце, као и између пресуђивања у систему *common law* и оног у грађанском (континенталном, прим.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Aarnio, Aulis, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Dordrecht 2011.
Alexy, Robert, „On Balancing and Supsumption“, *Ratio Juris* 4/2003.
Alexy, Robert, „On the Structure of Legal Principles“, *Ratio Juris* 3/2000.
Amaya, Amalia, „Coherence, Evidence, and Legal Proof“, *Legal Theory* 19/2013.
Blackburn, Simon, *Oxford Dictionary of Philosophym,* Oxford 2005.
Duić, Dunja, „Koncept koherentnosti u pravu Europske unije“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 3-4/2015.
Dworkin, Ronald, „Law as Interpretation“, *Texas Law Review* 527/1982.
Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge–London 1986.
Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously,* Cambridge-Massachusetts 1978.
Feteris, Eveline, *Fundamentals of Legal Argumentation*, Dordrecht 1999.
Hurley, Susan Lynn, „Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent“*, Oxford Journal of Legal Studies* 2/1990.
Levenbook, Barbara Baum, „The Role of Coherence in Legal Reasoning“, *Law and Philosophy* 3/1984.
MacCormick, Neil, „Coherence in Legal Justification“, *Theory of Legal Science* (ed. Alexander Peczenik, Lars Lindahal, Bert van Roermund)*,* Lund 1984.
MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory,* Oxford 1978.
Marmor, Andrei, „Coherence, Holism, and Interpretation: The Epistemic Foundations of Dworkin's Legal Theory“, *Law and Philosophy* 10/1991.
Peczenik, Aleksander, *On Law and Reason,* Dordrecht 2008.
Raz, Joseph, „The Relevance of Coherence“, *Boston University Law Review* 2/1992.
Schiavello, Aldo, „On Coherence and Law“: An Analysis of Different Models, *Ratio Juris* 2/2001.
Van Hoecke, Mark, *Legal Doctrine: Which Method(s) for What Kind of Discipline*?, Oxford 2011.
Walton, Douglas, Macano, Fabrizio, Sartor, Giovanni, *Statutory Interpretaion,* Cambridge 2021.
Wintgens, Luc, „Coherence of the Law“, *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 4/1993.
Васић, Радмила, Јовановић, Миодраг, Дајовић, Горан, *Увод у право,* Београд 2018.
Вујаклија, Милан, *Лексикон страних речи и израза*, Београд 1980.
Дајовић, Горан, „О међусобној неусклађености закона“, *Демократска транзиција Србије* (ур. Бојан Вранић, Горан Дајовић), Београд 2016.
Дајовић, Горан, „Природа правне теорије Роналда Дворкина“*, Наслеђе правне и политичке филозофије Роналда Дворкина* (ур. Биљана Ђорђевић, Милош Здравковић), Београд 2015.
Клајн, Иван, Шипка, Милан, *Велики речник страних речи и израза,* Нови Сад 2006.
Лукић, Радомир Д., *Увод у право*, Београд 1995/2019.

аутора) праву.“ – Бојан Спаић, *Наслеђе правне и политичке филозофије Роналда Дворкина*, Београд 2015, 133.

Ненадић, Боса, „Начело поделе власти и уставносудска контрола с посебним освртом на искуство Уставног суда Србије“, *Правна ријеч* 39/2014.

Орловић, Слободан, Рајић, Наташа, „Улога уставног суда у развоју уставних система Италије и Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020.

Петров, Владан, Симовић, Дарко, „Четири питања из новије уставне праксе у Републици Србији“, *Правна ријеч* 39/2014.

Регенбоген, Арним, Мајер, Уве, *Речник филозофских појмова*, БИГЗ, Београд 2004.

Спаић, Бојан, *Наслеђе правне и политичке филозофије Роналда Дворкина*, Београд 2015.

Спаић, Бојан, *Природа и детерминанте судијског тумачења права*, Београд 2020.

Филиповић, Владимир *et al.*, *Филозофски рјечник*, Накладни завод Матице Хрватске, Загреб 1989.

Хасанбеговић, Јасминка, *Перелманова правна логика као нова реторика*, Београд 2006.

Brano Đ. Hadži Stević
University of East Sarajevo
Faculty of Law
brano.hadzi.stevic@pravni.ues.rs.ba

The Principle of Coherence in Serbian Constitutional Court Decisions about Uniqueness of Legal System

Abstract: *Articles 4 and 194 of the Constitution of the Republic of Serbia prescribe that the legal order of Serbia is unique. Interpreting this constitutional principle, the Constitutional Court of Serbia has developed a doctrine on the distinction between systemic and ordinary laws, based on the primacy of systemic laws over ordinary ones. Ordinary law must be in accordance with the systemic law because otherwise it is unconstitutional. Explaining its position, the Constitutional Court claims that the constitutional principle from article 4 requires that all laws be in accordance (consistency) and act in the same direction (coherence). We will analyze the principle of coherence, its relationship with consistency, and then apply those insights to the doctrine of the Constitutional Court, in an effort to determine the merits of such a distinction. The main hypothesis from which the paper starts is that the Constitutional Court gives absolute primacy to the principle of unity of legal order, which we consider axiologically acceptable but unacceptable from positive law aspect, since this principle must be considered in the light of other principles, especially in the light of separation of powers.*

Keywords: *Constitutional Court of Serbia, uniquness of legal order, systemic and ordinary laws, principle of coherence, principle of consistency.*

Датум пријема рада: 02.05.2022.
Датум прихватања рада: 10.06.2022.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

Прегледни чланак 342.5:342.565.2(439)
doi:10.5937/zrpfns56-32567

Márton Leó Zaccaria
University of Debrecen
Faculty of Law
zaccaria.marton@law.unideb.hu

CONNECTIONS BETWEEN THE EUROPEAN PILLAR OF SOCIAL RIGHTS AND THE HUNGARIAN LABOUR LAW, WITH SPECIAL REGARD TO DIRECTIVE (EU) 2019/1152*

Abstract: *The present paper examines two important and up-to-date topics in labour law. First, the analysis focuses on the general aspects and the significance of the European Pillar of Social Rights (EPSR), which is the most recent legal source – except for a couple of directives and regulations based on the EPSR itself – in the social policy of the European Union. It contains several fundamental labour and social rights and one of its main aims is to promote and to strengthen these rights and values throughout the Membes States. At the same time, the EPSR is already having an impact on national labour and social law systems in the EU because of some new pieces of labour law-focused legislation. One of these new laws is the Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council (20 June 2019) on transparent and predictable working conditions in the European Union that contains very important new norms regarding both the possible broad concept of the "employment relationship" and the workers' fundamental rights. Second, the paper focuses on some relevant questions of the Hungarian labour law as a case study, analysing the possible – and already visible – impact of the EPSR and the aforemtnioned new directive. The paper tries to answer some questions based on the paper's hypotheses centred on the possible change in the Hungarian regulation and legal interpretation taking into account the EPSR and the already cited directive. The analysis is based on the relevant regulations and laws, and the outcomes of the research focus both on some general remarks regarding the EPSR and the Directive (EU) 2019/1152 joint with the*

* This paper was supported by the János Bolyai Research Scholarship of the Hungarian Academy of Sciences. Supported by the ÚNKP-20-5-DE-32 New National Excellence Program of the Ministry for Innovation and Technology from the source of the National Research, Development and Innovation Fund.

conclusions that can be drawn paying attention specifically to the Hungarian labour law system with special attention to the workers' fundamental rights.

Keywords: *European Pillar of Social Rights, Hungarian Labour Code, labour law, workers' rights.*

1. INTRODUCTION TO THE TOPIC

The European Pillar of Social Rights (hereinafter: EPSR) accepted in November 2017 is expected to have a significant effect on the national labour laws of the Member States (hereinafter: MSs, MS) of the European Union (hereinafter: EU). Furthermore, there are already a number of specific legislative outcomes in connection with the EPSR, such as the comprehensive reform of the Directive concerning the posting of workers across MSs,[1] the confirmation of work-life balance from the perspective of labour law,[2] the establishment of the European Labour Authority (hereinafter: Authority),[3] as well as the subject of the current study, Directive (EU) 2019/1152,[4] which modernizes three decades of legislation[5] about employers' mandatory provision of information about the essential aspects of the employment relationship, and adjusts it to contemporary conditions on the labour market. Besides this, there have been several proposals under the auspices of the EPSR substantially affecting the legal status of employees, and, in general, the system of relationships between employers and employees; the proposal for a directive concerning the "European minimum wage"[6] or the proposal for reducing the gender pay-gap and strengthening pay transparency[7] can be mentioned here.

---

[1] Directive (EU) 2018/957 of the European Parliament and of the Council (28 June 2018) amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services.

[2] Directive (EU) 2019/1158 of the European Parliament and of the Council (20 June 2019) on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU.

[3] Regulation (EU) 2019/1149 of the European Parliament and of the Council establishing a European Labour Authority, amending Regulations (EC) No 883/2004, (EU) No 492/2011, and (EU) 2016/589 and repealing Decision (EU) 2016/344.

[4] Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council (20 June 2019) on transparent and predictable working conditions in the European Union.

[5] See Council Directive 91/533/EEC (14 October 1991) on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship.

[6] *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adequate minimum wages in the European Union*, Brussels 28 October 2020. COM(2020) 682 final, recital (4). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0682&from=EN (24 November 2020).

[7] *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women through pay transparency and enforcement mechanisms*, Brussels 4 March 2021. COM(2021)

Besides these specific legislations, as well as social regulatory areas, the significance of the EPSR can be witnessed, on the one hand, in the need to strengthen fundamental rights of a social nature included in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereinafter: CFREU), and, on the other hand, in the general legislative and academic discourse which urges the EU – and, at least indirectly, the MSs – to introduce a social paradigm shift, and, through that, at least a partial change in labour law.

Although the EPSR itself will not be sufficient in the near future to achieve that, in accordance with the EPSR's objectives,[8] the fundamental rights of employees reach a higher level and the labour market become more transparent and efficient, we contend that the EPSR can be a beginning for these processes which mark a truly new era for the norms of labour law and social policy within the EU. These EU efforts, however, are worthless without the MSs' willingness to introduce social reforms, since the EU's legislative powers in social matters are significantly limited,[9] that is, neither the EPSR, nor the abovementioned legislative products and labour law initiatives provide sufficient basis for the reformation of the legislation of the labour market, and, specifically, the status of employees. Using this hypothesis, in the present paper we examine the effects that the key areas of the EPSR,[10] and some specific entitlements declared in them might have on Hungarian labour law in the near future, particularly focusing on those key points that allow me to report some genuine novelties in connection with the EPSR. Therefore, following a brief general evaluation, we apply Directive (EU) 2019/1152 as a case study of sorts with the objective of using a cornerstone of current EU labour law initiatives to highlight potential deficiencies in the affected areas of Hungarian labour law as well as to call attention to the major changes expected in Act I of 2012 on the Labour Code (Hungarian Labour Code, hereinafter: LC) until the implementation deadline (1 August 2022). The present research is centred on the legal protection of employees; therefore, the analyses of legislation will be carried out from this perspective as well. In our conclusion, we attempt to highlight those current issues and future challenges which, based on the EPSR, might affect Hungarian labour law, with special attention to legislation concerning the provision of information by employers, currently being updated.

93 final. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/com-2021-93_en_0.pdf (17 March 2021).

[8] József Hajdú, "A szociális jogok európai pillérének körvonalai", *Acta Universitatis Szegediensis: Forum: Acta Juridica et Politica*, 1/2018, 95-96., 101. and 105.

[9] Ane Aranguiz, "More majority voting on EU social policy? Assessing the Commission proposal", *EU Law Analysis – Expert insight into EU law developments*, 26 June 2019. http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/06/more-majority-voting-on-eu-social.html (11 January 2020).

[10] Sára Hungler, Éva Gellérné Lukács, Zoltán Petrovics, Katalin Dudás, *Az Európai Unió szociális és munkajoga*, ELTE Eötvös Kiadó, Budapest 2020, 35-36.

2. KEY AREAS OF THE EUROPEAN EPSR OF SOCIAL RIGHTS AND THEIR CONNECTION TO HUNGARIAN LABOUR LAW

It is difficult to draw well-founded conclusions as to the specific conclusion the mostly abstract reform efforts connected to the EPSR might have on Hungarian labour law. The reason for this is, primarily, that the EPSR itself currently marks a special but still uncertain position, but, additionally, it is still in question which of the abovementioned new norms will have specific legislative effects. If we examine the new stances together, in their entirety, then the need to raise the general level of the legal protection of employees, or the strengthening of equal opportunities on the labour market can be such specific areas, but – to stick to the specific examples – the comprehensive modification of the posting directive[11] or the establishment of the Authority have not (so far) had implications for Hungarian law. However, in some cases, the transposition of already existing legal sources into Hungarian law raises certain dilemmas on the side of employees, such as the posting directive mentioned above.[12]

Nevertheless, since the arch of the process and the notions of the reform plan are clearly noticeable, we contend that those areas in which we can foresee factual changes in legislation should definitely receive attention. The foundations of the new Directive addressing work-life balance are present in the LC as well, but the new principles more distinctly focus on the rights of fathers, as well as on the equality of parental positions in labour law. On the level of individual, specific norms, legislative changes can definitely occur in the future in the area of the conceptual separation of atypical-typical forms of employment relationships,[13] as well as in the labour law protection parents are entitled to.[14] The other similar question is the uniform definition of an employment relationship as described by the new directive regarding the provision of information,[15] and, on a related note, extending the scope of minimum standards in labour law. We should note, however,

[11] For details regarding changes in Hungarian labour law, see Gábor Kártyás, *Kiküldött munkavállalók az uniós és a magyar jogban (Jogtudományi Monográfiák 15.)*, Pázmány Press, Budapest 2020, 167-222.

[12] Gábor Kártyás, "A sender state's response to the new posting rules: The amendment of the posting of workers directive and its transposition in Hungary", *Magyar Munkajog/Hungarian Labour Law Journal Online Journal*, 1/2020, 73-75 and 77-82.

[13] Jácint Ferencz, *Atipikus foglalkoztatási formák*, Dialóg Campus, Budapest-Pécs 2015, 172-179.

[14] Kolos Kardkovács (ed.), Anna Kozma, György Lőrincz, Lajos Pál, Róbert Pethő, *A Munka Törvénykönyvének magyarázata (Harmadik, hatályosított kiadás)*, HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest 2016, 167-169., 256-257. and 265-267.

[15] According to Section (2) of Article 1 of Directive (EU) 2019/1152, „This Directive lays down minimum rights that apply to every worker in the Union who has an employment contract or employment relationship as defined by the law, collective agreements or practice in force in each MS with consideration to the case-law of the Court of Justice."

that it is, for the most part, not a question of legislation but that of legal interpretation, but, all things considered, the scope of de minimis protective legislation can, indeed, be subject to legal amendment.[16]

Earlier we pointed out that it is uncertain whether the EPSR would affect upcoming Hungarian legislation of the next few years in many specific questions, and we also raised the issue that since the outcome of the EPSR is still, from a certain aspect, uncertain, therefore its effects on Hungarian legislation can mostly be projected in general terms. We also have to add, however, that in a given legislative area – for example, in connection with employers' obligation to inform workers in writing –, new or modified legislations fundamentally always bring about legislative tasks as well, therefore there is cause to examine the previously mentioned key areas and the expected developments in these areas.

Out of the three key areas, the one receiving particular attention in our research is the support of equal opportunities and the fundamental right to employment, discussed in Chapter I of the EPSR.[17] This area attempts to summarize all those problems of the labour market which necessitated – among others – the establishment of the EPSR,[18] while, at the same time, it also offers solutions by strengthening certain social subdivisions. An interesting point of this chapter is that it discusses equal opportunities and the right to employment – that is, the means of facilitating that right[19] – in the same section, therefore it follows that equal opportunities on the labour market should be understood extensively but in close connection with national social policy. These four sections, besides being based on fundamental rights in EU law,[20] also highlight what a complex task is providing access to employment on the labour market, and what complex means are necessary to ensure it, especially if a MS genuinely wishes to provide it to everybody. When it comes to Sections 2 and 3, we can detect new impulses in connection with the aforementioned Directive (EU) 2019/1158, since aspects of general equal opportunities and gender equality relevant to labour law are clarified in Hungarian labour law.[21] We have to add, of course, that these

[16] György Kiss, "A munkavállalóhoz hasonló jogállású személy problematikája az Európai Unióban és e jogállás szabályozásának hiánya a Munka Törvénykönyvében" *Jogtudományi Közlöny*, 1/2013, 11-13 and Tamás Gyulavári, "A gazdaságilag függő munkavégzés szabályozása: kényszer vagy lehetőség?", *Magyar Munkajog/Hungarian Labour Law Online Journal*, 1/2014, 17-24.

[17] Sections 1 (education, training and life-long learning), 2 (gender equality), 3 (equal opportunities) and 4 (active support to employment).

[18] Sacha Garben, "The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement?", *European Constitutional Law Review*, 1/2018, 212-215.

[19] S. Garben, 222-225.

[20] CFREU, Articles 14 (right to education), 15 (freedom to choose an occupation and right to engage in work), 21 (non-discrimination) and 23 (equality between women and men).

[21] Tamás Gyulavári, "Három évvel az antidiszkriminációs szabályozás reformja után", *Esély*, 3/2007, 5-6. and 33-35.

expectations are present not only on the level of labour law, since the social care system or the family support system[22] can provide real help in the fulfilment of these rights, and it can be suggested that women's position on the labour market could be strengthened further by the instruments of labour law.[23] Of course, equality on the labour market appears in things other than the expectation of combating gender discrimination, but, within the framework of the EPSR, we are certainly going to see new developments affecting Hungarian law in this respect.

In connection with employment policy, it is generally expected of the state to exhibit such active behaviours that create real means and opportunities to combat and decrease unemployment, and to divide effectively the available workforce.[24] The expected changes in connection with these sections will probably be implicit, as there is a lack of harmonisation in the EU in social policy[25], therefore, the EPSR "dare not" go too far in this area. At the same time, it can take advantage of the available means, since personalized, active, genuine state help in gaining employment[26] in the course of one's career building is a generic but important expectation from every MS.[27] These days Hungarian employment policy clearly focuses on the active side[28] and has focused on it until the latest period characterized by a lack of workforce.[29] This is supplemented by special

[22] Tamás Prugberger, "A munkával összefüggő jogviszonyok változása és a család", *Családi Jog*, 3/2015, 4-6.

[23] Sára Hungler, Ágnes Kende, "Nők a család- és foglalkoztatáspolitika keresztútján", *Pro Futuro*, 2/2019, 100-101. and 109-112.

[24] Recitals (9)-(11) of the EPSR.

[25] "Member States and the Union shall, in accordance with this Title, work towards developing a coordinated strategy for employment and particularly for promoting a skilled, trained and adaptable workforce and labour markets responsive to economic change with a view to achieving the objectives defined in Article 3 of the Treaty on European Union." Article 145 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

[26] See – among others – the details of research conducted on the labour market focusing on this area: István Horváth, Sára Hungler, Réka Rácz, Zoltán Petrovics, "Szociális párbeszéd a válságban – válság a párbeszédben? A 2008-ban kezdődött gazdasági krízis tünetei és kiutak Közép-Kelet-Európa munkaerőpiacain" *Pécsi Munkajogi Közlemények*, 1-2/2019, 44-47. and 53-54.

[27] Subsection a) of Article 4 of the EPSR: "Everyone has the right to timely and tailor-made assistance to improve employment or self-employment prospects. This includes the right to receive support for job search, training and re-qualification. Everyone has the right to transfer social protection and training entitlements during professional transitions." Therefore, we can see that MSs can only comply with the high-level expectation of the EPSR by sufficiently effective and harmonised measures guaranteeing labour market, labour law and social protections.

[28] Katalin Dudás, Szilvia Halmos, Gábor Kártyás, *A munkajog szerepe a munkaerőhiány kezelésében: Kutatási zárótanulmány*, Budapest 2018, 25-27. https://www.liganet.hu/images/a10122/Zrtanulmny-munkaerhiny2018_1.pdf (21 December 2020).

[29] Szilvia Halmos, "A munkaerőhiány, mint a munkajog temetője?" (eds. Zoltán Bankó, Gyula Berke, Erika Tálné Molnár), *Quid juris? Ünnepi kötet a Munkaügyi Bírák Országos Egyesülete megalakulásának 20. évfordulójára.* Kúria – Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar – Munkaügyi Bírák Országos Egyesülete, Budapest – Pécs 2018, 147-150.

legislations[30] such as the support of public employment[31] or that of co-operative work.[32] That is, the objectives and the means are mostly given to realize the EPSR's goals, but we also have to consider that changes generated by the EPSR itself might lead to further measures that can affect Hungarian law, or they may necessitate the more affective handling of labour shortage (such as education[33]), let alone the global problem of flare-ups in unemployment.

The central elements to legislative reforms potentially affecting Hungarian law are the sections in Chapter II of the EPSR concerning fair working conditions, ultimately about the fundamental rights of workers.[34] If we view these principles and rights in their entirety, then we can notice the outlines of the reform process, which, based on the previous arguments, we can witness in EU law in relation to new or amended legislations formulated in the framework of the EPSR, or still waiting to be formulated. Work-life balance, the employer's obligation to provide information or wages[35] are all areas of social policy which are either already changing and developing or where changes will need to happen in the upcoming years to comply with the EPSR's commitments. As a result, the effect of these

[30] In relation to the economic and employment crisis caused by the pandemic of 2020, the Hungarian Law CXXXV of 2020 can be significant from the perspective of employment policy. The law concerns services and benefits aiding employment, as well as the supervision of employment, and its primary objective is to make gaining employment easier and to substantially facilitate the process, as well as to make the labour market more productive. This law enters into force on 21 March 2021.

[31] Jácint Ferencz, "Közfoglalkoztatás mint atipikus munkaviszony", *Jog – Állam – Politika*, 2/2014, 125-128. and Botond Bitskey, "A közfoglalkoztatás alapjogi kérdései", (eds. Zoltán Bankó, Gyula Berke, Lajos Pál, Zoltán Petrovics), *Ünnepi tanulmányok Lőrincz György 70. születésnapja tiszteletére*, HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest 2019, 70-76.

[32] Jácint Ferencz, "A szociális szövetkezet tagjának munkaviszonya", *Magyar Munkajog/ Hungarian Labour Law Journal Online Journal*, 1/2015, 64-68.

[33] Article 1 of the EPSR: "Everyone has the right to quality and inclusive education, training and life-long learning in order to maintain and acquire skills that enable them to participate fully in society and manage successfully transitions in the labour market." Therefore, besides the fundamental social expectation of everybody having the right to quality education, the objective of the EPSR in this case as well is specifically the improvement of chances on the labour market and labour policy.

[34] Articles 5 (secure and adaptable employment), 6 (wages), 7 (information about employment conditions and protection in case of dismissals), 8 (social dialogue and involvement of workers), 9 (work-life balance) and 10 (healthy, safe and well-adapted work environment and data protection) of the EPSR.

[35] Here we have to mention that, apart from the "European minimum wage," this topic does not constitute a subject of detailed examination, but we certainly have to take into account certain effects on labour law. In connection with the background of the new Directive and its objectives, see: Torsten Müller, Thorsten Schulten, "The European minimum wage on the doorstep", *European Economic, Employment and Social Policy*, 1/2020, 1. https://www.etui.org/publications/policy-briefs/european-economic-employment-and-social-policy/the-european-minimum-wage-on-the-doorstep (27 November 2020).

sections on Hungarian law will be made possible by the examination of specific, individual items of legislation, and, primarily, we can find interesting connections between Directive (EU) 2019/1152, analysed in detail below, and the reform of legal norms aiming to facilitate work-life balance. However, the guaranteeing of fair wages is obviously the responsibility of the MSs,[36] but the minimum wage legislation aiming to formulate uniform principles can greatly affect that as well, even if it does not affect the amount of compulsory minimum wages. We can also raise the issue that expectations regarding flexible and safe employment – even if these are not necessarily new[37] – can bring about the introduction of new rules about working time, or a review of further questions about employment. A largely hypothetical idea regarding Section 8 is in connection with labour relations, based on which these relations should be improved and developed in Hungary, primarily by supporting the relationship systems of collective labour law and social partners, but even by strengthening the collective rights of workers.[38] We can argue that the desired outcome in the area is not necessarily achieved by legal means, but, according to the EPSR, a stable legislative side is indispensable to a successful social dialogue.

The narrowly defined social protection issues of Chapter III of the EPSR do not constitute the subject of the present analysis, but we still have to mention their significance on the labour market. Sections 11-20 do not seem homogenous in the first place, at least from the perspective of their potential effect on legislation. Comparing, for instance, the support to children[39] with unemployment benefits,[40]

---

[36] Section c) of Article 6 of the EPSR: "All wages shall be set in a transparent and predictable way according to national practices and respecting the autonomy of the social partners." That is, legislation of the MSs is still dominant in this area, but, on the one hand, social partners must have a key role in the processes, and, on the other hand, legislations must reflect shared EU vales and expectations from this point on.

[37] Zoltán Petrovics, "A flexicurity koncepciója és a munkajogviszony megszüntetése", (eds. Z. Bankó, Gy. Berke, E. Tálné Molnár), 357-359.

[38] A current example of this in Hungary is the Employment Advisory and Dispute Settlement Service, which was launched at the end of 2016. See: Tamás Gyulavári, *A Munkaügyi Tanácsadó és Vitarendező szolgálat működése*, HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest 2017, 3-60.

[39] Article 11 of the EPSR: "a) Children have the right to affordable early childhood education and care of good quality. b) Children have the right to protection from poverty. Children from disadvantaged backgrounds have the right to specific measures to enhance equal opportunities." That is, the EPSR intends to support children's development and equal opportunities through several specific measures.

[40] Article 13 of the EPSR: "The unemployed have the right to adequate activation support from public employment services to (re)integrate in the labour market and adequate unemployment benefits of reasonable duration, in line with their contributions and national eligibility rules. Such benefits shall not constitute a disincentive for a quick return to employment." In our opinion, major stances in Hungarian employment policy are consistent with these ideas, and, based on this, the "European Unemployment Benefit Scheme" may have a key role in the future. See: Miroslav Beblavý, Gabriele Marconi, Ilaria Maselli, *A European Unemployment Benefit Scheme – The*

we can clearly see the differences, although the general premise of social protection does connect the two. Minimum wage[41] also presents strong connections to labour law – see the arguments presented in connection with wages –, so, overall, we can see that the EPSR demands support for participants on the labour marker even beyond social policy. Social protection policies, therefore, can bring about novelties in Hungarian law in related legislative areas or through the revision of the coordination of social protection systems, but since these norms, for the most part, constitute national competences; therefore, the most important achievement of the EPSR can highlight the responsibility of the MSs.

Developing the efficiency of social coordination can, in itself, point in a direction which, even if it does not lead the overhaul of a MS's social security system, it can affect Hungarian legislation with the harmonisation and stronger coordination of minimum requirements. It is important to note that Hungary already does a lot to eradicate unemployment,[42] so, among the specific measures, the provision of unemployment benefits is, in itself, not a novelty, but since until recently the handling of unemployment did not seem like much of a challenge in Hungary,[43] the effect of the EPSR will probably be lesser for the time being, when compared to Chapter II, and even Chapter I. At the same time, however, the EU does strengthen worker mobility, and thus, ultimately supports free movement, so social rights and social protections might see the emergence of new impulses and a need for reform in Hungarian legislation as well.

3. CASE STUDY – THE EXPECTED EFFECT OF DIRECTIVE (EU) 2019/1152 ON THE LABOUR CODE

In this section, we briefly review those sections and principles of the legal matter indicated in the title of this section, which, on the one hand, provide the

rationale and the challenges ahead, European Commission – Directorate-General for Employment Social Affairs and Inclusion, Directorate Employment & Social Governance, Brussels 2017, 1-31. https://www.ceps.eu/ceps-publications/european-unemployment-benefits-scheme-rationale-and-challenges-ahead/ (8 January 2021).

[41] Article 6 of the EPSR: "a) Workers have the right to fair wages that provide for a decent standard of living. b) Adequate minimum wages shall be ensured, in a way that provide for the satisfaction of the needs of the worker and his / her family in the light of national economic and social conditions, whilst safeguarding access to employment and incentives to seek work. In-work poverty shall be prevented."

[42] Judit Nagy, *Foglalkoztatáspolitika*, Kormányzati tanulmányok, Nemzeti Közszolgálati Egyetem, Budapest 2018, 26-27. and 42-44. https://nkerepo.uni-nke.hu/xmlui/bitstream/handle/123456789/7211/Foglalkoztat%E1spolitika2.pdf;jsessionid=0857CF79967FE5D925609394794-C7EA2?sequence=1 (27 November 2020).

[43] By this, I mean the labour market that has been experiencing a lack of available workforce until recently. See: Sz. Halmos, 147-150.

most novelties with regard to working conditions, primarily from the perspective of employees' legal protection, and, on the other hand, can induce changes in Hungarian labour law. We will not discuss the quasi employee-definition in Section (2) of Article 1 of the Directive, since it could constitute the subject of a separate analysis, we will merely suggest that Hungarian labour law will soon have to face the difficulties[44] of expanding this definition as hoped by the Directive's legislative intent. That is, it is important that the entitlements discussed below do not only govern those employed in the restrictively interpreted framework of an "employment relationship," but national legal specificities must be considered here along with the interpretation of the European Court of Justice.

Section (2) of Article 4 of the new Directive lists a number of items, which Paragraph 1 of Section 46 of the LC currently does not cover. Therefore, the problem may arise as to how Hungarian legislation will comply with new expectations in EU law if these will not be covered in the future, either. Legislature will have to fill these loopholes, we have to see, however, that some of these items are governed by "stronger" legal tools in Hungarian law – such as the beginning of an employment relationship, since law refers it primarily to the scope of the employment contract, similarly to the probationary period –, and we can find some which can be deduced from the general obligation of information provision and/or from the contract principle (rules of resignation, basic salary), and some are not represented in the LC at all (trainings). It seems that the modified regulation genuinely wants to settle these employer responsibilities extensively, and there seems to be a direct link between the conceptual structure of Article 2 and the content expectations of Article 3, since the Directive mentions directly, in several instances, the special obligation of information provision governing non-traditional employment relationships.[45]

Section (1) of Article 5 can provide substantial novelties for the LC, since it proclaims that the required information must be provided in writing on the first day of an employment relationship, thus guaranteeing the employee's interests. In this respect, the LC allows 15 days as a rule,[46] so it is important that, alternatively, the new Directive allows the employer a period of seven calendar days at most to provide the required information. As a result, the new legislation – as opposed to the previous one[47] – represents a principle of immediacy, and it specifically addresses the problems of employee accessibility.[48] Currently, there is no legislation with the same content in the LC; however, it can be deduced from the obligation

[44] Directive (EU) 2019/1152, recitals (2), (4) and (11)(13).

[45] Directive (EU) 2019/1152, recitals (11), (25) and (26).

[46] Section (1) of Article 46 of the LC.

[47] Based on Section (1) of Article 3 of Directive 91/533/EEC, information may be given to the employee not later than two months after the commencement of the employment relationship.

[48] Based on Section (1) of Article 4 and Section (1) of Article 5 of the new Directive.

of the communication in contracts.[49] The other set of cases worthy of further examination can be found in Chapter III of the Directive, since the new standards explicitly require the application of such rules which are undoubtedly directly connected to the information detailed in Article 4, they still state obligatory, essential requirements regarding the contents of employment contracts. This new legislation is one of the most important amongst the new norms of the Directive, since it at least implicitly attempts to partially harmonize labour laws in MSs, since the contents of an employment contract can settle virtually every essential component of the relationship between employer and employee in Hungarian law as well.[50] Therefore, according to EU law, some sort of "common denominator" and a minimal structure of legal protections are essential among transparent work conditions in EU social policy.

Based on this, Article 8 sounds less surprising, as it specifies the maximum length of the probationary period, and Hungarian rules comply with this as the article limits the length of this period to six months.[51] Article 9, on the other hand, restricts employers' prevention of the parallel employment of employees, but the Directive leaves open a possibility of restriction.[52] While there is no such rule in the LC, we can find no such ban or restriction in the labour law of the private sector;[53] we can conclude that the LC in its current form does comply with this part of the Directive. It is important, however, that the point of this legislation is to discourage employer decisions that would unreasonably limit employees' economic range,[54] so a shared goal is the prevention of employment in the informal economy. In other words, it is not unimaginable that legislation with such content would better serve compliance with the Directive, and, at the same time, help the parties involved in resolving practical difficulties.

Articles 12 and 13 also require novel interpretative attitudes, since they are entirely new both to the Directive and to the LC. The former concerns the shift between forms of employment, while the latter concerns trainings provided by the employer to the employees. Section (1) of Article 12 – to quote Hungarian

---

[49] With reference primarily to the rule of written communications settled by Section 24 of the LC.

[50] József Radnay, *Munkajog (Nyolcadik kiadás)*, Szent István Társulat, Budapest 2009, 87-90.

[51] Section (1) of Article 8 of the new Directive does not exclude the possibility of a longer period of probation, with regard to the specificities of the employment or the interest of the employee.

[52] Based on Section (2) of Article 9 of the new Directive, MSs may lay down conditions for the use of incompatibility restrictions by employers, based on objective grounds.

[53] Exempt from this are employees in leadership positions, as well those in the public sector, but in each case, it is the specificity of the given employee status that justifies this.

[54] *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on transparent and predictable working conditions in the European Union*, Brussels 21 December 2017. COM(2017) 797 final, Recitals 6. and (2). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0797&from=HU (9 December 2020).

labour law terminology – ensures such an application procedure to the employee, with which the employee has the chance to move from an atypical form of employment to a traditional form of employment, thus raising the guarantees of their employment. This possibility is already given in the LC, but the Directive requires the employer to answer the application within a month in writing, which may clearly become a new obligation in the future. However, we cannot conclude that employers will actually have an obligation to change the form of their employees' employment, but the receipt and consideration of the application, and the response to it in a specific manner and within a specific time is a further guarantee for employees. As to trainings, the Directive only prescribes that employees be exempt from the financial costs of trainings required by the employer, in which we can highlight the strict guarantee of the legislation.

Article 14 of the Directive[55] contains an interesting and traditional provision of a social character, which is extremely important when it comes to the legal protection of employees, as it sets out the possibility of circumventing a collective agreement. According to the article, as to Chapters I-III of the Directive, social partners shall have the chance, mutatis mutandis, to come to a different agreement with the provision that it is only possible with "guaranteeing the full protection of employees."[56] Therefore, it does not follow that provisions less favourable to employees could be applicable, but it is an important provision for Hungarian labour law, since Article 46 of the LC is indeed strict in this respect, however, the possibility of in peius differences for employees, even in the abovementioned work conditions – in theory – are not impossible,[57] even in collective agreements.[58] Therefore, it is a question how "full protection" can be guaranteed with contract clauses like this, but I contend that we can reasonably suppose that the Directive wishes to strengthen the collective labour law protections established in the EPSR,[59] or widen them alongside the previously mentioned individual labour law objectives. Regarding Hungarian legislation, it is important that the LC does not forbid a unilateral deviation from Article 46, which details employers' obligation

[55] Which is listed in the final text simply as Article 14, not as a separate chapter.

[56] Article 14 of Directive (EU) 2019/1152.

[57] *Proposal T/4786 of the Labour Code*. p. 85. https://www.parlament.hu/irom39/04786/04786.pdf (21 April 2019).

[58] For more details, see: Tamás Gyulavári, "The Hungarian Experiment to Promote Collective Bargaining: Farewell to 'Principle of Favour'", Tamás Gyulavári, Emenuele Menegatti (eds.), *The Sources of Labour Law*. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2020, 245-260. The point of this legislative method is that full dispositivity is not excluded even collective agreements furthering the potential interests of employees, even if the LC does not allow it in the case of every important element. Nevertheless, this legal policy approach – analysed in detail by Gyulavári – strengthens the autonomy of the parties, but, at the same time, it can weaken the enforcement opportunities of employees.

[59] Article 8 of the EPSR.

to provide information to employees. That is, in this respect the LC explicitly sets out to protect the rightful interests of employees, since the chance of a unilateral deviation ultimately prevents the possible disadvantaging from the side of employers.[60]

Article 15 of the new Directive establishes mostly new legislative principles and norms regarding subsequent information provision when information was not provided in the first place. To be more precise, it concerns a refutable presumption of this Article, which serves to make sure that unlawful states originating from the negligence of employers can be resolved as soon as possible. Moreover, the objectives included in this part of the Directive include the avoidance of legal disputes originating from conflicts of interest between employers and employees. It is important, however, that this possibility of correction is not in opposition with the principle of immediacy, since the former does not prevail over the latter but merely strengthens it with a sort of indirect sanctioning pressure. Based on the Directive, MS will have a specific duty to choose between enforcement mechanisms after this period is over. A shared characteristic of these systems is that they protect the employee, based on the assumption that as the weaker party in the employment relationship, they do not have all the necessary information, and, as a result, their status is precarious.[61] The first possibility is the case of "advantageous presumption," in which, if the employer failed to provide information regarding the relevant elements of the working relationship, then we have to ex lege presume that the employment relationship was established for an indefinite period of time, with full-time employment, and without a probationary period. In certain cases, therefore, this presumption suggests a state at least partially opposed to the intention of the parties involved in the contract, which could be a noteworthy rule in Hungarian labour law as well. Although Article 46 does not concern the validity and content of the contract, we can still debate whether a valid, fixed-term clause can be effectively modified – as sort of a sanction – by the legislature, if, despite the failure to provide the necessary information to the employee, the opposite is prescribed. The question so far is merely a hypothetical one; however, it also follows from subsection a). Subsection b) refers the problem to the administrative authorities and wishes to allow the application of administrative sanctions. Thus, the content of the employment relationship would not be altered, but the possibility of the authorities being involved might prevent potential infringements on the side of employers, with additional conflict resolution opportunities based in the interests of both parties.[62] The breach of employer duties laid down in Article 46 of the LC can currently lead to infringements requiring the involvement

[60] Section (1) of Article 43 of the LC.

[61] Sections (3)-(7) and Sections (16)-(17) of the Preamble.

[62] *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on transparent and predictable working conditions in the European Union*, Brussels 21 December 2017. COM(2017)

of the employment authority, so this might require only minor modifications in Hungarian law.[63]

Articles 16-18[64] concern the possibilities of the enforcement of employees' rights, as well as the underlying legal provisions. Merely recording that employees must be provided with effective opportunities for legal remedies during the course of and after the termination of their employment does not bear any substantial novelty for Hungarian legislation. However, the Directive goes further than that and suggests the apparently most effective way of legal remedy in the form of damages paid to the employees. According to the new Directive, employees have the right to the "appropriate" damages in the methods of conflict resolution mentioned above in case the employer infringes upon the rights established in the Directive. The question arises, then, if the employer fails to provide information to employees or not providing appropriate information can, in fact, constitute grounds for damages. In our opinion, in extreme cases it can already constitute grounds even based on current legislation, since – setting aside the unlawful termination of employment defined by law[65] – employers would cause injury in connection with the employment relationship even in such a case, but it is still a question what disadvantages are suffered by the employees. With expansive interpretation, we could claim that such an act could be the unreasonable hindrance of conforming performance, but this is merely a theoretical suggestion, since it does not follow from the current interpretation. It is worthwhile, however, to observe the question from the other perspective as well, since Article 46 of the LC is not definite enough in this very respect, since breaching the provisions of the article does not result in detriment for the employer, but legislation of this kind could change that. Thus, the objective of new legislation could lead to interpretative novelty in this area of the LC in the future.

Article 17 concerns protection against discrimination separately in such cases in which the employee or the employee's representative lodges a complaint or initiates proceedings in order to enforce rights established in the Directive. That

797 final, p. 16. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0797&from=HU (9 December 2020).

[63] In connection with Article 16, it is important to mention the "redress period" of fifteen days stipulated in Article 14, to supply missing information or amend incorrect information. Including this time period in legislation indicates the graduality and "ultima ratio" nature of possible sanctions and opportunities of legal remedy for employees. However, the language of the existing text does not contain this "redress period," which means fundamentally stricter legislation for employers, since the Directive does not require the passing of these fifteen days in connection with the employee options detailed above, but it does not exclude that MSs may define the criterion of immediacy in their national law more strictly or even more flexibly.

[64] Article 19 on sanctions is tangentially connected here, but since it does not contain any novelty compared to current practices, I do not discuss it in any detail here.

[65] Section (2) of Article 82 of the LC.

is, the Directive explicitly bans retaliative behaviours for employers, and, in our opinion, the significance of this lies in the fact that in case of enforcement, there is a new, specific element in the range in which legislators explicitly protect employees' right to information. Article 18 defines a quasi termination protection,[66] which goes further than the previous protection against employer retaliation[67] and suggests that employees must be protected against termination based on the employees' enforcing and practicing their right established in the present Directive. In the same manner, sanctions equal to dismissal are forbidden – in our opinion, such a sanction could be the application of penalty as laid down in Article 56 of the LC –, from which it follows that the Directive has set out on an – otherwise nearly impossible – course to harmonise the legislation of dismissals,[68] even if only marginally as yet. To be more specific, the Directive establishes further criteria through clear legislative expectations which, we think, could be a novelty in Hungarian labour law as well, since according to the rules of the LC, such a dismissal could be imagined as termination based on employee behaviour, but it should probably be qualified as an abuse of rights, if the reason for termination were the employee's action in accordance with the Directive. Section (2) complements this by requiring employers to give their reasons in writing in such cases when employees perceive the given measures as injurious on the aforementioned grounds. The employers' duty to provide their reasoning still stands without this part of the legislation, but it allows us to conclude that employers have increased responsibility when injurious cases are suspected. This is fully realized in Section (3) with the reversal of the burden of proof, since based on this the applicant employees only need to provide prima facie evidence that they were injured because of their practice of their rights provided by the Directive, and employers have to defend themselves with substantial proof.

That is, to use an example from Hungarian legislation and practice, it seems that the Directive stands on the grounds of the principles of burden of proof as laid down in Resolution no. 95 of the Labour Law Division of the Hungarian Supreme Court (Curia of Hungary nowadays) and settles the question similarly in cases with reference to the breach of the principle of equal treatment.[69] However,

[66] While, when considering the terminology of the LC, the name may be confusing, the function of the limitation is this.

[67] I have to once again emphasise the differences and connections, since "retaliation" as understood by the information directive is similar only in its nature of being an infringing act to retaliation (victimization) as defined in Section (3) of Article 10 of Act CXXV of 2003 on equal treatment and the promotion of equal opportunities.

[68] Guus Heerma van Voss, Beryl ter Haar, "Common Ground in European Dismissal Law", *European Labour Law Journal*, 3/2012, 215. and 228-229.

[69] According to Section (1) of Article 19 of Act CXXV of 2003 on equal treatment and the promotion of equal opportunities, the applicant only needs to provide *prima facie* evidence, while the burden of proof lies with the defendant.

since in cases of such termination an abuse of rights on the employer's side can be perceived, we can see the reverse of the proof process used in cases of abuse of rights,[70] which is noteworthy because these rules regarding the protection against termination are not substantially different from Hungarian legislation, but the background of guarantees in principle and procedural rules also contain novelties.[71]

4. CONCLUSION

Although a number of years have passed since the launch of the EPSR, and even the novelty of some relevant social policy texts may have faded in the meantime, we think that it is still difficult to draw substantial conclusions from the EPSR's effects on Hungarian labour law. What is more, the EPSR itself, or rather its legal nature, is still being moulded, and the subsequent legislative mechanisms are constantly in flux, therefore it might be overly ambitious to expect an analysis of real and tangible legislative or interpretative effects. Despite all this, since the EPSR has already delivered actual results, and EU decisionmakers are, without a doubt, using it as a foundation when shaping the future of European integration, we can establish that the principles laid out in the EPSR may have a significant effect on Hungarian labour law even in the next few years.

We might consider the new Directive regarding information provision on the employment relationship used as a case study in the present paper, since the Hungarian legislature has actual legislative tasks until the implementation deadline of the Directive. This is, however, just one example, but the EPSR's holistic social perspective and its approach focusing explicitly on the legal protection of employees – along with the necessary modernization of labour law – can easily lead to reforms concerning fundamental work conditions. This may induce substantial changes in Hungarian labour law as well, but ultimately, we cannot disregard the actual legislative product, since the spirit of the EPSR in itself is not enough to launch a review of labour law in the national law. With the connotations of the legislation of transparent and predictable working conditions and the compulsory information on the employment relationship, this might not be a very distant possibility.

The future effects of Directive (EU) 2019/1152 on Hungarian law and legislation are uncertain. Based on the scope of application laid down in the current

[70] In connection with labour law, see: Tamás Tercsák, *A joggal való visszaélés. A joggal való visszaélés elmélete, bírói gyakorlata és munkajogi jelentősége*, HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest 2018, 493-498.

[71] For a detailed analysis of this question, see: Márton Leó Zaccaria, "A munkáltatói tájékoztatásról szóló irányelv reformjának potenciális hatásai a magyar munkajogra", (eds. Z. Bankó, Gy. Berke, L. Pál, Z. Petrovics), 435-450.

statute book it seems that since Article 46 of the LC contains the relevant norm of the Directive, there it cannot be applied mutatis mutandis on other persons carrying out work. However, the root of the problem is not to be found in the existing wording of the LC but in the construct of the definition that, partly due to traditional reasons, partly out of necessity, takes the concepts of "employee" and "employment relationship"[72] out of the catalogue of relationships concerning work. However, in the current legislative and interpretative climate this is an understandable and rational approach, in our opinion the directional reform being discussed here can be the first substantial change that could force the hand of Hungarian legislation and practice, since the widening personal scope of the Directive certainly goes beyond the conceptual framework of the LC. And if we approach less from the direction of formalizing definitions and more from the direction of the specification of relationships between the parties, we might find that the rules laid down in Article 46 of the LC suppose a personal dependence between the subjects, which is clearly the differentia specifica of the employment relationship,[73] but it is not its exclusive characterising specificity. Therefore, it is justified to approach this definition anomaly with the question whether other relationships can be inserted into the rules of the Directive, that is, we can examine why these rules only concern the traditional employment relationship. Although the answer is merely founded on theory, it can still point towards the affirmative regarding the objective and legislative methodology of the new Directive.

As to the merits of the new Directive, we conclude that the material contained in Article 46 of the LC might need modifications or amendments in the course of the implementation in several respects. Although, Article 46 of the LC in its current form mostly complies with higher-level requirements, the spirit of the legislation and some of its specifics have substantially changed. These changes show complete consistency with the ideas and socially motivated objectives of the EPSR, as the strengthening of employees' protection and guaranteeing fair working conditions as defined by Article 31 of the CFREU[74] are key on the European labour markets of the future, and even that of the present. In our opinion, Hungarian legislation will need to react to all these changes. Therefore, the EPSR in its entirety effects Hungarian labour law in a way and to an extent that are difficult to define, but using the example of Directive (EU) 2019/1152 we must conclude that it is only a matter of time before the effects of further EU labour law and social policies appear in Hungarian labour law.

---

[72] Tamás Gyulavári, *A szürke állomány. Gazdaságilag függő munkavégzés a munkaviszony és az önfoglalkoztatás határán*, Pázmány Press, Budapest 2014, 104-107. and 109-110.

[73] György Kiss, „Foglalkoztatás gazdasági válság idején. A munkajogban rejlő lehetőségek a munkajogviszony tartalmának alakítására (jogdogmatikai alapok és jogpolitikai indokok)", *Állam- és Jogtudomány*, 1/2014, 39-43.

[74] Recital (1) of Directive (EU) 2019/1152.

REFERENCES

Ane Aranguiz, "More majority voting on EU social policy? Assessing the Commission proposal", *EU Law Analysis – Expert insight into EU law developments*, 26 June 2019. http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/06/more-majority-voting-on-eu-social.html (11 January 2020).

Miroslav Beblavý, Gabriele Marconi, Ilaria Maselli, *A European Unemployment Benefit Scheme – The rationale and the challenges ahead*, European Commission – Directorate-General for Employment Social Affairs and Inclusion, Directorate Employment & Social Governance, Brussels 2017. https://www.ceps.eu/ceps-publications/european-unemployment-benefits-scheme-rationale-and-challenges-ahead/ (8 January 2021).

Botond Bitskey, "A közfoglalkoztatás alapjogi kérdései", (eds. Zoltán Bankó, Gyula Berke, Lajos Pál, Zoltán Petrovics), *Ünnepi tanulmányok Lőrincz György 70. születésnapja tiszteletére*, HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest 2019, 66-78.

Katalin Dudás, Szilvia Halmos, Gábor Kártyás, *A munkajog szerepe a munkaerőhiány kezelésében: Kutatási zárótanulmány*, Budapest 2018. https://www.liganet.hu/images/a10122/Zrtanulmny-munkaerhiny2018_1.pdf (21 December 2020).

Jácint Ferencz, *Atipikus foglalkoztatási formák*, Dialóg Campus, Budapest-Pécs 2015.

Jácint Ferencz, "Közfoglalkoztatás mint atipikus munkaviszony", *Jog – Állam – Politika*, 2/2014, 125-134.

Jácint Ferencz, "A szociális szövetkezet tagjának munkaviszonya", *Magyar Munkajog/Hungarian Labour Law Journal Online Journal*, 1/2015, 61-71.

Sacha Garben, "The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement?", *European Constitutional Law Review*, 1/2018, 210-230.

Tamás Gyulavári, "A gazdaságilag függő munkavégzés szabályozása: kényszer vagy lehetőség?", *Magyar Munkajog/Hungarian Labour Law Online Journal*, 1/2014, 1-25.

Tamás Gyulavári, "Három évvel az antidiszkriminációs szabályozás reformja után", *Esély*, 3/2007, 3-35.

Tamás Gyulavári, "The Hungarian Experiment to Promote Collective Bargaining: Farewell to 'Principle of Favour'", Tamás Gyulavári, Emenuele Menegatti (eds.), *The Sources of Labour Law.* Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2020, 245-260.

Tamás Gyulavári, *A szürke állomány. Gazdaságilag függő munkavégzés a munkaviszony és az önfoglalkoztatás határán*, Pázmány Press, Budapest 2014.

Tamás Gyulavári, *A Munkaügyi Tanácsadó és Vitarendező szolgálat működése*, HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest 2017.

József Hajdú, "A szociális jogok európai pillérének körvonalai", *Acta Universitatis Szegediensis: Forum: Acta Juridica et Politica*, 1/2018, 93-106.

Szilvia Halmos, "A munkaerőhiány, mint a munkajog temetője?" (eds. Zoltán Bankó, Gyula Berke, Erika Tálné Molnár), *Quid juris? Ünnepi kötet a Munkaügyi Bírák Országos Egyesülete megalakulásának 20. évfordulójára.* Kúria – Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar – Munkaügyi Bírák Országos Egyesülete, Budapest – Pécs 2018, 147-168.

István Horváth, Sára Hungler, Réka Rácz, Zoltán Petrovics, "Szociális párbeszéd a válságban – válság a párbeszédben? A 2008-ban kezdődött gazdasági krízis tünetei és kiutak Közép-Kelet-Európa munkaerőpiacain" *Pécsi Munkajogi Közlemények*, 1-2/2019, 20-56.

Sára Hungler, Ágnes Kende, "Nők a család- és foglalkoztatáspolitika keresztútján", *Pro Futuro*, 2/2019, 100-117.

Sára Hungler, Éva Gellérné Lukács, Zoltán Petrovics, Katalin Dudás, *Az Európai Unió szociális és munkajoga*, ELTE Eötvös Kiadó, Budapest 2020.

Kolos Kardkovács (ed.), Anna Kozma, György Lőrincz, Lajos Pál, Róbert Pethő, *A Munka Törvénykönyvének magyarázata (Harmadik, hatályosított kiadás)*, HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest 2016.

Gábor Kártyás, *Kiküldött munkavállalók az uniós és a magyar jogban (Jogtudományi Monográfiák 15.)*, Pázmány Press, Budapest 2020.

Gábor Kártyás, "A sender state's response to the new posting rules: The amendment of the posting of workers directive and its transposition in Hungary", *Magyar Munkajog/Hungarian Labour Law Journal Online Journal*, 1/2020, 70-82.

György Kiss, „Foglalkoztatás gazdasági válság idején. A munkajogban rejlő lehetőségek a munkajogviszony tartalmának alakítására (jogdogmatikai alapok és jogpolitikai indokok)", *Állam- és Jogtudomány*, 1/2014, 36-76.

György Kiss, "A munkavállalóhoz hasonló jogállású személy problematikája az Európai Unióban és e jogállás szabályozásának hiánya a Munka Törvénykönyvében" *Jogtudományi Közlöny*, 1/2013, 1-14.

Torsten Müller, Thorsten Schulten, "The European minimum wage on the doorstep", *European Economic, Employment and Social Policy*, 1/2020. https://www.etui.org/publications/policy-briefs/european-economic-employment-and-social-policy/the-european-minimum-wage-on-the-doorstep (27 November 2020).

Judit Nagy, *Foglalkoztatáspolitika*, Kormányzati tanulmányok, Nemzeti Közszolgálati Egyetem, Budapest 2018. https://nkerepo.uni-nke.hu/xmlui/bitstream/handle/123456789/7211/Foglalkoztat%E1spolitika2.pdf;jsessionid=0857CF79967FE5D925609394794C7EA2?sequence=1 (27 November 2020).

Zoltán Petrovics, "A flexicurity koncepciója és a munkajogviszony megszüntetése", (eds. Zoltán Bankó, Gyula Berke, Erika Tálné Molnár), *Quid juris? Ünnepi kötet a Munkaügyi Bírák Országos Egyesülete megalakulásának 20. évfordulójára*. Kúria – Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar – Munkaügyi Bírák Országos Egyesülete, Budapest – Pécs 2018, 357-365.

Tamás Prugberger, "A munkával összefüggő jogviszonyok változása és a család", *Családi Jog*, 3/2015, 1-9.

József Radnay, *Munkajog (Nyolcadik kiadás)*, Szent István Társulat, Budapest 2009.

Tamás Tercsák, *A joggal való visszaélés. A joggal való visszaélés elmélete, bírói gyakorlata és munkajogi jelentősége*, HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest 2018.

Guus Heerma van Voss, Beryl ter Haar, "Common Ground in European Dismissal Law", *European Labour Law Journal*, 3/2012, 215-229.

Márton Leó Zaccaria, "A munkáltatói tájékoztatásról szóló irányelv reformjának potenciális hatásai a magyar munkajogra", (eds. Zoltán Bankó, Gyula Berke, Lajos

Pál, Zoltán Petrovics), *Ünnepi tanulmányok Lőrincz György 70. születésnapja tiszteletére*, HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest 2019, 435-450.
Treaty on the Functioning of the European Union.
Charter of Fundamental Rights of the European Union.
Regulation (EU) 2019/1149 of the European Parliament and of the Council establishing a European Labour Authority, amending Regulations (EC) No 883/2004, (EU) No 492/2011, and (EU) 2016/589 and repealing Decision (EU) 2016/344.
Directive (EU) 2019/1158 of the European Parliament and of the Council (20 June 2019) on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU.
Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council (20 June 2019) on transparent and predictable working conditions in the European Union.
Directive (EU) 2018/957 of the European Parliament and of the Council (28 June 2018) amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services.
Council Directive 91/533/EEC (14 October 1991) on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship.
European Pillar of Social Rights.
Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on transparent and predictable working conditions in the European Union, Brussels 21 December 2017. COM(2017) 797 final, Recitals 6. and (2). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0797&from=HU (9 December 2020).
Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adequate minimum wages in the European Union, Brussels 28 October 2020. COM(2020) 682 final, recital (4). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0682&from=EN (24 November 2020).
Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women through pay transparency and enforcement mechanisms, Brussels 4 March 2021. COM(2021) 93 final. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/com-2021-93_en_0.pdf (17 March 2021).
Hungarian Law CXXXV of 2020 can be significant from the perspective of employment policy. The law concerns services and benefits aiding employment, as well as the supervision of employment, and its primary objective is to make gaining employment easier and to substantially facilitate the process, as well as to make the labour market more productive. This law enters into force on 21 March 2021.
Act I on the Labour Code.
Act CXXV of 2003 on equal treatment and the promotion of equal opportunities.
Proposal T/4786 of the Labour Code. https://www.parlament.hu/irom39/04786/04786.pdf (21 April 2019).

Мартон Лео Закарија
Универзитет у Дебрецину
Правни факултет
zaccaria.marton@law.unideb.hu

Однос Европског стуба социјалних права и мађарског радног права са посебним освртом на Директиву 2019/1152

Сажетак: *У раду се разматрају две важне и актуелне теме из радног права. Прво, аутор анализира опште аспекте и значај Европског стуба социјалних права (ЕПСР), који је представља новији извор права – изузев неколико директива и уредби заснованих на самом ЕПСР – на пољу социјалне политике Европске уније. Његов посебан значај је у томе што уређује неколико основних радних и социјалних права и један од његових главних циљева је да промовише и ојача социјална права и вредности широм држава чланица. Истовремено, ЕПСР већ остварује утицај на националне системе радног и социјалног права у ЕУ. То се чини најпре кроз Директиву (ЕУ) 2019/1152 Европског парламента и Савета (20. јун 2019.) о транспарентним и предвидљивим условима рада у Европској унији која садржи веома важне новине у погледу ширег концепта појма радног односа и основних права радника. Потом, аутор се фокусира на релевантна питања мађарског радног права као студију случаја, анализирајући могући – и већ видљиви – утицај ЕПСР-а и поменуте нове директиве на мађарско законодавство. Ова анализа настоји да одговори на питања заснована на хипотезама рада усредсређеним на могућу промену мађарске регулативе и тумачења постојећих прописа, узимајући у обзир ЕПСР и већ цитирану директиву. Резултати истраживања такође су усмерени на неке опште напомене у вези са ЕПСР-ом и Директивом (ЕУ) 2019/1152 и њиховим утицајем на основна права по основу рада.*

Кључне речи: *Европски стуб социјалних права, радно законодавство у Мађарској, радно право, права по основу рада.*

Датум пријема рада: 02.06.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 15.11.2021.
Датум прихватања рада: 26.01.2022.

Прегледни рад 342.5:342.565.2(439)
doi:10.5937/zrpfns56-31364

Agnes F. Czine
Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary
Faculty of Law
czine@mkab.hu

THE MAIN ELEMENTS OF THE RULE OF LAW IN THE PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF HUNGARY

Abstract: *The rule of law is one of the most complex concepts in constitutional law, some principles of which permeate the entire functioning of the state, the relationship between the individual and the state. It is no coincidence that there have been many attempts to define the concept of the rule of law in the literature, legislation and international law as well, but we cannot speak of a uniform, universally accepted concept. The rule of law is strongly linked to the historical development of a given country. This article presents the problems encountered by the Constitutional Court of Hungary in its judgment and how it defined certain principles of the rule of law in practice. These decisions of the Constitutional Court affect the functioning of the state and legislation and are historically linked to the development after the change of regime in Hungary. There are different opinions in the literature that the Court used the concept of the rule of law formally, or as a subsidiary, or as an abstract, mysterious concept in different decisions. According to the position of the present article, no matter how the Constitutional Court approaches the concept, it is certain that the merits of the elaboration of the elements of this important constitutional institution and its application to Hungarian historical conditions are indisputable. In interpreting the concept of the rule of law, the Constitutional Court made it clear that the principle of the rule of law is not an auxiliary, secondary rule, and not merely a declaration, but an independent constitutional norm, the violation of which may in itself justify the unconstitutionality of a legal act.*

Keywords: *rule of law, legal certainty, separation of powers, fair procedure, res judicata.*

1. INTRODUCTION

This article examines the major challenges and issues faced by the Hungarian Constitutional Court in defining the rule of law during its three decades of operation. The interpretation and elaboration of certain principles of the rule of law are inseparable from the history and legal and political culture of a given country. In this article, I would like to present the main principles on which the Constitutional Court has ruled and developed its own interpretation of these details. There are different opinions in the literature that the Hungarian Constitutional Court used the concept of the rule of law formally in the various stages of its judgment, either as a subsidiary or as an abstract, mysterious concept. However, I believe that in any way the Hungarian Constitutional Court has approached the concept of the rule of law, it still has an indisputable merit in adapting the content elements to Hungarian historical conditions.

The concept of the rule of law has been interpreted by many scholars and international organizations, and its elements and criteria have been defined as well as by the legislation of several countries. All of these aspects cannot be examined in this article as this topic has a whole library of literature, but I have to mention the main the requirements of the Council of Europe's and the European Union, as they provide a basis for understanding the approach of the Constitutional Court of Hungary.

Although there is not a uniform European definition of the rule of law but under the auspices of the Council of Europe, the Venice Commission has attempted to do so in its report. It analysed the different theoretical and practical interpretation of this concept, among them the requirements of the European Court of Human Rights (ECtHR).[1] The Commission then decided to draft an operational tool for assessing the level of rule of law compliance in any given state, and this led to the elaboration of the rule of law checklist based on the five core elements of the rule of law, sub-itemised into detailed questions. According its approach the core elements are: legal certainty, prevention of abuse/misuse of powers, equality before the law and non-discrimination, access to justice.[2]

Another starting point for the rules of law is the European Union's treaties and the judicial practice of the Court of Justice of the EU (hereinafter: CJEU). If a state wishes to join the Union, its accession was preceded by a process of legal harmonization, in the process of which the fulfilment of the requirements had already been indicated. The rule of law guarantee system was, in essence, already one of the political criteria that nation states wishing to join the European Union

[1] Report on the rule of law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011), *Rule_of_law (coe.int)* ,15 Marc 2021.

[2] *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e*, 15 March 2021.

had to meet. These content criteria have been strongly emphasized in the formulation of democracy and human rights, as well as minority rights. It is well known that the European Commission has adopted a "rule of law", suggesting that if a nation state violates EU values "seriously and persistently", the procedure under Article 7 on the European Union will take effect.[3]

The CJEU interprets the rule of law and its tasks are not limited to judicial review of acts of the EU institutions. It is not just its job to guide the interpretation of the Treaties. In the course of judicial review, it also examines the enforcement of general principles of law and thus the enforcement of fundamental rights.[4]

Although the requirements of the rule of law actually differ from one Member State to another, but the case law of the Luxembourg and Strasbourg judicial forums, the professional work of the Venice Commission outline the European content of the rule of law. Therefore, the rule of law is a constitutional principle that has both formal and substantive components.

The principle of the rule of law is also one of the most important principles of the Hungarian constitutional system. The rule of law in the most general sense means the primacy of law, the commitment of the state to the Fundamental Law. The principle of the rule of law primarily ensures that the law gives scope and form to the exercise of state power. In another approach, the principle of the rule of law in practice fixes the limits of the activity of the state in public power, according to which the extent of state intervention is determined by law.[5]

After this general approach let's examine the main element of the concept according to the practice of the Constitutional Court in this respect.

2. THE MAIN ELEMENTS OF THE RULE OF LAW ACCORDING TO THE CONSTITUTIONAL COURT OF HUNGARY

The Fundamental Law of Hungary[6], like the earlier Constitution, defines the concept of the rule of law, so its conceptual elements can be explored from this starting point. In the interpretation of the Constitutional Court – on the basis of both the earlier Constitution and the Fundamental Law – the rule of law in the broadest sense means that bodies of public power within the organizational frame-

[3] In accordance with Article 7 of the Treaty on European Union.

[4] Thomas von Danwitz, „The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ", *Fordham International Law Journal*, 37(2014)/5, 1328–1333.

[5] Kiss László, *A magyar jogállamról és jogállamiságról In Hajas Barnabás és Schanda Balázs (szerk.) Ünnepi Kötet Kilényi Géza professzor hetvenedik születésnapjára,* Szent István Társulat, Budapest 2006, 226.

[6] Article B (1) of the Fundametal Law declares: "Hungary is an independent, democratic state under the rule of law".

work established by law operate within regulated legal limits.[7] The Constitutional Court also classified as one of the basic requirements of the rule of law that the bodies regulated in the Fundamental Law have a duty to exercise their constitutional significance in good faith, by assisting and cooperating in the performance of their duties.[8]

In the practice of the Constitutional Court, the interpretation of the rule of law did not play a significant role in the early years. The basic decision on the rule of law was drawn up by the Court in the first half of 1992 and has since become the basis for its case law. In connection with the change of regime that was peacefully happened in 1989, the Constitutional Court established the basic requirements of the rule of law. In that decision, it first stated that the classification of Hungary as a state governed by the rule of law was both a finding of fact and a program, too. At the same time, the Constitutional Court also stressed that the fundamental rights and the justice required by the rule of law cannot be set aside during the transition period. The rule of law cannot be established against the rule of law.[9]

In its decisions, the Constitutional Court later emphasized that the fundamental value of the rule of law is detailed in the provisions of the Fundamental Law, but at the same time it does not fully fill its content. Therefore, the interpretation of the concept of the rule of law is one of the priority tasks of the Constitutional Court. The Constitutional Court examines the principles that fulfil the fundamental value of the rule of law in the exercise of its powers.

The Constitutional Court formulated the system of requirements of the rule of law in several decisions. We cannot talk about a uniform and generally accepted concept of interpretation, but at the same time we can identify criteria that typically appear in the decisions of the Constitutional Court.

In a subsequent judgment, the Constitutional Court emphasized that "in such a constitutional democracy, it is part of the freedom of citizens that their actions may be limited only by legal rules which they know in advance and which comply with the formalized rules of law. It therefore infringes the prohibition of retroactive legislation if ... legislation subsequently declares conduct unlawful, imposes obligations on legal persons and subsequently restricts rights".[10] For these reasons, the Constitutional Court prohibits retroactive legislation as a general rule.[11] This idea leads us to examine an important element of the rule of law, the legal certainty.

---

[7] Decision 56/1991. (XI. 8.) AB, *Hungarian Official Gazette* No. 123/91.
[8] Decision 8/1992. (I. 30.) AB, *Hungarian Official Gazette* No.11/92.
[9] Decision 11/1992. (III. 5.) AB, *Hungarian Official Gazette* No.23/92.
[10] Decision 8/2005. (III. 31.) AB, *Hungarian Official Gazette* No.15/05.
[11] Decision 34/1991. (VI. 15.) AB, *Hungarian Official Gazette* No.65/91.

2.1. Legal certainty

Legal certainty is in itself a complex concept, several parts of which have been formulated by the Constitutional Court on the basis of the Article B) of the Fundamental Law of Hungary. The issue of legal certainty has generally been examined in norm control proceedings, as the Court does not consider legal certainty as a right that can be examined in a constitutional complaint procedure. According to its practice legal certainty is not a fundamental right, and a constitutional complaint against it can only be established in exceptional cases, namely in the absence of retroactive legislation and lack of preparation time.[12]

2.1.1. Clarity of norms

Legal certainty expects the state and, above all, the legislator, that the law as a whole, certain sub-areas and certain rules be clear, unambiguous, predictable in terms of their impact and predictable for the addressees of the norm. It follows, therefore, that the specific yardstick for the clarity of the norm is that the norm should be "clear" and its application "predictable".[13]

2.1.2. Prohibition of retroactive legislation

The Constitutional Court has placed the prohibition of retroactive legislation among the requirements of the rule of law and prohibits retroactive legislation as a general rule. However, in specific cases, the Court also emphasizes that "the prohibition of retroactive legislation is not absolute and can clearly be exercised by the legislator when establishing a new right, extending an existing right or lifting a restriction of a right". The prohibition of retroactive legislation applies only to legislation which aggravates the situation of legal entities (*ad malam partem*).[14]

However, in addition to the above, it cannot be ignored that retroactive legislation has different options. According to this, a breach of legal certainty may arise not only if the legislature subsequently establishes different legal consequences for a closed legal relationship (so-called genuine retroactive legislation), but also if the legislator creates a new legal relationship affecting that legal relationship with regard to pending legal relationships or when the legislation causes a change in the existing legal relations (so-called legislation with immediate effect).

The essence of immediate legislation is therefore that the legislation establishes different legal consequences for legal relations that have already been established but have not yet been concluded. In this context, the Constitutional Court

[12] Order 3325/2012. (XI. 12.) AB, Justification [11], *Constitutional Court's Gazette* No.9/12.
[13] Decision 11/1992. (III. 5.) AB, *Hungarian Official Gazette* No.23/92.
[14] Decision 110/2009. (XI. 18.) AB, *Hungarian Official Gazette* No. 162/09.

typically points out that a law may be considered to be in conflict with the prohibition of retroactive effect not only if the law was enacted retroactively by the legislator, but also if the enactment was not retroactive, but the provisions of the law shall also apply to legal relationships existing before the entry into force of the legislation.[15]

In its cited decisions, the Constitutional Court also emphasized that it always examines on a case-by-case basis whether a breach of legal certainty has taken place.[16]

In connection with the decisions of the Constitutional Court referred to above, I consider it important to emphasize that the constitutional requirements contained therein have been prescribed by the Constitutional Court for the legislator. In some cases, however, the extent to which these constitutional obligations apply to law enforcers has already been raised, too.[17]

The Constitutional Court formulated the prohibition of retroactive effect as one of the most important constitutional principles of criminal law as a constitutional principle giving the content of the rule of law. The essence of this is that the limits and conditions of the criminal power of the state defined by law cannot be changed at the expense of the person whose act is judged under criminal law.[18] I have to mention that that the retroactive application of law is a popular ground in respect of legal certainty among constitutional complaints to establish unconstitutionality.[19]

2.1.3. Preparation time

In the practice of the Constitutional Court, the requirement of time to prepare for the application of legislation can always be decided only occasionally, so it is difficult to set a general standard. Only a 'extreme' infringement can therefore lead to a breach of legal certainty. The extreme lack of preparation time for the application of the legislation was typically found by the Court when the preparation time between the promulgation and entry into force of a new or additional legal provision is so short that it is clear that the recipients of the legislation, despite their good faith, best intentions and or only at the cost of extraordinary efforts could meet their obligations.

The Constitutional Court also pointed out that the condition for both the application of the law and the law-abiding behaviour is the knowledge of the law, so in this respect the preparation for the application of the law and the knowledge of the law are related to each other. Determining and ensuring the necessary time

[15] Decision 57/1994. (XI. 17.) AB, *Hungarian Official Gazette* No. 113/94.
[16] Decision 1/2016. (I. 29.) AB *Hungarian Official Gazette* No.11/16.
[17] Decision 10/2014. (IV. 4.) AB, *Hungarian Official Gazette* No.51/14.
[18] Decision 9/1992. (I. 30.) AB, *Hungarian Official Gazette* No.11/92.
[19] Agnes Czine, *Das Recht auf ein faires Verfahren*, LexisNexis, Wien 2021, 88-91.

to prepare for the application of the law depends on the discretionary decision of the legislator, in connection with which unconstitutionality can be established only if the time for preparation seriously endangers or violates legal certainty. While assessing exactly how long it takes to prepare for the application of a particular piece of legislation is not a constitutional issue, but a lack of preparation time or an extreme lack of it already results unconstitutionality.[20]

According to the case law of the Constitutional Court, the requirement of legal certainty imposes on the legislator the obligation to determine the date of entry into force of the legislation in such a way that there is sufficient time left i) to get acquainted with the text of the legislation; (ii) for law enforcement authorities to prepare for the application of the law; (iii) for bodies and persons affected by the legislation to decide how to adapt to the provisions of the legislation.[21]

2.2. Separation of powers

The Constitutional Court has already defined the principle: the principle of the division of powers is the most important organizational and operational principle of the Hungarian state organization. [22] According to another decision of the Constitutional Court the "separation" of the legislature and the executive today is essentially a division of powers between Parliament and the Government, which, however, are politically intertwined. The parties that make up the parliamentary majority form the Government, and Parliament mostly votes on the Government's bills. In view of this, the peculiarity of the judiciary is that it is constant and neutral vis-à-vis the other two branches of power of a "political" nature. This neutrality is enshrined in the constitutional provision that judges are independent and subject only to the law.

2.3. Judicial independence

The Constitutional Court has pointed out in several judgments that "judicial independence is the most important guarantee of the independence of the judiciary. And an independent judiciary is one of the foundations of the rule of law."[23]

It follows from the practice of the Constitutional Court presented above that judicial independence is primarily a constitutional principle related to the division of power. In addition, however, the Constitutional Court acknowledged that in some of its elements – in connection with the remuneration of judges and the termination of their employment – a right granted to judges. However, it cannot

[20] Decision 6/2013. (III. 1.) AB, *Hungarian Official Gazette* No.35/13.
[21] Order 3062/2012. (VII. 26.) AB, *Hungarian Official Gazette* No.3/13.
[22] Decision 31/1990. (XII. 18.) AB, *Hungarian Official Gazette* No.128/90.
[23] Decision 4/2014. (I. 30.) AB, *Hungarian Official Gazette* No.7/14.

be inferred from the previous practice of the Constitutional Court that judicial independence is a fundamental right of the parties to litigation. Judicial independence, even if in some elements it can be interpreted as a right granted to judges, is one of the central organizing principles of the constitutional state organization and, as such, one of the most important guarantees of the rule of law. It ensures that a judge can make his decision only in accordance with the law, on the basis of his internal convictions.[24]

2.4. Fair trial

The Constitutional Court has consistently enforced that legal certainty makes it the duty of the state – and primarily the legislator – to ensure that not only the law as a whole, but also certain sub-areas and individual legal acts are clear and predictable for followers. That is, legal certainty requires not only the clarity of individual norms, but also the predictability of the operation of individual legal institutions. According to the interpretation of the Constitutional Court, it can be deduced from this that procedural guarantees are also fundamental from the point of view of the constitutional requirement of legal certainty. Judicial institutions can only function constitutionally by requiring and complying with formalized procedural rules. These requirements have gained further interpretative content in the subsequent practice of the Constitutional Court in connection with the right to a fair trial.[25]

In the practice of the Constitutional Court, a fair trial is a quality that can only be judged in the light of the whole and the circumstances of the proceedings. Therefore, despite the absence of certain details, as well as the observance of all detailed rules, the procedure may be inequitable or unjust or unfair.[26]

The Constitutional Court takes into account the principles of the ECtHR. A similarity with the interpretation of the ECtHR is shown by the practice of the Constitutional Court, according to which the overwriting and extension of a regulation by the courts no longer means legal interpretation, but *contra legem* law enforcement – in fact, legislative – activity. It also follows from the principle and requirement of the rule of law that the interpretation of law cannot become a means of an arbitrary, subjective decision of the law enforcement body. Otherwise, the requirement of legal certainty, especially the requirement of predictability would be infringed. Thus, an extreme error of legal interpretation – according to the practice of the Constitutional Court – may, in exceptional cases, raise a violation of the rule of law.[27]

---

[24] Order 3173/2015. (IX. 23.) AB, *Constitutional Court's Gazette (ABK)* No. 18/15.

[25] Agnes Czine, *A tisztességes bírósági eljárás, Audiatur et altera pars*, hvgorac, Budapest 2020, 156-192.

[26] Decision 6/1998. (III. 11.) AB, *Hungarian Official Gazette* No.18/98.

[27] Order 3026/2015. (II. 9.) AB, *Constitutional Court's Gazette (ABK)* No.8/16.

2.5. Legal force

The Constitutional Court stated that a formal and material legal force is a part of the rule of law as a constitutional requirement. In another decision, the Constitutional Court emphasized that the respect for court decisions and the execution of final court decisions belong to the constitutional values related to the rule of law. In the enforcement proceedings, therefore, the constitutional personal rights of everyone should no longer be protected in the abstract. If the enforcement system is weak and easy to circumvent, it will inevitably lead to the underestimation of court decisions, legal uncertainty, deterioration of legal awareness and violation of the rule of law. Overcoming such a threat is clearly a constitutional interest from a civil, social and state perspective.[28]

2.6. Material truth

With regard to the rule of law requirement of material truth, the Constitutional Court emphasized that it can be achieved by remaining within the institutions and guarantees serving legal certainty. The Constitutional Court has held in several decisions that the Constitution does not provide a subjective right to the enforcement of material truth. These are the aims and tasks of the rule of law. The Constitution gives the right to the necessary and, in most cases, appropriate procedure for the enforcement of material truth. However, the establishment of the truth regarding the commission of a criminal offense, the person of the perpetrator and his or her criminality appears to be a basic requirement for the procedure of enforcing a criminal claim. This is an essential condition for a fair court decision on the issue of criminal liability.[29]

3. CONCLUSIONS

In its initial decisions, the Constitutional Court proceeded from the broadest interpretation of the rule of law and took into account both the concept of the German rule of law and the Anglo-Saxon historical traditions of the rule of law. In the 1990s, the Constitutional Court carried out the work of defining the formal and substantive elements of the concept of the rule of law, as a result of which it designated a framework for the interpretation of the conceptual elements of the rule of law for later practice. In my opinion, there can be no doubt that the Constitutional Court has fulfilled its most important task after the change of regime by defining the concept of the rule of law, especially its verdict decisions in 1992:

[28] Decision 46/1991. (II. 10.) AB, *Hungarian Official Gazette* No.98/91.
[29] Decision 14/2004. (V. 7.) AB, *Hungarian Official Gazette* No.63/04.

the rule of law has given clear, comprehensible and unambiguous guidelines to society to establish and operate. On the other hand, the interpretation of the rule of law contained in the decisions also served as a solid basis for subsequent practice. This is well illustrated by the fact that the Constitutional Court, without exception, confirmed its former practice in relation to the rule of law after the entry into force of the Fundamental Law.

At the same time, legal literature has criticized the Constitutional Court's interpretation of the rule of law. Namely, the fact that the Constitutional Court places "the rule of law above substantive provisions" (formal rule of law), on the other hand it evaluates it as a "subsidiary rule" (referral to named rights), thirdly, it also interprets as a mysterious substantive rule (from which, unless otherwise provided), a subjective constitutional right that can be deduced. According to *András Zs. Varga* – in agreement with *András Tamás*, an administrative lawyer – the rule of law has already become a normative concept, although the legal concept is defined with a different content.[30]

In my view, however, in the context of these critical remarks, we cannot ignore the following either. With regard to the initial operation of the Constitutional Court, it can undoubtedly be stated that the Constitutional Court has raised the principle of legal certainty as the most important conceptual element of the rule of law. It does not follow, however, that emphasizing the importance of legal certainty precludes the adoption of other constitutional values. *László Sólyom*, the former president of the Court has already emphasized that it is absurd to assume that the Constitutional Court is in favour of the formal rule of law, and this is clearly supported by the particularly extensive practice of the Constitutional Court in the protection of fundamental rights.[31]

Furthermore, it cannot be ignored that in its decisions on the interpretation of the rule of law, the Constitutional Court includes not only legal certainty but also the principle of separation of powers, legality of law enforcement, guarantee of equality, protection of fundamental rights and also equality of rights. According to the case law of the Constitutional Court, the protection afforded by the principles of *nullum crimen sine leg*e and *nulla poena sine lege* cannot be limited to the specific elements of criminal law and the penalties contained therein, but covers all relevant rules on criminal-type liability in other branch of law.[32]

The Constitutional Court made it clear that not only itemized legal norms and the operation of state bodies must harmonize with the former Constitution, but that society as a whole must reflect the conceptual culture and values of the former Constitution.[33]

---

[30] Varga Zs. András, *Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája*, Századvég Kiadó 2015, 105

[31] Sólyom László, *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*, Osiris, Budapest 2001, 708

[32] Decision 16/2014. (V. 22.) AB, *Hungarian Official Gazette* No.73/14.

[33] Decision 2/1992. (III. 5.) AB, *Hungarian Official Gazette* No.7/92.

The rule of law is also considered a form of modern state, its concept has emerged conceptually, in the sense that there is a concept behind the rule of law, and the rule of law seeks to implement a concept. The merits of the Hungarian Constitutional Court in defining the concept and content elements of the rule of law are indisputable. Like the concept of constitutional criminal law in the 1990s, the concept of the rule of law was developed in its resolutions during this period.

In interpreting the concept of the rule of law, the Constitutional Court made it clear that the principle of the rule of law is not an auxiliary, secondary rule, and not merely a declaration, but an independent constitutional norm, the violation of which in itself justifies the unconstitutionality of a legal act. By treating the rule of law as an independent norm of constitutional law and defining the principles that filled it independently, the Constitutional Court essentially endowed rules with constitutional relevance that were not enshrined in the former Constitution but in lower-level legislation. The Constitutional Court thus filled the principle of the rule of law during an independent interpretation.

REFERENCES

Agnes Czine, *Das Recht auf ein faires Verfahren*, LexisNexis, Wien 2021

Agnes Czine, *A tisztességes bírósági eljárás, Audiatur et altera pars*, hvgorac, Budapest 2020

Kiss László, *A magyar jogállamról és jogállamiságról In Hajas Barnabás és Schanda Balázs (szerk.) Ünnepi Kötet Kilényi Géza professzor hetvenedik születésnapjára*, Szent István Társulat, Budapest 2006

Report on the rule of law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011), *Rule_of _law (coe.int)* ,15 Marc 2021

Thomas von Danwitz, „The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ", *Fordham International Law Journal*, 37(2014)/5

Varga Zs. András, Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája, Századvég Kiadó 2015

Sólyom László, *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*, Osiris, Budapest 2001

Агнеш Ф. Цине
Универзитет Кароли Гашпар у Будимпешти
Правни факултет
czine@mkab.hu

Главни елементи владавине права у пракси Уставног суда Мађарске

Сажетак: *Владавина права је један од најсложенијих појмова у уставном праву, чији неки принципи прожимају целокупно функционисање државе, однос појединца и државе. Није случајно што је у литератури, у законодавству и међународном праву било много покушаја да се дефинише појам владавине права, али не можемо говорити о јединственом, општеприхваћеном концепту. Владавина права је снажно повезана са историјским развојем дате земље. У овом чланку приказани су проблеми са којима се сусрео мађарски уставни суд у својој пресуди и како је дефинисао одређене принципе владавине права у пракси. Ове одлуке Уставног суда утичу на функционисање државе и законодавства и историјски су везане за развој након промене режима у Мађарској. У литератури постоје различита мишљења да је мађарски уставни суд користио концепт владавине права формално у различитим фазама своје пресуде, било као супсидијарни или као апстрактни, мистериозни концепт. По мишљењу овог члана, ма како Уставни суд приступио концепту, извесно је да су његове заслуге у разради садржајних елемената ове значајне уставне институције и њене примене на мађарске историјске прилике неоспорне. Тумачећи концепт владавине права, Уставни суд је јасно ставио до знања да начело владавине права није помоћно, секундарно правило, нити пука декларација, већ самостална норма уставног права, чија повреда може само по себи оправдавају неуставност закона.*

Кључне речи: *владавина права, правна сигурност, подела власти, правичан поступак, рес јудицата.*

Датум пријема рада: 17.03.2021.
Датум прихватања рада: 10.06.2022.

Прегледни рад 347.77:004
doi:10.5937/zrpfns56-33016

Fahed A. Wahdani
Ph.D. Student
University of Debrecen
Faculty of Law
fahedw@yandex.com

ICANN MECHANISMS: EXTRA REMEDIES EVALUATION

***Abstract**: At incorporation with World intellectual property organization, ICANN has created administrative mechanisms to solve contested domain names and other rights related to the use of trademarks in Cyberspace. In this context, this mechanism called UDRP was limited to general top-level domain names because at the early beginning of the world wide web, the conflicts were basically surrounded by domain names chains such as .com, .org, .net with high trade value. On top of that, and because the increasing demand in the domain names industry was huge, ICANN seeks to pump new domain names chains into the market to encounter such an increasing demand for domain names. Accordingly, this step has increased the conflict while the UDRP mechanism was limited to solving the conflicts over top-level domain names. In this connection, ACANN had to find another mechanism to solve other conflict-related with the new gTLD. This article tries to shed light on these remedies and their effectiveness in solving such conflicts.*

***Keywords:** RPMs, gTLDs, UDRP, Domain names, Trademark.*

Abbreviations

gTLDs	*General top-level domain names*	***TCS***	*Trademark Claims Service"*
ICANN	*The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*	***PICDRP***	*Interest Commitments Dispute Resolution Procedure*
RPMs	*Rights Protection measures*	***UDRP***	*Uniform dispute resolution policy*
URS	*the Uniform Rapid Suspension System."*	***PDDRP***	*Post-Delegation Dispute Resolution Procedure*
LRO	*The Legal Rights Objection*	***TM-PDDRP***	*Trademark Post-Delegation Dispute Resolution Procedure*
PDDRP	*The Trademark Post-Delegation Dispute Resolution Procedure*	***RRDRP***	*the Registration Restriction Dispute Resolution Procedure*

IGO *intergovernmental" institutions*

WIPO *World intellectual property organization*

TCHM *Trademark Clearinghouse*

PICDRP *public Interest Commitments Dispute Resolution Procedure*

1. INTRODUCTION

Several disagreements over cybersquatting are resolved out of court because of the considerable judicial costs[1]. The alternative UDRP POLICY became the favorite track to solve cases related to domain name disputes. In this context, to encounter the increasing demand for domain names, the colossal flourishing of the domain names industry has led ICANN to supply 400 New gTLDs. Such New gTLDs might be "unrestrictive or restrictive, or details attribute, for example, taking the brand, city, community, Culture, industry, or Language. With 200 more gTLDs delegated by January 2018. However, these New gTLDs cached around 22 million customers under second-level domain names[2] registrations[3]. In return, increasing the margin of gtld domain names has, in turn, increased the conflicts over domain names.

Furthermore, as a result, and bearing in mind that UDRP was limited to specific genera of gtld, ICANN' had to solve this dilemma by finding a new mechanism to solve this increasing disputation[4]. Such theses new mechanisms or remedies emphasize the vital roles of ICANN as a real guardian of intellectual properties related to new gtld[5]. The question arises hereafter new gTLDs are approved. What are the mechanisms of protection given to trademarks? Besides the "Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy" (UDRP) that applies to all new gTLDs, ICANN has created Mechanisms based on a wild margin of "Rights Protection measures called (RPMs). This umbrella includes, among others, a" Uniform Rapid Suspension system" (URS) and a "Post-Delegation Dispute Resolution Procedure," a "Trademark Clearinghouse" that use in connection with

---

[1] Roger Miller ,*Business Law Today, The Essentials: Text and Summarized Cases* Cengage Learning USA 2021, 163.

[2] Frederick Abbott, Thomas Cottier, Francis Gurry, *International Intellectual Property in an Integrated World Economy,* Wolters Kluwer, New York 2019, 550.

[3] Ibid, 550.

[4] ibid 550.

– World Intellectual Property Organization, *Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications*(thereafter SCLTID &GI) Thirty-Eighth Session Geneva, October 30 to November 2, 2017 Update On Trademark-Related Aspects of The Domain Name System WIPO, Geneva 2017, 3.

[5] ibid 3.

Sunrise periods and "Trademark Claims services"[6]. These different remedies are presented in:

1. The Legal Rights Objection (LRO.
2. Clearinghouse.
3. The Uniform Rapid Suspension System (URS)
4. The Trademark Post-Delegation Dispute Resolution Procedure ("PDDRP")

2. RPMS

Because UDRP policy is limited to gtld, and based on the ICANN decision to facilitate dispute resolution, ICANN was forced to find additional alternative policies to fix increasing disputation over domain names resulting from colossal demand in this industry. Thus, different mechanisms are founded to deal with new domain names. In this connection, RPMs combine curative and precautionary procedures, including the top-level and second-level domain names, before any new gTLDs are handed over by ICANN, the particular registry operators. Hence, RPMs comprehensively influence the intellectual property implementation related to global society[7]. In this regard, The ICANN supervisors adopt all the applicable procedures and services related to its second-level domain name enrollment[8]. Although ICANN's RPMs are a jumble of policies, they focus on the General core of preserving intellectual property rights, especially trademark rights[9], including the rights of the domain name owner[10].

2.1. Legal Right Objection Procedure

"The Legal Right Objection" (LRO) approach is a crucial safety measure instrument that empowers a trademark holder to challenge an appeal for a gTLD chain that can infringe the Trademark under normally approved and worldwide acknowledged concepts Of law[11]. "Since it had started in 2008[12], ICANN gives "the Legal Rights Objections procedure" (LRO) to permit the complainers with

[6] World intellectual property orgaanization, *Frequently Asked Questions,* thereafter (FAQ), https:// www.wipo. int/amc /en/domains/ lro/faq/#24a ,accesed 16 may 2021.

[7] Tana Pistorius, *Intellectual Property Perspectives on the Regulation of New Technologies Edward Elgar Publishing,* 2018 36

[8] Taubman, Antony, and Jayashree Watal. *Trade in Knowledge: Intellectual Property, Trade and Development in a Transformed Global Economy.* UK: Cambridge University Press2022.,129.

[9] i Tana Pistorius 37.

[10] Taubman, Antony, and Jayashree Watal, 129.

[11] Justine Chew, *Update & Consultation on New gTLD Subsequent Procedures Consensus Building on Recommendations objections* 2020, 4.

[12] World Intellectual Property Organization, *Report of the Director General to the 2020 WIPO Assemblies: Retrospective 2008-2020,* WIPO Publisher, Swiazerland 1050/ 2020, 42.

standing to process disputes versus the authorized defined new gTLD chains. In the relationship, as mentioned earlier, the priority will be in favor of the complainer by default. However, some exclusions would be considered, for instance, if the competitor fails to react to the Objection[13]. Each Objection gives rise to an arbitration process with the WIPO Arbitration and Mediation Centre dealing with legal rights objections[14].

Therefore, in the instance of the domain name (.Lotto) chain lawsuit, the objector had failed to confirm the probability of material harm. Therefore, the claimant party prevailed. Moreover, for the opportunity to prove the material damage, the objector declared that while European lotteries stick to strict requirements of responsible gaming, through decreasing potential damage to the community and particularly vulnerable targeted parties, the general accessibility of the" .10tto" domain name might confer upon unlawful operators the benefit of connecting their website with lottery games authorized by the state would certainly damage the interests of unwary customers[15].

The plaintiff might file a formal action to the Objection, subject to the dispute policy. To name a few, the objector with the standing might submit standard arguments in the areas of "community opposition principles, legal rights, public interest, or confusion"[16]. As for the(.INT) domain name and other stakeholders and individuals, the observer bodies and other functional agencies of the united nations are acknowledged as satisfying the requirements[17]. Besides that," intergovernmental" institutions (IGO) are also qualified to arrange a lawful rights argument if it matches the standards for enrollment (.INT) domain name[18]. In this regard, the global treaty within or amongst national governments needs to have recognized the organizations. Also, these recognized organizations must be extensively considered an independent global legitimate individuality and must be the topic of and controlled by international legislation[19]. In the same context, INGOs are given 90-days as service of claims notifications for every new gTLD[20].

Moreover, an effective argument will file against the correct application from being accepted or passed on by ICANN in this situation. For example, the new

---

[13] T. Pistorius 37.

[14] Murray, Andrew. *Information Technology Law: The Law and Society*. 4th ed. UK: Oxford University Press. 2019,300.

[15] Burkhard Hess, Maria Bergström, Eva Storskrubb*, EU Civil Justice: Current Issues and Future Outlook* 2016, Hart publishing, UK-USA I71.

[16] T. Pistorius, 37.

[17] ICANN, *gTLD Applicant Guidebook* (v. 2012-06-04) Module 3, 2021. 4 June 2012,3-6 .

[18] ibid 3-5.

[19] ,Ibid 3-6 .

[20] Luc Seufer, *The next round of gTLDs is around the corner*, August 9, 2019, https://ebrand-services.com/the-next-round-of-gtlds-is-around-the-corner/. Accessed 25 June.2021.

gTLD applicant might try to resolve with the objector or repeal the involved gTld application. The question that can be left for discussion here is whether compulsory to file a response to a Legal Rights Objection? In this connection, the reactions need to be sent online to the WIPO Center, using the WIPO Center's offecial "LRO frame" Response to inform both ICANN and the objector. The reaction declaring cost should be listed when declaring the reaction. The International Center for Dispute Resolution manages strand confusion oppositions. The Expertise of the International Chamber of Commerce addresses each community and social challenge RElated to their interest[21].

On top of that, a reaction has to include, at the very least, the applicant's names, complete call info, as well as the full points that were answered to the declarations made in the Objection[22]. From 2012 to 2013, the Center received 69 compliant LRO requests, of which panelists decided on WIPO's LRO[23]. In this regard, ICANN must reduce the risk of inconsistent outcomes in the String Confusion Objection Process, Especially where the objector seeks to object to multiple applications for the same String[24]. The question that arises here is What criteria will the panel use to determine the Legal Rights Objection outcome?

2.1.1. the criteria used by the panel to determine the Legal Rights Objection

According to ICANN Applicant Guidebook section 3.5.2, the potential unjustifiably damages or taking the privilege of the distinct personality unjustly or enrolled or non-enrolled trademark reputation related to the objector, or else produces a possibility of confusion in linking the gTLD application to the objector trademark will be vital criteria to decide the result of "Legal Rights Objection"[25]. For activation of the objection mechanism based upon trademark legal rights, the panel will consider the resulting nonexclusive circumstance: The objector's mark is exactly similar or identical. The penal will consider whether the objector's use of rights in the mark has been bonafide or not.[26] Also, the relevant part of the general domain name is associated with the mark of the appellant, objector, or other stakeholders. Moreover, The purpose was to request that gTLD by Applicant be highly considered. For instance, Suppose the contenders applied for or operated TLDs or registered them in bad faith. Alternatively, the domain name was identical or confusingly similar to the marks of others.

---

[21] Murray,300.
[22] World intellectual property organization, (FAQ)16 may 2021.
[23] World Intellectual Property Organization 2020, 42.
[24] J. Chew 2020, 10.
[25] World intellectual property orgaanization (FAQ), 16 may 2021.
[26] ibid

Moreover, it will be crucial that the applicant or the contender has any previous knowledge of the objector's mark at registration or operation[27]. Regardless of to what degree the competitor has indeed utilized or has truly done provable work to make use of matching to the gTLD about a bona fide related to presenting of services or products info in a manner that does not conflict with the reasonable and legal performance by the objector of its mark rights[28]. Besides that, the panel considers if the petitioner's behavior beyond using the gTLD would create a possibility of confusion against the mark of objector as to the source, sponsoring, association, or approval of the gTLD[29].

2.1.2. Dispute settled under the Legal Rights Objection

Based on the party's common desire to give a chance to solve their conflict using meditation, there is no legal obstacle, and just they are requested a 30-day suspension. In this regard, the role of the WIPO center is limited to assisting in achieving this wish without any extra fees or costs[30]. In this connection, there is a requirement for there is demand considered consist of joining a "statute of limitations," consisting of an arbitration stage before settlement (as an example, to make sure that a subordinate infringing weblink might be eliminated without retrieving the domain itself), and also enabling longer due dates to react to cases of the violation[31]. The requestor Objection is restricted to 20 pages or 5,000 words, Whichever is less, except the other extra attachment. The objector or Claimant should likewise describe and submit any attached defending proof[32].

2.1.3. LRO gives the remedies

As for the possible remedies the LRO can provide, the treatments are restricted to the gain or rejecting of the Objection. Furthermore, despite no financial damages, the dominating litigant is qualified to pay the panel partially[33] however, some reviewers call to apply the rule that forces the loser to pay"similar to the practice "in trademark opposition and cancellation proceedings in the EU[34]."

---

[27] ibid

[28] ibid

[29] ibid

[30] World intellectual property orgaanization (FAQ), 16 may 2021.

[31] John McElwaine, Christopher Casavale, Nelson Mullins – "Tackling bad faith registration of domain names in a fast changing landscape", *WIPO Magazine*, 6/2019, 42.

[32] World intellectual property organization, (FAQ), 16 may 2021.

[33] Ibid.

[34] J. McElwaine, C. Casavale, N. Mullins, 6/2019, 42.

2.1.4. Retain the court options

"The Legal Rights Objection" as an alternative policy to solve the conflicts between the main stakeholders does not prevent the parties from choosing to go to court as a possible further step to resolve the conflict that either defendant might have to send the case conflict to the court[35]. Additionally, the present system demands such cases to be appealed before a tribunal of the competent jurisdiction, which costs substantial money, time, and effort[36].

2.2. Trademark Clearinghouse (TCHM).

The (TCHM) is an ICANNmandated central database of information on trademarks[37] to boost intellectual property defense in Cyberspace[38]. In this respect, the data source of legitimate brands will absolutely shield these trademarks, particularly when the new TLDs are launched[39].

2.2.1. Clearinghouse mechanism and functions

(TMCH) has truly been developed to improve security and decrease the protection cost for trademark holders. On the other hand, the Trademark Clearinghouse will certainly approve and confirm legal rights info. It will unquestionably sustain trademark guarantee claims and sunrise service needed in all-new "top-level domain names" introduced in ICANN policy. It is anticipated to play a crucial function in the new TLD program's launch and ensure that trademark legal rights can be smoothly protected[40] In this connection, "Trademark Clearinghouse" (TMCH) enables personal Trademark to do protective enrollment of new gTLDs related to these trademarks before opening the enrollment to the public[41]." It functions by authenticating trademark information submitted by the right holders and providing the relevant information to the registry operators and registrars[42].

---

[35] World intellectual property organization, (FAQ), 16 may 2021.

[36] J. McElwaine, C. Casavale, N. Mullins 6/2019, 42.43.

[37] Murry,380.

[38] Barney Warf ,*The SAGE Encyclopedia of the Internet,* SAGE, U K – USA – India – Singapore 2018, 262.

– F. Abbott, T. Cottier, F. Gurry 551.

[39] Bobbi Sandberg, *Networking The Complete Reference,*New York 2015, 289.

[40] Jennifer Wolfe, Anne Chasser, *Domain Names Rewired: Strategies for Brand Protection in the Next Generation of the* Internet, USA 2013 ,68.

[41] Shahrooz Pouryousef, Muhammad Daniyal Dar, Suleman Ahmad, Phillipa Gilll, and Rishab Nithyanand *, Extortion or Expansion? An Investigation into the Costs and Consequences of ICANN's gTLD Experiments, Passive and Active Measurement:* 21st International Conference, PAM 2020, Eugene, Oregon, USA, March 30-31, 2020, Proceedingsswiszrland, 2020, 147.

[42] J. Wolfe, A. Chasser 68.

The "Trademark Clearinghouse" will certainly not just allow trademark proprietors to declare the total of the trademarks they have openly in public; however, as soon as a trademark has timely been sent and also verified right into the main database, the trademark proprietor will surely be provided an advantage treatment in terms of enrolling pertinent domain names throughout sunrise durations[43]. The Sunrise enrollment procedure gives concern and full accessibility to the trademark owner to register the domain name(s) similar to his Trademark[44]. Moreover, "the Trademark Clearinghouse" will definitely not just be a resource of info that brand name proprietors can log into to see what has been trademarked. However, it will also alert trademark proprietors who have sent their trademark info to the database source[45]. Furthermore, If a trademark holder wants to omit his mark from all new gTLDs frames, it would assuredly get involved in each new "Sunrise duration."[46]. In that situation, the trademark holders will obtain a direct alert via email or SMS from "the Trademark Clearinghouse" to inform them if somebody else attempts to enroll domain names with their name or Trademark under a new gTLD.

The Clearinghouse mission will certainly be based on two practical functions: l. Authentication as well as recognition regarding the trademarks in the Clearinghouse. 2. Work as a data source to provide details to the brand-new gTLD registries to sustain pre-launch sunrise or trademark cases services[47].

2.2.2. Clearinghouse importance

There are three primary advantages of "the Trademark Clearinghouse":

First: the Trademark Clearinghouse will completely not just allow trademark proprietors to state all of the trademarks they have openly. For example, Nike will most likely not use the sporting activity new gTLD to acquire the Nike domain name. Nevertheless, as soon as a brand has been sent and verified right into the main database, the trademark proprietor will be given advantage treatment against other stakeholders about enrolling appropriate domain names throughout "sunrise durations[48]."

Second: The Sunrise enrollment procedure offers top priority access to the trademark owner to register the domain names like the Trademark[49]. "The trademark Claim services" send out alerts to the trademark owner when a domain name

[43] Ibid 68.
[44] T. Pistorius, 38.
[45] J. Wolfe, A. Chasser 68.
[46] T. Pistorius38.
[47] J. Wolfe, A Chasser, P68.
[48] ibid 68.
[49] T. Pistorius, 38.

meets the Trademark enrolled by a person throughout the Claim duration of an offered new gTLD[50]. In that instance, they will certainly get a notification email from the "Trademark Clearinghouse" to inform them if somebody else attempts to enroll domain names, including their name, under the new gTLD.

The third factor that is so vital is that the "Trademark Clearinghouse" for personal trademark proprietors permits to use "of the Uniform Rapid Suspension System" (URS). In this regard, the goal of the TMCH is to pave the way for both sunrise services and trademark claims services to take their position in terms of trademark protection[51].

Among other organizations and institutions in Europe, ICANN has chosen Deloitte as the TMCH in Europe[52]. To this point, Deloitte (www.deloitte.com) is one of the world's biggest publicized accounting firms as qualified solution systems, use ADR and (ICANN)[53]. This choice indicated ICANN's practical steps to give more momentum to the protection given to trademarks within new gtld in Cyberspace. Moreover, The "Trademark Clearinghouse" double mission as a comprehensive database and alert will certainly provide security against trademark violations. Still, it will possibly not completely safeguard individuals enrolling domain names, including trademarked names[54]. According to available reports, the TMCH had indeed, by February 2018, collected over 43,000 access[55].

Furthermore steps, ICANN has incorporated two stipulations to aid trademark proprietors in shielding their brand names within the gTLD second-level domain name enrollment procedure: "the Trademark Claims Service" (TCS) and "the sunrise" stipulations. Following the Trademark Claims Service, a minimum of the initial 60 days after a "gTLD" release for a specified duration, the "Trademark Clearinghouse" will certainly alert registrants whose potential second-level domain name matches their mark in the Clearinghouse[56].

The Center has indeed commented that the TMCH needs to deal with stakeholders fairly and do not obstacle rights holders in dealing with trademark registrations acquired through evaluation and registration systems legally as used in numerous international jurisdictions. Apparently, practical steps might be taken to recognize any illegal invocation related to contested rights in particular contexts if and where pertinent[57].

---

[50] ibid p38.

[51] L. Seufer , August 9, 2019.

[52] J. Wolfe, A. Chasser, 68.

[53] Crain, Michael A., William S. Hopwood, Richard S. Gendler, George R. Young, and Carl Pacini.. Essentials of Forensic Accounting. 2nd ed. John Wiley & Sons. 2019,169.

[54] J. Wolfe, A. Chasser, 68.

[55] F. Abbott, T. Cottier, F. Gurry 551.

[56] J. Wolfe, A. Chasser 69.

[57] F. Abbott, T. Cottier, F. Gurry 551.

Despite "the trademark claim service" is not the best system when combined with the obligatory sunrise arrangements, the possibility of extensive violation within registrations of second-level domains may be decreased. Under the sunrise arrangements, for a minimum of 30 days prior to the general public launch duration for a new general TLD, the Clearinghouse registered mark might prioritize the right holder to register the domain names that contain his mark[58].

2.3. Uniform Rapid Suspension System

Besides the "Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy," ICANN offers another mechanism to facilitate dispute resolution. "The Uniform Rapid Suspension System mechanism" (URS), a dispute resolution forum. In this context, even though most dispute cases are subject to be resolved through the UDRP, using the advantage given by common law trademark claims, besides having a very simple procedural frame, the "Uniform Rapid Suspension system" can be used only in narrow domains limited in registered trademark holders with very clear infringement claims[59]. The URS is planned to offer an expedited treatment for dealing with clear violation cases versus trademarks. Alongside that, the URS is developed to provide a much faster and more economical tool to prevent the operation of website violence. At the same time, the UDRP is limited to transferring the objected domain name or canceling it[60].

2.3.1. the Uniform Rapid Suspension System mechanism

ICANN has designed a special tool to meet new challenges in the domain names industry and deal with specific second-level RPM cases[61]. However, in a URS case context, once it is shown that a domain was identical confusingly with an authorized mark currently under usage, the owner has no genuine right or legal interest regarding the objected domain name[62] . The domain name that was enrolled and utilized in bad faith will be stopped and suspended in the network resolution. Therefore, although developed as a fast-track modification of UDRP, URS's effectiveness is yet to be seen[63]. The Complainant reports their Objection through an allowed URS policy.

---

[58] J. Wolfe, A. Chasser 69.

[59] Frank Cross, Roger Miller, *The Legal Environment of Business: Text and Cases,* Cengage Learning, UK – USA 2021, 172.

[60] J. Wolfe, A .Chasser 68.

– T. Pistorius 38.

[61] F. Abbott, T. Cottier, F. Gurry 551.

[62] Mark Jeftovic, *Managing Mission – Critical Domains and DNS: Demystifying nameservers, DNS, and domain names*, Packt Publishing Ltd, UK 2018, 56.

[63] T. Pistorius 38.

Moreover, the Complainant should pay for fees within 24 hrs Of submitting or even it is immediately canceled. In this context, the Complainant has to submit particulars of the Objection as laid out in the URS proceeding. Along with the UDRP, three crucial elements need to be declared, and all have to exist[64]. Despite some similarities with UDRP, the legal scholar ***M. Jeftovic*** indicated that there are huge distinctions when it comes to URS choice, which Makes it different from the UDRP, particularly the margin of decisions or choices given upon the legal holder's request. The Complainant can request not to transfer the contested domain name, and rather, it is suspended and out of order. Furthermore, the Complainant does have an extra choice to extend the registration duration of the suspended domain name at the market aria. Another vital difference that would make URS more practical and preferred is an appeal procedure that the UDRP policy still lacks, such as this further practical step[65].

The URS is expected to bring greater accountability of evidence for claimants. The URS likewise consists of various extra registrant defenses over an increased duration. The only solution a URS panel might give success[66] and URS provides efficient protection for trademark proprietors versus cybersquatting. The significant distinction between both methods is that the URS is quicker and more economical than the UDRP.

Moreover, they participate in the substantive requirements where the URS substantive criteria resemble the UDRP[67]. Unlike the UDRP, which is widely used to top domain name conflict, the URS, as ***Michael Scott*** believes**,** is mainly used for the new gTLD domain names and is meant to suspend the targeted domain name temporarily[68]. The debated domain name is comparable or identical to the trademark registration to particular requirements. Therefore, the defendant has no legitimate right to enroll and owns the disputed domain name. Accordingly, the disputed domain name is kept by the Domain Name registrant under arbitration[69].

2.4. Post-Delegation Dispute Resolution Procedure (PDDRP).

The "Post-Delegation Dispute Resolution Procedure" (PDDRP) is essentially A preventive mechanism that enables enrolling marks preemptively by trademark holders whose Trademark is had recorded in the Clearinghouse. The (PDDRP) is fundamentally made to carry out as a higher-level executive device to ensure the

[64] M. Jeftovic 56.

[65] M. Jeftovic 56.

[66] Michael Scott, *Scott on Multimedia Law,* Wolters Kluwer Law & Business, the Netherlands 2021, 5-99.

[67] Ibid 5-99.

[68] B. Warf 263.

[69] Ibid 263.

registry operators' legal practice and ICANN[70]. Diffintaly, in this regard, in his book **The Liability of Internet Intermediaries, *Jaani Riordan*** confirms that The function of the **PDDRP** mechanism has participated in constituting secondary administrative liability against infringement trademark by the registry operator[71].

2.4.1. Post-Delegation Dispute mechanism

This tool can be considered a turning point in the ICANN relationship with the registries operator of domain names. This mechanism's importance is shrinking the registration operator's immunity against the other and making them responsible for their faults committed against others stakeholders and holding the liability of such behaviors. As mentioned before, the main reason that had ignited the conflict between trademark holders and domain name owners was the immunity that registries have against the other main stakeholders.

2.4.2. Post-Delegation Dispute Resolution Procedure genera

The experts nominated by the committee will definitely figure out whether the registry operator is negligent and suggest treatments. In line with this, there are three kinds of the "Post-Delegation Dispute Resolution Procedure." These kinds of PDDRPs, are specifically: the Trademark Post-Delegation Dispute Resolution Procedure (TM-PDDRP), the Registration Restriction Dispute Resolution Procedure (RRDRP), as well as public Interest Commitments Dispute Resolution Procedure (PICDRP)[72].

2.4.2.1. Trademark Post-Delegation Dispute Resolution Procedure (TM-PDDRP)

The TM-PDDRP makes it possible for a brand holder to impose its claims wherever one or more of its brands have definitely been violated by the registry operator's way of operation or into the usage of the gTLD. Moreover, TM-PDDRP needs proof of the registry operator's particular bad faith behavior or intrigue in brand name violation (i.e., benefiting from motivating violation and the normal registration charge) within the second or first level of a new gTLD. A specialist panel figuring out a TM-PDDRP case might suggest ICANN a range of resolutions, consisting of cancellations or ending the registry contract[73].

In this regard, the registry operator is not responsible under the "TM-PDDRP" for any domain name registration that: (i) is enrolled by an individual or

[70] T. Pistorius 38.
[71] Jaani Riordan, *The Liability of Internet Intermediaries,* Oxford University Press, UK 2016, 214.
[72] T. Pistorius, 39.
[73] Ibid 39.

body that is unaffiliated with the registry operator; (ii) is enrolled without the indirect or direct motivation, temptation, initiation, or instructions of any individual or entity related with the registry director; and (iii) grants no direct or indirect advantage to the registry. In that case, the plaintiff is needed to show, by persuading and clear proof, that within the registry operator is endorsing behavior: (a) there is a certain pattern or practice of particular bad faith purpose by the registry administrator to benefit from the trade of trademark infringing domain names; and (b) that the registry operator has a bad faith intent to benefit from the organized enrollment of the domain names related the gTLD that is similar to or comparable with the Claimant's mark, which takes unjust benefit of the distinct character or the trade reputation of the Claimant's mark; or hinders the distinct character or the reputation or credibility of the Claimant's mark, or create or increase a possibility of the amount of confusion with the Claimant's mark [74].

In this regard, the moment the request is completely accepted, the operator might be obliged to keep an eye on enrollments certainly not connected to the questioned domain names within the PDDRP proceeding. Moreover, in uncommon conditions where the operator showed bad intent, the contract might be in jeopardy and end the registered agreement, aside from the unclear and extremely subjective standards for documented behavior. This procedure will charge a liability indirectly against the operator on the gTLD register to compel him to control the domain enrolled in their operating system. That will certainly not simply restrict the capability of new gTLD operators, and rather, it might increase a major responsibility considering the result to steer a register to monitor the information and track the sites for which the domain name is utilized and the chains of domain names itself for evidence of his good faith and honesty as well[75].

2.4.2.2. public Interest Commitments Dispute Resolution Procedure (PICDRP)

The "Public Interest Commitments Dispute Resolution Procedure" (PICDRP) enables the complaints against a registry operator that might oppose "the Public Interest Commitments (PICs)" made in the Stipulation of its registry arrangement. The PICS consists of ICANN's obligatory provisions and the registry operator's proposed dedications. On occasion, the operator does not dominate in the (PICDRP), including the conflict resolution policy might suggest a range of treatments, such as particular specific commitments (2i). After an initial evaluation, ICANN sends the (PIC) announcement to the operator for 30 days to provide an effort to solve the dispute. If the parties stop working to settle, ICANN will ask

[74] T. Pistorius 41.

[75] Jan Rosén ,*Individualism and Collectiveness in Intellectual Property Law,* Edward Elgar Publishing, UK 2012, 264.

the registry operator to describe how it complies with its PICS. Furthermore, suppose that the operator did not want to cooperate to fix or continue not committing to legal measures made by ICANN; in that case, ICANN will put Determination in force and take remedial procedures[76].

On top of that, anybody might submit a "Limited Public Interest Objection." Due to the comprehensive position base; nevertheless, complainers undergo a quick look" procedure developed to determine and remove violent or foolish objections. An objection discovered to be clearly misguided or an offense of the right to dispute might be removed at any time[77], and such unfounded Objection will be considered clear objection right abuse[78].

The Objection might be formed to fall within the accepted classifications for "Limited Public Interest objections. However, other truths might reveal that the Objection might be illegal and submitted in bad faith. Numerous objections submitted by the associated or same parties against the applicant might make up for harassment of the Claimant instead of a genuine defense of legal standards acknowledged under basic concepts of general or international legislation. Furthermore, the Objection that assaults the applicant, instead of the applied-for String, might violate the right of the legal Objection[79].

2.4.2.3. the Registration Restriction Dispute Resolution Procedure (RRDRP)

The "Registration Restriction Dispute Resolution Procedure" is planned to deal with situations in which the registry operator of new gTLD related to community interests differs from the registration limitations detailed in its registry arrangement.[80] In this connection, the importance of the "RRDRP" function is to deal with complaints related to behaviors that caused harm to the society or other public characters or individuals due to the fact that a community-based limited gTLD registry operator did not satisfy its commitments to control and watch the registration and usage of domain names within the limitations specified related to the gTLD registry contract[81]. The requirement for such a treatment is based upon the concept that it would not be reasonable and fair to provide a choice in the new gTLD frame allotment procedure to a claimant based upon a dedication to limiting

---

[76] T. Pistorius, 40.

[77] ICANN, 3-6 .

[78] Ibid 3 -7.

[79] Ibid 3- 7.

[80] T. Pistorius, 40.

- L. Seufer , August 9, 2019.

[81] Joost Pauwelyn, Pierre Véron, Edouard Treppoz, Julie Bertholet, Pierre-Alain Killias, Torsten Bettinger, Bernard Hanotiau, Sarah Theurich*, La résolution des litiges de propriété intellectuelle / Resolution of Intellectual Property Disputes,* Publisher Université de Genève, Genève, 2010, 56.

using a (TLI) to specific communities, groups, or other stakeholders or organizations. The inappropriate deeds of the registry operator may trigger damage to the public society or its members of organizations and other associations[82].

3. REMEDIES AND LIABILITY

One of the main prime factors deciding the effectiveness of ICANN policy, and particularly the extra remedies adopted by ICAAN, is the element of liability. One of the main questions left for discussion is if ICANN's extra remedies can apply the intermediary liability?

3.1. Intermediary liability

Under the TM-PDDRP, PICS, and the PICDRP, the RPMs force the New gTLD registry operators to implement IP RIGHTS into their registration policies and services(Xue, 2018). One might question whether a new type of intermediary accountability is produced in the DNS. The RPMs require new gTLD operators to take duty for the actions related to their domain name registrants. The Offered RPMs in ICANN's Systems are executed within the DNS frame. The future intermediary liability might affect the international community's benefits and intellectual property enforcement[83].

3.2. Remedies

According to the trademark post-delegation dispute resolution procedure related to remedies and liability offered by ICANN, and based on the fact that registrants are not an original party to subject to actions taken with the originals parties of the conflict, ICANN has declared that the operators generally cannot be subject to the form of "suspending, transferring deleting registrations, except to the extent registrants are directors, officers, employees, agents, or entities under common control with a registry operator." [84] [85] Furthermore, According to suggested remedies, statutory procedures will not impose any financial sentences punished to any party except the fees and other costs granted based on the regulations[86].

---

[82] ibid 56.

[83] T. Pistorius 41.

[84] Trademark post-delegation dispute resolution procedure regulation thereafter (REG-TMPDDRP), https://newgtlds.icann.org/en /applicants/agb/pddrp-04 jun12- en.pdf, 4 JUNE 2012., art 18, 18.1.

[85] Ibid, art. 18-18.1.

[86] Ibid, art. 18-18.1.

4. EVALUATION AND CONCLUSION

The working group of ICANN has basically finished considerations of six major and overarching topics; moreover, it has developed following different work tracks to resolve some issues. To name a few: Subjects associated with the total procedure, assistance, and outreach, besides the Statutory and regulative subjects; and Matters connected to domain names String, objections, and conflicts; furthermore, the group work hardly on Internationalized Domain Names, functional and other technical issues; in addition, it tried to solve the dilemmas of the top-level domain that consist of Geographical names[87]. Even though the ICANN group has revised all RPMs and other objection mechanisms mentioned above, they still need more revision. It would be more accurate if the ICANN group combined all these mechanisms within the UDR policy rather than designed them separately. In this connection, such separated frames could distract the spent time and efforts dedicated to finding a solid resolution mechanism and make the essence of this mechanism empty and meaningless. For instance, if the Complainant infringed trademarks by different domain strings, one under gtld and the other under the second top-level domain name string. Then it supposes he would submit two different complaints within two different mechanisms to settle the cases related to his infringed trademark rights. Besides that, there will be two different panels, and these panels might take contractual decisions. Furthermore, the separated mechanism could have different regulations that might hinder flexibility, accuracy, and centralization of decisions resulting from different panels related to infringing trademark rights.

Moreover, these mechanisms were turning points for the registry operator, bearing in mind that the registry agencies have enjoyed immunity against other stakeholders at an early stage of Cyberspace emerging and early conflicts between trademarks holders and domain names owners. Furthermore, giving immunity to the registry operator was the main reason for igniting the conflict over domain names in the early stage of Cyberspace and other rights related to trademarks in Cyberspace. In this connection, PDDRP has put the registry operator under the responsibility frame and made him liable for his behavior toward other stakeholders. On top of that, and in terms of PDDRP, The Specialist committee might advise a range of vast enforcement tools if the registry provider was responsible under the Tm-PDDRP, including Preventive measures against further infringing registration in the future[88]. Another suggested penalty is to freeze accepting new domain enrollments in the gTLD up unto such time as the offense(s) recognized in the Determination is (are) treated or a set amount of time to fix it[89].

---

[87] L. Seufer , August 9, 2019.
[88] REG-TMPDDRP, art., 18.3.1.
[89] ibid art., 18.3.1.

Moreover, in a very exceptional situation, the suggested remedy support termination of the Registry contract if he acted in bad faith[90].

One of the most paid attention updates over this mechanism, especially the Trademark PDDRP, is having the appeal stage. Though this step comes late, the author believes it gives conflicting parties more credibility, flexibility, and satisfaction. Another issue that deserves to be considered is that some of these mechanisms keep the hierarchy of the relationship between ICANN policies and the judicial system by prioritizing registration agreements to use ICANN policies to resolve the conflict before that person can approach a court. For instance, the main policy of ICANN related to the use of UDRP has declared that approaching UDRP to resolve the conflict is mandatory to validate domain name registration. In contrast, another mechanism has given up this hierarchy by approaching the court concurrently with the case being heard within Trademark PDDRP. as an example, in this connection, Article 22.2 declared that:" In those cases where a Party submits documented proof to the Provider that a Court action involving the same parties, facts, and circumstances as the Trademark PDDRP was instituted before the Complaint filing date in the Trademark PDDRP, the Provider shall suspend or terminate the Trademark PDDRP[91].

Moreover, in some mechanisms, ICANN kept the door open before the possible compensation to any possible infringing trigged by any stakeholder, including the registry operator. For instance, at TM PDDRP, ICANN indicated there "Nothing prohibits ICANN from imposing remedies at any time and of any nature it is otherwise entitled to impose for a registry operator's non-compliance with its Registry Agreement."[92]. The author believes that if ICANN has embedded the monetary penalties and compensation within its mechanism, it will make it very independent, flexible meeting the requisites of the stakeholders in Cyberspace. Furthermore, it gives these mechanisms huge momenta and makes them more practical than the court approach.

REFERENCES

Abbott, Frederick M., Thomas Cottier, and Francis Gurry. 2019. *International Intellectual Property in an Integrated World Economy*. 4th ed. New York, USA: Wolters Kluwer.

Chew, Justine. 2020. "UPDATE & CONSULTATION ON New GTLD Subsequent Procedures Consensus Building on Recommendations OBJECTIONS (V13)." Https://Community.Icann.Org/Download/Attachments/111390697/13. SubPro

[90] ibid art., 18.3.1.

[91] REG-TMPDDRP, Art. 22.2

[92] Ibid Art. 21.5 .

Objections as of 25.08.2020 for CPWG . ICANN. August 25, 2020. https://community.icann.org/download/attachments/111390697/13.SubProObjectionsasat-25.08.2020forCPWG.

Crain, Michael A., William S. Hopwood, Richard S. Gendler, George R. Young, and Carl Pacini. 2019. *Essentials of Forensic Accounting*. 2nd ed. John Wiley & Sons.

Hess, Burkhard, Maria Bergström, and Eva Storskrubb. 2016. *EU Civil Justice: Current Issues and Future Outlook*. 1st ed. UK: , Hart Publishing.

ICANN. 2012. "GTLD Applicant Guidebook (v. 2012-06-04) Module 3." http://newgtlds.icann.org/en/applicants/agb/objection-procedures-04jun12-en.pdf.

McElwaine, John , and Christopher D. Casavale. 2019. *Tackling Bad Faith Registration of Domain Names in a Fast-Changing Landscape*. Edited by Catherine Jewell. *WIPO Magazine* . Vol. 121 of WIPO Publication. Geneva : WIPO. https://books.google.hu/books?id=MlfSDwAAQBAJ.

Miller, Roger. 2021. *Business Law Today, The Essentials: Text and Summarized Cases*. Cengage Learning USA.

Murray, Andrew. 2019. *Information Technology Law: The Law and Society*. 4th ed. UK: Oxford University Press.

Pauwelyn, Joost, Pierre Véron, Edouard Treppoz, Julie Bertholet, Pierre-Alain Killias, Torsten Bettinger, and Bernard Hanotiau. n.d. *Sarah Theurich, La Résolution Des Litiges de Propriété Intellectuelle / Resolution of Intellectual Property Disputes*. Publisher Université de Genève, Genève,2010.

Pouryousef, Shahrooz, Muhammad Daniyal Dar, Suleman Ahmad, Phillipa Gill, and Rishab Nithyanand. 2020. "Extortion or Expansion? An Investigation into the Costs and Consequences of ICANN's GTLD Experiments." In *Passive and Active Measurement: 21st International Conference*, edited by Anna Sperotto, Alberto Dainotti, and Burkhard Stiller, 12048 of LNCS sublibrary: Computer communication networks and telecommunications:147. Switzerland: Springer Nature.

Rosén, Jan. 2012. *Individualism and Collectiveness in Intellectual Property Law*. 1st ed. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.

Sandberg, Bobbi. 2015. *Networking The Complete Reference*. 3rd ed. McGraw Hill Professional.

Seufer, Luc. 2019. "The Next Round Of GTLDs Is Around The Corner." EBRAND. August 9, 2019. https://ebrandservices.com/the-next-round-of-gtlds-is-around-the-corner/.

Taubman, Antony, and Jayashree Watal. 2022. *Trade in Knowledge: Intellectual Property, Trade, and Development in a Transformed Global Economy*. UK: Cambridge University Press.

Warf, Barney. 2018. *The SAGE Encyclopedia of the Internet*. 18th ed. uk: SAGE.

WIPO WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. 2017. "Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications Thirty-Eighth Session Geneva, October 30 to November 2, 2017:update on trademark-related aspects of the domain name system." geneva: wipo. https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_38/sct_38_3.pdf.

Wolfe, Jennifer C., and Anne H. Chasser. 2013. *Domain Names Rewired: Strategies for Brand Protection in the Next Generation of the Internet*. 1st ed. Hoboken, N.J, USA: John Wiley & Sons.

WORLD INTELECTUAL ORGANIZATION. n.d. “Frequently Asked Questions.” Https://Www.Wipo.Int/Amc/En/Domains/Lro/Faq/#3a. Accessed June 17, 2021. https://www.wipo.int/amc/en/domains/lro/faq/#3a.

World Intellectual Property Organization. 2020. “Report of the Director-General to the 2020 WIPO Assemblies: Retrospective 2008-2020.” Vol. 1050 of WIPO. SWITZERLAND, WIPO Publication Publisher.

Xue, Hong. 2018. “Caveats of Intermediary Liability in the Domain Name System: A Review of the ICANN New GTLD Right Protection Measures.” In *Intellectual Property Perspectives on the Regulation of New Technologies*, edited by Tana Pistorius, 35,36,37,38,39,40,41. UK & USA: Edward Elgar Publishing.

Фаед А. Вахдани
Студент докторских студија
Универзитет у Дебрецину
Правни факултет
fahedw@yandex.com

ICANN механизми: процена додатних правних средстава

Сажетак: *Удруживањем са Светском организацијом за интелектуалну својину, ICANN је креирала административне механизме за решавање спорних назива домена и других права у вези са коришћењем жигова у сајбер простору. У овом контексту, овај механизам под називом UDRP био је ограничен на опште називе домена првог нивоа јер су на самом почетку светске мреже сукоби у основи били окружени ланцима назива домена као што су .com, .org, .net са високом тржишном вредношћу. Поврх тога, пошто је растућа потражња у индустрији назива домена била огромна, ICANN настоји да пумпа нове ланце назива домена на тржиште како би одговорила на тако растућу потражњу за називима домена. Сходно томе, овај корак је повећао сукоб, док је механизам UDRP био ограничен на решавање сукоба око назива домена првог нивоа. С тим у вези, ACANN је морао да пронађе други механизам за решавање других сукоба повезаних са новим gTLD. Овај чланак настоји да расветли ова правна средства и њихову ефикасност у решавању таквих сукоба.*

Кључне речи: *RPMs, gTLDs, UDRP, Називи домена, Жиг.*

Датум пријема рада: 05.07.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 30.03.2022.
Датум прихватања рада: 09.06.2022.

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

Досадашњи главни уредници:

Проф. др Владимир Капор (1966), проф. др Никола Воргић (1967–1968), проф. др Милош Стеванов (1969–1973), проф. др Боривоје Пупић (1974–1976), проф. др Милијан Поповић (1977–1983), проф. др Станко Пихлер (1984–1988), проф. др Момчило Грубач (1989–1990), проф. др Јован Мунћан (1991–1997), проф. др Милијан Поповић (1998–2003), проф. др Родољуб Етински (2004–2006), проф. др Драгиша Дракић (2006–2013).

Чланови Уредништва:

Проф. др Љубомир Стајић, prof. dr Damjan Korošec (Словенија), prof. dr Wilhelm Brauneder (Аустрија), prof. dr Zoltán J. Tóth (Мађарска), prof. dr Serge Regourd (Француска), prof. dr Heinz Mayer (Аустрија), prof. dr Peter Mader (Аустрија), prof. dr Suphawatchara Malanond (Тајланд), проф. др Бранислав Ристивојевић, проф. др Татјана Бугарски, проф. др Гордана Дракић, проф. др Бојан Тубић.

Менаџер часописа
Др Лука Батуран

Секретаријат Уредништва

др Урош Станковић, др Милана Писарић, др Наташа Рајић, др Стефан Самарџић, др Сандра Самарџић, др Иван Милић, др Ратко Радошевић, др Илија Јованов, др Владан Мирковић, Николина Мишчевић, Слобода Мидоровић, Милица Ковачевић, Стефан Радојчић.

Компјутерска обрада текста

Владимир Ватић, „Графит”

Штампа:

„Футура”, Нови Сад
Тираж: 100 примерака

2022