

---

UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

---

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА  
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 69 | ГОДИНА LIV | 2015

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

Nº 69 | YEAR LIV | 2015

НИШ, 2015.

# ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2015.

## Издавач

Правни факултет у Нишу

## За издавача

Проф. др Мирослав Лазић, декан

## Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић

### Чланови Редакционог одбора из земље

Проф. др Драган Чорбић  
Проф. др Мирко Живковић  
Проф. др Невена Петрушић  
Проф. др Саша Кнежевић  
Проф. др Срђан Голубовић  
Проф. др Горан Обрадовић

### Чланови Редакционог одбора из иностранства

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

**Секретар Редакционог одбора:** доц. др Душица Миладиновић-Стефановић

**Преводи:** Гордана Игњатовић

**Лектура:** Александра Гојковић

**Технички уредник:** Ненад Милошевић

**Штампа:** Медивест, Ниш

Од 1. марта 2014. године Зборник радова Правног факултета у Нишу под називом *Collection of papers, Faculty of Law, Nis* је у пуном тексту доступан у EBSCO бази Legal Source.

---

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

**COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS**  
NIŠ, 2015

**Publisher:**

Faculty of Law, University of Niš

**For the Publisher:**

Prof. dr Miroslav Lazić, Dean

**Editor-in-Chief:**

Prof. dr Irena Pejić

Editorial Board of the Law Faculty Journal

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

Prof. dr Dragan Čorbić  
Prof. dr Mirko Živković  
Prof. dr Nevena Petrušić  
Prof. dr Saša Knežević  
Prof. dr Srđan Golubović  
Prof. dr Goran Obradović

**Editorial Board Members (international):**

Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public International Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria  
Prof. dr Иванова Светлана Анатольевна, Dean, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation  
Prof. dr Sašo Georgijevski, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, FRY Macedonia  
Prof. dr Груцина Людмила Юрьевна, Civil Law Department, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation  
Prof. dr Анатолий Капустин, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation  
Prof. dr Isabel S. Marcus, Buffalo Law School, University of Buffalo, USA  
Селивон Николай Федосович, Academician, Chairman of the International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, Ukraine  
Prof. dr Шагиева Розалина Васильевна, Vice-Rector, the Academy for Advocacy and Notary Services of the Russian Federation, Russian Federation

**Technical Secretary of the Editorial Board:**

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.

**Translation:** Gordana Ignjatović

**Proofreading:** Aleksandra Gojković

**Desktop publishing:** Nenad Milošević

**Print:** Medinvest, Niš

---

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia

Telephone: +381 18 500 201,

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

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

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



# САДРЖАЈ

Уводна реч.....9

## І ЧЛАНЦИ

### У ФОКУСУ

### САВРЕМЕНО УСТАВНО ПРАВОСУЂЕ

**Оливера ВУЧИЋ,**  
**Драган М. СТОЈАНОВИЋ**  
European model of Constitutional Justice -  
its existence and perspective..... 13

**Томас ВІRMONTIENĖ**  
The challenges faced by the Constitutional  
Court of Lithuania during the Global economic crisis..... 29

**Предраг ЦВЕТКОВИЋ**  
Управљање релационим карактером  
уговора о јавно-приватном партнерству ..... 57

**Драган ЈОВАШЕВИЋ**  
Наслеђе Нирнбершког суда..... 73

**Александар МОЈАШЕВИЋ**  
(Judicial) Mediation in Italy and Serbia:  
Comparative Legal and Economic Analysis..... 93

**Душица МИЛАДИНОВИЋ-СТЕФАНОВИЋ**  
Juvenile Prison – Remarks on the Specific  
Characteristics of Regular Sentencing ..... 113

**Дарко ДИМОВСКИ**  
Превенција криминалитета кроз бављење  
спортом и физичком активношћу ..... 133

**Сава АКСИЋ**  
Монархија или република ..... 153

**Славиша КОВАЧЕВИЋ**  
Криза функција политичких партија ..... 165

**Александар ЈОСИМОВСКИ,**

**Весна ПЕНДОВСКА**

Имплементација Директиве 2011/7/ЕУ о сузбијању закашњених исплата у пословним трансакцијама у Републици Македонији – Закон о финансијској дисциплини.....183

**Видоје СПАСИЋ,**

**Бранко СТЕВАНОВИЋ**

Доказивање дигиталних повреда права интелектуалне својине – осврт на англосаксонски правни систем.....203

## **II СУДСКА ПРАКСА**

**Милош ПРИЦА**

Закључак Уставног суда о одбацивању предлога за оцену уставности и законности парафираног „Првог споразума о принципима који регулишу нормализацију односа“ између Владе Републике Србије и Привремених институција самоуправе у Приштини – Приказ и коментар..... 229

## **III ПРИКАЗИ**

**Сања МАРЈАНОВИЋ**

The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law A Commitment to Private International Law Essays in honor of Hans van Loon .....247

**Сања ЂОРЂЕВИЋ**

Трибина ”Када би Србија приступила Конвенцији о касетној муницији...” ..... 259

## **IV РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА**

**Иван ИЛИЋ**

Идентитет пресуде и оптужбе .....267

**Orde GJORGJIOSKI**

Legislation on Overdue Payments in the Republic of Macedonia and Recommendations for Business Entities ....283

**Клаудија БОРОЈЕВИЋ**

Поступак додјела концесија према Закону о концесијама Републике Српске.....295

**Ивана ЕВТИМОВ**

О споразумној подели наследства у упоредном праву... 313

Упутство за ауторе..... 331

# CONTENTS

Editor's Introductory Note.....10

## I ARTICLES

### IN FOCUS

### CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL JUSTICE

**Olivera VUČIĆ,**  
**Dragan M. STOJANOVIĆ**  
European Model of Constitutional Justice -  
its Existence and Perspective ..... 13

**Toma BIRMONTIENĖ**  
The Challenges faced by the Constitutional Court  
of Lithuania During the Global Economic Crisis..... 29

**Predrag CVETKOVIĆ**  
Managing the Relational Character of Public-private  
Partnership Contracts..... 57

**Dragan JOVAŠEVIĆ**  
The Heritage of the Nuremberg Tribunal ..... 73

**Aleksandar MOJAŠEVIĆ**  
(Judicial) Mediation in Italy and Serbia:  
Comparative Legal and Economic Analysis ..... 93

**Dušica MILADINOVIĆ-STEFANOVIĆ**  
Juvenile Prison – Remarks on the Specific  
Characteristics of Regular Sentencing ..... 113

**Darko DIMOVSKI**  
Crime Prevention through Sports and Physical Activity ..... 133

**Sava AKSIĆ**  
Monarchy or Republic ..... 153

**Slaviša KOVAČEVIĆ**  
The Functional Crisis of the Political Parties ..... 165

<b>Aleksandar JOSIMOVSKI,</b> <b>Vesna PENDOVSKA</b>	
Implementation of Directive 2011/7/EU on Combating Late Payment in Commercial Transactions in the Republic of Macedonia: The Financial Discipline Act .....	183

<b>Vidoje SPASIĆ,</b> <b>Branko STEVANOVIĆ</b>	
Proving the Infringement of Digital Intellectual Property Rights: Review of the Anglo-Saxon an legal system .....	203

## II JUDICIAL PRACTICE

<b>Miloš PRICA</b>	
The Constitutional Court Conclusion on Dismissing a Proposal for Establishing the Constitutionality and Illegality of “The First Agreement of Principles Governing the Normalization of Relations”, signed between the Government of the Republic of Serbia and the Temporary Institutions in Pristine – Overview and Comment .....	229

## III REVIEW

<b>Sanja MARJANOVIĆ</b>	
The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law A Commitment to Private International Law Essays in honor of Hans van Loon .....	247
<b>Sanja ĐORĐEVIĆ</b>	
Public debate: “What if Serbia acceded to the Convention on Cluster Munitions ...” .....	259

## IV PHD STUDENTS’

### PAPERS

<b>Ivan ILIĆ</b>	
The Identity of Judgment and Indictment .....	267

<b>Orde GJORGJIOSKI</b>	
Legislation on Overdue Payments in the Republic of Macedonia and Recommendations for Business Entities ....	283

<b>Klaudija BOROJEVIĆ</b>	
Granting a Concessions according to the Concession Law of Republika Srpska .....	295

<b>Ivana EVTIMOV</b>	
On Distribution of Inheritance by Mutual Agreement in the Comparative Law .....	313

<b>Guidelines for Authors</b> .....	333
-------------------------------------	-----



## Уводна реч

Поштовани читаоци,

Пред вама је прва свеска Зборника радова Правног факултета у Нишу за 2015. годину од укупно три свеске колико се годишње објављује. На позив Редакције часописа да се радови, осим на српском језику, објављују и на страним језицима јавио се већи број аутора из земље и иностранства, а можемо очекивати и њихову већу заступљеност у наредним бројевима часописа. С обзиром да је циљ уређивачке политике подизање квалитета и научне категоризације часописа, надамо се да ће овакав приступ омогућити излагање посебног броја на енглеском језику.

Осим тога, задовољство нам је да вас обавестимо да је Правни факултет Универзитета у Нишу закључио уговор са HeinOnline базом за претраживање. Након окончања послова око дигитализације часописа од његовог оснивања, што значи да су сви бројеви доступни у електронском облику са садржајем на српском и енглеском језику, часопис ће, поред EBSCO базе, бити видљив и у једној од највећих светских збирки правних извора и литературе - HeinOnline бази података.

У Нишу, јун, 2015. године

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

## **Editor's Introductory Note**

Dear Readers,

This Collection of Papers of the Law Faculty in Niš is the first of the three volumes of the Law Faculty journal which will be published in the year 2015. Given the fact that one of the objectives of our editorial policy is to promote the quality, reputation and scientific ranking of the Law Faculty journal, the Editorial Board has issued an open call for papers encouraging authors from Serbia and abroad to submit articles in Serbian and/or in a foreign language. Consequently, we have received quite a number of contributions from Serbian and foreign scholars. Considering the overall interest, we expect more articles written in foreign languages to be published in the forthcoming volumes of this academic journal. We hope that such an approach will eventually lead to the publication of a special English edition of the Law Faculty journal in the period to come.

In addition, we are pleased to inform you that the Faculty of Law, University of Niš, has entered into an agreement with HeinOnline, one of the largest legal research databases. Having completed the huge task of establishing a single database of all Law Faculty journal issues published since 1962 to date, we embarked on the process of digitalization of the Law Faculty journal. As a result, all issues of the Law Faculty journal are now fully available online in electronic format, which includes a List of Contents in both Serbian and English. Thus, apart from being accessible from the EBCSO database, the Law Faculty journal may be accessed through HeinOnline, one of the world's largest collections of legal sources and literature.

Niš, June 2015.

Prof. Irena Pejić, LL.D.

Editor-in-Chief

# ЧЛАНЦИ

---

**У ФОКУСУ**  
**САВРЕМЕНО УСТАВНО**  
**ПРАВОСУЂЕ**



**Dr Olivera Vučić,\***

Full Professor Faculty of Law, University of Belgrade  
Judge of the Constitutional Court  
of the Republic of Serbia

**Dr Dragan M. Stojanović,\***

Full Professor Faculty of Law, University of Niš  
Judge of the Constitutional Court  
of the Republic of Serbia

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.565.2(4-672EU)

Рад примљен: 09.02.2015.

Рад прихваћен: 17.06.2015.

## **EUROPEAN MODEL OF CONSTITUTIONAL JUSTICE - ITS EXISTENCE AND PERSPECTIVE\*\***

**Abstract:** *In a number of states, including the Republic of Serbia, constitutional justice has been assuming the role of the supervisor of the legislative, the executive and the regular judicial power. Although it means that constitutional courts in Europe have increasingly become "the people's courts", they still preserve the character of independent institutions which, while resolving extremely complex objective constitutional conflicts, still occupy, "a position at the intersection of law and politics". On the other hand, an extraordinary activism of constitutional justice in review of rights has resulted in an increased number of proponents in the doctrine of constitutional jurisprudence advocating the standpoint that constitutional justice is a specific power of constitutional control; given its nature, it has come to be the "forth" branch of state authority.*

**Key words:** *Constitutional justice, constitutional court, constitutional review, normative control.*

---

\* olivera.vucic.pfb@gmail.com

\* stojand@prafak.ni.ac.rs

\*\* This paper is presented at the International Conference „The Position and Perspective of Constitutional Justice“, Belgrade, 16-18 October 2013 and published in the Conference Publication, Belgrade, 2014, pp. 307-320.

## 1. European constitutional justice and its presuppositions

Constitutional justice in general implies the institutionalisation of a special judiciary intended for the protection and implementation of the constitution. Today, all political systems based on the rule of law start from the same premise of the supremacy of the constitution of a state over national laws and other regulations, establishing various ways, procedures and bodies to ensure this supremacy. Constitutional justice is an original institution of European continental law, intended, first of all, for the general supervision of sub-constitutional law, and secondly, for the special constitutional protection through specialised procedures of constitutional justice. The function of normative control of law has been centralised in one special body. The crucial novelty introduced by the Constitutional Court of Austria, according to Brigitte Birlein, Vice-President of the Constitutional Court of Austria, was that the competence of constitutional review of laws and their cancellation, in the event of their incompliance with the constitution, was now concentrated in one constitutionally independent and specialised court with exclusive jurisdiction over constitutional law matters, having a monopoly on them (Birlein, 2013: 1).

By the broadness of its reviewing and protective functions and competences, and by the legal power of its decisions, constitutional justice surpasses similar legal, political and judicial institutions which exercise control and protection as either their main or accessory task. In any case, most European countries today are familiar with the institute of a constitutional court, or a similar body, which is entrusted with the essential competence of constitutional control, or review of the constitutionality of laws, usually perceived as the main function of constitutional justice. May we, due to this, talk about a European model or a European standard of constitutional justice? In our opinion, wherever an explicit function of judicial normative control of sub-constitutional law and the examination of the constitutionality of laws is concentrated in one special constitutional body, it may be rightfully claimed that a model of judicial review of constitutionality has been adopted, which according to its main characteristics, is common to all constitutional justice.<sup>1</sup> As a matter of fact, in its most narrow sense, constitutional justice implies the exercise of the function of immediate application of the constitution to conflicting situations, as the highest ranked law of a state unit, which is obligatorily applied in the procedure of normative control of sub-constitutional law, parliament laws and government regulations, with a possibility of their annulment by a special body which belongs to neither legislative nor judicial branch of power, applying the procedures similar to the classical judicial interpretation and application of law. However, unlike the

---

<sup>1</sup> By acquiring this competence in 2008, in the revised French Constitution of 1958, Constitutional Council also came closer to this model of constitutional justice.

regular judiciary, a constitutional court is an institution which implements and directly applies only the constitution, and sometimes also international treaties, if they, as is the case in the Republic of Serbia, possess supranational force. In case of the European model, as A. Stone Sweet rightfully claims, „regular judges remain bounded by the supremacy of law within the legal order, while the responsibility of constitutional judges is to ensure supremacy of the constitution.“ (Stone Sweet, 2002: 80)

The most important presuppositions for establishing the constitutional function include the constitution, as the most important legal and political act of a state, and the general process in which constitutional justice is shaped - the work of the constitutional court itself (Pestalozza, 1991: 2; Stojanović, 2013: 113). General presuppositions of constitutional justice, and this should apply to all constitutional courts, find their application not only in normative control, the most important competence of constitutional courts, but also in the rest of its competences, which are either derived from normative control, or close to it. Apart from instituting an independent constitutional court and a special legal quality of the constitution (its rigidity), and other indispensable formal and legal presuppositions for establishing the procedure of constitutional review of legal norms, there are other requirements which are of substantive value for its functioning, such as: respect for political quality of constitutional adjudication, respect for its constitutional limits, its duty to remain loyal to the constitution and its integrity in each and every one of its decisions. This is especially true of „younger“ constitutional courts, but also of the Constitutional Court of Serbia.

Loyalty to the constitution, which for any constitutional court should be “self-explanatory”, has to be reiterated over and over again, especially due to a worrying tendency of politicians to, referring to allegedly ‘essentially altered constitutional reality’, declare the constitution, i.e. its parts or norms, anachronistic, an outdated document or a „legalistic fiction“ which, as an awkward impediment, should be simply ignored. By rejecting these political and instrumental qualifications of the constitution, a constitutional court is obliged to be, *in totum*, loyal to the constitution and to the constitution only. Loyalty to the constitution is, therefore, a common presupposition for all constitutional courts.

Outside the interests provided by the constitution, and those immanent to it, there must be no allegedly „objectively“ higher, superordinate, real or seeming national interest, value and goal due to which the constitution could be declared a „legalistic fiction“, nor could an obvious discrepancy of the Constitution and constitutional reality force the constitutional court to give up this presupposition. As long as the constitutional norm possesses the quality of the highest law in force, and as long as it is the highest ranked law, its respect, application

and protection has to be the main and only task of any constitutional court. If, however, the reality indeed precludes the possibility of harmonisation of the laws with the constitution or solving other constitutional disputes in conformity with the constitution, as is the case, for example, with the Brussels agreements mediated by the European Union, which include provisional self-government institutions in Kosovo, which forced the Constitutional Court to temporarily step aside, i.e. to discontinue its proceedings, then such constitution has to be changed and adapted to the dramatically changed constitutional reality and its manifested legal expressions which, allegedly, „meet the reality“. After all, neither a constitutional court, nor a Government may, for an extended period of time, ignore, take away or usurp the right of the people to decide to change its own legal decision and form a new basis of its legal and political existence.

## **2. Standardisation of functions and competences of constitutional justice**

The competences of constitutional courts have gradually expanded, and a good proof of this is the Constitutional Court of Austria. When looking for answers to the question how to divide the competence of a constitutional court into its various functions, one has to start from the constitutional norms of individual states by which these competences have been defined.<sup>2</sup> Most constitutional courts have accepted, in addition to the institute of constitutional appeal, the standard competences of constitutional courts, so the differences that exist between them refer more to the manner and level of (not) exercising these competences in practice, to the interpretative style and priorities followed by certain constitutional courts in practice, than to a more significant departure from the theoretical model. While some competences, such as normative control, have completely affirmed themselves in all parts of the world, others have remained the competences of constitutional courts only on paper.

Initially the competence of constitutional review implied maintaining the distribution of authorised functions within a federal state, which means the constitutionally established vertical separation of power. This task of constitutional

---

<sup>2</sup> Thus, for example, strictly relying on the Constitution, Austrian constitutionalists distinguish the following competences of the oldest European constitutional court: 1) causal adjudication, i.e. deciding property claims against the federal state and its parts; 2) competent adjudication, i.e. solving conflicts of competence and establishing jurisdiction; 3) examining the constitutionality of regulations and laws; 4) examining the constitutionality of national, i.e. supranational treaties; 5) examining the constitutionality of agreements between federal state and its parts; 6) examining re-announcement of laws and regulations; 7) electoral adjudication; 8) deciding on citizens' complaints and specialised administrative adjudication. (Öhlinger, 2000: 415; Walter, 2000: 450),



justice is now in the background, i.e. it has been consummated by the general function of protection of the constitution, primarily by means of the rule of law, one element of which is the functional separation of power. Constitutional justice has steadily spread to a number of unitary states, so it is now present in almost any „new democracy“ of Eastern Europe. Since among federal states, beside Austria and Germany, a constitutional court successfully operates also in the Russian Federation, it can be concluded that this institution is equally acceptable to both federal and unitary states.<sup>3</sup> Moreover, the continual expansion of constitutional justice has been a strong argument against the allegations that it is by far less influential in unitary than in federal states.

Bearing in mind the competences of „new“ and „old“ constitutional courts, it is easy to notice that a legal protection of the constitution has become more encompassing, as over time competences of constitutional justice have expanded in a large number of states, independent of the “federal” competences, having gone even further than the original Austrian model. Hence the key or general characteristic of European constitutional justice has been the expansion of constitutional courts’ competences, including finding solutions to those constitutional disputes which are not necessarily tackled by constitutional justice, such as electoral disputes, or something that has not been expected to emerge in practice - establishing the responsibility of high state officials or prohibiting the work of political parties or associations. When normative control of law is in question, regardless of whether the competence for deciding constitutional appeals is present or not, the main measure of control becomes human rights or the fundamental legal position of a person guaranteed by the constitution, taking supremacy over the principle of separation of power. If combined with the constitutional appeal, review of constitutional justice may in principle be conducted against any sovereign act of public authorities, and is complete and absolute, regardless of whether this act comes from legislative, executive or judicial power, i.e. regardless of whether it concerns general norm or its application in the form of individual orders aimed at concrete persons.

In a number of states, including the Republic of Serbia, constitutional justice has been assuming the role of the supervisor of legislative, executive and regular judicial power. Besides, in an increasing number of states, competences of the constitutional judiciary not only theoretically, but also actually, include rectifying violations of the constitution by normative acts, laws and other levels

---

<sup>3</sup> All former Yugoslav republics retained their constitutional courts, adjusting them, however, to the Austrian-German model. Previous to that, they had instituted new constitutions in which they adopted, as any other state of Eastern Europe, liberal-democratic constitutionality, parliamentarism and institutions of a civil state. (For more on this, see O. Vučić, *Istorija ustavnog sudstva na tlu bivše Jugoslavije*, in: Vučić, Petrov, Simović, 2010: 69-93)

of sub-constitutional law, as well as the establishment and rectification of those violations which occurred either due to individual unconstitutional decisions or official actions of public authorities. Though it means that European constitutional courts have increasingly become „the people’s courts“, they nevertheless preserve the character of independent institutions which, by resolving extremely complex objective constitutional conflicts, still occupy, according to G. Leibholz, „a place on the intersection of law and politics“. On the other hand, an enormous activism of constitutional justice in review of rights has resulted in an increased number of advocates, in the doctrine of constitutional jurisprudence, of the position that constitutional justice represents a power of a kind, a special power of constitutional control, which, by its nature, has come to be the „forth“ branch of state authority.

A higher political quality of constitutional justice is also confirmed by its composition, the manner of selection of its members and their status. Not only their competence, but also the manner of selection of constitutional court members and their status have been largely standardised. Uniformity can be observed also in respect of the criteria and manner of selection of the judges. There is a tendency to balance the influences of legislative, executive and regular judicial power when determining the personnel composition of a constitutional court. Legal profession is certainly indispensable, but regardless of the requirements for the expertise, there is a striking politicisation of the selection, as the influence of formal executive power, though perhaps imperceptible in the public eye, has nevertheless been predominant. However, deals of political parties, those in power and those in opposition, or just those in power, are no longer being hidden. All respectable political parties are interested in having „their own“ judge in the constitutional court. In practice, places are allocated based on a long-standing „agreement“ between the largest political parties, which is contrary to Kelsen’s intention that in the process of appointment of judges to office their expertise should take precedence over political parties’ assessments (Walter, Mayer, 2000: 444).<sup>4</sup> The political quality of constitutional adjudication can explain, but not justify, this unfortunate practice, which is true of all constitutional courts.

### ***2.1 Constitutional courts’ functions***

A constitutional court exercises its function of the protection of the constitution through a whole range of competences attributed to it. The competences of a constitutional court may certainly be narrower or broader, but without an

---

<sup>4</sup> On the efforts invested within the normative framework, as well as on its application to the selection of constitutional judges in the Republic of Serbia, see for more detail O. Vučić, „Izbor i sastav ustavnih sudova - mukotrpan put dostizanja evropskih standarda“ (Vučić, 2012: 132).

exception, they are always aimed at one and the same goal – the preservation of the authority of the constitution, as the highest ranked law in a state unit. On closer inspection, its general function reveals several actual functions, depending on whether, by an individual competence of the constitutional court, some more concrete and more immediate goal is accomplished, i.e. whether this protection can be seen in relation to individual, “more concrete“ functions of the constitution. This means that the function of the constitutional court and the function of the constitution are in a mutual relationship of parallelism (Marković, 2008: 45).

If we look at the basic functions of a modern constitutional court and its most general goals from this angle, there are three main functions that can be discerned. In other words, constitutional courts today, or the majority of them, standardly perform three basic functions. The first one is the function of immediate protection of human rights and freedoms in the proceedings of deciding constitutional appeals or citizens’ applications, which is a relatively recent phenomenon. Hence, wherever an individual is able to directly, and on his own, invoke the constitutional court, without the circumventive path of regular courts, the constitutional court’s acting is *in totum*, i.e. completely oriented toward the protection of human rights. If, besides, it is about general norm, the idea of separation of powers is naturally present, but the prevailing thinking still concerns individual legal protection. This protection clearly manifests as immediate or direct. By its nature, this dimension brings the constitutional function closer to the function of the regular judiciary. A crucial difference is, however, preserved: constitutional courts protect human rights by their interpretation and application of the constitution, „the specific constitutional law“, while in the case of the regular judiciary, the protection of human rights and freedoms is achieved through interpretation and application of law (Stojanović, Vučić, 2009: 883). This function is not characteristic of all constitutional courts, i.e. some exercise it only indirectly, through normative review of law, such as, for example, the Italian Constitutional Court.<sup>5</sup>

While the function of preserving the separation of power and constitutionally authorised functions in general, as well as a general protection of the rule of law, are still prevalently carried out through the normative control of rights and resolving the jurisdiction disputes between different state bodies, the function of protection of democratic order from abuse and usurpation by public authorities is carried out, by some constitutional courts, through their acting as special criminal tribunals. The function of protecting democratic order is

---

5 In Austria, however, it is possible to lodge a state legal appeal only against sovereign acts of administration, and not against judicial decisions, so this has been amended by an individual proposition for normative control, if it is stipulated that the basic law has been directly and de facto violated by a general norm.

primarily realised through constitutional courts' competence of examining the constitutionality of activities of political parties and prohibiting those which, according to their goals and their members' conduct, act in a counter-constitutional way. Due to a possible gravity of infringement, the function of establishing the responsibility of the highest state officials for a violation of the constitution should fall in this category. In both instances, the constitutional court's function resembles that of special criminal proceedings. Individual encroachments upon the constitution, especially if they come from state officials in possession of wide scope of legal and factual power, or hostile, aggressive and militant behaviour of political groups aimed at the constitutional order, should be constitutionally sanctioned. In most countries, constitutional courts have been assigned also this „backup“ task, or function. This function has so far been very rarely exercised, but increasing political extremism in Europe, planned and organised resort of violence with elements of terrorism, do not preclude the possibility of, under certain circumstances, this function of constitutional courts coming to the forefront.

Based on the above presented, it could be concluded that theoretical and practical reasons for the establishment and functional development of European constitutional justice may be sought in the effort to preserve the constitution in general, and protect human rights, federalism, the vertical separation of power and rule of law, in particular.

## **2.2 Normative control of law**

The function of constitutional courts is, *grosso modo*, that of control and correction, and is largely realised through normative control of law. Constitutional courts primarily control acts of legislative, executive and judicial power, the most important manifested forms of making laws and applying them, in respect of their compliance with the constitution. In addition to the provisions of constitutional rank, the measure of control in certain states may also be laws, so here normative control includes the examination of legality, which is certainly a too ambitious task to be set for constitutional justice. There is a tendency that international agreements, which have „passed“ constitutional and parliamentary ratification, emerge as a yardstick of measure, for example in Bulgaria and Serbia, either individually or parallel to constitutional review.<sup>6</sup> In cases where a violation of the constitution has been established, the constitutional court, through its activity, rectifies all decisions and actions of all carriers of public authority to the extent that they are brought in harmony with the law of the highest rank.

---

<sup>6</sup> In Serbia, the Constitutional Court declared unconstitutional a great number of laws due to their inconformity with the constitution and international treaties or only because they are in discord with an international agreement.

Normative control of law is a *posteriori* core of constitutional courts' constitutional function<sup>7</sup>, as their other kinds of competences constitutional courts may, but are not obliged, to exercise. A *priori* review is applicable only to a smaller number of constitutional courts.<sup>8</sup> It is only in the assessment of the constitutionality of international agreements, where this is logically justified by the principle *pacta sunt servanda*, that it has been more widely applied, for example in Germany, Spain, the Russian Federation, Slovenia, Serbia, etc. According to this model of normative control, certain constitutional courts (German, Czech and Polish), „became famous“ for assessing not only the constitutionality of „ordinary“ international treaties, but also of the compliance of the founding treaty of the European Union (agreements from Maastricht and Lisbon) with the national constitutional law.

Incidentally, it is possible for the Constitutional Court of Serbia to assess the constitutionality of international treaties preventively or subsequently. In the latter case, review is carried out according to the Austrian model of control of state agreements, but departing from it considering the effect of the decision. In practice, the Constitutional Court has exclusively applied a *posteriori* review of international treaties, where the effect of its decision, due to international implications, stops at the establishment of unconstitutionality, which is more adequate for the preventive control of an international treaty.<sup>9</sup>

It is a rule that constitutional courts proceed at a request of authorised persons, and not at an official maxim. It is common to most European countries that initiation of the proceedings for normative control is accepted from parlia-

---

7 The Constitutional Court of Portugal is one of rare European constitutional courts which almost exclusively exercises only its competence of examining the constitutionality and legality of normative acts.

Modelled on French Constitutional Council, the control of constitutionality a priori can be done by the Constitutional Court of Romania, as the appraisal of constitutionality of laws is performed before their promulgation. The Polish and Hungarian Constitutional Courts can also perform the so-called preventive review of constitutionality of laws, but only at the request of head of the state, and in Poland presidential veto is to be previously used. On the other hand, in 2008, in France, in a revised Constitution, limited review of constitutionality of laws was introduced.

8 So far, the Constitutional Court of Serbia has not “discovered” that any international treaty is in conformity with the Constitution. Among others, it has exercised the power of constitutional review over the Stabilization and Association Agreement, the Agreement with the Russian Federation in the area of gas industry, several bilateral contracts on social insurance, etc.

9 The Constitutional Court has, *ex officio*, assessed the constitutionality of the Law on alterations and additions to the Law on the Constitutional Court. In its decision it has found that the provision, which deprives the Constitutional Court of the possibility to quash a judicial act in proceedings on a constitutional complaint, is unconstitutional.

mentary minorities (abstract control) and courts (incidental control). Initiation of the proceedings *ex officio* has been very rarely applied, and as a rule, if it was necessary for resolving prejudicial questions. The Constitution of Serbia is one of rare constitutions which allows for the initiation *ex officio* without any preconditions or restraints.<sup>10</sup>

A constitutional court is *dominus litis*, master of the suit, which is basically always conceptualised as something contradictory. Rejecting an application *a limine*, should disburden the Court of the cases which clearly have no prospect of success. For the majority of constitutional courts, a hearing open to the public is, in practice, more of an exception than a rule, as there is a wide margin of appreciation when it comes to determining one. It is certainly true that courts do not often use debate in order to establish a right, as it is time-consuming and brings small gains. According to Geiger (1981: 8), „it would be more becoming to constitutional justice proceedings to see oral debate as something superfluous“. However, the principled openness of constitutional justice proceedings, together with the „rule“ of taking decisions subsequent to an oral discussion, fail to emphasise the necessity to carefully weigh all the arguments before making the decision of not having a public hearing. Due to infrequency of public hearings, Heberle talks about „hardly bearable deficit of openness“ of constitutional justice proceedings (Häberle, 1976: 384). On the other hand, in certain proceedings which are of particular relevance for the rule of law and general public, some constitutional courts allow for a direct broadcast of their debates. The deliberation of judges and vote are, however, always in private. Nevertheless, it is not excluded that a decision may communicate the majority of votes with which it has been taken. Dissenting opinions, which in numerous courts are often applied, also break through the principled anonymity of deciding.

The effects of constitutional courts' decisions mainly depend on the type of constitutional disputes. In the normative control of rights and in deciding constitutional appeals, decisions of constitutional courts have the effect of cessation. When normative control *in abstracto* is in question, the rule is that a decision is effective from the moment it is published, which means *pro futuro*. If concrete control is in question, the decision of the constitutional court in any given case can have a retroactive effect. As in cessation there is no retroactive or judicial „revival“ of former norm, certain constitutional courts, among which also the Constitutional Court of Serbia, apply another adequate means for avoidance of

---

10 The Constitutional Court *ex officio* assessed the constitutionality of the Law on Amendments to the Law on the Constitutional Court. In its decision it found that the provision that deprives the Constitutional Court of the possibility to cancel a judicial act in the proceedings on a constitutional appeal, was not in compliance with the Constitution.

legal gaps, which is postponing the publishing of a decision, i.e. the Austrian model of postponing the effects of a decision.

In addition to decisions of cessation, individual constitutional courts developed in their jurisprudence so-called *interpretative decisions*, whereby they actually act as a positive legislator. Due to a long-standing fear of creation of legal gaps as a consequence of the decisions on cessation, and the tendency to, when possible, act in a less radical way, a large number of constitutional courts, adopting the practice of older European constitutional courts, German and Italian in particular, have gradually started issuing interpretative decisions, where out of several possible interpretations, a verbal interpretation which brings the law in conformity with the Constitution is applied. In this case, in the wording of a decision, there is an observation that a law is in conformity with the Constitution, on the condition that it is interpreted in the way established by the Constitutional Court in the rationale of its decision.

For a long time the interpretative style of constitutional courts was a strict interpretation of the literal wording of constitutional norms, a logical and systematic interpretation accentuating the historical perspective, but also disregarding theological thought. It is considered that it was a kind of an expression of judicial self-restraint toward the legislator. The new interpretative style of constitutional courts means turning toward value-oriented and substantive interpretation of the constitution, which is modelled on the case-law of the European Court of Human Rights and recent adjudication of the German Federal Constitutional Court. However, in this extensive style of interpretation, which is strikingly remote from the literal wording of constitutional law, Ernst Wolfgang Böckenförd sees a risk „of a transition from the legislative rule of law to the constitutional jurisdictional state“.

### ***2.3 Special competences***

In addition to the general normative control of law, constitutional justice has from its beginnings, and in some states over time, acquired other competences which may also be designated as special protection of the constitution. Some of them are complementary to normative control, such as deciding constitutional appeals of citizens or resolving federal disputes. There is no doubt that also these competences of a constitutional court represent special proceedings for examining the norm and determining its meaning. On the other hand, some competences of constitutional courts, which used to belong to other state authorities, primarily to the regular judiciary, due to their importance for a constitutional life of individual states, have been transferred to constitutional courts. This has been the case, for example, with the resolution of competence disputes betwe-

en different authorities or the disputes over presidential or parliamentary elections. The third kind of special competences of constitutional courts can be designated as immediate protection of constitutional order, where the constitutional court acts as a special criminal court. In some states, the constitutional court can take to court high state officials, such as, for example, president of the republic, the prime minister, ministers, and even judges, for a violation of the constitution and law. The character of special criminal proceedings is common also to the proceedings for prohibition of political parties or associations, as well as for an individual suspension of constitutionally guaranteed rights and freedoms. It is common to these different competences that they manifest as immediate protection and application of the constitution, realised according to the rules of corresponding proceedings of the constitutional court.

In the case-law of European constitutional courts, some of these competences sometimes come to the forefront, pushing aside the regular activity of constitutional justice; such examples are deciding on the prohibition of political parties (Turkey), assessing the constitutionality of the statute of an autonomous province (Spain), the electoral law (Hungary), the lawfulness of presidential elections (Bulgaria), the constitutionality of the referendum for revocation of the president (Romania), etc.

### **3. Perspective of constitutional justice**

It seems that the negative criticism on account of constitutional justice by the participants of the political process has been significantly reduced. This criticism was particularly prominent in the initial stages of a constitutional court activity, when this institution was still looking for its proper place and the optimal way of acting in the constitutional system. Where a constitutional court built its authority on the validity of its decisions, there open derogation of the correctness of its acting ceased, together with the endless search of its proceeding for proof of political bias, the allegations that the constitutional court is in the service of the opposition, or that it is in the service of public authorities, etc. This does not mean, however, that all objections to the work of constitutional courts have stopped, neither can it reasonably be expected. The functioning of any constitutional institution is subject to criticism, especially if it comes from objective and neutral thinking, but it is important that this criticism is no longer directed at the institution as such or at its alleged politicization, but that it concerns only the legal quality of the interpretation of the constitution contained within its decisions. This means that constitutional justice has become a stable institution of a democratic state ruled by law. Its existence is no longer called into question. On the contrary, it is justified to expect its further expansion, both



in respect of its territory and the authorised functions. In short, the position of constitutional courts has continually been on the rise.<sup>11</sup> „Older“ constitutional courts, which long ago affirmed their independent position, are naturally inclined toward maintaining it, while less influential constitutional courts, primarily those established in „new democracies“, shall make efforts to strengthen their position of an unbiased guardian of the constitution, the decisions of which are always respected and strictly carried out.

It is uncertain, however, whether constitutional justice will keep its place „on the intersection of law and politics“ and whether politics will anxiously wait for its decisions, or the focus of its activity shall be shifted in another direction. It is hard to foresee the development of constitutional justice in the nearer future, especially that, in addition to their common characteristics and similar issues, national constitutional courts have their own priorities when it comes to their activity. Besides, it is largely up to the participants in the proceedings whether constitutional courts will go in the direction which is less desirable for the rule of law. If a constitutional court is preoccupied with constitutional disputes of lesser significance, it will hardly be able to fulfill its mission. On the other hand, it is highly likely that most European courts will continue to have an active relationship, beside the ever tensed one with the national legislative, executive and judicial power, with the case-law of the European Court of Human Rights, but also the case-law of the European Court of Justice, which is given primacy in the processes of harmonisation of national legal systems with the primary and secondary law of the European Union. This is also true of constitutional courts of the countries which are not member-states of the Union. For constitutional courts of these countries, the cooperation with constitutional courts of the member-states will not be only desirable, but also quite indispensable.

This is why we can agree with Brigitte Bierlein’s (2013: 1) observation that „the exchange of experiences, opinions and ideas, and cooperation between individual constitutional courts will become increasingly significant“, especially if the task of constitutional courts is primarily seen in „the harmonisation of national constitutional law, on the one hand, and the constitutionalisation of European law, on the other.“ There is no reason to doubt that this process of cooperation on the regional plane is going in the direction of increased progress, especially in the region of former-Yugoslavia, regardless of the fact that, so far, only two of the former-Yugoslav republics have become the European Union member-states.

When the Constitutional Court of Serbia is in question, it can be expected that its priority will remain the assessment of the constitutionality of laws, but also,

---

11 A negative exception is, it seems, the position of the constitutional court in Hungary, jurisdiction of which has been, after the constitutional changes in 2013, significantly reduced.

increasingly, the examination of their compliance with international treaties, in the processes of harmonisation of domestic law with the EU law, as well as immediate deciding on violations of fundamental human rights. The main task, however, will be seeking a solution to the problem of enormous number of pending constitutional appeals which threaten to completely obstruct the functional capacity of the Constitutional Court and paralyse its work. The procedural reform, conducted in 2012, has significantly improved the efficiency of the Constitutional Court, but it still cannot be considered sufficient, neither are there any prospects that without taking further steps this burning issue could be efficiently solved in any foreseeable future. This is why the Constitutional Court of Serbia shall be forced, in cooperation with other constitutional courts which have, if not completely solved the same problem, then reduced it to bearable proportions, to learn from experiences of others and accept them in the way which will not essentially devalue the efficiency of the national constitutional justice proceedings for the protection of human rights and freedoms.

## References

Birlein, B. (2013). *Verfassungsgerichtsbarkeit – Stand und Ausblick*. Internationale Konferenz anlässlich des 50-jährigen Bestehens des Verfassungsgerichts der Republik Serbien. 17 October. Belgrade. pp. 281-285

Vučić, O. (2012). „Izbor i sastav ustavnih sudova - mukotrpan put dostizanja evropskih standarda“, Zbornik radova *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, Beograd.str.132-146

Stone Sweet, A. (2002). *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy*. West European Politics. Vol. 25. No 1. pp. 77-100

Pestalozza, Cf. Ch. (1991). *Verfassungszprozessrecht*. 3. Aufl. München

Stojanović, S. (2013). „Premise ustavnog pravosuđa i njihovo ostvarivanje u praksi Ustavnog suda Srbije“. U *Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava 1963-2013*. Beograd. str. 112-136

Öhlinger, Cf.Th. (2000). *Verfassungsrecht*. 4. Aufl. Wien

Walter, R. Mayer, H. (2000). *Bundesverfassungsrecht*. 9. Aufl. Wien

Vučić, O. Petrov, O. Simović, D. (2010). *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika*. Beograd

Marković, R. (2008). *Ustavno pravo i političke institucije*. Beograd: Sl. Glasnik

Stojanović, D. Vučić, O. (2009). „Domašaj ustavnosudskog ispitivanja odluka redovnih sudova u postupku odlučivanja o ustavnim žalbama građana”. *Pravni život*. br. 14. Beograd. str. 879-885

Geiger, W. (1981). *Einige Besonderheiten im verfassungsrechtlichen Prozess*. Vortrag, Gehalt am 19. 3. 1980

Häberle, P. (1976). Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht. *Juristenzeitung*. S. 377-384

**Др Оливера Вучић,**

*Редовни професор Правног факултета, Универзитет у Београду  
Судија Уставног суда Републике Србије*

**Др Драган Стојановић,**

*Редовни професор Правног факултета, Универзитет у Нишу  
Судија Уставног суда Републике Србије*

## **ЕВРОПСКИ МОДЕЛ УСТАВНОГ ПРАВОСУЂА**

### **Резиме**

*Нема сумње да су опште премисе, функције и компетенције уставног правосуђа у европском простору у значајној мери стандардизоване, *inter alia*, у њеној димензији нормативне контроле права. Полазећи од заједничких надлежности уставних судова, може се утврдити даља велика сличност уставних решења у државама са специјалним уставним судом, како у погледу предмета уставне контроле (нормативни и појединачни акти суверених форми – одлуке редовног правосуђа или управни акти), те начина њеног активирања, тако и у самом поступку контроле и правном дејству одлука уставних судова. Због тога је могуће говорити о постојању једног јединственог модела уставног правосуђа у Европи које се понајвише ослања на немачко-аустријски модел уставног судства.*

*Уставно судство у низу држава, укључујући Републику Србију, задобија улогу општег контролора законодавства, извршења и ординарног судства. Мада то значи да европски уставни судови све више постају „судови обичних људи“, ипак, они задржавају карактер независних институција, које, решавајући изузетно озбиљне, објективне уставне конфликти и надаље заузимају*

*место на „пресеку права и политике“. С друге стране, ванредно активна улога уставног судства у контроли права довела је до тога да у доктини све више присталица наилази становиште да уставно правосуђе представља својеврсну, специјалну власт уставне контроле, која би по својој природи била посебна, „четврта“ грана државне власти.*

*За Уставни суд Републике Србије може се очекивати да ће и надаље његови приоритети бити оцена уставности закона, али све више и испитивање њихове конформности са међународним уговорима, у процесу хармонизације домаћег права са правом ЕУ, као и непосредно одлучивање о повреди основних права човека. Главни задатак, међутим, биће решавање проблема хиперинфлације уставних жалби која прети да у потпуности уруши функционалну способност Уставног суда и потпуно паралише његов рад.*

**Кључне речи:** Уставно правосуђе, уставни суд, контрола уставности, нормативна контрола.

**Dr Toma Birmontienė,\***

*Judge of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania  
Professor, Mykolas Romeris University, Lithuania*

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.565.2(474.5)

Раџ примљен: 12.03.2015.

Раџ прихваћен: 17.06.2015.

## **THE CHALLENGES FACED BY THE CONSTITUTIONAL COURT OF LITHUANIA DURING THE GLOBAL ECONOMIC CRISIS\*\***

**Abstract:** *The Constitutional Court of the Republic of Lithuania is forming a broad and distinctive doctrine on the possibility of limitation of social rights during an economic crisis. This doctrine is inter alia grounded upon the imperatives of a state under the rule of law, equality of rights, justice, proportionality, protection of legitimate expectations, social solidarity, the constitutional concept of the state budget and other constitutional imperatives. The Constitutional Court has also formulated certain general principles which must be followed when in a situation of an economic crisis the legislator may adopt decisions on reduction of social rights guarantees. This doctrine is also influenced by international law, inter alia the law of the European Convention on Human Rights. While considering the cases related to implementation of social rights, the Constitutional Court also takes account of the case-law of the constitutional courts of other states.*

**Key words:** *Constitutional court, constitutional doctrine on limitation, social rights, economic crisis.*

### **1. Introduction**

The global economic crisis has undoubtedly influenced not only the economic life, but also has affected all other areas, *inter alia* institutions of constitutional jurisdiction and the functions they discharge. Their financing, as well as that of other state institutions, may undergo reduction, therefore, a question may arise also regarding restriction of their competence: can constitutional courts

---

\* t.birmontiene@lrkt.lt

\*\* This paper is presented at the International Conference „The Position and Perspective of Constitutional Justice“, Belgrade, 16-18 October 2013. and published in the Conference Publication, Belgrade, 2014, pp. 419-444.

decide on distribution of economic resources, after all? The recent increase in petitions requesting to decide on various constitutional issues which have been determined by *inter alia* the consequences of the economic crisis can also prompt discussions about the issues of narrowing the competence of institutions of constitutional jurisdiction. When economic issues become an object of the constitutional jurisprudence, the constitutional courts become inevitably an object of additional criticism made by politicians.

The impact of political processes on constitutional jurisprudence could be likened to a complex and manifold process. There are areas in which constitutional law has to form and develop certain universally recognised requirements of a democratic state, as, for instance: separation of powers, democratic principles of formation of state institutions, independence of courts, imperatives of free democratic elections, constitutional recognition of the fundamental rights, etc. However, some global political processes, in case world economic crises are attributed to such processes, are acting reversely, i.e., they induce governments to take special measures and to adopt political decisions determining formation of the state budget and reduction of funding for certain areas. Such measures are indirectly aimed *inter alia* at reduction of state expenditures related to development of social guarantees, whereas in certain cases also to implement some guarantees of social rights in a somewhat more restricted manner.

The functions of state institutions in the area of economy, which are discharged in adopting legal acts, become sooner or later an object of assessment by constitutional courts. In such a case a big responsibility falls upon the constitutional courts: they have to assess the decisions adopted by state institutions whether the establishment of the legal measures limiting the financing of certain areas or guarantees of social rights was actually determined by objective factors and whether such decisions of these institutions during the economic crisis are a proportional and adequate measure that is in conformity with the Constitution. Successful activities of constitutional court in dealing with the aforementioned problems depend not only on the legal constitutional framework but also on the manner of activity of such institution in the social, political and legal environment.

The economic crisis has raised for the constitutional courts complex questions, first of all, whether the constitutional courts, in the face of global economic crisis, are capable of dealing with economy-related issues, *inter alia* to decide on the constitutionality of the "crisis" budgets of the states, whether they may create a new constitutional doctrine, or whether they can reinterpret it.

Under conditions of the global economic austerity measures, the most sensible areas, especially the guarantees of social rights, have been affected, *inter alia*

the questions of pensions, salaries, childcare leave, etc., have become an urgent issue. At present, the question of the decreasing of the social rights guarantees of judges—the reduction of their salaries—has also become important. The constitutional courts have to decide whether it is allowed to reduce judges' salaries during an economic crisis and whether such reduction does not violate the constitutional principle of the independence of a judge who is administering justice and the principle of the independence of courts.

The purpose of this presentation is to disclose some aspects of the problems that arise in the process of the development of constitutional jurisprudence of the Constitutional Court of Lithuania, which were determined by global changes in the economy.

## **2. Social rights – an important area of constitutional rights**

The institutions of constitutional jurisdiction, which are constitutional courts, continually interpret the rights and freedoms of the person entrenched in the Constitution, thus, the final limits of these rights are drawn in the constitutional jurisprudence. The recognition of the jurisprudential Constitution widens not only the concept of the constitutional rights, but also the possibilities to recognise human rights as constitutional ones.

The fact that in most new constitutions social rights have been inscribed *expressis verbis* is also influential on the development of such rights<sup>1</sup>. In the constitutions the social rights are assessed in a varied manner, both from the point of view of their development and the possibility to put limitations upon them.<sup>2</sup> It took much more time to recognise social rights as constitutional ones in com-

---

1 W. Sadurski divides them into four groups. The constitutions of Belarus, the Czech Republic, Moldova, Poland, Romania, Russia, Slovakia and Ukraine are to be attributed to the first group, the social rights are most broadly regulated therein (social security, education, health care, rights of protection of work, etc.); the constitutions of Bulgaria, Hungary (effective till 2012), Macedonia, Montenegro, Serbia and Slovenia in which the catalogue of social rights is limited (the right to education, health care, guarantees of protection of work, etc.) are to be attributed to the second group; the constitutions of Estonia, Latvia and Lithuania consolidating the right to social security, education, health care, though the catalogue of other social rights is very limited (in the opinion of the author, the Lithuanian Constitution stands in between the first and third groups) are to be attributed to the third group; the constitutions of Bosnia-Herzegovina and Georgia which include only a few social and economic rights are to be attributed to the fourth group (Sadurski, 2008: 177).

2 For example, Article 22 of the Constitution of Ukraine (1996) establishes that human and citizens' rights and freedoms affirmed by this Constitution are not exhaustive; constitutional rights and freedoms are guaranteed and shall not be abolished; the content and scope of existing rights and freedoms shall not be diminished in the adoption of new laws or in the amendment of laws that are in force.

parison to political and civil rights not only because the former are related to self-obligations of the state to secure implementation thereof, but also due to the fact that there is an issue of direct application of the Constitution—a possibility to defend such rights directly in court was recognised only after some time.

Since social rights can be interpreted in a varied manner, i.e. both as certain state self-obligations to society, and as a subjective right of the person, not all authors consider them as the rights that can be defended directly when a person applies to a court (Sajo, 2005: 38-43).

The 1992 Constitution of the Republic of Lithuania provides for a rather broad catalogue of these rights. In the doctrine of the Constitutional Court the social rights are interpreted not only as certain state self-obligations (which are *inter alia* determined by the social purpose of the state) to society, but also as a person's individual rights to which the judicial defence is guaranteed. Such concept was also influenced by international law, *inter alia* the jurisprudence of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as the ECtHR).

The social rights, the procedures of their implementation must be interpreted in ordinary law. In the constitutional jurisprudence, while deciding cases related to a person's constitutional rights, one often confronts the inactive legislator and legal gaps that impede the implementation of these rights.

The Constitutional Court has held that, under the Constitution, the State of Lithuania is socially oriented; the social orientation of the state is reflected in various provisions of the Constitution<sup>3</sup>, *inter alia* those entrenching the economic, social and cultural rights, as well as civil and political rights of a human being, the relations of society and the state, the grounds of social assistance and social security, etc. The Constitutional Court has noted that the socially oriented state is under constitutional obligation and it must undertake the burden of fulfilment of certain commitments.

The expansion of the law of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter—the European Convention on Human Rights), which is the ECtHR jurisprudence, also exerts influence on the development of the constitutional doctrine of these rights.

While analysing the development of the doctrine of social rights, which is formed by the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, it is possible to single out certain periods of this development. At the beginning of the activity of the Constitutional Court the content and peculiarities of these rights, the scale of

---

3 *Inter alia* the Constitutional Court's rulings of 5 March 2004 and 6 February 2012 (all the Constitutional Court's rulings, decisions and conclusions may be found on this website [http://www.lrkt.lt/Documents1\\_e.html](http://www.lrkt.lt/Documents1_e.html)).



state duties in guaranteeing these rights were consolidated and interpreted and the conception of indivisibility and interrelatedness of all human rights and freedoms was gradually introduced. The Constitutional Court has also decided more than once as regards the compliance of the legal acts by which the guarantees of certain constitutional social rights were reduced,<sup>4</sup> which, however, had not been determined by any consequences of an economic crisis.

Still, since 2002 the Constitutional Court jurisprudence has been developing the doctrine on limitation of social guarantees during an economic crisis.

### **3. The constitutional doctrine on limitation of social rights guarantees during an economic crisis**

The Constitutional Court jurisprudence has been forming the doctrine on limitation of social guarantees during an economic crisis and the period of formation of this doctrine could be divided into two stages: from 2002 till 2006, when the Constitutional Court was deciding on the constitutionality of legal acts narrowing the social guarantees, when this had been determined by the impact of the effects of the so-called Russian economic crisis on the development of the economy of the State of Lithuania (during this period the Constitutional Court adopted several decisions which began the formation of doctrine on reduction of guarantees of social rights at the time of an economic crisis; and since 2009 until now where the Constitutional Court has been forming the constitutional doctrine on limitation of social rights guarantees, which has been determined by the effects of the global economic crisis on the economy of the State of Lithuania.

#### ***3.1 The development of the constitutional doctrine of social rights in the period of 2002–2006***

The Constitutional Court began to form the economic crisis doctrine in the course of deciding on various issues of payment of pensions, *inter alia* reduction thereof. Such issues had emerged due to the consequences of the *regional* crisis, called the Russian crisis (1999–2002)<sup>5</sup>, and had determined the reduction of funding

---

4 *Inter alia* the Constitutional Court's ruling of 2 September 2009, in which it decided the issues of the disability pensions' reform that was implemented in 2005, *inter alia* the issue of limitation of social rights of some disabled persons.

5 In its ruling of 18 June 2008 adopted in civil case No. 2A-3/2008, the Court of Appeal of Lithuania, while deciding the questions relating to the adjudging of damage incurred by judges as a result of unlawful reduction of remuneration, assigned an expertise in order to assess the economic situation in Lithuania. The experts established that a difficult economic situation in the state had started in 1999 and lasted till 2003. The Court of Appeal of Lithuania *inter alia* held that the economic situation of the state had improved from 2003, however,

of some areas, *inter alia* narrowing of some social guarantees. In its 23 August 2005 ruling the Constitutional Court noted that it is universally known that in 1998 and later there was a particularly difficult economic-financial situation in Lithuania, which had been predominantly determined by the economic-financial crisis in Russia, and other external factors, which had a very negative impact on the economic-financial systems of various states, including Lithuania, *inter alia* the fact that an exceedingly large amount of funds had not been collected to the state budget of 1999, which was required for the financing of education, healthcare, social maintenance, other needs of society and the state, and for the execution of other state functions. The Constitutional Court has held that the negative impact of the particularly difficult economic-financial situation emerging at the end of 1999 that some time affected the drawing up and execution of the state budget, is to be assessed as such a factual situation, which could not be neglected by the legislator.<sup>6</sup>

In its ruling of 23 April 2002, the Constitutional Court, while investigating the criteria of calculation of one of the awarded state pensions,<sup>7</sup> formulated a doctrinal statement that after the types of pensions, the persons entitled to the pension, the bases of granting and payment of pensions, the conditions, and the sizes of pensions have been established by laws, a duty arises for the state to follow the constitutional principles of the protection of legitimate expectations and legal certainty in the area of the relations of pensionary maintenance. In this ruling the Constitutional Court held for the first time that amendments of the established legal regulation, which deteriorate the pensionary maintenance, are possible only when there emerges a special situation in the state and only when it is necessary to protect other constitutional values; such amendments can be made only by law, without violating the Constitution.

---

the non-revocation, since then, of the economic measures (in this case—those of reduction of remuneration) by the state constituted a violation of the principle of temporality of such measures.

6 In its decision of 13. November 2007. the Constitutional Court noted that this provision formulated by the Constitutional Court was applicable not only to the year 1999 but also to the year 1998, as well as to 2000-2001; for a fairly long time the difficult economic-financial crisis had a negative impact on the drawing up and execution of the state budget, and on the execution of various financial obligations by the state.

7 The Constitutional Court has more than once held, *inter alia* in its ruling of 6 February 2012, that the state pensions which are not directly named in the Constitution differ in their nature and character from the state social insurance pensions: they are awarded to persons for their service or merits to the State of Lithuania, and they are paid from the State Budget; the receipt of these pensions is linked not with the social insurance pension contributions of an established size, but with a corresponding status of the person (service, merits or other circumstances upon which awarding of the state pension depends); the discretion of the legislator, while establishing awarding of the state pensions, is broader than while regulating other pensions, that are directly named in the Constitution.

In its ruling of 25 November 2002, while deciding on the provisions of the law whereby it had been permitted to discontinue the payment of a part of old-age pensions to working pensioners, the Constitutional Court formulated the essential doctrinal provisions on pensions as of social guarantees, *inter alia* it stated that a person who meets the conditions established by law in order to receive the old-age pension, and who has been awarded and paid this pension, has the right to a monetary payment of a respective amount, i.e. the right to possession. This right must be protected and defended under Article 23 of the Constitution as the right of ownership. Later these provisions were developed in other acts of the Constitutional Court.<sup>8</sup> The Constitutional Court also formulated the doctrine, that under the Constitution, no such legal regulation may be established when a person implementing one of his constitutional rights would lose an opportunity to realize another constitutional right, the Constitutional Court held that, under the Constitution, it is not permitted to establish the legal regulation under which an opportunity for the person who has been awarded and paid an old age pension, would be restricted, due to this, to freely choose a job and business, although he meets the conditions provided for by law so that he would have a certain job or conduct certain business; the legal regulation under which the person cannot freely choose a job and business due to the fact that upon the implementation of this right he would not be paid the awarded old-age pension or part thereof which was paid until then, also must be considered as a restriction of an opportunity to freely choose a job or business. This position of the Constitutional Court was also reflected in other corresponding constitutional justice cases.

In the aforesaid ruling the Constitutional Court expanded the concept of an extreme situation, so that it would include an economic crisis (and a natural disaster as well). Thus, in this ruling for the first time in the jurisprudence of the Constitutional Court an economic crisis was *expressis verbis* pointed out as a circumstance, in the presence of which, in extraordinary cases the legal regulation of pensionary relations may be amended also by reducing old-age pensions to the extent that it is necessary to ensure vitally important interests of society and protect other constitutional values; the reduced old-age pensions may be paid only temporarily, i.e. only as long as there is a difficult economic situation in the state; it needs to be noted that even in such exceptional cases old-age pensions may not be reduced in violation of the balance, entrenched in the Constitution, between the interests of a person and those of society; such reduction of old-age pensions must be in line with the constitutional principle of proportionality.

---

<sup>8</sup> In this context it needs to be noted that this doctrinal provision was developed in the Constitutional Court's ruling of 6 February 2012.

In its ruling of 23 August 2005, the Constitutional Court noted that, upon emergence of the economic and financial crisis the state budget (and municipal budgets) could be revised, the expenditures (appropriations) could be reduced, however, state and municipal institutions had to fulfil their obligations; in such an actual situation the terms during which the state had to fulfil the said obligations could be prolonged, however, state and municipal institutions may not decide, in an arbitrary manner, not to fulfil such obligations.

The Constitutional Court also had to decide on the consequences of an economic crisis for funding of courts. In its ruling of 28 March 2006, while construing the compliance of some provisions of the Law on Courts with the Constitution, the Constitutional Court held that in case of a difficult economic and financial situation, usually the financing from the budget to all the institutions which implement state powers, as well as the financing of various spheres which are financed from the resources of the budgets of the state and municipalities, should be revised and reduced; in such a situation the funding of courts and salaries of judges may be temporarily reduced, however, such reduction of salaries should not create preconditions for other state institutions and their officials to violate the independence of courts; funding of courts and salaries of judges may not be reduced to the extent where the courts would not be able to administer justice or the possibility of courts to administer justice would become restricted. The Constitutional Court emphasised that, while establishing the legal regulation of salaries, which is less favourable to persons, if it is necessary in order to secure the vitally important interests of society and the state and to protect other constitutional values, the legislator must maintain a balance between the rights and legitimate interests of the persons in whose favour a less favourable legal regulation is established, and the interests of society and the state, i.e. the requirements of the principle of proportionality must be followed.

The Constitutional Court confronted the inaction of the Seimas (Parliament), when the legal regulation regulating salaries of judges, which had been amended (made less favourable) due to a difficult economic situation, which had emerged in Lithuania because of the so-called Russian crisis, was not amended also when the crisis was over. While deciding the issues *inter alia* related to reduction of salaries of judges, in its decision of 8 August 2006<sup>9</sup> the Constitutional Court for-

---

9 In its decision of 8 August 2006, the Constitutional Court noted that in case of legislative omission which is prohibited by the Constitution, the courts must fill the gaps in a corresponding individual case and this must be done by, first of all, applying the Constitution and the general principles of law, however, such a court decision does not revoke the obligation of the legislator to fill in the legal gap. This Constitutional Court decision is significant for the ordinary courts while deciding cases regarding the defense of the rights of a person, when the legislator avoids regulating the corresponding relations by legal means properly.

mulated also a doctrinal provision whereby ordinary courts, while considering concrete cases, have powers to assess changes in the economic situation and, in cases there is inaction of the legislator, to adopt decisions on the defence of a concrete social right of the person.<sup>10</sup>

### ***3.2 The development of the constitutional doctrine on limitation of social rights guarantees formed at the time of the global economic crisis (2009–2013)***

The doctrinal provisions on reduction (related to the so-called Russian crisis) of social guarantees, which were formulated in the jurisprudence of the Constitutional Court, were subsequently developed when, upon emergence of the 2009 global economic crisis, the expenditures of the budget of the State of Lithuania were drastically reduced, *inter alia* the expenditures for social payments. The state budget funding of the institutions implementing state power was also reduced, thus the salaries of employees of this sector were diminished as well<sup>11</sup>.

In 2009 and 2010, in its jurisprudence the Constitutional Court formulated the essential provisions on reduction of guarantees of social rights. The provisions were affected by the consequences of the global economic and financial crisis. The said provisions were later developed in the Constitutional Court's ruling of 6 February 2012, in which it investigated the provisions providing for reduction of pensions for the period of the economic and financial crisis

The economic crisis also brought up the question of reduction of salaries of Members of Parliament and payments for parliamentary activities. In its decision of 15 January 2009, the Constitutional Court, while construing the provisions formulated in its jurisprudence previously, approved the possibility to reduce salaries of members of the Seimas (parliament) (as well as salaries of judges) and the payments designed for parliamentary activities.

The Constitutional Court decision of 20 April 2010 summarised and further developed the doctrine of reduction of social rights guarantees, *inter alia* awarded and paid pensions and salaries, under conditions of an economic and financial crisis. In its decision of 20 April 2010, the Constitutional Court formulated certain general principles which must be followed when, provided there is an

---

10 The previously mentioned ruling of the Court of Appeal of Lithuania of 18 June 2008 which was adopted in civil case No. 2A-3/2008 is also to be attributed to such decisions of ordinary courts.

11 In its ruling of 15 February 2013, the Constitutional Court decided the compliance of the legal provisions related to the 2009 state budget (and its adoption) with the Constitution and only some of them recognised as unconstitutional. The 2009 state budget itself was not recognised as conflicting with the Constitution.

economic crisis in the state, the legislator can adopt decisions on reduction of social guarantees:

– the constitutional concept of the State Budget implies that when there is an economic crisis in the state, the reduction of the remunerations of officials and state servants of the institutions that are funded from state and municipal budgets (other employees who are remunerated for work from funds of the said budgets) and that of pensions is allowed for no longer than one budget year; in the course of approving the State Budget for the next year, the legislator has a duty to reassess the economic situation in the state and to decide anew as regards the reduction of the said social guarantees;

– when there occurs an economic crisis in the state, the legislator, while adopting corresponding decisions related to limitation of social guarantees, must heed the constitutional imperatives of a state under the rule of law, equality of rights, justice, proportionality, protection of legitimate expectations, legal certainty, legal security, social solidarity and other imperatives; it is allowed to reduce the social guarantees only when all possibilities have been used and it is impossible to accumulate the funds necessary for fulfilment of all the commitments undertaken by the state in this area;

– the reduction of pensions and remunerations of state servants (and officials) must be grounded upon the circumstances of the extremely difficult economic situation in the state; only when there is an official statement that there is such a particularly grave economic and financial situation in the state, which is not short-termed, due to which the state is unable to perform the obligations undertaken by it, the legislator may temporarily reduce the pensions and remunerations; the reduction must be temporary and not violating the proportions of pensions and remunerations<sup>12</sup> that used to be before the crisis; the principles of equality of rights, proportionality and justice would not be violated, if the legislator established a limit below which pensions (salaries) would not be reduced even during an economic crisis; state pensions may be reduced to a greater extent, however, the principle of proportionality must be followed;

– when there is an especially grave economic and financial situation in the state and when, due to this, there is a necessity temporarily to reduce the awarded and paid pensions, it is not allowed to reduce the old-age pension awarded and

---

12 In its ruling of 6 February 2012, the Constitutional Court *inter alia* investigated the proportions of reduction of pensions and recognized the legal regulation on reducing the state pensions, to a certain extent, as being in conflict with the Constitution. The proportions of reduction of the old-age pensions were not recognized as being in conflict with the Constitution, however, such a legal regulation that the pensions of the pensioners who work (or conduct a certain business) were reduced to a greater extent was recognized as being in conflict with the Constitution.

paid to the persons who have a certain job or conduct a certain business to a greater extent if compared with the persons who receive such a pension, but do not have any job and do not conduct any business;<sup>13</sup>

– the old-age pensions reduced because of an economic and financial crisis must be compensated (this requirement is also linked with the relation of the pension, as a certain payment, with the right of ownership protected under Article 23 of the Constitution;<sup>14</sup> the legislator, while reducing pensions, must establish a mechanism of compensation of losses incurred by persons, whereby the state would undertake an obligation to justly compensate, after the extreme situation is over, the losses to such persons within a reasonable time; state pensions, in case they were reduced to a great extent, may be compensated, but only to a smaller extent than old-age pensions.

In its 6 February 2012 ruling, while investigating the legal provisions designed for reduction of pensions, including state pensions, during an economic crisis, the Constitutional Court also had a possibility to assess how the legislator was following the requirements, which arise from the Constitution at the time of an economic crisis and which are formulated by the Constitutional Court, regarding reduction of pensions and recognised some provisions of these laws as being in conflict with the Constitution.<sup>15</sup>

In its ruling of 27 February 2012, the Constitutional Court interpreted also some requirements, which arise from the Constitution, regarding social support for the families raising underage children, i.e. issues of awarding and limitation upon payment of maternity, paternity, maternity (paternity) benefits, which had directly been determined by the circumstances of the economic crisis.

In the doctrine on social rights formed by the Constitutional Court the changing of the amount of pensions at the time of an economic crisis may not be treated as

---

13 The Constitutional Court held that while developing the doctrinal provision formulated earlier that the legislator may not establish such a legal regulation under which an opportunity for the person who has been awarded and paid old-age pension (including state pension), would be restricted, due to this, to freely choose an occupation and business, i.e. only a certain part of the pension would be paid (Constitutional Court's rulings of 25 October 2002 and 3 December 2002).

14 While developing this doctrinal provision (which was formulated in the Constitutional Court's ruling of 25 November 2002 for the first time) in its ruling of 6 February 2012, the Constitutional Court noted that the concept of the constitutional right to pension, as a periodic payment of a certain amount, may not be identified with the concept of the right of ownership in the ordinary, *inter alia* civil law.

15 The legislator has not followed the requirement not to reduce the pensions of the working pensioners more than of those who do not work; the constitutional principle of proportionality was not followed also when reducing the state pensions received by certain persons.

a reform of such social guarantees. The doctrine on social rights reform formed by the Constitutional Court is different in essence. In case the legislator decides to reorganise the system of pensions at the time of an economic crisis, a certain transitional period and a mechanism for compensation of the incurred losses to the persons who had been granted and paid such pensions must be established.<sup>16</sup>

### ***3.3 The peculiarities of the doctrine on limitation of social rights guarantees during an economic crisis***

While elucidating the doctrine, which is being formulated by the Constitutional Court, on limitation of social rights during an economic crisis, a question arises whether this doctrine may be assessed as in a sense an independent doctrine on limitation of the rights of a person or whether it is one of the elements of the general doctrine on human rights (a separate case of limitation of rights).

The Constitutional Court has formulated the general criteria of limitation of the rights of a person, which are grounded upon the ECtHR jurisprudence, and has noted more than once that, under the Constitution, it is allowed to limit the human rights and freedoms in case the following conditions are observed: this is done by law; the limitations are necessary in a democratic society in order to protect the rights and freedoms of other persons and the values entrenched in the Constitution, as well as the constitutionally important objectives; the limitations may not deny the nature and essence of the rights and freedoms; the constitutional principle of proportionality must be followed. These principles established by the Constitutional Court are similar to the doctrine on limitation of social rights, which was formulated by the ECtHR, and to the principles entrenched in the EU Charter of Fundamental Rights. The Constitutional Court formulated the general doctrine on limitation of human rights in a very broad manner in its ruling of 29 December 2004.<sup>17</sup>

It is possible to assess the doctrine on limitation of social rights guarantees during an economic crisis, which was formulated by the Constitutional Court in 2009–2013 and which is continuation of its previous doctrine, as in a sense special doctrine on limitation of human rights at the core of which, it goes without saying, there are the general principles of limitation of human rights that are

---

16 The Constitutional Court construed the requirements which stem when the legislator is implementing the social rights reform *inter alia* in its ruling of 2 September 2009, as well as rulings of 4 July 2003 and 3 December 2003.

17 The Constitutional Court formed the general doctrine on limitation of human rights when it was deciding the issue of the constitutionality of limitation (entrenched by the law-making subject) of a concrete constitutional right. While doing so, it formulated also the requirements applied to limitations of a concrete right, for example, freedom of information.



recognised in human rights law. The acts of the Constitutional Court establish also independent grounds of the reduction of the guarantees of only the social rights (pensions and salaries) during an economic crisis, which, even though grounded upon general principles of the doctrine of human rights, are supplemented with additional criteria, as, for instance: the requirement to ground the reduction of the guarantees of the social rights (pensions and salaries) upon the circumstances testifying the presence of a very difficult economic situation of the state and the requirement for the existence of an official statement that there is a very difficult economic and financial situation in the state, which is not short-termed; salaries and pensions must be reduced for the period not exceeding one budget year, whereas in the course of approving the state budget for the next year, the legislator has a duty to reassess the economic situation in the state and to decide anew as regards the reduction of the said social guarantees; the reduction must be temporary and not violating the proportions of the pensions and remunerations that used to be before the crisis; the legislator could establish a limit below which pensions (salaries) would not be reduced even during an economic crisis; it is not allowed to reduce the old-age pension awarded and paid to the persons who have a certain job or conduct a certain business to a greater extent (this important criterion was also established in the previous doctrine); the old-age pensions reduced because of an economic and financial crisis must be compensated, whereas the reduced state pensions—only if they are reduced to a large extent and they may be compensated to a smaller extent. The constitutional principle of social solidarity, construed in the context of the constitutional principle of equal rights of persons, implies a duty of the legislator to establish a non-discriminatory extent of reduction of remunerations of persons who are paid for work from the funds of the state or municipal budget. As regards the salaries reduced due to an economic crisis, differently from the case of the reduction of pensions, the legislator is under no obligation to compensate them, unless such reduction is recognised by the Constitutional Court as conflicting with the Constitution, however, even in this case they can be compensated within reasonable time and not to their full extent.<sup>18</sup>

In its ruling of 1 July 2013, while deciding the questions of the constitutionality of the reduction of remunerations of state servants and judges, the Constitutional Court construed the essence of the principle of constitutional solidarity and emphasised that the constitutional principle of social solidarity, when it is construed in the context of other constitutional principles (*inter alia* of proportionality and justice), does not imply any social egalitarianism, *inter alia* it does not deny the requirement to differentiate the amounts of remuneration that are paid from the state budget or the municipal budgets, where one takes into

---

18 The Constitutional Court's ruling of 1 July 2013.

consideration the nature of functions performed by the persons that receive them, their difficulty and extent, the responsibility that falls on them for the implementation of those functions, the peculiarities of the position held, as well as the professional level and qualification of the persons holding those positions; one must heed this requirement also while establishing the measures of reduction of the pay for work when there occurs an extremely difficult economic and financial situation.

While deciding regarding the compliance of certain provisions of the state budget of 2009 with the Constitution, in its ruling of 15 February 2013 the Constitutional Court emphasised that possible deviations from the requirements, which are put forward for the adoption and entry into force of the laws that affect the state budget and its revenue and expenditure and which arise from the Constitution, *inter alia* the constitutional principles of a state under the rule of law and responsible governance, may be constitutionally justifiable by the aspiration to ensure an important public interest—to guarantee the stability of public finances, not to allow the rise of an excessive budget deficit in the state due to an exceptionally difficult economic and financial situation because of the economic crisis—determining the necessity of urgent and effective decisions. The Constitutional Court also noted that in case an exceptionally difficult economic and financial situation in the state is long-termed and continues for more than one year, under the Constitution, there is no tolerance for the fact that in the course of adopting the laws that affect the state budget revenue and expenditure the aforementioned requirements, which arise from the Constitution, for the adoption and entry into force of these laws, would be disregarded by justifying it by a necessity to adopt urgent decisions in order to handle the consequences of the economic crisis.

Thus, it is possible to assert that the Constitutional Court doctrine on limitation of social rights during an economic crisis has established the specific criteria which one must follow.

### ***3.4 The limitation of social rights guarantees in the jurisprudence of some other constitutional courts***

Quite a number of constitutional courts of European states have confronted the issue of reduction of social guarantees. Sometimes they have to adopt decisions on the consequences of certain reforms or those of the economic crisis. The changes in economy have made some constitutional courts to revise the doctrinal provisions that used to be regarded well-founded. In some cases the social rights issues became an object of the different treatment in constitutional and EU law.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> The decision of the Constitutional Court of the Czech Republic of 31 January 2012. PL. US/5/12 SLOVAK PENSIONS (<http://www.concourt.cz/view/pl-05-12>).

One is to pay attention to the 21 December 2009 judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia<sup>20</sup> in which the compliance of some provisions of the Law “On State Pension and State Allowance Disbursement in the Period from 2009 to 2012” with the Constitution was investigated. This judgment decided on the issues of reduction of the social rights—pensions—during the global economic crisis in a different way than it was done by the Constitutional Court of Lithuania. The Constitutional Court of Latvia, while taking account of certain circumstances, recognised without reservations that the reduction of pensions provided for in the law was in conflict with the Constitution, that the impugned provisions were invalid from the moment of their adoption, and it established a manner of execution of this judgment.<sup>21</sup>

The Constitutional Court of Latvia also held that the reduction of pensions could have been implemented only if a legal provision concerning later reimbursement of the deducted money had been simultaneously adopted; in other words, planning such a temporary reduction, the legislator is obliged to ensure its fair reimbursement at a later time. More than that, the state, in proportion to the overall interests of society, had to define the groups of pensioners who would be exempt from this reduction, or to whom a different reduction amount would be applied (Item III.32). The main argument of the Constitutional Court why it recognised the provisions of the law as conflicting with the Constitution was that there has not been a differentiated approach on the reduction of pensions, there had been established neither a compensation for the reduction of pensions, nor a corresponding transitional period, therefore the impugned norms were not in conformity with Article 1 of the Constitution.

One can assess the 26 December 2011 decision of the Constitutional Court of Ukraine<sup>22</sup> as a case where during an economic crisis a constitutional court has

---

20 The Constitutional Court of the Republic of Latvia ruling of 21 December 2009, <http://www.satv.tiesa.gov.lv>.

21 The Constitutional Court of Latvia *inter alia* noted that the amount of securing of social rights guaranteed by the state may be subject to change depending on the amount of funds at the possession of the state; still, no matter what economic situation in the state is, the legislator must heed the fundamental rights of a person established in the Constitution (Item III.24). In certain cases, an economic crisis can develop to the point when the freedom of action must be granted to the legislator to enable the implementation of remedial measures—even if the latter would infringe the fundamental rights established by the Constitution; in the situation of extremely limited financial resources of the state, the latter has freedom of action to change the conditions for pension disbursement—with the aim of sustaining a just social insurance system (Item III.29.2).

22 Decision of the Constitutional Court of Ukraine No. 20-rp/2011 dated December 26, 2011 in the case upon the constitutional petitions of 49 People’s Deputies of Ukraine, 53 People’s Deputies of Ukraine and 56 People’s Deputies of Ukraine concerning conformity with the

to revise certain doctrinal provisions that used to be regarded as well-founded. The Constitutional Court had to interpret the provisions of Article 22 of the 1996 Ukrainian Constitution that human and citizens' rights and freedoms affirmed by this Constitution are not exhaustive; constitutional rights and freedoms are guaranteed and shall not be abolished; the content and scope of existing rights and freedoms shall not be diminished in the adoption of new laws or in the amendment of laws that are in force.

On 26 December 2011, the Constitutional Court of Ukraine adopted the decision on the compliance of some provisions of the Law "On the State Budget of Ukraine for 2011" with the Constitution. In its decision, while taking account of the economic difficulties of the state and referring to the ECtHR doctrine (judgments in cases *Airey v. Ireland* (No. 6289/73) and *Kjartan Ásmundsson v. Iceland* (No. 60669/00)), the Constitutional Court formulated a new doctrinal statement that the social rights envisaged by laws are not absolute. The mechanism of realisation of these rights may be changed by the state, in particular, through impossibility of their financing by proportional redistribution of funds to maintain the balance of interests of the whole society. In addition, such measures may be stipulated by the necessity to prevent or eliminate real threats to economic security of Ukraine, which under Paragraph 1 of Article 17 of the Constitution of Ukraine is the most important function of the state. However, establishing such legal regulation under which the amount of pensions and other social payments and assistance will be lower than the level set in Paragraph 3 of Article 46 of the Constitution of Ukraine is inadmissible, and will not provide adequate living conditions for individuals to live in society and maintain their human dignity, that would run contrary to Article 21 of the Constitution of Ukraine. Thus, changing the mechanism of calculation of certain types of social benefits and assistance is constitutionally permissible to the extent which puts into question the very nature of the content of the right for social protection.

The Portuguese Constitutional Court has also faced questions of the constitutionality of the reduction of social guarantees under conditions of the global economic crisis. In its decision of 5 April 2013, this Court, though not excluding the possibility that in exceptional economic circumstances and in order to quickly reduce the public deficit the legislator could lower the income of Public Administration staff, *inter alia* declared the suspension of the additional holiday month of salary or equivalent for Public Administration staff (which also applied to the same types of amount payable under teaching and research contracts) to be unconstitutional with generally binding force, because it was in violation of the principle of equality that requires the just distribution of public costs,

---

Constitution of Ukraine (constitutionality) of item 4 of Chapter VII "Transitional Provisions" of the Law of Ukraine "On the State Budget of Ukraine for 2011" (<http://www.ccu.gov.ua>)

as it lead to unequal treatment compared to persons who earn income in the private sector.<sup>23</sup>

The economic and financial problems of states, that could be viewed as a result of the on-going global economic crisis, has influenced the constitutional doctrine on social guarantees formulated by constitutional courts. The latter have confronted a complex task to assess whether the decisions adopted by state institutions are an adequate and proportional measure conforming to the imperatives stemming from the Constitution.

#### **4. The constitutional protection of social (material) guarantees of the judge. The possibility of reduction of social rights guarantees for judges under conditions of an economic crisis**

The constitutional social (material) guarantees of the judge, *inter alia* the solidity of the salary and pensionary maintenance of the judge and their appropriate regulation by law are seen by the Constitutional Court as an important guarantee of the independence of the judge and courts.<sup>24</sup> The Constitutional Court has noted on more than one occasion that the independence of the judge and courts is not a privilege, but one of the most important obligations of judges and courts, which stems from the right of the person, who believes that his rights or freedoms guaranteed in the Constitution are violated, to an impartial arbiter of

---

23 The Ruling 187\13 of the Constitutional Court of Portugal of 5 of April 2013 (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20130187s.html>)

The Constitutional Court also stressed that when not matched by equivalent sacrifices on the part of virtually all the other citizens earning income from other sources, the cumulative, on-going effects of the sacrifices imposed on people who earn income in public sector represent a difference of treatment for which the goal of reducing the public deficit does not provide adequate grounds.

24 In the Constitutional Court's doctrine, *inter alia* in its ruling of 27 November 2006, the independence of judges and courts is understood as their impartiality which is ensured by consolidating, in the Constitution and laws, the independence of the system of courts from the legislative and executive powers (institutional independence), the procedural independence of judges, the organisational independence and self-government of courts, the status of judges, the inviolability of the person of a judge, immunities, the inviolability of the term of office of judges and social (material) guarantees of judges, as well as by establishing the prohibition for the institutions of state power and governance, Members of the Seimas and other officials, political parties and public organisations and citizens to interfere into the activity of judges or courts. In this ruling the Constitutional Court did not formulate any exhaustive list of the guarantees for judges and courts, but noted that the independence and impartiality of judges and courts are also ensured by other guarantees established in the Constitution and laws.

the dispute who would solve the emerged legal dispute under the Constitution and laws in essence.<sup>25</sup>

The Constitutional Court has emphasised on more than one occasion that the state has a duty to ensure such social (material) maintenance for judges which would be in conformity with the status of judges when they are in office, as well as after expiry of the term of their office.<sup>26</sup> The social and material guarantees established to judges under the Constitution must be such so that they would be in line with the constitutional status of the judge and his dignity.<sup>27</sup>

While formulating the doctrine of social rights guarantees of the judge, the Constitutional Court derives the imperative of judges' salaries and their other social guarantees from the principle of independence of judges and courts established in Article 109 of the Constitution. On the grounds of this principle one attempts to protect the judges administering justice from any influence of the legislative power and the executive, as well as from that of other state establishments and officials, political and public organisations, commercial-economic structures, and legal and natural persons.

The Constitutional Court emphasised in several cases the requirement arising from Article 109 of the Constitution to ensure the independence of judges. As far back as *inter alia* in its rulings of 6 December 1995 and 21 December 1999, while interpreting the constitutional principle of independence of judges and courts, it held that the protection of the remuneration and other social guarantees of judges is one of the guarantees helping to secure this principle, therefore, according to the Constitution, in order to ensure the independence of judges, as long as the judge is in office, any reduction of his remuneration, as well as any reduction of the social guarantees established for him, is prohibited. However, a situation where a certain component part of a judge's remuneration is decreased, but, at the same time, another component part of his remuneration is increased, is not regarded as reduction of salaries of judges.<sup>28</sup>

The independence of judges is ensured also in the aspect that Paragraph 1 of Article 113 of the Constitution commandingly entrenched the prohibition that judges not receive, during the entire time of their professional career, any remuneration other than the remuneration established for the judge and payment for educational or creative activities. Thus, the Constitution establishes strict

---

25 *Inter alia* the Constitutional Court's rulings of 22 October 2007, 29 June 2010, 14 February 2011 and 1 July 2013.

26 The Constitutional Court's rulings of 21 December 1999, 22 October 2007, and 29 June 2010.

27 The Constitutional Court's decision of 8 August 2006, the rulings of 22 October 2007, 29 June 2010, and 14 February 2011.

28 The Constitutional Court's ruling of 14 February 2011.

limitations on the receiving of any other remuneration by judges. From the point of view of the prohibitions established in Article 113 of the Constitution, all judges are equal.

The official constitutional doctrine of the remuneration of the judge as an important element of his constitutional status was developed *inter alia* in the Constitutional Court's rulings of 28 March 2006, 22 October 2007, and 14 February 2011, also in the decisions of 8 August 2006 and 20 April 2010. The Constitutional Court noted on more than one occasion (in its ruling of 14 February 2011 and the decisions of 12 January 2000 and 8 August 2006) that the notion "remuneration of the judge" includes all the payments paid to a judge from the state budget.

The character of the social guarantees of judges is determined by the constitutional status of the judge which is the essential condition for his independence guarantees. The Constitutional Court has emphasised on more than one occasion, *inter alia* in its ruling of 14 February 2011, the requirement for equal status of the judges in the administration of justice, which determines the fact that the material and social guarantees of judges must be differentiated according to clear criteria that are known *ex ante* and are not related to administration of justice in the course of the consideration of cases. The same Constitutional Court's ruling emphasised that the judges of the same system of courts and the judges of the courts of the same level must be paid for the corresponding work correspondingly, without discriminating any of them and without granting privileges to any of them.

The Constitutional Court has also provided interpretation of the component parts of remuneration. It noted that the legislator, while regulating the relations connected with the establishment of the remuneration of judges, may establish that remuneration—a social (material) guarantee of the judge—is comprised of not one, but several constituent parts, *inter alia* the positional salary, additional pay and extra pay.<sup>29</sup>

The Constitutional Court also assesses the social guarantees of the judge upon the expiry of the term of his powers as an important guarantee of the independence of judges. While interpreting the provisions of Article 109 of the Constitution, the Constitutional Court has formulated the requirement that the legislator must establish such legal regulation which would ensure the independence of the judge and courts, *inter alia* the social (material) guarantees of the judge, not only when he is in office, but also when his powers are discontinued.<sup>30</sup> The legislator, while heeding the Constitution, may also establish cases where a judge's pension (which is related to the constitutional status of the judge) is not

---

29 The Constitutional Court's ruling of 14 February 2011.

30 *Inter alia* the Constitutional Court's ruling of 22 October 2007.

awarded to a former judge and/or an awarded state pension is no longer paid to a former judge. When the cases are established, where a judge's pension is not awarded to a former judge, one must take into consideration the grounds of the discontinuation of the powers of the judge.

Thus, the Constitutional Court's doctrine has formulated a large system of social guarantees of judges, which should be assessed as an important guarantee of the independence of the judge and includes not only his remuneration, but also his social guarantees upon the expiry of his powers. The Constitutional Court has noted the importance that such guarantees must be established in reality.

The Constitutional Court has formulated a strict prohibition of reduction of judges' remuneration and their other social (material) guarantees; any attempts to reduce the remuneration of the judge or his other social (material) guarantees, or limitation upon financing of courts are treated as encroachment upon the independence of judges and courts.<sup>31</sup> This doctrine was further developed under the conditions of the economic crisis.

In its decision of 15 January 2009, the Constitutional Court noted that the Constitution prohibits the reduction of judges' salaries save the situations when there is an extremely difficult economic and financial situation of the state, however, it is allowed to do so only temporarily and only by law, by heeding the constitutional principle of proportionality, which implies that the salaries of judges must not be reduced to the extent where courts would become unable to perform their constitutional function and obligation—administration of justice; such constitutional guarantees of salaries of judges are determined by the constitutional status of judges who implement judicial power; the said constitutional status of judges is implied by the constitutional function of administration of justice.

The doctrine on correction (limitation) of social rights during an economic crisis formulated in the Constitutional Court's jurisprudence is also applicable to the social guarantees of judges. In its decision of 20 April 2010, the Constitutional Court *inter alia* formulated certain general principles which must be followed when, provided there is an economic crisis in the state, the legislator can adopt decisions on reduction of social guarantees.

The Constitutional Court does not single out the reduction of judges' social guarantees (remuneration and pensions (state pensions<sup>32</sup>)) under conditions of an economic crisis from the same guarantees of other persons (*inter alia* those im-

---

31 The Constitutional Court's rulings of 6 December 1995, 21 December 1999, 12 July 2001, 28 March 2006, and 14 February 2011, the decisions of 12 January 2000 and 8 August 2006.

32 A judge's pension is treated as a state pension and, as well as other state pensions, it is paid from the state budget.



plementing the functions of state authority<sup>33</sup>), who are paid their remuneration, and the pension is awarded and paid from the state budget (and the state social insurance budget).

The Constitutional Court has emphasised that, as every person, a judge has the right to defend his rights, legitimate interests, and legitimate expectations.<sup>34</sup> The Constitutional Court confronted the inaction of the Seimas (parliament) when the legal regulation regulating the salaries of judges, which had been amended (made less favourable) due to a difficult economic situation, which had emerged in Lithuania as a result of the so-called Russian crisis, was not amended also when the crisis was over. In its decision of 8 August 2006,<sup>35</sup> while deciding the issues *inter alia* related to the reduction of the salaries of judges, the Constitutional Court formulated a doctrinal provision whereby ordinary courts have in considering concrete cases the powers to assess the changes in the economic situation and in cases of the legislator's inaction—also the powers to adopt decisions on the defence of a concrete social right of the person. At the time of this crisis, the issue of the reduction and compensation of judges' salaries was a matter of consideration by the ECtHR.<sup>36</sup>

---

33 In its decision of 15 January 2009, the Constitutional Court noted that if one established such legal regulation, whereby in case of an extremely difficult economic and financial situation of the country it would not be permitted to reduce the financing of courts only, nor to reduce the remuneration of judges only, it would mean that courts are groundlessly singled out from among other institutions which implement state power, and judges—from among other persons that participate in implementing powers of the corresponding institutions of state power; the consolidation of such exceptional situation of courts (judges) would not be in line with the requirements of an open, fair and harmonious civil society and the imperatives of justice.

34 *Inter alia* the Constitutional Court's rulings of 12 July 2001 and 22 October 2007.

35 In its decision of 8 August 2006, the Constitutional Court noted that in the event of a legislative omission, which is prohibited by the Constitution, courts must fill the gaps *ad hoc*, and this must be done by applying, first of all, the Constitution and the general principles of law; however, such a decision of the court does not eliminate the legislator's obligation to fill the legal gap. The said Constitutional Court's decision is significant for ordinary courts in deciding cases regarding the protection of the person's social rights, where the legislator avoids duly regulating the respective relations by means of law.

36 The ECtHR, while adopting its 15 October 2013 decision in the case of *Rimantas Savickas v. Lithuania* (application No. 66365/09) and considering the admissibility of the application, referred *inter alia* to the Constitutional Court's doctrine designated for the reduction of the social guarantees for judges during an economic crisis. The ECtHR considered that the Lithuanian State did not overstep the margin of appreciation in adopting and upholding the temporary reduction of judges' salaries during the economic crisis (1999–2003) and emphasised that the losses of salary had been compensated, for the period of three years, either under a special law providing for such compensation or by a court decision according to

In its ruling of 1 July 2013, the Constitutional Court emphasised that, under the conditions of an economic crisis, the reduction of the salaries of judges may not be disproportionate or discriminatory; *inter alia* salaries may not be reduced only for judges, or only for the judges of certain courts, or only for the judges performing certain duties; the proportions of the amounts of salaries established at the time prior to the occurrence of a particularly difficult economic and financial situation in the state for the judges performing different duties (for the judges of different systems of courts and/or of different levels of courts), as well as the proportions of the amounts of salaries established for the different categories of judges and other persons who are paid for their work from the funds of the state budget or municipal budgets (*inter alia* state servants, politicians, officials), may not be violated. Any failure to observe the said requirements should be regarded as an encroachment upon the independence of a judge and courts, thus, also *inter alia* as a violation of Paragraph 2 of Article 109 of the Constitution and the constitutional principle of a state under the rule of law.

In the ruling of 1 July 2013, the Constitutional Court had to hold that, under the conditions of the economic crisis starting from 2009, the salaries of judges and salaries of certain state servants had been reduced without conforming to the constitutional requirements applicable under the conditions of an economic crisis to that type of reduction, *inter alia* by violating the constitutional principle of proportionality.<sup>37</sup> The impugned legal regulation, by means of which the coefficients of the positional salary of judges had been reduced by establishing a disproportionate (particularly large) extent of the reduction of the salaries of judges, *inter alia* by violating the proportions of the amounts of salaries established at the time prior to the occurrence of a particularly difficult economic and financial situation in the state for the judges performing different duties, was recognised by the Constitutional Court as being in conflict with the Constitution. The Constitutional Court held that such legal regulation was not in line with the principle of the independence of the judge and courts, *inter alia* the requirements consolidated in Paragraph 2 of Article 109 of the Constitution and the constitutional principle of a state under the rule of law.

---

that law. The applications of the applicants had been recognised as inadmissible concerning the other points of the dispute as well.

37 The Constitutional Court's doctrine has formulated a duty for the legislator, even during an economic crisis, not to reduce those salaries that, upon the reduction thereof, would not ensure adequate living conditions for a person. The fact that the salaries of such amounts as established by the legislator would not be reduced does not violate the principle of proportionality and other constitutional principles.

It should be noted that the questions related to the reduction of the social rights guarantees of judges under the conditions of an economic crisis have been dealt with in different manner by other constitutional courts as well.

On 18 January 2010, the Constitutional Court of Latvia adopted a judgment in the case in which it assessed the freezing of judicial remuneration in conjunction with the rise in the wages of higher public officials. The Constitutional Court of Latvia recognised the contested legal provisions and the impugned reduction of the salaries of judges under the conditions of the economic crisis without conforming to the imperatives stemming from the Constitution as being in conflict with the Constitution and noted the following: difficult economic conditions lead the state to review and reduce financing for all workers in the public sector irrespectively of the branch of the public sector in which they work, the budget of a government institution, or the area in which it operates; it would be impermissible to reduce the financing of a single sector—the courts—or the salaries of judges, just as it would be impermissible to leave the financing of one branch of the government institution unchanged; even under the conditions of economic decline, financing can be reduced only if the constitutional principles and procedures are observed, and if the fundamental rights and freedoms are respected, particularly, in terms of the principle of constitutional equality.<sup>38</sup>

On 12 December 2012, the Constitutional Tribunal of Poland adopted a ruling,<sup>39</sup> in which it recognised the legal regulation establishing the “freezing” of the salaries of judges—non-indexation for the period of one year as being not in a conflict with the Constitution. Under the challenged legal regulation, the salaries of judges had been established not according to the average work remuneration of 2011, but that of 2010, whereas the salaries in the public sector had not been increased, i.e. they had not been indexed (had been frozen), as long as since 2008. The Constitutional Tribunal founded its decision on the deteriorating economic situation in the state, which required that urgent measures would be taken, and emphasised that taking care of public finances was a duty of the

---

38 The judgment of the Constitutional Court of Latvia of 18 January 2010 (case No. 2009-11-01), in which the Constitutional Court of Latvia emphasised that judges are also citizens, and that their special status and role in society do not grant them immunity against any such a situation in which the state solves a complicated situation and takes decisions with respect to its residents; in an economic crisis a social solidarity means that every citizen undertakes proportional responsibility for the overcoming of the difficult consequences of the crisis, and government officials, including judges, must stand in solidarity with the country’s residents. The Court also underlined that the contested norms thus provide for such salaries of judges in 2009 that are equal with the salaries in 2007 rather than those in 2008, consequently, the remuneration was, in fact, reduced.

39 The ruling of the Constitutional Tribunal of Poland of 12 December 2012. ([http://www.trybunal.gov.pl/OTK/teksty/OTKZU/2012/2012A\\_11.pdf](http://www.trybunal.gov.pl/OTK/teksty/OTKZU/2012/2012A_11.pdf))

public authorities, and that the legislator's actions had been well-grounded on the public interest—the balancing of the state budget.

It should be mentioned that the Constitutions of some states contain the provisions *expressis verbis* prohibiting the reduction of the social guarantees of judges. Thus, the constitutional courts of the said states are obliged when deciding regarding the reduction of the said social guarantees under the conditions of an economic crisis not to interpret or reinterpret the doctrine formulated by the Constitutional Court, but to construe the imperative provisions of the Constitution as at the same time limiting the powers of a court. The situation in question was faced by the Supreme Court of Cyprus when in its decision of 14 June 2013<sup>40</sup> it had to answer the question whether it was permissible to apply the statutory provisions providing for the reduction of the salaries of judges. Article 158.3 of the Constitution of the Republic of Cyprus stipulates that “[a] law shall provide for the remuneration and other conditions of service of the judges of the courts to be established under paragraph 1 of this Article. The remuneration and other conditions of service of any such judge shall not be altered to his disadvantage after his appointment.” The Supreme Court of Cyprus *inter alia* observed that Article 158.3 of the Constitution was so clear that there can be no doubt as to its interpretation, the *sub judice* laws that implicated the impermissible adverse alterations of the judges' remuneration were contravening the provisions of Article 158.3 of the Constitution. Having examined various arguments, the Supreme Court ultimately reached the conclusion that the recourses succeeded and the *sub judice* administrative decisions were declared null and void and of no effect whatsoever. The court also noted the pronounced intention of most of the applicants to voluntarily contribute to the effort of saving the Cyprus economy and hoped that their example would be followed by the remaining applicants.

Thus, during an economic crisis, *inter alia* not only such reduction in judges' salaries is allowed, where they are reduced according to a certain percentage, but also when the amount of the received salary is not indexed, i.e. when it is frozen. When the institutions exercising constitutional jurisdiction decide on the constitutionality of the reduction in judges' salaries during an economic crisis, in each separate case they must decide on whether the limitation of the said social right was allowed and whether it was constitutionally grounded. The decisions of Latvian and Polish constitutional courts show how the non-indexing of judges' salaries during an economic crisis, although, in itself, may be recognised constitutional, however, under different circumstances, may lead to different decisions taken by the institutions of constitutional jurisdiction.

---

40 The Supreme Court of Cyprus. Revisional Jurisdiction. *Consolidated Recourses 397/2012 and 480/2012*. Judgment of 14 June 2013.

## 5. Conclusion

The Constitutional Court of the Republic of Lithuania is forming a broad and distinctive doctrine on the possibility of limitation of social rights during an economic crisis. This doctrine is *inter alia* grounded upon the imperatives of a state under the rule of law, equality of rights, justice, proportionality, protection of legitimate expectations, social solidarity, the constitutional concept of the state budget and other constitutional imperatives. The Constitutional Court has also formulated certain general principles which must be followed when in a situation of an economic crisis the legislator may adopt decisions on reduction of social rights guarantees. This doctrine is also influenced by international law, *inter alia* the law of the European Convention on Human Rights. While considering the cases related to implementation of social rights, the Constitutional Court also takes account of the case-law of the constitutional courts of other states.

## References

- Sadurski, W. (2008). *Rights before Courts. A study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Published by Springer
- Sajo, A. (2005). "Social rights: A Wide Agenda". *European Constitutional Law Review*. No 1. pp. 38-43
- Case of *Rimantas Savickas v. Lithuania* (application No. 66365/09), ECtHR, (15 October 2013)
- The Latvia Constitutional Court's rulings, decisions and conclusions: [http://www.lrkt.lt/Documents1\\_e.html](http://www.lrkt.lt/Documents1_e.html)
- The Decision of the Constitutional Court of Ukraine No. 20-rp/2011  
<http://www.ccu.gov.ua/en/doccatalog/list?currDir=130900>
- The ruling of the Constitutional Tribunal of Poland (2012):  
[http://www.trybunal.gov.pl/OTK/teksty/OTKZU/2012/2012A\\_11.pdf](http://www.trybunal.gov.pl/OTK/teksty/OTKZU/2012/2012A_11.pdf)
- The Ruling 187\13 of the Constitutional Court of Portugal (2013):  
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20130187s.html>
- The Ruling of the Constitutional Court of the Czech Republic (2012):  
<http://www.concourt.cz/view/pl-05-12>
- The Supreme Court of Cyprus. Revisional Jurisdiction. (*Consolidated Recourses 397/2012 and 480/2012 . Judgment of 14 June 2013.*)

**Др Тома Вирмонтјенѐ,**  
Судија Уставног суда Републике Литваније

## **ИЗАЗОВИ ПРЕД УСТАВНИМ СУДОМ ЛИТВАНИЈЕ ЗА ВРЕМЕ ГЛОБАЛНЕ ЕКОНОМСКЕ КРИЗЕ**

### *Резиме*

*Економски и финансијски проблеми држава, на које се може гледати као на економску кризу у континуитету, извршили су утицај на уставну доктрину о зајемченим правима из области социјалне заштите коју формулишу уставни судови. Они су се суочили са сложеним задатком оцењивања да ли су одлуке које су донеле државне установе примерене и сразмерне захтевима који проистичу из устава.*

*Економска криза је покренула бројна сложена питања за уставне судове. Као прво, да ли су уставни судови, суочени са глобалном економском кризом, у стању да се баве питањима повезаним са економијом, односно да одлучују о уставности хитних мера штедње које држава доноси. У условима глобалних економских мера штедње, погођена су најосетљивија подручја, као што су зајемчена права из области социјалне заштите, а питања пензија, зарада или породилског одсуства постала су горућа питања.*

*Јуриспруденција Уставног суда Литваније формулисала је доктрину којом се ограничавају зајемчена права из области социјалне заштите за време економске кризе, а периоду у коме је ова доктрина настајала може се поделити у две фазе: од 2002. до 2006, када је Уставни суд одлучивао о уставности правних аката којима се сужавају социјалне гаранције, у ситуацији насталој због утицаја тзв. „руске кризе“ на привреду Литваније (у том периоду је Уставни суд усвојио неколико одлука које су почеле да формирају доктрину о смањењу зајемчених права из области социјалне заштите у време економске кризе); и од 2009. до данас, када је Уставни суд формирао уставну доктрину о ограничењу права из области социјалне заштите у ситуацији насталој због последица глобалне економске кризе по привреду државе Литваније.*

*Доктрина о ограничењу зајемчених социјалних права за време економске кризе, коју је Уставни суд формулисао у периоду између 2009. и 2013, а која је наставак претходне доктрине, може се оцијенити као специјална доктрина о ограничењу људских права, чију суштину чине општеприхваћени принципи ограничења људских права. Акцима Уставног суда успостављене су и независне основе за смањење гаранција само социјалних права (пензија и зарада) за време*

економске кризе. Оне су, иако су утемељене на општим начелима доктрине о људским правима, допуњене и додатним критеријумима, као на пример: захтевом да се смањење зајемчених права из области социјалне заштите (пензија и зарада) заснива на околностима које сведоче о присуству веома тешке економске ситуације у држави; захтевом за постојањем званичног саопштења да у држави постоји веома тешка економска и финансијска ситуација која није краткорочна; захтевом да се зараде и пензије морају смањити на период који не прелази једну буџетску годину, док је приликом одобравања државног буџета за следећу годину нормотворац дужан да поново процени економску ситуацију у држави и да поново одлучи у погледу смањења поменутих социјалних гаранција; да смањење мора бити привремено и не сме нарушавати пропорционални однос плата и накнада који је постојао пре кризе; да законодавац може да успостави границу испод које пензије (и плате) неће бити смањиване чак ни за време економске кризе; да није дозвољено у већој мери смањити старосне пензије додељене особама које имају посао или воде приватан посао (овај важан критеријум је успостављен у претходној доктрини); да се старосне пензије које су смањене због економске и финансијске кризе морају надокнадити, док се смањене државне пензије – само уколико су смањене у великој мери, могу надокнадити, али само у мањој мери. Уставно начело друштвене солидарности, тумачено у контексту уставног принципа једнаких права, подразумева дужност законодавца да успостави недискриминаторни степен смањења зарада лицима која су за свој посао плаћена из фондова државног или општинског буџета.

Тренутно је предмет пажње и питање смањења зајемчених права из области социјалне заштите судија, односно смањење њихових зарада. Формулишући доктрину зајемчених права из области социјалне заштите за судије, Уставни суд је истакао као императиве судијске зараде и њихова зајемчена социјална права из начела независности судија и судова успостављеног у члану 109. Устава. Систем зајемчених социјалних права судија, формулисан у доктрини Уставног суда, треба оценити као важну гаранцију независности судија, што постаје питање од нарочитог значаја у условима економске кризе, када законодавац поставља ограничења на могућу висину зарада и пензија. Уставни суд је у својој одлуци од 1. јула 2013. даље разрадио доктринарне одредбе засноване на општој доктрини смањења права из области социјалне заштите (плата и пензија) у условима економске кризе, формулисаној у одлуци Уставног суда од 26. марта 2006, у којој је саопштен значај поштовања принципа пропорционалности приликом успостављања конкретних ограничења на зајемчена социјална права.

**Кључне речи:** Уставни суд, уставна доктрина ограничења, социјална права, економска криза.





**Др Предраг Цветковић,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.74:334.72

Рад примљен: 28.03.2015.  
Рад прихваћен: 23.04.2015.

## **УПРАВЉАЊЕ РЕЛАЦИОНИМ КАРАКТЕРОМ УГОВОРА О ЈАВНО-ПРИВАТНОМ ПАРТНЕРСТВУ\*\***

**Апстракт:** Уговорни основ јавно-приватног партнерства има карактер релационог уговора. Релациони уговори су некомплетни споразуми који уређују трансакције код којих су стране узајамно сагласне да је немогуће или економски неефикасно *ex ante* уговорно дефинисање могућих тешкоћа и околности реализације уговора, односно *ex post* контрола испуњења уговорних одредаба од стране трећих субјеката (суда или арбитраже). За методологију управљања релационим уговорима од значаја је да се теорија релационих уговора не залаже за установљавање релационих уговора као посебне, именоване категорије уговора. Њоме се дефинише релациони уговор као категорија којом се легитимизује „релациони мод“ конкретног уговора. Методологија релационих уговора од значаја је за уговор о јавно-приватном партнерству: њоме се обезбеђује да уговорни однос током реализације буде уподобљен изменама у окружењу у коме уговор о ЈПП функционише. Описано уподобљавање има два аспекта. Први, *ex ante* аспект има за циљ да спречи да уподобљавање уговора иде на штету јавног партнера. Оно је стога параметар који се узима у обзир приликом припреме критеријума избора најповољнијег приватног партнера, при чему се мора обезбедити верификабилност критеријума његовог учинка у фази реализације ЈПП пројекта. Описано уподобљавање

\* [pepicvetkovic@gmail.com](mailto:pepicvetkovic@gmail.com)

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту: “Усклађивање права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу од 2013. до 2018. године.

Истраживач на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (179046), који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

Истраживач на пројекту „Одрживост идентитета Срба и националних мањина и пограничним општинама источне и југоисточне Србије, (179013), који се реализује на Универзитету у Нишу – Машински факултет, а финансира га Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

обезбеђује се дефинисањем предмета обавезе приватног партнера, установљавањем приоритетних циљева пројекта, условима подобности приватног партнера да учествује у поступку доделе уговора, конкретизацијом „вредности за новац“ коју јавни партнер добија реализацијом пројекта и одговарајућим структурирањем уговора. Други, *ex post* аспект подразумева уподобљавање уговора променама контекста уговора током његове реализације. Кључни принципи у овом смислу су начела солидарности и кооперације.

**Кључне речи:** јавно-приватно партнерство; релациони уговори; опортунитет уговарача; „hold up“ проблем; кооперација; солидарност.

## 1. Увод

Уговорни основ јавно-приватног партнерства, у светлу *sui generis* структуре односа јавног и приватног партнера, има карактер релационог уговора. Израсла из емпиријских радова Масулау-а (Masculay, 1963: 55), теоретски ју је заокружио Маснеил, који је теорију назвао „теоријом релационих уговора“ (Masneil, 1978: 854).

За разумевање релационих уговора користи се метод негативног дефинисања: они нису идентични са класичним уговорним механизмима (у контексту теорије релационих уговора ови се уговори називају „трансакционим“ уговорима). Трансакциони уговори су дизајнирани за сингуларне трансакције између две стране. Карактерише их начелна ирелевантност идентитета уговарача. Трансакција је ограничена временски (одвија се симултано), при чему се један тип трансакције одвија (понавља у својим основним карактеристикама) у већем броју између различитих учесника на тржишту (типичан пример је уговор о продаји). Трансакциони уговори су комплетни правни споразуми у смислу да обе стране преговарају уз начелну једнаку доступност информација важних за структурирање уговора. Оне су стога у позицији да *ex ante* дефинишу услове трансакције. Карактеристике трансакције и обавезе сваке стране елабориране до мере да су последице извршења или неизвршења предвидљиве у моменту закључења: стога је могућа *ex post* процена степена испуњења тих обавеза (или кршења уговора). Описана могућност *ex ante* елаборације права, обавеза и одговорности уговарача, те ризика и услова реализације уговора, праћена *ex post* контролом испуњења наведених елемената, назива се трансакционим елементом. Трансакциони елемент спречава конфликт око садржине последица неиспуњења уговорних одредаба. Конфликт постоји једино у погледу питања испуњености услова за наступање последица повреде уговора (санкције) у конкретном случају. Евалуацију те испуњености врше врше судови или арбитраже. У крајњем, постоји сигурност страна да ће уговором заснована права бити заштићена

од стране независног трећег субјекта. Такву заштиту и спровођење омогућавају горе наведене карактеристике класичних уговора.

У описану конструкцију трансакционих трговачких уговора не уклапају се дугорочни споразуми који реализују у условима подложним промени на начин да се промена услова (контекста) уговора разумно може очекивати; пример ових уговора су уговори о страним улагањима или уговор о реализацији пројекта јавно-приватног партнерства.<sup>1</sup> Релациони уговори се разликују од класичних уговорних трансакција у следећим карактеристикама.

Прво, релациони уговори су некомплетни споразуми. Ради се о споразумима који дефинишу трансакције код којих су стране узајамно сагласне да је немогуће или економски неефикасно (до мере да обесмишљава уговор) *ex ante* уговорно дефинисање могућих тешкоћа и околности уговора, односно *ex post* контрола испуњења ових услова од стране арбитраже или суда. Релациони уговор је базиран на резултату који стране (за разлику од класичних уговора) не могу у потпуности предвидети *ex ante*. Насупрот томе, код трансакционих контрактуралних инструмената, намеравани ефекат уговора је мерљив и разумно очекиван: код уговора о продаји, на пример, овај ефекат је испорука робе купцу и плаћање цене продавцу. У том смислу, кауза обавезивања код релационих уговора је флексибилнија у компарацији са трансакционим уговорима. Стога релациони уговори остављају простор да стране своје ново знање о конкретној ситуацији адаптирају у оквир сопственог уговорног односа.

Друго, стране релационог споразума не дефинишу детаљне планове деловања. Фокус је пре свега на циљевима и разлозима уговора, те начелима која су широко примењива у случају околности које имају карактер „непознатих непознаница“.<sup>2</sup> Да би се такве околности превазишле а уговор опстао, стране из уговора развијају однос који се заснива на поверењу и солидарности као карактеристикама који иду далеко изван граница оригиналног споразума (Bird, 2005: 151). У крајњем, одредбама релационих уговора утврђују се заједничка очекивања, уз установљавање механизма који ће се користити да би се донела одлука или алоцирали, ризици, трошкови и користи страна од реализације уговора.

---

1 Видети напомену 3 *infra* и пратећи текст.

2 Енглески израз „позната непознаница (е. „known unknown“) преузет је из епистемолошког тројства које је формулисао некадашњи министар одбране САД Доналд Рамсфелд. По њему, постоје три нивоа знања: познате чињенице; познате непознанице (е. „known unknowns“; чињенице за које се зна да постоје, али не зна се њихова садржина и значај); непознате непознанице (е. „unknown unknowns“; чињенице за које се и не зна да постоје).

Треће, постоје празна поља у структури релационих уговора. Постојање празнина резултат је следећег приступа уговорних страна: уместо да користе уговорне технике које стоје на екстремним половима расположивих метода (остављање тих простора нерегулисаним, са једне, односно ригидно дефинисање, са друге стране, које је, као што је већ речено – немогуће, односно финансијски захтевно до мере да обесмишљава уговор), стране релационог споразума теже да установе ефикасне процедуре које ће обезбедити флексибилност релационих споразума (преговарање, заједничке органе за праћење споразума, утврђивање минималних и максималних параметара за оцену испуњености уговорних обавеза попут висине цене за производ или услугу коју испоручује пројекат јавно-приватног партнерства).

Релационалност представља опредељујућу карактеристику уговора о јавно-приватном партнерству (ЈПП).<sup>3</sup> Реч је о уговорима који су идиосинкратични-јединствени (за разлику од класичних уговора који могу бити и типски и формуларни) (Ћирић, 2010: 83–85). Уговори о јавно-приватном партнерству морају ускладити принцип хијерархије на који се наслања јавни партнер (високи ниво административне контроле и непостојање економског подстицаја) са принципом тржишног пословања на коме почива логика приватног партнера. За јавно-приватно партнерство је важно да се систем тржишних подстицаја који постоји у приватном сектору (као елемент који недостаје јавном сектору) имплементира у конкретан уговор о ЈПП-у: у овој имплементацији лежи кључ за реализацију циљева пројекта јавно-приватног партнерства у питању (Цветковић, 2014: 641).

## 2. Управљање релационим карактером уговора о јавно-приватном партнерству

Полазна тачка конкретизације методологије релационих уговора је да релациони уговор није формална правна категорија, нити се теорија релационих уговора залаже се за установљавање релационих уговора

3 Јавно-приватно партнерство (е. Public-Private Partnership; н. Öffentlich-Private Partnerschaft-ÖPP; даље и: PPP) представља оквир за заједничку акцију јавног сектора (оличеног у држави и њеним различитим еманацијама) и приватног капитала са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса, те ефикасног и економски одрживог развоја инфраструктуре. Тензију и контроверзу јавно-приватног партнерства генерише супротност базичних карактеристика јавног и приватног сектора. Први је својом структуром и начином функционисања усмерен ка заштити, остваривању и развијању општег (јавног) интереса. Потоњи је, пак, утемељен на приватној иницијативи усмереној ка остваривању добити. Ова разлика која се, *prima facie*, чини фундаменталном, кључна је тешкоћа у конструисању правног оквира јавно-приватног партнерства. (Цветковић, Миленковић-Керковић, 2011: 758)

као посебне, именоване категорије уговора која би била регулисана различито од трансакционих уговора. Ради се пре свега о теоретском концепту упућеном странама које ступају у уговор са релационим карактеристикама. Релациони уговори нису антипод трансакционих уговора: наиме, сви уговори имају више или мање изражен „релациони приступ“. Чак и изразито трансакциони уговори, као што је куповина робе која се реализује једнократно, делом су условљени општим окружењем (контекстом) у коме се уговор закључује и реализује. Заступници теорије релационих уговора залажу се искључиво за одговарајуће уважавање специфичности уговора код којих је релациони елемент изражен: најпре његово препознавање, а потом и одговарајуће имплементирање у самом уговору. Не постоји *ex ante* и *a priori* тест за утврђивање разлике између релационих и трансакционих уговора. Овај тест није ни потребан, имајући у виду разлоге настанка теорије релационих уговора: ради се о увођењу релационог уговора као аналитичке категорије фокусиране на практичан контекст и упућене уговарачима. Легитимизација „релационог мода“ конкретног уговора функционише у оквиру класичних уговорних инструмената, при чему су структура и карактер ових уговорних средстава уподобљени практичним околностима релационог уговора (*in concreto* приступ неопходан је с обзиром на то да је идиосинкратичност једна од његових карактеристика).

Питање методологије средстава која стоје на располагању странама релационих уговора препознато је у литератури (Campbell, 2005: 455). Потребно је дефинисати правне инструменте који омогућавају да уговорне стране конструктивно реагују у случају промене контекста уговора, у време и у мери у којој је то потребно да би се очувао уговор као оквир интереса страна релационог споразума. Методологија релационих уговора требало би да омогући да стране дефинишу конкретне релационе аспекте уговора, те да омогуће да суд или арбитража изврше анализу тако дефинисаних аспеката и питања која их творе. (Merz, 2000: 914–915).

Примењена у функцији управљања релационим карактером уговора о јавно-приватном партнерству, методологија релационих уговора партнерству мора да обезбеди да „познате непознанице“<sup>4</sup> као елементи споразума о ЈПП-у буду третиране на одговарајући начин. Стране уговора о ЈПП-у (као релационог уговора), улазе у уговорни однос са свешћу да ће бити неопходно његово уподобљавање контексту уговора. Описано уподобљавање посматрано у контексту уговора о ЈПП-у и самог јавно-приватног партнерства као релационог односа има два аспекта.

---

4 Видети *supra* напомену 2.

Први аспект је да потреба уподобљавања буде параметар у процесу припреме уговора (*ex ante* методолошки аспект). Овај параметар, дакле, мора да буде елеменат који се узима у обзир приликом припреме критеријума избора најповољнијег понудиоца: крајњи циљ примене описаног параметра у припреми и спровођењу поступка избора најповољнијег приватног партнера за реализацију ЈПП пројекта је да критеријуми избора и учинка приватног партнера буду подобни за верификацију у фази реализације ЈПП пројекта.

Други аспект јесте да се у самом уговору обезбеде елементи за флексибилност током његове реализације након закључења уговора (*ex post* методолошки аспект).

Оба аспекта предмет су излагања које следи.

### **2.1. *Ex ante* аспект управљања релационим карактером уговора о јавно-приватном партнерству**

Суштина методологије *ex ante* јесте да у току саме припреме уговора јавни партнер мора да делује имајући у виду перспективу његове имплементације и узимајући у обзир његов релациони карактер.

Методологија *ex ante* захтева да јавни партнер адекватно:

спецификује предмет престације приватног партнера;

- обезбеди критеријуме и механизме за верификацију испуњења престације приватног партнера, укључујући и критеријуме за одређивање добијене „вредности за новац“<sup>5</sup>;

---

5 Јавно-приватно партнерство један је од три начина реализације пројеката инфраструктуре и обављања делатности од јавног интереса. Преостала два су: реализација ових пројеката коришћењем сопствених финансијских, персоналних и других ресурса (тзв. „in house“ метод) или финансирање кроз кредитни капитал. Исплативост ЈПП-а у односу на друга два метода процењује се кроз методологију компарације вредности која се добија применом све три методе за конкретни пројекат (е. „Value for Money“). Комисија за јавно-приватна партнерства и концесије Републике Србије усвојила је документ назван „Методологија за анализу добијене вредности у односу на уложена средства (Value –for-Money) у јавно-приватном партнерству и концесијама“. Наведени документ језгровито дефинише појам методологије „вредности за новац“ (параграф 3, страна 1): „Утврђивање добијене вредности у односу на уложена средства (...) је примена аналитичког поступка у оквиру кога се настоји квантитативним путем утврдити да ли је за пореске обвезнике од веће користи да се примени традиционални модел инвестирања у коме се јавно тело појављује у улози инвеститора, презимајући све или претежан део ризика јавне инвестиције, или им се више исплати да набаве услугу од понуђача из приватног сектора, преносећи (алоцирајући) већину ризика на њега, када се ради о јавно-приватном партнерству (ЈПП). Дакле, у основи идеје максимизације добијене вредности за јавни новац (средства) јесте пренос одређених ризика јавне инвестиције на приватног партнера. У том смислу, Европска комисија

- дефинише приоритет пројекта, у случају тензије између конкуретних циљева који се пројектом остварују (најчешће се ради о економској ефикасности, са једне, и заштити доступности јавних услуга и социјално угроженим слојевима, са друге стране);
- да обезбеди транспарентност;

Суштински, *ex ante* методологија требало би да обезбеди инструменте за верификацију испуњења уговора од стране приватног партнера. Уколико таква верификација није могућа или је нерационална, постоји сумња да је јавно-приватно партнерство неадекватан модалитет за пројекат заштите јавног интереса, те да би јавни партнер требало да у циљу заштите и унапређења овог интереса користи сопствена средства или кредитни капитал. На пример, уколико се ради о концесији за изградњу и експлоатацију постројења за прераду отпада, немогућност да се утврди количина отпада која се може потенцијално прерадити у постројењу за управљање отпадом представља разлог да се преиспита одлука о уласку у пројекат. Наиме, у одсуству јасне верификабилне информације јавни партнер нема параметар за дефинисање других елемената ЈПП пројекта (концесионе надокнаду; висине надокнаде коју потенцијални концесионар наплаћује по тони и слично). Тиме је у немогућности да на одговарајући начин утврди критеријуме за оцењивање понуде. У крајњем, улазак у јавно-приватно партнерство без описане информације био би спекулативан и ризичан било да је процена виша било да је нижа у односу на расположиву количину отпада (количину која није верификабилна), имајући у виду следеће:

- процена која би била превисока у односу на стварно расположиву количину отпада (која је у реалности мања) створила би основ одговорности јавног партнера због чињенице да је приватни партнер засновао своју понуду на подацима јавног партнера за које се испоставило да су нетачни или непотпуни;
- процена количине отпада која би била нижа у односу на стварно расположиву условила би да постројење не врши своју примарну функцију: управљање отпадом на одређеној територији. Наиме, приватни партнер би изградио постројење чији капацитети не би били довољни за стварно расположиве количине отпада.

---

дефинише јавно-приватно партнерство као партнерство између јавног и приватног сектора које има за циљ пружање услуге коју традиционално обезбеђује јавни сектор. Јавни сектор се јавља у улози наручиоца који има за циљ да обезбеди пружање јавне услуге кориснику, док се приватни сектор јавља у улози извршиоца и има за циљ да пружи јавним уговором дефинисане услуге“. Методологија је доступна на сајту Комисије за ЈПП и концесије Републике Србије (<http://www.ppp.gov.rs>)

У описаном примеру могуће решење је да се ризик утврђивања количина пребаци на приватног партнера.<sup>6</sup> Са друге стране, такво алоцирање ризика противречи једном од принципа расподеле ризика у ЈПП пројектима: ризике сноси страна која је у позицији да њима управља на најефикаснији начин (Цветковић, 2012: 121). Јасно је да информације о карактеристикама предмета ЈПП-а спадају у поље „знања“ јавног партнера који је у складу са тим у позицији да ефикасно управља ризиком неадекватне процене количине отпада која би требало да буде предмет прераде.

Успех у дефинисању параметара верификације условљен је и структуром уговора. Описана условљеност илуструје се практичним примером пројекта јавно-приватног партнерства за одржавање метроа у Лондону. Јавно-приватно партнерство било ограничено је на одржавање инфраструктуре, док је управљање остало у пољу одговорности јавног партнера. Пројектом је предвиђено да три приватна партнера одржавају метро при чему је свако од њих надлежан за одређено подручје. Одвајање сегмента одржавања (у надлежности приватног сектора) и експлоатације (фаза која је остала у надлежности јавног сектора) лишило је јавни сектор могућности да се користе једноставни критеријуми учинка приватног партнера, попут тачности и поузданости услуга превоза (што би било могуће да је приватни партнер добио могућност и управљања и одржавања). Како је јавни партнер одговоран за вршење услуге превоза, било је нужно дефинисати мере за верификацију испуњења обавезе приватног партнера (обавеза одржавања) засноване на процени утицаја одржавања на ефикасност превоза метроом (ефикасност саме експлоатације, коју врши јавни партнер). Описане мере биле су сложене као концепт и комплексне за калкулацију (Burnett, 2013: 217). Из описаног примера јасно је да би критеријуми верификације требало би да буду везан за учинак (резултат; е. „*output based criteria*“), уз минималне спецификације улазних вредности. Тиме се, између осталог, подстиче иновативност приватних партнера у поступку избора најповољнијег понудиоца.

Уговорне одредбе такође могу да буду формулисане на начин који подстиче реализацију ЈПП пројеката у правцу оставаривања тачно одређеног циља.

---

6 У једном од уговора о концесији за изградњу и експлоатацију постројења за управљање отпадом коришћена је следећа формулација: „Концедент има обавезу да омогући потенцијалном понудиоцу да, уколико сматра за потребно, о свом трошку и својим средствима испита структуру и обим отпада, уз обавезу јавног партнера да уложи најбоље напоре у омогућавању таквог испитивања потенцијалним понудиоцима“. Описана алокација ризика за стварне количине и структуру отпада на приватног партнера у овом случају амортизована је клаузулом „најбољих напора“ јавног партнера (без јасно дефинисане обавезе јавног партнера као „обавезе резултата“) да подржи приватног партнера у испитивању количине и структуре отпада.



Пример оваквих одредаба је дефинисање дефинисање цене (тарифе) коју приватни партнер наплаћује од корисника инфраструктуре за пружене услуге.

Тако, уколико је примарни циљ приватног партнера да обнавља постојећу инфраструктуру, уговором ће бити предвиђен метод одређивања цене на основу гарантоване стопе повраћаја инвестиције приватном партнеру (енг. *rate of return*). Стопа повраћаја добија се на основу вредности инвестиције јавног партнера и рока трајања пројекта ЈПП-а. По утврђивању стопе повраћаја, формирају се тарифе које могу бити фиксирани за одређени период времена. Споразумом о ЈПП може се предвидети могућност тзв. „регулаторног интервала“, односно времена у коме се тарифе поново утврђују, узимајући у обзир околности у којима функционише пројекат јавно-приватног партнерства. По правилу је приватни партнер тај који иницира преговоре о усклађивању тарифа.

У случају да је за јавног партнера кључни циљ повећање нивоа ефикасности постојећих инфраструктурних постројења (а не обнова постојеће инфраструктуре), користиће систем максималне цене (е. „*price cap*“) заснован на највишем износу тарифе који дефинише јавно тело. Висина тарифе је заснована на цени испоручене услуге или добра (на пример, код водоснабдевања основ тарифе је цена воде). Приликом одређивања цена јавни партнер улази у следећи ризик: уколико максимално одређени износ буде превисок, приватни партнер остварује профит без подстицаја да ефикасно реализује пројекат ЈПП; уколико је максимално допуштена цена прениска, угрожава се финансијска одрживост пројекта ЈПП што на први поглед штети само приватном партнеру, али се дугорочне и политичке последице преносе и на јавног партнера, због изостанка одговарајућег квалитета и обима вршења делатности од јавног интереса. У крајњем, могуће је да се у поступку избора најповољнијег приватног партнера јаве понудиоци чије су понуде агресивне и опортуне понуде, засноване на спекулисању о могућим накнадним изменама услова утврђених у јавном позиву (који су основ будућег уговора о реализацији јавно-приватног партнерства) (Ping, 2013: 178, 179).

За разлику од тарифе одређене према гарантованој стопи повраћаја (заснованој на процени претходних, „историјских“ трошкова инвестиције), тарифа одређена утврђивањем максимално допуштене цене базирана је на процени будућих трошкова. Одговарајуће утврђена висина максимално допуштене тарифе подстицај је приватном партнеру да смањи оперативне трошкове (јер му тада већи проценат тарифе остаје као приход). После сваког регулаторног интервала усаглашавају се износи максималних цена.

Важно је да уговором јавни партнер обезбеди право да се цене усаглашавају на начин који штити његове интересе. Значајан део интереса јавног партнера обезбеђује се одређивањем почетне тарифе за пружање услуга од јавног интереса (тарифе коју наплаћује приватни партнер): уколико је она на одговарајући начин дефинисана, расте вероватноћа да ће и њена усаглашавања током каснијег периода бити у складу са очекивањима јавног партнера.

Посебно важно је *ex ante* дефинисање а подстицаја транспарентности и сарадње у размени информација. Принцип је следећи: терет обезбеђења информације и подстицај њеног откривања усмерен је ка актеру (приватном или јавном) који информацију поседује или је разумно очекивати да је може прибавити. Примењен на обавезу приватног партнера да „подели“ информације са јавним партнером, принцип делује на следећи начин: уколико се ради о пројекту који је праћен динамичним развојем технологије, приватни партнер се уговором може обавезати да своју технологију у одређеном року уподоби технолошком напретку. Овом обавезом превенира се могућност да приватни партнер калкулише предлогом за реализацију пројекта тиме што ће предложити коришћење старијих технологија: могућност манипулације је елиминисана тиме што би приватни партнер који, мада свестан постојања и расположивости нове технологије, предлаже коришћење застареле, касније био (у складу са уговорном обавезом уподобљавања) изложен високим трошковима имплементације савремених технологија на ЈПП пројекат у питању. Описани механизам оправдан је из следећег разлога: информацију о савременим технологијама по правилу има приватни партнер коме је поседовање таквих информација кључно за успех на тржишту. Прибављање ове информације од стране јавног партнера би финансијски и логистички неодрживо и захтевало би „пројекат о пројекту“. Стога, у случају да питање уподобљавања технологије савременом развоју остане нерегулисано, изостаје и подстицај за приватног партнера да обезбеди информацију о начину његовог решавања: од изостанка такве информације приватни партнер има само корист (мања цена за застарелу технологију и виши ниво профита).

Такође, опште формулисани критеријуми попут „квалитета услуга“ које би требало да буду резултат реализације пројекта јавно-приватног партнерства морају да буду конкретизовани: у супротном, постоје тешкоће у дефинисању њиховог испуњења, чиме се редукује вредност ових критеријума за јавног партнера у поступку контроле учинка приватног партнера. Код услуга са карактером делатности од општег интереса има места ставу да је неопходно инкорпорирати минималне стандарде испоруке робе и вршења услуга у сам уговор: ови стандарди не могу бити предмет преговора.

У *ex ante* методе управљања релационим карактером уговора убрја се и претходно дефинисање искуства и финансијске солидности понудиоца. Ови критеријуми по правилу су елиминаторни: уколико нису испуњени понуда није предмет даљег разматрања. Подобност приватног партнера подразумева доказ о финансијској солидности. Тако подносилац понуде треба да докаже да има приступ или има расположива ликвидна средства, непокретности без оптерећења, кредитне линије и друга средства. Наведена средства требало би да задовоље захтеве везане за новчане токове неопходне за реализацију уговора у случају застоја или одлагања почетка рада.

Важан елемент подобности приватног понудиоца су и људски ресурси. Потенцијални понудилац дужан је да обезбеди опште информације о управљачкој структури и о расположивости квалификованог персонала за одређене кључне позиције које су наведене у јавном позиву, за период имплементације уговора.

Такође, у циљу стицања опште слике о тржишном профилу приватног партнера, подносилац понуде мора да обезбеди податке о текућим правним процесима споровима у односу на окончане или уговоре чије је извршење у току, као и ове податке за одређени период који претходи започињању поступка доделе јавног уговора.

Из горе наведеног очигледно је да јавно-приватно партнерство као концепт условљено претходним решавањем комплексних питања: ово решавање претпоставља постојање одређеног нивоа експертизе и знања на страни јавног партнера. Уколико такве експертизе нема, улазак у јавно-приватно партнерство носи ризик прекида континуитета заштите јавног интереса као темељног елемента у реализацији пројеката са приватним актерима у јавном сектору.

## **2.2. *Ex post* аспект управљања релационим карактером уговора**

Док је кључни циљ *ex ante* методологије управљања релационим карактером уговора о јавно-приватном партнерству остваривање поузданости верификације учинка приватног партнера, основно питање методологије управљања реализацијом уговора (у фази након закључења уговора) јесте обезбеђење његове флексибилности. Уговори о јавно-приватном партнерству као релациони уговори требало би да обезбеде механизам уподобљавања његове садржине изменама контекста. При томе, ваља нагласити да измена уговора у највећем броју случајева ремети

позицију јавног партнера: пример овакве ситуације је ограничење избора јавног партнера („*hold up*“ проблем).<sup>7</sup>

Обезбеђење флексибилности почива и на међусобном поверењу страна и кооперацији. Поверење и кооперација су елементи који долазе до изражаја у фази реализације уговора, с обзиром да у фази припреме јавни партнер (једнако као и приватни) воде рачуна и штите сопствене интересе.

Када се ради о флексибилности уговора, јасно је да правни систем не може да одврати стране од опортунистичког понашања у уговорним односима.<sup>8</sup> Уколико обавеза уздржавања од опортунизма није предмет уговорне сагласности уговарача, трећа страна (суд или арбитража) нема могућност да је санкционише (Posner, 2000: 749). У контексту ЈПП-а, трећа страна (суд или арбитража) може имати знање о постојању одређених политичких циљева јавног партнера који су разлог уласка у пројект јавно-приватног партнерства.<sup>9</sup> Ови су циљеви разлог за ЈПП пројекат, али не морају бити

---

7 *Hold up*“ проблем је облик *ex post* опортунизма који настаје због специфичне сврхе елемената трансакције. Стога је друга страна у нефлексибилној позицији (без алтернативних опција). У контексту ЈПП-а специфичност се пре свега односи на технологију, људски капитал, *know-how* приватног партнера; наиме, успех пројекта за јавног партнера зависи од понашања приватног партнера који има знања и способности који се не могу лако супституисати на тржишту. Суштински, проблем ограничења избора у контексту јавно-приватног партнерства је ситуација у којој јавни партнер омогући да инвеститор уложи новац у ЈПП пројекат, а да потом приватни партнер изврши модификацију дистрибуције користи на начин да има виши ниво добити од ЈПП пројекта него што је то оправдано улагањима која је учинио.

8 Опортунизам страна јавно-приватног партнерства је настојање једне од страна (јавне или приватне) да из сопствених разлога захтева од друге стране понашање које је супротно принципима на којима ЈПП функционише, *in concreto* имплементираним у уговору о јавно-приватном партнерству. Илустрација опортуног понашања приватног актера је следећа: уговором са јавним партнером приватни партнер се обавезао да реализује пројекат о изградњи и експлоатацији постројења за прераду отпада. Пројекат се реализује кроз две фазе: фазу изградње и фазу експлоатације. Уговор који би требало да траје десет година, приватни партнер има намеру да раскине у петој години трајања уговора (што је рок у коме се окончава фаза изградње постројења и започиње његова експлоатација). Дакле, након што је завршио фазу изградње и наплатио цену за за изграђени објекат, приватни партнер одлучује се за раскид. Раскидом губи право на надокнаду за експлоатацију постројења, уз обавезу плаћања штете за раскид. Разлог раскида је што има могућност да свој персонал и логистичке капацитете трансферише у циљу обављања другог, лукративнијег пројекта чија је маргина профита таква да му омогућава да, и након плаћања надокнаде штете због раскида уговора, оствари одговарајућу добит.

9 Јавно-приватно партнерство и уговори који га прате политички су сензитивни с обзиром на предмет њиховог уређивања: заштиту и унапређење остваривања јавног интереса (Цветковић, Керковић, 2011: 759–760).

изричито уговором дефинисани мимо генералне дескрипције (смањење сиромаштва, доступност инфраструктуре, заштита јавног интереса у најширем смислу). Супротан приступ који би подразумевао да суд или арбитража тумаче меру остваривање опште наведених политичких циљева садржаних у уговору (без јасних критеријума за утврђивање њихове испуњености) значио би да судбина уговора зависи од општих изјава уговарача (слично као код преамбула међународних споразума) чиме се потенцијално нарушава интегритет уговорних обавеза. Ипак, на овом је месту важно нагласити да сама чињеница расположивости правних средстава за решавање спорова има значајан индиректан утицај на кооперативно понашање страна (при томе је реч о општој карактеристици уговорног права и не може се искључиво везати за релациони контекст; наиме, пословни људи начелно избегавају спорове).<sup>10</sup> Расположивост правног пута за заштиту сопствених права чини „сенку права“ у којој стране преговарају о постојећим или потенцијалним конфликтима произишлим из уговора у питању.

Коначни циљ методологије релационог приступа је да уговор као формална структура буде прожет принципима солидарности и кооперације: примарне обавезе из уговора сматрају се основом за даље уподобљавање уговора варијацијама контекста који га окружује. Кооперација би требало би да омогући да *lacunae* буду адекватно испуњене кроз сарадњу уговарача.<sup>11</sup> Тиме се омогућава да одређени елементи размене који нису утврђени у уговору (па самим тим њихову правну перфектност не може верификовати трећа страна-суд или арбитража) буду самоизвршиве обавезе. Самоизвршивост је карактеристика поступања страна које извршавају обавезе не због потенцијалне одговорности за штету, већ због међузависности у извршењу релационог уговора: јавни партнер пристаће на уподобљавање уговора о ЈПП-у као форме релационог уговора јер тржиште не омогућава супституцију постојећег партнера новим партнером који ће адекватно реализовати пројекат (јавни партнер је у проблему „ограничења избора“).<sup>12</sup> Приватни партнер ће адаптирати уговор како би очувао пословни углед и сачувао репутациону вредност неопходну за даље функционисање на тржишту. Описани баланс остварује се кроз дужност

---

10 Идеја да уговорна средства за повреду уговора практично нису од значаја код дугорочних релационих уговора је тема која се анализира у литератури. Тако има тврђења да се „као резултат емпиријских студија намеће закључак да се формална правна средства ретко користе код дугорочних уговорних односа (Harris, Campbell, 2005: 27–28, 31–38).

11 О вези између кооперације и попуњавања правних празнина видети: (Hviid, 2000).

12 Видети *supra* напомену 7.

кооперације: у правном смислу, ова се дужност рефлектује кроз уговором предвиђену динамику, садржину и институционални формат преговора, сталну размену информација, транспарентност података о ефикасности функционисања ЈПП пројекта и слично.<sup>13</sup>

Кооперација и солидарност као носећи елементи методологије релационих споразума нису опште карактеристике уговорних инструмената. Чак и када је то случај, кризе у односу уговорача су пратилац сваког уговорног односа: постојећа солидарност и сарадња еродирају у присуству конфликта. У таквим случајевима кооперација мора бити заснована не на алтруизму, већ на узајамној зависности уговорача. Међузависност има за резултат да страна релационог уговора која није примила уговорену престацију не користи промтно механизам решавања спорова: уместо опортуног и нетолерантног понашања страна бира кооперацију. Ваља нагласити да међузависност нема исти интензитет током трајања уговорног односа: међузависност се смањује како одмиче реализација уговора. У овом контексту, са смањењем међузависности, пропорционално расте могућност да стране поступају опортуно и да напусте релациони приступ у корист остварења сопствених интереса.

## Литература

Bird, R.C (2005). Employment as a relational contact. *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*. 149–217.

Burnett, M. (2013). Public Private Partnership Contract Management-Still in Need of More Attention. *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.* Бр. 3/2013. 217–230

Macaulay, S. (1963). Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study. *American Sociological Review*. Бр. 28. 55–67.

---

13 Пример сарадње контексту уговора о јавно-приватном партнерству којим се приватни партнер обавезује да изгради објекат за прераду отпада у циљу производње енергије (е. „Waste to Energy“) и експлоатише га одређени број година. Приликом експлоатације изградње објекта, јавни партнер може да задржи право да учествује у делу добити која се остварује кроз продају електричне енергије произведене из постројења. Може се уговорити да приватни партнер има право да продаје електричну енергију до одређене количине, а да се корист (цена) од вишка добијене електричне енергије дели између јавног и приватног партнера. То значи да између јавног и приватног партнера мора да постоји транспарентност информација о нивоу производње, методологији коришћења постројења, маркетиншком приступу и слично. Овај однос захтева одређени ниво поверења и елемент „*intuitu personae*“.

Macneil, I. (1978). Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. *Northwestern University Law Review*. Бр. 72. 854–905.

Merz, E. (2000). An Afterword: Tapping the Promise of Relational Contract Theory – “Real” Legal Language and A New Legal Realism. *Northwestern Un. L. Rev.* Бр. 94909–936.

Ping, S Ho. (2013). Game Theory and PPP. У P. de Vries, E. B. Yehoue (Eds.), *The Routledge Companion to Public-Private Partnerships* (стр. 175–207). Routledge

Posner, R.A. (2000). *The theory of contract law under conditions of radical judicial error*. *Northwestern University Law Review*. Бр. 94. 749–774.

Teubner, G. (1993). *Law as an autopoietic system*. Oxford/Cambridge: Blackwell Publishers.

Ђирић, А. (2010). *Међународно трговинско право: општи део*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Harris, D., Campbell, D., Halson, R. (2005). *Remedies in Contract & Tort*. Cambridge, 2nd ed.

Hviid, M. (2000). Long Term Contracts and Relational Contracts. У В. Bouckaert, G. De Geest (Eds.), *The Encyclopaedia of Law and Economics*, vol. III: The Regulation of Contracts. 46–72. Cheltenham: Edward Elgar.

Campbell, D. (2005). The Relational Constitution of Remedy: Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract. *Texas Wesleyan L. Rev.* Бр. 11. 455–483.

Цветковић, П. (2014). Теорија релационих уговора: основне карактеристике. *Правна ријеч*. Год. 11, бр. 39. 641–654.

Цветковић, П. (2012). Ризици јавно-приватних партнерстава: полазна разматрања. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Бр. 63. 121–146.

Цветковић, П., Миленковић-Керковић, Т. (2011). Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања. *Право и привреда*. Бр. 4–6. 758–770.

**Predrag Cvetković, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **MANAGING THE RELATIONAL CHARACTER OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP CONTRACTS**

### **Summary**

*A public-private partnership contract has the character of a relational contract. Relational contracts are incomplete agreements governing transactions where the contracting parties have mutually agreed that it is impossible or economically inefficient to contractually define ex ante possible difficulties and contingencies in the contract implementation, nor the difficulties and contingencies underlying the ex post control of contract performance by a third entity (court or arbitration). Considering the methodology of managing relational contracts, it is essential that the theory of relational contracts does not advocate for the establishment of relational contracts as a separate category of contracts, with specifically designated contractual instruments. This theory defines the relational contract as a category which legitimizes «the relational mode» of a particular contract. The methodology of relational contracts is important for contracts on public-private partnership as it ensures that the contractual relationship is aligned with the changes in the immediate environment where the PPP contract operates. The aforementioned alignment has two aspects. The first one is the ex ante aspect of the alignment which is primarily aimed at preventing the detrimental effect of such alignment to the public partner's interests. Therefore, the intent to prevent such an effect shall be taken into account when defining the criteria for the selection of the most favorable private partner and the best offer. At the same time, it is essential to establish verifiable standards for measuring the private partner performance in the phase of contract implementation. For this goal to be achieved, it is crucial to specify the subject matter of the private partner's obligations, to establish the priority rank of PPP project objectives, to elaborate on the specific requirements governing the eligibility of private partners to participate in the bidding process, to specify the «value for money» which the public partner will obtain by the implementation of the contract, and to ensure an adequate structural framework of the PPP contract. The second one is the ex post aspect of alignment which involves alignment of the contract to the contextual changes in the contract environment during the contract period. In this regard, the key principles are the principles of solidarity and cooperation.*

**Keywords:** *public-private partnership; relational contracts; opportunism of contracting parties; «hold up» problem; cooperation; solidarity.*



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

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.49

Рад примљен: 09.02.2015.

Рад прихваћен: 11.03.2015.

## **НАСЛЕЂЕ НИРНБЕРШКОГ СУДА\*\***

**Апстракт:** Међународно кривично право као систем правних прописа садржаних у актима међународне заједнице, али и у националном (интерном) кривичном законодавству појединих држава, предвиђа кривичну одговорност и кажњивост за већи број међународних кривичних дела. То су дела којима се крше ратни закони и обичаји рата (међународно хуманитарно право) и којима се повређује или угрожава мир међу народима и безбедност човечанства. За ова кривична дела су у међународном кривичном праву прописане најтеже врсте и мере казни које уопште познаје кривично законодавство данас. За учиниоце ових кривичних дела у одређеним случајевима је примарна належност међународних судских (наднационалних) органа као што је Међународни војни суд у Нирнбергу. У овом раду се анализира значај Нирнбершког суда за развој међународног кривичног права: појам и карактеристике међународних кривичних дела и принципи кривичне одговорности.

**Кључне речи:** међународно кривично право, Међународни војни суд, Нирнбершка пресуда, кривична дела, принципи, одговорност, казне.

### **1. Уводна разматрања**

Ове године се навршава седам деценија од окончања најстрашнијег рата у историји човечанства – Другог светског рата. То је и прилика да се осврнемо на правне последице бројних међународних кривичних дела (злочина) које су нацистичке и фашистичке земље извршиле на окупираним територијама.

---

\* jovas@prafak.ni.ac.rs

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

Деветнаести век доноси прекретницу у развоју међународног ратног (хуманитарног), односно међународног кривичног права. За време Америчког грађанског рата (1861–1865. године) Општом наредбом број 100 америчког председника Абрахама Линколна од 24. августа 1863. године је прокламован „Законик Френсиса Либера“<sup>1</sup> који је поставио правила за поступање владиних снага у рату. Овај законик је забрањивао пљачкање, убиства и поробљавање цивилног становништва, вођење борбе „без преживелих“, наношење непотребних патњи непријатељу, употребу отрова и убијање ратних заробљеника који би покушали бекство (Petrović, Jovašević, 2010: 51–61).

То је већ време када је сазрела идеја о хуманизацији рата, па 19. век у овом погледу доноси велики напредак у даљем развоју међународног кривичног права (Јовашевић, 2010: 178–184). Тако је прво 1856. године донета Париска декларација о поморском праву која је садржала правила о блокади и заплени на мору. Потом се 1864. године, после сурових искустава Наполеонових ратова и Кримског рата 1859. године, доноси Женевска конвенција о побољшању судбине војних рањеника у рату. Петроградска декларација из 1868. године забрањује употребу у рату средстава која непотребно повећавају патњу људи, као што су експлозивна зрна тежине мање од 400 грама. Нешто касније, 1874. године, донета је Бриселска декларација која регулише права и обичаје рата којом се позивају државе потписнице да се уздрже од нехуманих поступака у случају вођења рата, као што су: употреба отрова, убијање непријатеља који се предао, употреба оружја којим се непотребно проузрокују патње људи, злоупотреба заставе за примирје или амблема Црвеног крста.

Хашке конвенције из 1899.<sup>2</sup> и 1907. године представљају први покушај да се изврши кодификација права и дужности зараћених страна и да се прецизирају правила о вођењу сувоземног рата, посебно да се ограничи наоружање, забрани употреба одређених средстава борбе и осигура мирно решавање спорова међу државама. На Првој хашкој конференцији, одржаној 1899. године, усвојени су следећи међународни документи: 1) Конвенција о законима и обичајима рата на копну, 2) Конвенција о примени начела Женевске конвенције од 22. августа 1864. године о положају рањеника

---

1 Френсис Либер је био професор Колумбија универзитета. Пре тога је био војник по професији који се борио у бици код Ватерлоа, а касније је учествовао и у борбама за ослобођење Грчке.

2 Руски цар Николај II је 1899. године сазвао мировну конференцију у Хагу у присуству представника 26 држава са следећим циљевима: а) стварање међународне организације, б) решавање проблема разоружања, в) мирно решавање међународних спорова и г) кодификација правила ратног права.

у рату на рањенике у поморским ратовима и 3) Конвенција о мирним начинима решавања међународних спорова. Овом приликом су донете и три декларације: 1) Декларација о забрани бацања пројектила и експлозива из балона и сличних направа, 2) Декларација о загушљивим гасовима и 3) Декларација о забрани употребе распрскавајућих (дум-дум) метака. Недостатак донетих конвенција и декларација произилази из чињенице да се оне односе само на рат и вођење рата, али не и на осигурање мира.

На Другој хашкој конференцији (Златарић, 1958: 296–301), одржаној од 15. јуна до 18. октобра 1907. године, у присуству представника четрдесет четири државе, донето је чак тринаест конвенција и једна декларација, међу којима се по свом значају издваја Правилник о законима и обичајима рата на копну (додатак уз Четврту конвенцију). Овај Правилник садржи систем правила о допуштеним и недопуштеним средствима за вођење рата, о забрани бомбардовања и напада на небрањене градове и села, као и о заштити цивилног становништва. Нажалост, те забране су биле лишене кривичне санкције којом би се обезбедило њихово поштовање. Уместо кривичне, предвиђена је само грађанскоправна одговорност за државу због штете која буде нанета употребом недозвољених средстава борбе. Скуп хашких конвенција, споразума и декларација се назива „хашко право“. У његовој се основи налази обичајно право – „закони и обичаји ратовања“. Ово право одређује скуп правила о правима и обавезама зараћених страна у вођењу ратних дејстава како би се ограничио избор начина и средстава повређивања непријатеља у међународном оружаном сукобу.

Период између два светска рата је, заправо, време када се поред „хашког права“, све чешће говори и о постојању „женевског“ права. Њега чини скуп међународних конвенција донетих у Женеви (1864. године и 1919. године). Ово право одређује скуп правила која штите жртве рата и покушава да постави гаранције у корист онеспособљених припадника оружаних снага, као и лица која не учествују у непријатељствима. Ради се о систему правних правила која треба да заштите одређена лица, објекте или добра (Лопичић, 1998: 579–582).

## **2. Настанак Међународног војног (Нирнбершког) суда**

Злочини које су нацисти и фашисти са својим савезницима извршили за време Другог светског рата према ратним заробљеницима, рањеницима и болесницима, а посебно према цивилном становништву окупираних територија, принудили су савезничке силе да се договоре о предузимању мера за суђење и кажњавање извршилаца злочина против мира и свих врста ратних злочина. Наиме, савезничке силе су још 1942. године

потписале споразум у палати Сент Џејмс у Лондону, којим су установиле Комисију УН за ратне злочине, састављену од седамнаест чланова. Ова је Комисија сачинила 8.178 предмета (досијеа) о лицима која су осумњичена за најтеже међународне злочине извршене у овом рату, али и листу од 750 италијанских ратних злочинаца који су осумњичени за извршене злочине употребом забрањених гасова, убиства цивила и заробљеника у Етиопији за време краткотрајног рата 1935. године.

Потом је дошло до усвајања „Декларације о зверствима“ на конференцији у Москви која је одржана од 19. до 30. октобра 1943. године, у присуству представника владе САД, СССР и Велике Британије. Том Декларацијом је утврђено да ће се ратним злочинцима судити у државама на чијим су територијама извршили злочине по законима тих држава, док ће се злочинцима чији злочини немају посебну географску одређеност судити на основу посебне одлуке савезничких влада. У Декларацији је, између осталог, стајало: „Уједињено Краљевство, Сједињене Америчке Државе и Совјетски Савез примили су из многих извора доказе о зверствима, покољима и хладнокрвним масовним погубљењима која се врше од стране Хитлерових снага из многих земаља од њих прегажених и из којих се они сада постојано истерују...“ (Уједињене нације, 1948: 14–18).

Ова Декларација је добила потврду на Конференцији одржаној у Јалти 12. фебруара 1945. године, када је истакнута „непоколебљива намера тројице шефова САД, СССР и Велике Британије да се сви ратни злочинци подвргну праведној и брзој казни“, као и касније на Потсдамској конференцији, која је одржана у Берлину августа 1945. године, у присуству представника САД, СССР, Велике Британије и Француске.

Реализација ових одлука остварена је закључивањем Споразума о судском гоњењу и кажњавању главних ратних злочинаца европске осовине, познатијег као Лондонски споразум, између великих сила победница од 8. августа 1945. године (Прљета, 1992: 35–46). Овим споразумом је усвојен Статут међународног војног суда и установљен Међународни војни суд за суђење ратним злочинцима чији злочини немају посебну географску одређеност. У Статуту међународног војног суда у члану 6. постављено је начело индивидуалне кривичне одговорности и одређени злочини, тј. међународна кривична дела чији се извршиоци кажњавају од стране међународног војног суда или судова националних држава на чијим су територијама они и извршени.

Као међународне злочине Статут је нормирао: 1) злочин против мира, 2) ратне злочине и 3) злочин против човечности. При томе је заузет став да злочине против међународног права врше људи, а не апстрактна бића

и да само кажњавањем појединаца који врше овакве злочине могу да се спроведу одредбе међународних закона (Нирнбершка пресуда, 1948: 89–96).

Злочин против мира и ратни злочини имају основу у Хашким (из 1907. године) и Женевским конвенцијама (из 1919. године). Злочин против човечности представља новину у правном регулисању. Он је резултат појаве масовног убијања појединих народа и раса за време Другог светског рата: Руса, Пољака, Јевреја, Рома и Срба, и представља најтежу врсту злочина у међународном кривичном праву који може бити вршен у доба рата и у доба мира (Lemkin, 1944: 9)<sup>3</sup>. Ова реч означава ускраћивање права на опстанак и постојање појединим људским групама као националним, расним, политичким, етничким или верским целинама.

### **3. Кривична дела у Статуту Међународног војног суда**

Статут Међународног војног суда (Calvocaressi, 1947: 78–96), усвојен на основу Лондонског споразума савезничких сила 8. августа 1945. године, у члану 6. одређује међународна кривична дела чији ће учиниоци као појединци или као чланови организације бити суђени од стране овог суда. То су (Јовашевић, 2011: 135–139):

1. злочини против мира,
2. ратни злочини и
3. злочини против човечности.

Поред непосредних извршилаца ових међународних кривичних дела (злочина), кривично су одговорна и лица која се јављају у својству вође, организатора, подстрекача или другог саучесника, а која су учествовала у састављању или извршењу неког заједничког плана или завере (Merle, 1949: 56–71) ради извршења неког од напред наведених злочина. Овде се, заправо, ради о одговорности и кажњавању саучесника за извршена дела по принципу субјективне акцесорне кривичне одговорности.

#### **3.1. Злочин против мира**

Злочин против мира (члан 6. став 2. тачка а.) представља међународно кривично дело које се састоји у планирању, припремању, започињању или вођењу агресорског рата или рата којим се крше међународни уговори, споразуми или гаранције, као и у учествовању у неком заједничком плану или завери за извршење неког од ових дела.

---

3 Реч геноцид је први употребио пољски професор Рафаел Лемкин.

Овде се ради о кривичном делу које је управљено против међународног мира, а којим се изазива, планира, започиње или води нападачки или агресивни рат, који је иначе забрањен одредбама међународног ратног права – Бријан–Келоговим пактом или Париским пактом из 1928. године (Радојковић, 1947: 41–49). Према овој одредби самостално кривично дело представљају и припремне радње, као и само започињање (покушај) овог дела.

### **3.2. Ратни злочини**

Ратни злочини (Василијевић, 1977: 267–295) се могу одредити као нарочито тешке повреде правила или обичаја рата које су као такво дело одређене одговарајућим међународним правним актом. Тако према Статуту Међународног војног суда (члан 6. став 2. тачка б), а потом и према схватањима садржаним у Нирнбершкој пресуди, ратни злочини представљају повреде ратних закона и обичаја рата које обухватају, али се и не ограничавају само на њих (Jackson, 1946: 18–32):

1. убиство, злостављање или одвођење на принудни рад или на који други циљ цивилног становништва окупираних територија или у окупираним територијама,
2. убиство или злостављање ратних заробљеника или лица на мору,
3. убијање талаца,
4. пљачкање јавне или приватне имовине и
5. намерно разарање градова, вароши или села или пустошење неоправдано војним потребама.

Овде се ради о делима којима се крше одредбе женевских и хашких конвенција (Neave, 1980: 54–69), а која су управљена према цивилном, неборачком становништву окупираних територија (ратни злочин против цивилног становништва) или према ратним заробљеницима (ратни злочин против ратних заробљеника). Интересантно је да ову кривичноправну заштиту не уживају (изричито наведени) рањеници, болесници, санитарско или верско особље.

### **3.3. Злочин против човечности**

Злочин против човечности<sup>4</sup> (члан 6. став 2. тачка ц.) је по први пут дефинисан управо Статутом Међународног војног суда. Ту спадају следећи акти:

4 Почетак инкриминације злочина против човечности датира из времена Првог светског рата као реакција савезничких сила на злочине које су извршиле турске

1. убиства,
2. истребљење,
3. поробљавање,
4. депортација и
5. остала нечовечна дела.

За постојање злочина против човечности битно је испуњење још два елемента. То су:

1. да је радња извршена против било ког цивилног становништва и
2. да се радња предузима у одређено време – пре или за време трајања рата.

При томе се као злочин против човечности сматра и свако прогањање на политичкој, расној или верској основи у изршењу или у вези било којег злочина у надлежности овог суда, без обзира на то да ли се тиме врше или не врше повреде закона оне земље у којој су злочини извршени.

Овим се кривичним делом практично целим људским групама (припадницима политичке, расне или верске групе) онемогућава или отежава живљење, и то како за време рата, тако и пре рата. Ово је било једино међународно кривично дело из надлежности Међународног војног суда које се могло извршити независно од рата или оружаног сукоба.

Иста међународна кривична дела познаје и Закон број 10. Контролног савета за кажњавање лица одговорних за ратне злочине, злочине против мира и злочине против човечности у члану 2, с тим што поред наведене три врсте злочина познаје и посебно дело које се састоји у самом чланству у злочиначкој групи или организацији које су од стране Међународног војног суда проглашене злочиначким (Прљета, 1992: 47–53).

У ставу 2. овог члана Закон је изричито одредио да се за ове злочине могу казнити следећа лица:

1. свако лице без обзира на држављанство или својство у коме је делало ако је било главни учинилац или саучесник,

---

власти у току 1915. године над Јерменима. Велика Британија и царска Русија су у заједничкој ноти оптужиле Порту за „злочине против човечности и цивилизације“. На Версајској мировној конференцији је 1919. године најављено установљење међународног кривичног суда који би, између осталог, био надлежан и за „кршење закона човечности“. Тај предлог је спречен од стране САД са образложењем да још увек нема утврђених и универзалних стандарда човечности.

2. лице које је наредило или подстицало или се сагласило са извршењем неког од ових кривичних дела,
3. лице које је било повезано са плановима или радњама које су довеле до извршења неког дела,
4. лице које је било члан организације или групе за вршење ових кривичних дела,
5. лице које је имало високи политички, грађански или војни положај у Немачкој или у некој земљи која је била њен савезник или заједно са њом ратовала или је била њен сателит и
6. лице које је имало висок положај у финансијском, индустријском или привредном животу било које од тих земаља.

#### 4. Нирнбершки процес

Савезничке силе су Лондонским споразумом о гоњењу и кажњавању главних ратних злочинаца Европске осовине од 8. августа 1945. године усвојиле Статут Међународног војног суда (Degan, Pavišić, 2005: 10–11). Овај суд су сачињавале четири судије и четири заменика које су именовале владе: САД, СССР, Велике Британије и Француске. Председник суда је биран наизменично по државама. Пресуде су доношене већином гласова, а у случају једнаког броја гласова одлучивао је глас председника суда. Свака од ових држава је такође именовала и по једног јавног тужиоца.

Судски поступак и правила доказивања су била уређена делом одредбама овог Статута, а делом је сам суд у току поступка доносио одређена процесна правила. Иначе, сам се поступак састојао из следећих фаза: 1) претходна изјава тужиоца, 2) доказна средства оптужбе и одбране, 3) саслушање сведока, 4) речи одбране и оптужбе, 5) изјава оптуженог и 6) пресуда (Calvocaressi, 1947: 78–96).

Пред Међународни војни суд (Симовић, Благојевић, Симовић, 2013: 287–293) који је заседао у Нирнбергу су изведена 22 оптужена немачка ратна злочинца<sup>5</sup>. Војни суд<sup>6</sup> који је заседао од 18. октобра 1945. године<sup>7</sup> донео је

5 Интересантно је да из политичких разлога већ у то време није било иницијативе победничких сила да на исти начин суде најодговорнијим лицима у фашистичкој Италији, било пред међународним, било пред националним судовима и поред истакнутих захтева Етиопије, Грчке и Југославије.

6 Нирнбершки и Токијски судови као први међународни кривични судови нису имали „универзални“ карактер будући да су основани одлукама победничких сила у Другом светском рату, те да су спроводили „правду победница“, а нису били основани од стране међународне заједнице као такве или неког њеног органа.

7 Судски процес је започео 18. октобра 1945. године у Берлину да би се убрзо потом, 20. новембра 1945. године, наставио у Нирнбергу где је и донета историјска Нирнбершка



у саставу: Лауренс Џефреј, као председник судског већа и чланови већа: Францис Бидл, Донедије де Вабре и И. Т. Никиченко „Нирнбершку пресуду“ у којој су по први пут у историји човечанства од стране међународног судског наднационалног органа изречене кривичне санкције ратним злочинцима, а потом и извршене.

На судском процесу<sup>8</sup> који је, дакле, трајао дуже од девет месеци, 1. октобра 1946. године од 22 оптужена лица пресудом је њих дванаест осуђено на смрт вешањем, три лица на доживотни затвор, а четири ратна злочинца су осуђена на временске казне затвора у трајању од 10 до 20 година. Осуђени су казне затвора издржавали у затвору Шпандау над којим су заједничку управу имале све четири силе победнице (Марковић, 1973: 173–185). Овом пресудом су изречене следеће казне :

1) на казну смрти вешањем осуђено је дванаест високих државних и војних руководилаца Трећег рајха и то: Херман Геринг, Јоахим вон Рибентроп, Вилхелм Кајтел, Ернест Калтенбрунер, Алфред Розенберг, Ханс Франк, Вилхелм Фрик, Јулијус Штрајхер, Фриц Заукел, Алфред Јодл, Заис Инкварт и Мартин Борман (у одсуству),

2) на казну доживотног затвора или затвора у временском трајању осуђено је седам лица и то: Рудолф Хес, Валтер Функ, Карл Дениц, Ерих Редер, Балдур вон Ширах, Алберт Шпер и Константин вон Нојрат,

3) док су тројица оптужених ослобођена од кривичне одговорности и то: Хјалмар Шахт – министар финансија, Франц вон Папен – дипломата и Ханс Фриче – новинар.<sup>9</sup>

Овај суд (Gilbert, 1948: 67–81) је у донетој пресуди осудио не само највише политичке и војне руководиоце Трећег рајха већ је као злочиначке осудио и следеће организације (правна лица) и то (Василијевић, 1971: 305–334): а) водство Националсоцијалистичке партије, б) Гестапо – Тајну државну полицију, в) СС јединице – независне јединице нацистичке партије и г) СД – обавештајну организацију Трећег рајха (Neave, 1980: 54–67). Према члану 10. Статута Међународној војног суда из 1945. године сваки члан групе или организације која је проглашена за злочиначку могао је бити изведен

---

пресуда 1. октобра 1946. године.

<sup>8</sup> Судски процес у Нирнбергу је започео 20. новембра 1945. године и трајао је до 30. августа 1946. године. За време 218 радних дана саслушано је око 360 сведока и при томе је размотрено више од 200.000 писаних сведочења која су потврђена заклетвом одсутних сведока из разних држава.

<sup>9</sup> Члан судског већа из СССР Никиченко је гласајући за Нирнбершку пресуду издвојио своје мишљење сматрајући да се и Рудолф Хес као и тројица ослобођених лица имају огласити кривим за извршене злочине и осудити на најтежу казну.

пред суд због самог чланства у тој организацији при чему се злочиначки карактер те организације или групе сматрао доказаним и није могао бити оспораван (дакле у овом случају је постојала презумција кривице).

Иако је било упорних захтева, посебно руске стране, Нирнбершки суд није прогласио злочиначким следећа правна лица и то: а) СА одреде – ударне одреде нацистичке партије, б) Владу Трећег рајха и в) Генералштаб и Врховну команду немачке армије (Прљета, 1992: 14–19).

## 5. „Постнирнбершки“ процеси

На основу одлука са Потсдамске конференције, Врховни командант савезничких снага за Далеки исток, амерички генерал Даглас Макартур је, Декларацијом („Повељом“) од 19. јануара 1946. године, донео Статут Међународног војног суда са седиштем у Токију, према нацрту Јозефа Кинана. Том приликом је именовано и судије Токијског суда. У судском процесу који је вођен од 28. априла 1946. године до 12. новембра 1948. године донета је пресуда јапанским ратним злочинцима којом приликом је изречено седам смртних пресуда, док је шеснаест лица осуђено на казну доживотног затвора, а два лица на временске казне затвора у трајању од седам до 20 година<sup>10</sup> за извршена међународна кривична дела на Далеком истоку. Међународно кривично право се са овим реализацијама – суђења, изрицања и извршења кривичних санкција – коначно родило као грана права.

У циљу уједначавања принципа за суђење лицима одговорним за извршене ратне злочине у Другом светском рату Контролни савет за Немачку је 24. децембра 1945. године донео „Закон број 10“ који је примењивао и Међународни војни суд, али и други судови у окупационим зонама Немачке.

На основу тог Закона у Нирнбергу је одржано више судских процеса (тзв. накнадни процеси) у периоду од октобра 1946. године до априла 1949. године, где је од оптужених 185 политичких и војних руководилица за ратне злочине и злочин против човечности, 24 лица осуђено на смрт, а већи број лица на дуговремене затворске казне (процеси Листу, Рендулићу, Шпајделу, Бемеу и др.). Слични судски процеси су одржани првих послератних година и у другим немачким окупационим зонама, као и другим државама: Совјетском Савезу, Пољској, СФР Југославији, Чехословачкој, Француској, Белгији, Норвешкој, на Далеком истоку итд.

---

<sup>10</sup> Овај је суд водио поступак против јапанских војних руководилица, у првом реду за извршене ратне злочине против ратних заробљеника чије су жртве били припадници америчких снага.

После Другог светског рата на ослобођеним територијама је основано више различитих судова који су водили кривичне поступке и судили појединим ратним злочинцима, углавном за извршена међународна кривична дела на њиховим територијама. Тако су основани: 1) савезнички окупациони судови, 2) национални судови савезничких држава (држава победница) и 3) национални судови побеђених држава. Ови судски органи су судили учиниоцима тешких кривичних дела против човечности и међународног права која су извршена на одређеним окупираним територијама (Вајс, 1952 :15–16).

На основу Закона број 10. Контролног савета за Немачку, одржано је у Нирнбергу још неколико судских процеса (тзв. накнадни процеси) у времену од октобра 1946. године до априла 1949. године. У овим процесима је пред судским већем у дванаест судских поступака од стране тужиоца Тејлора Телфорда оптужено укупно 185 политичких и војних руководиоца немачког Рајха од којих је 24 лица осуђено на смрт (то су процеси Листу, Рендулићу, Бемеу, Шпајделу и др.).

И у другим државама (Југославији, СССР, Чехословачкој, Пољској, Белгији, Француској, Норвешкој) је у послератном периоду одржано више судских процеса пред националним судовима у којима је утврђивана кривична одговорност за учињене злочине у Другом светском рату.

Дакле, у периоду после Другог светског рата међународно кривично право се реализовало на неколико нивоа и то:

1. највиши ниво је био реализован пред нирнбершким и токијским судовима где су поступци вођени против највиших војних и политичких руководиоца. Ови судски процеси имају међународни карактер. То је највиши ниво међународних судова,
2. суђење пред војним судовима држава победница, најпре у окупационим зонама у Немачкој и пред америчким војним судовима на Далеком истоку. Ово је средњи ниво међународних судова и
3. суђење пред националним судовима појединих држава где су поступци вођени против свих учинилаца кривичних дела према критеријуму места где је кривично дело извршено. Ово је најнижи ниво кривичног правосуђа за међународна кривична дела.

Даљи развој међународног кривичног права одвија се у оквиру и под окриљем Организације уједињених нација (ОУН). Прво је Генерална скупштина ОУН на предлог Кубе, Индије и Панаме 11. децембра 1946. године у Резолуцији број 96 (1) потврдила принципе Међународног војног

суда из Нирнберга (тзв. нирнбершке принципе) проглашавајући их као општеважећа начела међународног права.<sup>11</sup>

## 6. Нирнбершки принципи

Принципи представљају основна, руководна начела на којима се базира целокупно међународно кривично право. Они прожимају садржину ове гране позитивног права и дају му специфичне карактеристике. У правној теорији се као принципи међународног кривичног права нарочито истичу следећи (Томић, 2001: 15–32): 1) принцип легитимности, 2) принцип солидарности и сарадње међу државама, 3) принцип узајамног поверења међу државама, 4) принцип елиминације политичке обојености, 5) принцип организоване борбе против криминалитета, 6) принцип заштите основних права човека, 7) принцип хуманости, 8) принцип праведности, 9) принцип сразмерности и 10) принцип индивидуализације и др. (Стојановић, 2003: 5–14).

Статутом Међународног војног суда који представља саставни део Лондонског споразума закљученог 8. августа 1945. године између савезничких сила утврђено је више принципа који представљају основна и руководна начела међународног кривичног права, која су својствена само њему и по коме се ова грана права разликује од других грана кривичног, али и међународног јавног права уопште. На овим принципима је потом заснована Нирнбершка пресуда. Они су касније потврђени од Генералне скупштине ОУН. У теорији су познати као „нирнбершки принципи“ и налазе се у основи међународног кривичног права (Марковић, 1973, 173–185):

1. вође, организатори, подстрекачи или саучесници који су учествовали у састављању или остваривању неког заједничког плана или завере ради извршења неког од наведених злочина (међународних кривичних дела) одговорни су за сва дела која су извршена у извођењу плана ма од ког лица,

2. службени положај оптужених било као шефова државе или као одговорних службеника у државним надлештвима не сматра се разлогом за ослобођење од одговорности или пак за ублажавање казне,

---

11 Комисија за међународно право УН је 1950. године формулисала следеће принципе међународног кривичног права: 1) принцип кривичне одговорности појединаца, 2) принцип првенства међународне инкриминације у односу на ону према унутрашњем праву, 3) принцип којим се отклања изузимање од одговорности засноване на службеном положају оптуженог, 4) принцип који се отклања оправдање засновано на наређењу претпостављеног, 5) принцип права на правично суђење, 6) принцип међународне инкриминације кршења забране прибегавања сили, закона и обичаја рата и елементарних људских права и 7) принцип инкриминације саучесништва у злочинима по међународном праву.

3. чињеница да национално законодавство не кажњава за неки акт који представља међународно кривично дело не ослобађа од одговорности лице које га је учинило,
4. чињеница да је учинилац радио по наређењу своје владе или претпостављеног не ослобађа га од одговорности, али је то разлог за ублажавање казне ако суд нађе да је то правично,
5. ко год био оптужен за злочин у смислу међународног права има право на правичан судски поступак, како у погледу чињеница, тако и у погледу права,
6. приликом суђења било ком члану групе или организације за вршење међународних кривичних дела суд може прогласити да је та група или организација којој он припада као члан била злочиначка организација,
7. у случају када је суд неку групу или организацију прогласио за злочиначку може се захтевати од сваке државе да изведе пред свој национални суд: грађански, војни или окупациони, појединца због самог чланства у тој организацији. Тада се злочиначки карактер организације сматра доказаним и не може бити оспораван, претпоставка кривице (Трајнин, 1948: 78–103), и
8. суд може да води кривични поступак за неки од злочина утврђених овим статутом и према оптуженом који је у одсуству ако је то нужно и у интересу правде (Нирнбершка пресуда, 1948: 13–19).

Ове принципе је потврдила Генерална скупштина ОУН 11. децембра 1946. године као општеважеће принципе међународног кривичног права, па је и Комисија за међународно право ОУН била у обавези да их унесе у Нацрт Кодекса злочина против мира и безбедности човечанства што је она касније и учинила.

## **7. Саучесништво у Нирнбершкој пресуди**

У остварењу кривичног дела (у припремним радњама, покушају или извршењу кривичног дела у потпуности) може да учествују једно лице (извршилац) или више лица. У случају учешћа више лица у процесу остварења кривичног дела, постоји институт саучесништва као облик колективног извршења кривичног дела. Сви учесници у заједничкој криминалној радњи носе исту кривичну одговорност ако су испуњена два услова. То су (Јовашевић, 2010: 173–183): 1) да више лица учествује у радњи, истој или различитој, без обзира на свој положај и величину свог доприноса оствареном резултату и 2) сва лица намеравају (свесна

су и поступају са вољом) да учествују у заједничкој криминалној радњи (Cassese, 2005: 210–212).

Управо када се ради о међународном кривичном делу у највећем броју случајева се и ради о учешћу већег броја лица, читаве групе, организације, па чак и целих држава у извршењу једног или већег броја кривичних дела. То је и логично јер се међународна кривична дела врше колективно и систематски у дужем временском периоду, од стране више лица, најчешће као резултат претходно или накнадно заједнички донете одлуке, плана или циља.

Према Статуту Међународног војног суда из 1946. године (и касније донетој Нирнбершкој пресуди), у члану 6. је изричито прописано да ће поред непосредног извршиоца за учињено међународно кривично дело одговарати и следећа лица:

1. вође,
2. организатори,
3. подстрекачи и
4. саучесници, који су учествовали у састављању или извршењу неког заједничког плана или завере ради извршења било кога од следећих кривичних дела (Petrović, Jovašević, 2010: 159–161): а) злочина против мира, б) ратног злочина и в) злочина против човечности.

То значи да је предузимање саучесничке радње у потпуности изједначено са радњом извршења кривичног дела. Касније донета Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948. године у члану 3. такође регулише питање кажњавања за непосредно или јавно подстицање на вршење геноцида или саучесништво у геноциду.

И члан 2. тачка 2. немачког Закона број 10. Контролног савета за кажњавање лица одговорних за ратне злочине, злочине против мира и злочине против човечности предвиђа кривичну одговорност и кажњивост за ова кривична дела и у односу на лица која су саучесници (поред главног извршиоца) у извршењу сваког таквог злочина, или која су наредила или подстицала или се пак сагласила са овим делима или су пак била повезана са плановима или радњама које су довеле до извршења таквог међународног кривичног дела, или су била члан неке организације повезане са извршењем неког ратног злочина. Дакле, и овом се одредбом међународноправног карактера одређује изричито одговорност саучесника у виду подстрекача, помагача или организатора или члана злочиначке организације ако се ради о

извршењу или покушају извршења неког од међународних кривичних дела из надлежности овог органа.

## **8. Кривичне санкције у Статуту Међународног војног суда**

Статут Међународног војног суда из 1946. године у члану 27. предвиђа само једну врсту кривичних санкција за учиниоце међународних кривичних дела. То су казне. Овом одредбом су прописане две врсте главних казни које судски орган изриче „када нађе да је праведно“. То су :

1. смртна казна и
2. друга казна (казна затвора која може бити доживотна, дакле трајна и временски ограничена).

Нирнбершком и Токијском пресудом су оптуженима изречене све врсте казни.

У члану 28. овог Статута одређено је да судски орган поред главних казни може осуђеном лицу изрећи и споредну казну која се састоји у одузимању сваке украдене имовине. То је конфискација кривичним делом стечене имовине која се предаје Контролном савету Немачке (Јовашевић, 2011: 195–197). У члану 29. Статута је прописано да ће изречена казна бити у потпуности извршена у сагласности са наређењима Контролног савета за Немачку. Но, овај је Савет такође овлашћен да у свако доба може изречену казну да смањи или на други начин измени осуду (то су посебни случајеви ублажавања казне правоснажно изречене), али не може да поштри изречену казну.

Закон број 10. Контролног савета за кажњавање лица одговорних за ратне злочине, злочине против мира и злочине против човечности за Немачку из 1945. године такође познаје више врста казни. У члану 2. став 3. прописано је да ће свако лице за које се утврди да је кривично одговорно за било које међународно кривично дело пресудом бити кажњено „како то суд сматра праведним“. Таквом учиниоцу се може изрећи једна или више законом одређених следећих казни (Petrović, Jovašević, 2010: 188):

1. смртна казна,
2. доживотни затвор или затвор на одређени број година са принудним радом или без њега,
3. новчана казна и затвор (кумулятивно) са или без принудног рада у случају неплаћања новчане казне,
4. конфискација имовине,

5. повраћај неправилно стечене мовине и

6. одузимање појединих или свих грађанских права.

Овом законском одредбом је предвиђена читава лепеза различитих врста казни које се могу изрицати самостално или кумулативно. При томе се имовина коју суд прогласи неправично стеченом, па је одузме, предаје Контролном савету који одлучује о њеном даљем располагању. При одмеравању казне учиниоцу неког од кривичних дела из надлежности кривичног суда мора се водити рачуна да званични положај ма ког лица без обзира да ли је државни поглавар или одговорни службеник у владином надлештву може бити узет у обзир као основ за ублажавање казне, као и чињеница да је неко лице радило на основу наређења своје владе или претпостављеног. То су, дакле, околности које могу утицати на ублажавање казне, али не и на ослобођење учиниоца од одговорности за учињено дело.

## 9. Закључак

Завршетак Другог светског рата који је трајао шест година (1939–1945) пред међународну заједницу је наметнуо питање утврђивања кривичне одговорности и кажњавања најодговорнијих политичких и војних руководилаца у агресорским нацистичким и фашистичким земљама за бројне извршене злочине на окупираним територијама. Средином рата, када је већ постало извесно да ће се савезничке силе одупрети агресивним тежњама Немачке, Италије и Јапана, створене су на међународним конференцијама правне претпоставке за послератне судске процесе у којима би се утврђивала кривична одговорност најодговорнијих лица за такве злочине. И заиста, доношењем Статута Међународног војног суда у оквиру Лондонског споразума 1945. године, први пут у историји људског рода су изречене и извршене казне учиниоцима најтежих међународних кривичних дела од стране наднационалног судског органа.

На нирнбершком судском процесу су осуђена физичка и правна лица нацистичке Немачке за бројне злочине који немају посебну географску опредељеност. Три су врсте међународних кривичних дела ове врсте: а) злочин против мира, б) ратни злочини и в) злочин против човечности. Нирнбершки суд, односно тужилаштво чинили су представници савезничких сила: САД, Велике Британије, СССР и Француске где је, и поред извесних неслагања, преовладало уверење да се најодговорнија физичка и правна лица Немачке (СС, Гестапо, Национал-социјалистичка партија) казне за извршене злочине широм Европе. Поред Нирнбершког, као главног процеса, иза кога су остали принципи међународног кривичног права, систем међународних кривичних дела и правила за утврђивање



одговорности њихових учинилаца и саучесника, накнадно је одржано више судских процеса, не само у Немачкој (по Закону број 10. Контролног савета за Немачку), већ и у другим окупираним земљама где су злочини и извршени (Пољској, Чехословачкој, СССР, Југославији), као и у Јапану, на основу посебне одлуке команданта савезничких снага на Далеком истоку, где је у Токијској пресуди утврђена кривична одговорност и изречена казна најодговорнијим војним руководиоцима Јапана.

## Литература

Вајс, А. (1952). Проблеми међународног кривичног правосуђа. *Међународна политика*. Београд. 4. 15–16

Василијевић, В. (1971). Суђење пред међународним војним судом у Нирнбергу и развој међународног кривичног права. *Југословенска ревија за међународно право*. Београд. 3. 305–334

Василијевић, В. (1977). Враћање једном раскршћу међународног кривичног права. *Југословенска ревија за међународно право*. Београд. 3. 267–295

Gilbert, G.M. (1948). *Nuremberg Diary*. London

Degan, V.Đ., Pavišić, B. (2005). *Međunarodno kazneno pravo*. Rijeka: Golden marketing

Златарић, Б. (1958). Хашка конвенција из 1907. године и индивидуална кривична одговорност за ратне злочине. *Југословенска ревија за међународно право*. Београд. 2. 296–301

Jackson, R.H. (1946). *The case the nazi war criminals*. New York: A.Knopf

Јовашевић, Д. (2010). *Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост*. Ниш: Правни факултет

Јовашевић, Д. (2010). *Кривично право. Општи део*. Београд: Номос

Јовашевић, Д. (2011). *Међународно кривично право*. Ниш: Правни факултет.

Lemkin, R. (1944). *Axis Rule in Occupied Europe*. Washington

Лопичић, Ј. (1998). Развој кривичног дела ратног злочина против цивилног становништва и угрожавање слобода и права. *Правни живот*. Београд. 9. 579–582

Марковић, М. (1973). Нирнбершко суђење – примена нових начела у међународном кривичном праву. *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања*. Београд. 2. 173–185

Merle, M. (1949). *Le proces de Nuremberg et le chatiment des criminels de guerre*. Paris: Dalloz

Neave, A. (1980). *Nuremberg : osobno svjedočanstvo o suđenju glavnim nacističkim ratnim zločincima 1945–1946*. Zagreb: Naprijed

Petrović, B., Jovašević, D. (2010). *Međunarodno krivično pravo*. Sarajevo: Pravni fakultet

Прљета, Љ. (1992). *Злочин против човечности и међународног права*. Београд: Службени лист

Радојковић, М. (1947). *Рат и међународно право*. Београд: Одбор за издавање уџбеника студената права

Симовић, М, Благојевић, М., Симовић, В. (2013). *Међународно кривично право*. Источно Сарајево: Правни факултет

Стојановић, З. (2003). *Међународно кривично право*. Београд: Правна књига

Томић, З. (2001). *Nirnbcrška presuda*. Sarajevo: Magistrat

Трајнин, А. Н. (1948). *Кривична одговорност хитлероваца*. Београд: Сопствено издање

CalvoCaressi, P. (1947). *Nuremberg: the facts and the consequences*. London: Maxwell

Cassese, A. (2005). *Međunarodno krivično pravo*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava

*Нирнбершка пресуда*. Београд: Архив за правне и друштвене науке, (1948)

*Уједињене нације – Збирка докумената*. 1941–1945. године. Београд: Правни факултет, (1948)

***Dragan Jovašević, LL.D.***

*Full Professor,*

*Faculty of law, University of Niš*

## **THE HERITAGE OF THE NUREMBERG TRIBUNAL**

### **Summary**

*As a system of legal rules contained in the documents of the international community and in the national (internal) criminal legislation, the International Criminal Law envisages the criminal liability and punishment for a vast number of international crimes. These criminal acts imply a violation of laws of war and customs of warfare (the International Humanitarian Law) as well as the acts of disturbing or endangering peace among nations and the security of mankind. The contemporary International Criminal Law envisages the most severe forms of punishment and penal measures for these criminal offences. The perpetrators of these crimes are, in certain cases, subject to the primary jurisdiction of one of international criminal court (supranational) authorities, such as the International Military Tribunal at Nuremberg. In this paper, the author analyzes the importance of the Nuremberg court for the development of international criminal law, including the notion and characteristics of international crimes and the principles of criminal liability.*

**Key words:** *International Criminal Law, International Military Tribunal, Nuremberg sentence, crimes, principles, criminal liability, penalties.*



**Aleksandar S. Mojašević, LL.D.\***

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.925:33](450:497.11)

Рад примљен: 23.03.2015.

Рад прихваћен: 02.04.2015.

## **(JUDICIAL) MEDIATION IN ITALY AND SERBIA: COMPARATIVE LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS\*\***

**Abstract:** *In this paper, the author analyzes the (judicial) mediation in Italy and Serbia from the legal and economic aspects. Given the fact that Serbia and Italy belong to the same legal system, that there are many similar problems in the regulation and implementation of mediation in practice, but also considering that Italy has gone a step further in the regulation of this legal institution primarily by introducing mandatory mediation, the aim of this paper is to provide a comparative analysis of the concepts and institutional forms of mediation in the two countries and, consequently, to observe if there are any legal solutions that Serbia could possibly adopt from the Italian legal system. We assume that the Italian experience in the regulation and implementation of mediation, and its mandatory form in particular, could serve as a solid basis for finding certain legal solutions that could potentially contribute to improving the efficiency of this legal institution in our country. The main finding is that the institutionalizing of mandatory mediation in specific disputes, primarily in disputes on civil and commercial matters, would improve the efficiency of mediation in Serbia.*

**Key words:** *efficiency, (judicial) mediation, Italy, Serbia.*

---

\* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

\*\* Овај рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије, бр. пројекта 179046.

## 1. Introduction

Mediation, as a new legal institution in Serbia, is faced with many difficulties in its application. Poor regulatory framework, insufficient recognition of the importance of this legal institution by responsible individuals and general public, prejudices towards the introduction of new institutions (not only mediation) in the legal system, lack of monitoring the application of mediation in other countries, especially in those with similar legal system (etc.) are some of the factors that have contributed to compromising mediation despite its efficiency in resolving disputes (saving money and time).

On the other hand, Italy is a country that has a bit of a longer tradition in applying mediation. Besides, Italy adopted a number of legal acts on mediation in various areas of law. Yet, the application of these legal acts did not lead to a wider acceptance of mediation in Italian society, nor did it relieve the Italian courts of redundant civil cases. Reasons for such a state of affairs are quite similar to those in Serbia. However, Italy has gone a step forward by introducing a significant legal innovation – *mandatory mediation*. Considering that mandatory mediation generates numerous controversies in theory and practice (Quek, 2010), we want to examine the Italian experience in the application of this ADR method, with specific reference to mandatory mediation.

Italy has been selected for a comparative analysis of mediation due to the well-known fact that Italy and Serbia belong to the European-continental legal system, that there are many similar causes of poor application of voluntary mediation in these two countries, and that the inefficiency of court proceeding is a common feature of the two judicial systems (reflected in the substantial number of backlog cases, huge caseload on the judiciary, lengthy proceedings, etc). In addition, considering that Italy is a step ahead in the regulation of this legal institution, primarily by introducing mandatory mediation in civil and commercial disputes, the goal of this paper is to compare the concepts and institutional forms of mediation in Italy and Serbia, to determine similarities and differences and, ultimately, to observe if there are any legal solutions that Serbia could possibly adopt from the Italian legal system. We assume that the experience in the regulation and implementation of mediation in Italy (and particularly its compulsory form) could serve as a solid basis for improving the efficiency of this legal institution in Serbia. In that context, the narrower concept of efficiency will be employed since the focus is on the total number of the mediation proceedings and their possible impact on the total number of civil proceedings before the national courts. Finally, the total number of mediation and civil proceedings will be established on the basis of the available official statistical data for Serbia (e.g., reports of the Supreme Court) and the available statistical data from the secondary sources for

Italy. The qualification and evaluation of the institutional forms of mediation in Italy and Serbia, as well as the determination of the total number of solved and unsolved civil cases in two countries, will rest on the indicators from the Report of the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), concerning the judicial systems of European countries (Jean and Jorry, 2013).

## 2. Mediation in Serbia

### 2.1. Normative framework of mediation in Serbia

The Mediation Act<sup>1</sup> has been applied in the Republic of Serbia since 2005 as the basic legislative act on mediation as a specific ADR method. In addition, there are others relevant legislative documents regulating this matter: the Civil Contentious Procedure Act (2011),<sup>2</sup> the Family Act (2005),<sup>3</sup> the Act on Peaceful Resolution of Labor Disputes (2004)<sup>4</sup> and others. In 2013, the Working group of the Ministry of Justice prepared the Draft Mediation Act, which was enacted in 2014 and entered into force at the beginning of 2015.<sup>5</sup> Further on, we will analyze the (former) 2005 Mediation Act, primarily focusing on those provisions which depict the specific features of mediation as envisaged in Serbian law. The emphasis is on the application of the 2005 Mediation Act, since we are exploring the efficiency of mediation. It takes time to give any assessment of the effects of the new 2014 Mediation Act.

In this Act, mediation is defined as any procedure, notwithstanding its designation, in which the parties wish to settle their dispute through one or more intermediaries (mediators) who help them to reach an agreement.<sup>6</sup> Yet, the mediator has no authority to impose a binding agreement.<sup>7</sup> Some Serbian authors (Mihailović, 2009: 224) point out that the legislator has defined mediation as *the procedure* rather than as *a process*, primarily emphasizing the legal (procedural) aspects of mediation while neglecting other important aspects of mediation (such as psychological or economic ones).

---

1 Mediation Act [MA], *the Official Gazette of the Republic of Serbia*, 18/05

2 Civil Contentious Procedure Act [CCPA], *the Official Gazette of the Republic of Serbia*, 72/11, 49/13 – the decision of the Constitutional Court and 74/13 – the decision of the Constitutional Court

3 Family Act, *the Official Gazette of the Republic of Serbia*, 18/05 and 72/11- other act

4 Act on Peaceful Resolution of Labor Disputes, *the Official Gazette of the Republic of Serbia*, 125/04 and 104/09

5 Act on Intermediation in Resolving Disputes, *the Official Gazette of the Republic of Serbia*, 55/14

6 Art. 2, para. 1 of the MA

7 Art. 2, para. 2 of the MA

The basic principles of the mediation process in Serbian law are based on the Directive of the European Parliament and of the Council of the EU on certain aspects of mediation in civil and commercial matters.<sup>8</sup> These principles are: voluntary consent, equality of parties, privacy of the proceedings, confidentiality and urgency. When it comes to *voluntary consent*, it is based on the *principle of disposition*, which means that the mediation procedure begins with mutual consent of the two disputing parties, i.e., formally speaking, by acceptance of the proposal for mediation.<sup>9</sup> If the party who has received the proposal for mediation fails to respond within 15 days of the receipt of the proposal, or fails to answer within the period specified in the proposal, the proposal for mediation shall be considered rejected.<sup>10</sup> The principle of disposition is also reflected in the fact that the parties can agree on the content and course of the mediation procedure since they can determine the terms and conditions for the implementation of this procedure.<sup>11</sup> Generally, mediation may be initiated by the parties, or the parties may be referred to mediation by the competent court, if it is deemed appropriate, but only upon the receipt of a complaint or after the preliminary hearing.<sup>12</sup> The court may refer the parties to mediation even at a later point until the judgment becomes final.<sup>13</sup> Mediation may also be used in the course of the appeal procedure, which features two distinct characteristics: the consent of the parties is required and the mediator can only be the judge from the official court list.<sup>14</sup> *The principle of urgency* is reflected in the fact that this process must be terminated within a period of 30 days; in exceptional cases and for justifiable reasons, the period may be extended at the request of the mediator or the disputing parties.<sup>15</sup> *The principle of privacy* implies that the parties, their legal representatives and proxies, as well as third parties given the parties' permission, may participate in the mediation procedure, providing that they agree to observe this principle.<sup>16</sup> *The principle of confidentiality* is reflected in the provision that all information, statements and proposals related to the mediation procedure shall be confidential; exceptions are allowed only with the express and unambiguous mutual consent of the parties, or in cases where disclosure is required by the law or in the public interest, or for the purpose of enforcement

---

8 Directive 2008/52/EC

9 Art. 8, para. 1 of the MA

10 Art. 8, para. 2 of the MA

11 Art. 9, para. 1 of the MA

12 Art. 12, para. 1, 2 of the MA

13 Art. 12, para. 3 of the MA

14 Art. 14 of the MA

15 Art. 13 of the MA. Also, the principle of urgency is prescribed in Art. 329 of the CCPA

16 Art. 5 of the MA



of a settlement agreement.<sup>17</sup> Finally, the Act provided for the *equality of parties*, which implies that the parties shall enjoy equal rights and treatment, and that the mediator must act independently and impartially.<sup>18</sup>

In particular, the principle of voluntary consent implies that the mediation procedure is initiated and implemented upon the explicit consent of the parties, without any legal obligations. It follows that *the concept of voluntary mediation* is the dominant concept of mediation in Serbian law. However, as previously noted, *the judge may also refer the parties to mediation*, either upon the proposal of the parties or if he/she finds that the dispute could be settled successfully through mediation; in the appeal procedure, the parties may be referred to mediation only upon obtaining their express consent. Yet, the mediation procedure rules envisaged in the Mediation Act may also apply to the mediation procedure which has been initiated without the instruction of the court or other authority, either before or after the initiation of the judicial proceeding.<sup>19</sup> This legal norm implies that the mediation procedure rules may also apply to *private mediation proceedings*.

Finally, the Mediation Act stipulates that the agreement reached in the mediation proceeding has *the power of an out-of-court settlement*, provided that it is made in writing and that is not contrary to the public policy.<sup>20</sup> In order to make the agreement enforceable, the parties must take some additional legal actions; specifically, they are required to initiate a special non-contentious proceeding and submit additional costs (the cost of the proceeding, lawyer fees and the waste of time from the moment of concluding the agreement until the moment when it becomes enforceable).

---

17 Art. 6, para. 1 of the MA

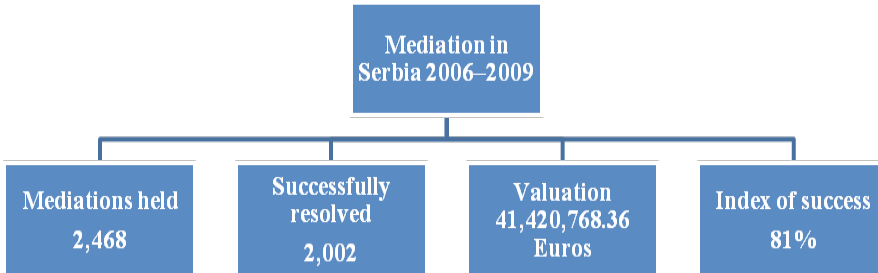
18 Art. 4 of the MA

19 Art. 1, para. 2 of the MA

20 Art. 16, para. 4 of the MA

## 2.2. Mediation and Litigation in Serbia: some quantitative macro indicators

Let us examine the data provided in the following graph:<sup>21</sup>



Graph 1. Data on the total number of mediations in Serbia (2006-2009), <http://www.medijacija.rs/img/rezultati2009.pdf>

In the period from 2006 (when the Mediation Act entered into force) to 2009, Serbia had a total of 2,468 mediations, 2,002 of which were successfully completed (by signing the agreement). The total value in these mediations amounted to 41,420,768.36 Euros. The index of success is quite high and amounts to 81%. Moreover, in the entire period from 2006 until October 2013, there were slightly more than 3,500 cases settled by means of mediation.<sup>22</sup>

On the other hand, according to the Report of the Supreme Court of Serbia for the year 2012,<sup>23</sup> the total number of unresolved cases, which are transferred from previous years to be adjudicated by the courts of general jurisdiction, amounts to **2,745,569**; the total number of new cases amounts to **1,219,490** whereas the total number of cases resolved by the end of 2012 amounts to **1,343,567**. At the end of 2012, there were a total number of **2,621,303** cases pending. If we compare the data on the total number of pending cases for the year 2012 with the same data for the year 2011 (**2,742,772**),<sup>24</sup> it is evident that the situation in terms of the total number of pending cases has not changed substantially as

21 For the purposes of this empirical study (Mojašević, 2014), the data were taken from the website of the Mediation Center of the Republic of Serbia, based in Belgrade. Meanwhile, as the work of a new legislative act has been underway, the Centre has stopped working because the new Mediation Act does not envisage such a center.

22 Information taken from: <http://novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:460347-Gasi-se-Centar-za-medijaciju>, access: 10 September 2014.

23 Report of the Supreme Court of Serbia for year 2012 available at: [http://www.vk.sud.rs/assets/files/o\\_sudu/izvestaji/statistika\\_2012.pdf](http://www.vk.sud.rs/assets/files/o_sudu/izvestaji/statistika_2012.pdf)

24 Report of the Supreme Court of Serbia for year 2011 available at: [http://www.vk.sud.rs/assets/files/aktuelno/statistika\\_o\\_radu\\_sudova\\_za\\_2011.pdf](http://www.vk.sud.rs/assets/files/aktuelno/statistika_o_radu_sudova_za_2011.pdf)

there were *more than two and a half million cases pending before Serbian courts of general jurisdiction in late 2011 and 2012*. According to the Report of the Supreme Court of Serbia in 2010,<sup>25</sup> the total number of pending cases before the courts of general jurisdiction at the end of the reporting period amounted to **979,969**. This data indicates a huge increase in the number of cases pending in the period from 2010 to 2012. Moreover, from the total number of pending cases in 2011 and 2012, about 97% of them were cases before the primary courts, which clearly shows that *the Serbian primary courts bear the largest caseload*.

The Report of the Supreme Court of Serbia for year 2012 also indicates that almost every second case brought before the primary courts in 2012 was actually an overdue (old) case (about 44%) while this percentage was somewhat lower in 2011 (about 33%).<sup>26</sup> It is obvious that the number of backlog cases before the primary courts increased from 2011 to 2012, and that the backlog of old cases is quite high (almost every second, or nearly one-third of cases in the observed year) in relation to the total number of cases before the primary courts. The largest backlog of cases before the primary courts are those pending for resolution from 5 to 10 years (538,524), followed by cases pending for 3 to 5 years (469,064), then cases pending for 2 to 3 years (442,672), and case pending for over 10 years (190,663). In 2011, the situation is identical in terms of the time limit for resolving old cases before the Serbian first-instance courts. We see that about 33% of the total backlog of old cases are cases pending for resolution from 5 to 10 years. If we add to this percentage about 28% of the cases pending for resolution from 3 to 5 years, it follows that over 50% of cases (every second case) are pending for resolution from 3 to 10 years before the Serbian primary courts. An interesting fact is that the cases pending for resolution from *one to two years* constitute about 0.5% of the total backlog of old cases. Therefore, the Serbian primary courts certainly cannot be pleased about the time dimension for resolving cases.

Another interesting piece of data concerns *the average backlog of cases per judge* for the year 2012: 56.62 cases in the Serbian Supreme Court of Cassation; 95.36 cases in Appellate Courts; 69.78 cases in Superior Courts; 1,501.44 cases in primary courts. On the other hand, the average number of backlog cases per judge in Serbian primary courts for the year 2011 amounted to 1,348.65. We see that the load of old cases per judge increased from 2011 to 2012, which is quite high at least when it comes to primary courts.

---

25 Report of the Supreme Court of Serbia for year 2010 available at: [http://www.vk.sud.rs/assets/files/o\\_sudu/izvestaji/godisnji\\_izvestaj\\_o\\_radu\\_2010.pdf](http://www.vk.sud.rs/assets/files/o_sudu/izvestaji/godisnji_izvestaj_o_radu_2010.pdf)

26 It is the old cases by date of the initial act.

All in all, the total number of old cases pending for resolution before the Serbian courts of general jurisdiction increased from 2010 to 2012 year; the percentage of old cases pending before the courts of general jurisdiction (including primary courts) increased from 2011 to 2012 and, in general, that percentage is quite high. The load of cases per judge is high, whereby the Serbian primary courts bear the largest caseload. Moreover, most parties (over half a million) wait for the resolution of disputes between 5 and 10 years. This last statement is particularly revealing if it is interpreted in the following way: given the fact that each procedure involves at least two parties, it follows that *about a million Serbian citizens wait for justice more than five years*. In addition, including the number of those citizens who wait for an end to the dispute between 3 and 5 years (almost half a million), it turns out that *over two million people in Serbia wait for the resolution of dispute for more than three years!*

Considering that the mediation departments were mainly founded within the Serbian primary courts, it was expected that these courts would be relieved of redundant cases, primarily the backlog from previous years. Thus, other courts of general jurisdiction would also be relieved of redundant caseload. However, these expectations have not been met; moreover, they have been fully betrayed! Comparing the total number of 3,500 cases resolved in mediation (from 2006 to 2013) to a total of 2.5 million cases pending for resolution (in 2011 and 2012) and nearly 1,700,000 backlog of old cases by date of initial act (in 2012) pending in the courts of general jurisdiction,<sup>27</sup> *it is evident that the introduction of mediation into the legal system of the Republic of Serbia has not contributed to relieving the courts of excessive caseload*. Moreover, the data on individual workload of judges and the time required for completion of the judicial procedure lead to the same conclusion.

### **2.2.1. Mediation and Litigation in Serbia: micro aspect**

The efficiency of mediation and litigation was the subject matter of empirical research conducted in late 2011 and the beginning of 2012 in the Primary Court in Niš (Mojašević, 2014). Given the fact that Niš is the third largest city in Serbia, the cases that were subjected to litigation and mediation at the Primary Court in Niš served as a solid foundation for testing the effects of application of the Mediation Act in Serbia, as well as for the purpose of gaining some knowledge on the efficiency of mediation. The findings of this study indicate that mediation has not lived up to general expectations, i.e. that the efficiency of this legal institution has not been put to full effect in practice.

---

27 The backlog of old cases in 2011 amounted to nearly one and half million (1,452,793).

This empirical research has identified the possible reasons for insufficient use of mediation in Serbia. These main reasons are: a) inadequate legal solutions, primarily the current concept of voluntary mediation and court-ordered mediation which was rather ineffective, as well as the fact that the agreement reached in the mediation proceeding has the power of an out-of-court settlement; b) high costs for initiating a mediation proceeding which discourage the parties to resort to mediation, particularly in small claims cases; c) lack of relevant information on the mediation process to parties and other participants in the mediation procedure; d) insufficient popularization of mediation in Serbia; e) insufficient educational activities on the benefits of mediation; etc. (Mojašević, 2014: 236-245).

### 3. Mediation in Italy

#### 3.1. *Mandatory mediation in civil and commercial disputes in Italy*

ADR methods, and particularly mediation, have been known in Italy for a long time but they received closer attention at the end of the 20<sup>th</sup> century. Concurrently, the legislator intensified the activity in the field of regulating mediation. But, the most significant change in terms of regulating mediation in Italy took place in 2009 when the Italian Parliament adopted *the Law No. 69/2009*. Under this act, the Government was authorized to regulate mediation in civil and commercial matters. Thus, the Government passed a special decree (the *Legislative Decree 28/2010*), which introduced the concept of *mandatory mediation prior to initiating court proceedings in civil and commercial matters*. Further on, we will focus on the concept of mandatory mediation and its implications for the efficiency of judicial proceedings in Italy.

The Legislative Decree 28/2010<sup>28</sup> prescribes, in specified disputes,<sup>29</sup> the parties' obligation to participate in mediation as a condition for initiating a court proceeding. This is a mandatory attempt to settle the dispute before the mediator rather than an obligation to accept any agreement. In the event that the parties fail to comply with this obligation and directly turn to litigation, the court is required to suspend the case and order the parties to participate in mediation. Similarly, in case of parties' non-compliance with these obligations in the circumstances

---

28 The most important provisions of this Decree can be found at:

<http://www.adrcenter.com/procedure/international-procedures/mediation-italian-law/>

29 Mandatory mediation is envisaged in the following disputes: co-ownership of land, property rights, division of assets, trusts and estates, family agreements, leasing, loans, commercial leases, medical malpractice, defamation, car and boat accidents, insurance, and banking and financial agreements.

where mediation has been stipulated in the contract (in the form of contractual clauses) or in relevant internal company acts, the judge (or arbitrator) may issue an order to initiate mediation within a period of 15 days; concurrently, the judge (arbitrator) is required to postpone the court proceeding until the termination of the mediation process. Once the mediation procedure has been initiated, the Decree prescribes that in case of a party's default (unjustified failure to appear and/or participate in the mediation process) the judge may take this fact into account at a later point in the civil proceeding, which may have a negative effect in the process of presenting the evidence.<sup>30</sup> Specifically, the refusal to participate in mediation may be regarded as a refusal to file certain documents in court proceeding. On the one hand, this provision is reinforced by special decree (D.L. 138/2011), which prescribes payment of a sum of money to the state as a penalty (fine) for unreasonable failure to participate in the mediation process; on the other hand, the provision of this special decree is repealed by another decree - L. 03/24/2012, n. 27 (Colombo, 2012: 77).

There are a lot of important and interesting solutions introduced by this Decree. Here, we single out the most representative ones (Gabellini, 2010: 65-66). First of all, the lawyers are obliged to inform their clients in writing about the possibility of settling the dispute by means of mediation. Second, the mediation process may not exceed a period of four months from the date of submitting the request for mediation to an accredited mediation center. Third, in mediation, documents or actions are not subject to the payment of any taxes and charges, and the agreements contracted in cases not exceeding the value of 50,000 Euros are exempt from registration costs. In case the parties conclude a mediation agreement, they may receive a tax credit in the amount of 500 Euros, or 250 Euros in case of a negative outcome. Fourth, all mediation centers have to be accredited by the Ministry of Justice, which keeps a unique Register of mediators, and mediators must undergo a special training prescribed by the respective ministry. Fifth, the mediator is empowered to make a proposal to facilitate the conclusion of agreements; the party who rejects the proposal is required to pay all the costs of the civil proceeding (even if he/she wins the case) if the court decision is identical to the proposal. Moreover, if the judgment is not identical to the mediator's proposal, the judge may order the party who won the case to pay *its own costs*, provided that there are legitimate reasons (for example, gross negligence by the party in rejecting the mediator's proposal). This provision is envisaged as a preventive measure for resolving disputes through mediation. Yet, the Italian theory (Colombo, 2012: 77) states that this provision is quite controversial, taking into account the well-known fact that the mediation agreement need not necessarily be based on matters of law; on the other hand, this

---

30 Art. 8 of the Decree.

preventive measure (the threat of the allocation of costs) can be effective only if the proposed agreement is identical to the judgment (which is, by definition, based on matters of law). Besides, the threat of allocation of costs is aimed only at the plaintiff. Finally, the mediation agreement becomes enforceable in a simple procedure, only upon being officially confirmed by the competent court (Tribunal), where the agreement is subjected to formal control to ensure that it is consistent with the public policy and the mandatory legislation. In addition, the Tribunal verifies whether the rules of mediation procedure have been fully observed.<sup>31</sup>

This Decree was applied until the end of 2012, when the judges of the Constitutional Court of Italy made a decision (Award No. 272/2012) that it was not in accordance with the Constitution of Italy. The objection of the Constitutional Court was focused on the procedural issue concerning the delegation of powers in the adoption of the act on the implementation of mandatory mediation rather than on the question of violation of the rights to defense which was allegedly violated by introducing mandatory mediation (as claimed by the Bar Association of Italy).<sup>32</sup> The Constitutional Court did not venture into the assessment of whether the introduction of mandatory mediation in the national legal system was in accordance with the Directive 2008/52/EC but only reasoned that there was a breach of the delegation of powers and that the mandatory mediation must have its legal grounds in the national legislation. After the Constitutional Court rendered such a decision, the Decree of 2010 was significantly modified. It was done by adopting a new decree (Legislative Decree No. 69/2013) on "Urgent Measures on economy stimulation". This time, mandatory mediation will be applied in four (experimental) years, after which the competent ministry will be obliged to evaluate the results of mediation. The most relevant modifications are:<sup>33</sup> a) the number of prescribed disputes in which parties are obliged to pursue mediation was reduced (for example, the parties are no longer obliged to pursue mediation in case of damages arising from car and boat accidents); b) the parties are given the opportunity to opt out of mediation in the initial phase of the process if they estimate that it will not result in a mediation agreement, whereby the party who refuses the (non-binding) agreement proposed by the mediator will be obliged to pay all the costs if the judgment is identical to the mediator's proposal;<sup>34</sup> and c) the Decree prescribes the obligatory participation

---

31 Art. 12 of the Decree

32 The curiosity is that the Italy's National Lawyers Union organized a five-day national strike against the Decree 28/2010.

33 <http://kluwermediationblog.com/2013/10/09/mandatory-mediation-in-italy-reloaded/>

34 This controversial provision, which was also included in the Decree of 2010, has become the subject matter of a heated debate. Given the fact that mediation is traditionally seen as

of lawyers in the mediation process, which is evidence that the lawyer's lobby has succeeded in protecting their interests.

### ***3.2. Some statistical data on the (mandatory) mediation in Italy***

Statistically, Italy cannot be proud of the results of the voluntary mediation in terms of the number of initiated mediation procedures. The data (Gabellini, 2010: 64) suggests that the first major reform in the area of corporate law (when the voluntary mediation was introduced) did not give significant results: slightly more than 150 cases were presented to mediation; if we add the cases outside the area of corporate law, the outcome is about 3,000 cases; less than 0.1% of cases pending in court were *voluntarily* presented to mediation, while the index of success of those cases which were mediated was high (80%). The following data also support a small number of mediation in Italy:<sup>35</sup> from 1999 to 2005, The ADR Center in Rome, the largest accredited center for mediation in Italy, launched 327 mediation proceedings, 277 of which were initiated by one party to the dispute, 45 proceedings were intended as a contractual obligation, 3 mandatory mediation proceedings pertained to the telecommunications sector and 2 proceedings were instigated upon the judge's proposal.

Such statistics have forced the Italian legislator to re-examine the concept of voluntary mediation. The Italian legislator embarked on two tracks of action (Gabellini, 2010: 64-65): the first course of action was aimed at introducing the legislative reform, which resulted in gradual introduction of mandatory mediation in certain disputes; the second course of action was aimed at improving the quality of mediation services, by introducing accreditation for mediators and special training programs.

According to publicly available data,<sup>36</sup> in the period from March 2011 (when mandatory mediation started being implemented) until October 2012, **215,689** mediation proceedings were initiated, with an average success rate of 12%. The defendants were not obliged to participate in these proceedings. Therefore, taking into account the proceedings where the defendants voluntarily agreed to participate, the success rate is much higher and amounts to around 50%. Also, in the period from March 2011 to March 2012, less than 3% of mediation cases were initiated at the suggestion of the judge, which is a slight increase as compared to the first nine months of this period, when the increase was 2%. De

---

a facilitative institution, there is a question whether this provision may significantly affect the traditional concept of mediation, which may thus acquire some feature of evaluative institution.

35 [http://www.europarl.europa.eu/comparl/juri/hearings/20071004/depalo5\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/comparl/juri/hearings/20071004/depalo5_en.pdf)

36 <http://kluwermediationblog.com/2013/10/09/mandatory-mediation-in-italy-reloaded/>



Berti (2012) points out that this slight increase in percentage may reflect the change in otherwise very reserved attitude of the Italian judges to mediation. Then, when it comes to the controversial provisions of the Decree on the authorization of the mediator to draft a proposal agreement, the statistics indicate that mediators took initiative in this direction in only 1% of the initiated mediation proceedings; on the other hand, the parties requested that the mediator prepare a proposal agreement in 0.5% of all cases (Colombo, 2012: 79). Finally, the introduction of mandatory mediation resulted in a drastic increase in the number of centers for providing mediation services and the number of institutions which provided instruction on mediation. In 2008, there were 37 mediation centers in Italy but by the end of April 2012 this number increased to 843 (which means that *the number of centers increased 23 times*); concurrently, the number of institutions dealing with education in this area increased from 35 to 309 over the same time period (De Berti, 2012). In Italian theory (Colombo, 2012: 78), it gave rise to another question: was this increase in the number of centers and educational institutions really necessary, and how would it affect the quality of provided mediation services?

#### **4. An attempt at qualifying the concepts of mediation in Italy and Serbia**

*Prima facie*, we may identify some similarities and differences underlying the concepts of mediation in Italy and in Serbia. First of all, the dominant concept in Serbia is the concept of *voluntary mediation*, which is either initiated by the parties or upon the referral of a judge. As far as the latter is concerned, in Serbian theory (Knežević and Pavić, 2009: 240) there is the interpretation that this concept implies a *mandatory court mediation* because in the first instance judicial procedure (unlike the procedure on appeal)<sup>37</sup> the parties are obliged to pursue mediation they have been referred to by the trial court judge. However, the interview with the Coordinator of the Department of the Mediation Centre in Niš showed that the judges generally took into consideration the will of the parties in the process of referring them to mediation; “a judge refers the parties to mediation only if the parties agree to mediate” (Mojašević, 2014: 216). There is an obvious discrepancy between the theoretical interpretation of this important provision of the Mediation Act, which reflects the essence of the concept of mediation, and the judicial interpretation and actual application of this provision in judicial practice (at least when it comes to the Primary Court in Niš). In Serbia, mediation proceedings are usually carried out in specific departments which are organizationally and spatially connected with the first-instance courts; such a

---

37 In the appeal procedure, the consent of parties to go to mediation is required. See: Art. 14 of the MA

proceeding is designated as *court-annexed mediation*.<sup>38</sup> On the other hand, there are several types of mediation in Italy: voluntary mediation, mandatory mediation and mediation upon the referral of the trial judge. The feature that makes the Italian and the Serbian legal frameworks significantly different is primarily embodied in the institution of mandatory mediation in specific types of disputes.

According to the CEPEJ Report issued in 2012 and based on the data from 2010 (CEPEJ, 2012: 132-141), Serbia is one of the 26 European countries which have a *court annexed mediation* (mediation instituted upon the referral of the trial judge); on the other hand, Italy falls into the largest group of European countries (a total of 31, including Serbia) where private mediation is the most dominant form of mediation. In terms of civil and commercial disputes, Serbia falls into the group of 22 European countries predominantly using court-annexed mediation, while Italy falls into the group of 26 European countries (including Serbia) predominantly using private mediation. Both countries fall into the group of 13 countries where the judge may act as a mediator in the case at issue. The situation is similar in family matters and labor law matters (termination of employment). The distinctive feature of mediation in Italy is that it is not envisaged for resolving administrative disputes, which is the case in Serbia. In Italy, mediation is generally not applied in criminal matters, except in specific cases (such as, juvenile delinquency). Generally speaking, in terms of the forms of mediation, it can be concluded that the only difference between Italy and Serbia is that in Italy there is no court-annexed mediation<sup>39</sup> and mediation at the prosecutor's proposal in criminal matters. In addition, in Serbia, mediation has a wider scope of application in terms of different types of legal disputes.

When comparing the mediation in civil and commercial matters in Italy and Serbia, we may observe one major difference: in Italy, mediation proceedings are generally conducted before the chambers of commerce, which do not have such an important role in Serbia. In Serbia, mediation proceedings in civil and commercial matters are generally carried out under the auspices of the courts, as the court-annexed mediation. It is worth mentioning that there have been attempts in Serbia to institutionalize mediation within the chambers of

---

38 Mediation is possible out of the courts, within special authority or organization. For example, under the auspices of a special state body *the Commissioner for Protection of Equality* mediation is possible in discrimination cases.

39 However, the outset of the legislative reform in Italy was aimed at the institutionalization of court-annexed mediation (by introducing the special judicial office in 1991) but, later on, the reform took a different turn and resulted in establishing mediation centers outside the courts, particularly within the chambers of commerce.

commerce, for which reason the legislator passed a special legislative act;<sup>40</sup> unfortunately, these attempts have not given significant results. According to the data from 2012 (Ljubović, 2012: 56), only 16 claims were submitted to the Serbian Chamber of Commerce to initiate proceedings on the consensual financial restructuring of corporate debts by redefining the debtor-creditor relationship between the company in financial crisis and its creditors. In most cases, the claims were submitted by debtors who had been facing substantial financial hardship.

The following two tables summarize the similarities and differences in the concepts of mediation as well as in the institutional forms of mediation in Italy and Serbia:

Concepts of mediation	Italy	Serbia
Voluntary mediation	Yes	Yes
Mandatory mediation	Yes	No
Mediation by judicial referral	Yes	Yes

Table 1. Concepts of mediation: comparison

Institutional forms	Italy	Serbia
Court-annexed mediation	No	Most dominant form
Private mediation	Most dominant form	Secondary importance
Judge as a mediator	Yes	Yes
Mediation within chambers of commerce	Yes	At the initial stage of development

Table 2. Institutional forms of mediation

<sup>40</sup> Act on Consensual Financial Restructuring of Companies, *the Official Gazette of the Republic of Serbia*, 36/11

## 5. What can Serbia learn from the Italian experience?

The common feature of the judicial systems in both countries is the inefficiency of court proceedings, which is reflected in the substantial number of backlog cases, huge caseload on the judiciary, lengthy proceedings, etc. On the other hand, the differences between the two countries are reflected in the response to these pressing problems in the judicature. Despite the imminent risk, Italy has demonstrated determination to deal with these problems, primarily by introducing the mandatory mediation in specific cases. On the other hand, Serbia seems to be at the beginning of this process. In fact, after almost ten years of applying the Mediation Act, Serbia had enough time to clearly examine the causes of insufficiency of (voluntary) mediation in practice and take relevant measures to improve the efficiency of this legal institution. Instead, Serbian legal scholars and professionals have been unnecessarily involved in extensive and exhausting (ideological) debates on the concepts of mediation; the ultimate result was the adoption of the new Draft Mediation Act at the end of 2013, and subsequently the new 2014 Mediation Act which offers some new solutions<sup>41</sup> but, on the whole, does not appear to be too promising (Mojašević, 2014). The only logical course of action should have been a more pragmatic approach to these problems. The experiences of other countries (including Italy) could have served this purpose. Italy is suitable for a comparative study not only because the Italian mediation framework *inter alia* includes similar causes of insufficient use of (voluntary) mediation but also because it provides different instruments to overcome this problem, the most significant of which is mandatory mediation. In this regard, it has been theoretically confirmed (Quek, 2010) that mandatory mediation may contribute to raising awareness about the importance of mediation as a legal institution and its popularization. Although the final conclusions may be too early to draw, the Italian experience with mandatory mediation bears evidence of the initial good results in its implementation.

The concept of voluntary mediation is certainly the most adequate form of mediation; but, what happens in case it does not yield the expected results? Italy has given some kind of answer but Serbia, unfortunately, has not even started addressing the problem. When considering the introduction of a new legal institution, such as mediation, the legislator should take into account the

---

41 We draw attention to two new solutions which, in our opinion, can contribute to the efficiency of mediation. First, the mediation agreement may have the power of an enforcement order if the subject of the agreement is the performance of the obligation, if it includes a statement by which the debtor accepts the agreement as enforceable, and if the signatures of the parties and the mediator on the agreement are certified by the court or a notary public. Second, the parties are exempted from paying court or administrative fees in the event the agreement is signed after the initiation of judicial or other proceeding but prior to the termination of the first trial hearing.

characteristics of the culture of a specific country. Obviously, the Serbian legislator has failed to do so because Serbia has uncritically accepted the concept of voluntary mediation, having high expectations that this concept will contribute to improving the efficiency of judicial proceedings. Considering the fact that it did not happen (as it could have been assumed)<sup>42</sup> and given the precious time which has been wasted in the past ten years, we should better learn some practical lessons from the experience. Both the Serbian and the Italian experience speak in favor of introducing mandatory mediation, as a temporary practicable solution, which is primarily aimed at reducing the backlog of cases burdening the judicial system in Serbia and, consequently, increasing the costs of business operations.

To sum up, the specific measures taken in Italy for the purpose of improving the efficiency of court proceeding may also be introduced in Serbia; they are reflected in institutionalizing of mandatory mediation in specific disputes, primarily in disputes on civil and commercial matters. It should contribute to the popularization of this legal institution in Serbia and increase the frequency of mediation proceedings. The Serbian mediation system may also be improved by introducing a simple procedure for the enforcement of the mediation agreement, which is envisaged and implemented in Italian law. Many other solutions envisaged in the Italian law may contribute to increasing the frequency of mediation, such as the solution on exempting the parties from paying various taxes. Moreover, the Italian experience of using mediation within the chambers of commerce across Italy can certainly help in promoting mediation proceedings within the Serbian chambers of commerce. To that effect, the chambers of commerce of the two countries need to establish closer cooperation. From the Italian experience we may also learn about the unnecessary heterogeneous and complex legislative process on this matter, which is reflected in the implementation of a partial legislative reform. Serbia managed to avoid that (to some extent) by adopting the 2005 Mediation Act as the basic legislative act on this matter and by institutionalizing the court-annexed mediation for a vast range of legal disputes. However, little has been done in the area of applying the laws, primarily at the institutional and organizational level, in the field of promoting mediation and providing for the education of the disputing parties and other participants in the mediation proceeding about the importance of this legal institute. This confirms the thesis that a legislative reform (although necessary) is insufficient for the recognition and affirmation of any legal institute, including mediation.

---

42 The concept of voluntary mediation may be more appropriate and successful in countries where the awareness of the peaceful dispute settlement is high and where dispute resolution in courts is expensive (like the U.S.). In contrast, in a country such as Serbia, where the institute of mediation is insufficiently acknowledged and where it is relatively easy to initiate a court proceeding, it could have been expected that this legal institute would not provide significant results in terms of improving the efficiency of court proceedings.

\* *Proofreading: Gordana Ignjatović*

## References

Colombo, G. F. (2012). Alternative Dispute Resolution (ADR) in Italy: European Inspiration and National Problems. *Ritsumeikan Law Review*. 29. 71-80.

De Berti, G. (2012). Mandatory mediation: the Italian experience, two years on. [Electronic version]. Retrieved 10.12.2014.

<http://www.internationallawoffice.com>

Gabellini, R. (2010). The Italian Mediation Law Reform. *ADR Bulletin*. 12. 1-7. [Electronic version]. Retrieved 1.12.2014.

<http://epublications.bond.edu.au/adr/vol12/iss3/4>

Knežević, G. Pavić. V. (2009). *Arbitraža i ADR*. Beograd: Izdavački centar Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Ljubović, N. (2012). Medijacija u privredi. In Nedić, B. and Toskić, A. (Ed.). *Primena medijacije u Srbiji: dostignuća i izazovi*. Beograd: Partneri za demokratske promene.

Mojašević, A. (2014). *Ekonomska analiza medijacije: teorijsko-empirijska studija*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.

Quek, D. (2010). Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. 11. 479-509.

Mihailović, G. (2009). Šta smo dobili a šta izgubili sa zakonom o medijaciji. In Ignjatović, T. Dž. and Žegarac, N. (Ed.). *Teorijske osnove medijacije: perspektive i doprinosi*. Beograd: Centar za primenjenu psihologiju.

### Legal sources:

Act on Consensual Financial Restructuring of Companies. *The Official Gazette of the Republic of Serbia*. No. 36. 2011.

Act on Intermediation in Resolving Disputes. *The Official Gazette of the Republic of Serbia*. No. 55. 2014.

Act on Peaceful Resolution of Labor Disputes. *The Official Gazette of the Republic of Serbia*. No. 125. 2004. and 104. 2009.

Civil Contentious Procedure Act [CCPA]. *The Official Gazette of the Republic of Serbia*. No. 72. 2011, No. 49. 2013. – the decision of the Constitutional Court and No. 74. 2013. – the decision of the Constitutional Court.

Directive of the European Parliament and of the Council of the EU on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (Directive 2008/52/EC).

Family Act. *The Official Gazette of the Republic of Serbia*. No. 18. 2005. and 72. 2011.

Mediation Act [MA]. *The Official Gazette of the Republic of Serbia*. No. 18. 2005.

Reports:

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Council of Europe (2012). *European judicial systems, Edition 2012 (data 2010): Efficiency and quality of justice*.

Jean, J. Jorry. H. (2013). *Judicial systems of the European Union countries, Analysis of data by the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ)*. Council of Europe.

Report of the Supreme Court of Serbia for the year 2012, available at: [http://www.vk.sud.rs/assets/files/o\\_sudu/izvestaji/statistika\\_2012.pdf](http://www.vk.sud.rs/assets/files/o_sudu/izvestaji/statistika_2012.pdf)

Report of the Supreme Court of Serbia for the year 2011, available at: [http://www.vk.sud.rs/assets/files/aktuelno/statistika\\_o\\_radu\\_sudova\\_za\\_2011.pdf](http://www.vk.sud.rs/assets/files/aktuelno/statistika_o_radu_sudova_za_2011.pdf)

Report of the Supreme Court of Serbia for year 2010 available at:

[http://www.vk.sud.rs/assets/files/o\\_sudu/izvestaji/godisnji\\_izvestaj\\_o\\_radu\\_2010.pdf](http://www.vk.sud.rs/assets/files/o_sudu/izvestaji/godisnji_izvestaj_o_radu_2010.pdf)

Internet sources:

<http://kluwermediationblog.com/2013/10/09/mandatory-mediation-in-italy-reloaded/>

<http://novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:460347-Gasi-se-Centar-za-medijaciju>

<http://www.adrcenter.com/procedure/international-procedures/mediation-italian-law/>

[http://www.europarl.europa.eu/comparl/juri/hearings/20071004/depalo5\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/comparl/juri/hearings/20071004/depalo5_en.pdf)

<http://www.medijacija.rs/img/rezultati2009.pdf>

**Др Александар Мојашевић,**  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

**(СУДСКА) МЕДИЈАЦИЈА У ИТАЛИЈИ И СРБИЈИ –  
КОМПАРАТИВНА ПРАВНО-ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА**

**Резиме**

*Предмет анализе у овом раду јесте (судска) медијација у Италији и Србији, са правног и економског аспекта. Полазећи од тога да Италија и Србија припадају истом правном систему, да постоје бројни слични проблеми у регулисању и примени медијације у пракси, као и од чињенице да је Италија отишла корак напред у регулисању ове правне установе, пре свега увођењем обавезне медијације, циљ овог рада је компаративно проучити концепте и институционалне форме медијације у две земље и, консеквентно, установити да ли постоје одређена правна решења која би Србија могла да усвоји из италијанског правног система. Полазимо од тога да италијанско искуство у регулисању и примени медијације, посебно њене обавезне форме, представља солидну основу за проналажење одређених правних решења која би евентуално могла да допринесу побољшању ефикасности ове правне установе у нашој земљи. Главни налаз јесте да би увођење обавезне медијације у одређеним споровима, пре свега у грађанским и трговинским споровима, побољшало ефикасност медијације у Србији.*

**Кључне речи:** ефикасност, (судска) медијација, Италија, Србија.



**Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.,\***  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.241-053.6

Раџ примљен: 07.04.2015.

Раџ прихваћен: 24.04.2015.

## **JUVENILE PRISON: REMARKS ON THE SPECIFIC CHARACTERISTICS OF REGULAR SENTENCING\*\***

**Abstract:** *The system of the juvenile criminal law in the Republic of Serbia includes different mechanisms of social response to juvenile delinquency, including corrective orders, corrective measures and juvenile prison. This paper deals with the issue of determining a relevant sentence for juvenile offenders in trial proceedings. The legislator has provided a number of guidelines for these proceedings: the specific range of the juvenile prison sentence, the purpose of punishment, the degree of maturity of a juvenile offender, the time needed for his/her educational and vocational training, and all relevant circumstances envisaged in Article 54 of the Criminal Code. The previous statement reveals the focal points of examination and structural organization in this article, whose purpose is twofold: first, to explain the effect of the subject-specific legal provisions (aggravating and mitigating circumstances) envisaged in the Act on Juvenile Criminal Offenders and Protection of Juveniles in Criminal Law and, second, to establish how the general provisions from the Criminal Code are applied in this case, with special emphasis on their specific manifestations.*

**Key words:** *juvenile prison, purpose of punishment, aggravating and mitigating circumstances.*

---

\* dusica@prafak.ni.ac.rs

\*\* This article is a result of the research conducted within the project "The Protection of Human and Minority Rights within the European Legal Space" (No. 179046), which has been financially supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia.

## 1. Introduction

The formal social response to juvenile delinquency in Serbia has gone through different stages of development. In the first developmental stage, which covered a quite long period of time and featured a larger number of diverse sources, a minor was perceived as “an adult delinquent in a miniature form” (Perić, 1979:5); it implied the same penalties for both adults and minors, including possible limitations in terms of duration and prohibition of awarding certain penalties for minors. The second stage was characterised by a significant emphasis on and acknowledgement of the specific status of juvenile offenders; given their ongoing psycho-physical development and socialisation processes, the legislator focused on the corrective measures and envisaged the juvenile prison sentence as the only criminal sanction (punishment) for minors.<sup>1</sup> The third stage is based on the Act on Juvenile Offenders and Protection of Juveniles in Criminal Law (hereinafter: the Juvenile Criminal Offenders Act (JCOA))<sup>2</sup>. The most prominent characteristics of this Act are the selection and codification of the substantive juvenile criminal law<sup>3</sup>, as well as the reception of the concept of restorative justice as a doctrinal basis for upholding the idea on the protection of minors’ rights and acting in their best interest. The aforementioned platform has led to introducing new mechanisms (such as corrective orders) which allow for the “diversification”, i.e. diversion of the criminal proceedings. On the other hand, the system has preserved the traditional mechanisms: corrective measures and the juvenile prison sentence. There are several idiosyncratic features that distinguish the juvenile prison sentence from the punishment of imprisonment awarded to adult criminal offenders; these are: the specific normative framework; the specific requirements for sentencing and conditional release on parole; the exclusion of legal consequences of conviction by proscribing certain rights; restricting the circle of subjects who may be issued the information about prior convictions; specific statutes of limitations; and specific sentencing rules, which will be discussed further on in this paper (for more details about specific characteristics, see in: Jovašević, 2011: 431). The basic sentencing rule (Article 30, JCOA) indicates an eclectic approach to the subject matter; apart from the observance of the specific legislative framework, the specific purpose of punishment, the degree of juveniles’ maturity and the time needed for the

---

1 It is valid from the moment of the entry into force of the Law on Amendments and Additions to the Criminal Code of FPRY, *the Official Gazette of FPRY, No. 30/59*.

2 *The Official Gazette of the Republic of Serbia, No. 85/05*.

3 Apart from being in line with contemporary tendencies in this area, this process may be justified by the fact that many criminal law principles and institutes are either inapplicable in the area of juvenile criminal law or insubstantial; therefore, it could also be viewed as a quasi- or para-criminal law (Stojanović, 2012: 338-339).

educational and vocational training, this provision obliges the court to evaluate all relevant circumstances envisaged in Article 54 of the Criminal Code.<sup>4</sup> This statement reveals the central themes and structural organisation of this article, whose aim is twofold: first, to explain the effect of specific provisions from the Juvenile Criminal Offenders Act (JCOA) and, second, to establish how the general provisions from the Serbian Criminal Code are applied in this case, with emphasis on their specific manifestations.

## 2. Remarks on the penal framework and purpose of juvenile prison

The first guiding principle in the process of sentencing is the scope of juvenile prison sentence, generally ranging from the minimum sentence of six months to the maximum sentence of five years, except in those cases where a minor stands trial for a criminal act which is punishable by a 20-year term of imprisonment or more, or in case of a concurrent commission of at least two criminal acts which are punishable by a term of imprisonment exceeding 10 years, when the general maximum is reduced to ten years (Article 29, JCOA). In comparison with the former legal solution, this legal provision sustained a significant change; it has been drastically narrowed given that the formerly prescribed minimum sentence was one year and the maximum sentence was ten years. Thus, the court's room for manoeuvre was practically cut down by half. It ultimately yielded negative reactions of some theorists, legal practitioners, prosecutors and judges specializing in juvenile crime (Ignjatović, 2004: 544), who raised a series of objections. The first contested issue was the impossibility of adjusting the punishment to the merits of a specific case, particularly in cases where the court estimates that a five-year term of imprisonment is not an adequate response to the commission of a serious juvenile crime which does not meet the criteria for reducing the penalty to the maximum 10-year term of imprisonment. The minimum term of imprisonment was also disputed; apart from the common objections on short-term imprisonment, the opponents particularly focused on the short period of time for organising and conducting an effective treatment which would be beneficial for a juvenile offender. Briefly, the new legal provision was said to be "*undermining the logic of a good penal system*" (Ignjatović, 2004: 545), which is supposed to be flexible and adaptable to personal characteristics of different perpetrators and distinct circumstances in different criminal acts.<sup>5</sup>

---

4 *The Official Gazette of the Republic of Serbia, No. 85/05, 88/05-corr., 107/05-corr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 and 108/14.*

5 This was the reason to embark on preparing a Draft Act to amend and supplement the Juvenile Criminal Offenders Act, which proposed that the lower general maximum of 5 years' imprisonment should be increased to 7 years' imprisonment. As for criminal offences punishable by a 15-year term of imprisonment (instead of the current twenty) or more,

There are reasonable grounds to challenge the empirical foundation of the new framework and examine its justifiability in correlation to the scope, structure and dynamics of juvenile crime. Does the legal practice reflect any significant changes in these indicators, which may eventually justify the idea on the need to institute less repressive measures? The statistical data from 1999 to 2005 indicate some stagnation in the total number of registered, charged and convicted minors, which is contrary to (rather frequent) arbitrary estimates on the permanent rise of this form of social pathology; concurrently, the data include a remark on the notable increase of the number of juvenile delinquents in the total population of juveniles, as well as a rise of criminal acts involving elements of violence (Ilić, 2007: 298). The last two pieces of information are not in the least encouraging and they should not be overshadowed by the initial observation on the mild stagnation in juvenile crime. On the other hand, it is worth noting that the social response in the given period was primarily based on correctional and educational measures rather than punishment; thus, the ratio between the imposed correctional measures and juvenile prison was 99.1% to 0.9%; yet, the scope of corrective measures applied in juvenile prison was still very low (3,7% ) as compared to the total total number of corrective measures (Ilić, 2007: 300). All this accounts for the fact that the response was based on awarding minimal penalties and using non-repressive mechanisms, primarily those of a non-institutional character.

A critical evaluation of the new framework of the juvenile prison sentence would be incomplete without an overview of comparative law. In this regard, special attention is given to the neighbouring countries, primarily the former Yugoslav republics, not only because of the similar social circumstances but also because the starting points in the development of their legal systems were similar to ours. The penal systems of Montenegro,<sup>6</sup> the Republic of Srpska,<sup>7</sup> Croatia<sup>8</sup> and Slovenia<sup>9</sup> include the same minimum and maximum of juvenile prison penalties

---

there was a proposal for imposing a 10-year term of imprisonment (Milošević, 2008: 284). However, these changes have not been adopted to the present day.

6 Article 33, par. 1 of the Act on the Treatment of Juveniles in Criminal Proceedings, *the Official Gazette of Montenegro, No. 64/11*. The earlier legal solution prescribed a minimum of six months' imprisonment and a maximum of eight to ten years (more in Jovašević, 2010: 148).

7 Article 51, par. 1 of the Act on Protection and Treatment of Children and Juveniles in Criminal Proceedings, *the Official Gazette of the Republic of Srpska, No. 13/10*. The tendency towards a less repressive social response is obvious in the legislation of the Republic of Srpska, given that the previous legal solution prescribed a range from one to ten years' imprisonment (Babić, Marković, 2008: 508).

8 Article 25, par. 1 of the Juvenile Courts Act, *the Official Gazette of the Republic of Croatia, No. 84/11, 143/12 and 148/13*.

9 Cited according to Selinšek, 2007: 335.

as ours, whereas the penal system of FYR Macedonia includes the range of one to ten years' imprisonment.<sup>10</sup> As for other countries, the German legal system (for example) includes the same penal framework as the one envisaged in Serbia.<sup>11</sup>

However, if the scope is viewed in relation to other provisions, it is clearly in line with the general tendency to make the response to juvenile crime less repressive. This tendency is also present in many other legal provisions, including the sentencing rule that the imposed sentence shall include only full months and years,<sup>12</sup> the new requirements for the application of parole,<sup>13</sup> and others.

Modelled on previous legal solutions, the new legislative act includes the rule which prescribes that a minor cannot be sentenced to a term of imprisonment longer than the specifically prescribed punishment for the given crime, but the court is not bound to apply the minimum term of imprisonment. This rule does not actually have any practical significance for all criminal acts whose specific minimum is the same as the general maximum of the juvenile prison sentence. However, if the minimum is higher, the court is obliged to step out of the penal framework which is prescribed for the given crime; it practically implies a modification of the institute of mitigating the punishment, which can obviously be applied regardless of the conditions provided in the general criminal law. On the other hand, the fact that a minimum of less than six months is prescribed for a specific criminal act is also irrelevant given that the juvenile prison sentence cannot be awarded for less than six months.

The second guiding principle of regular sentencing is the purpose of juvenile prison sentence. To a certain extent, it coincides with the purpose of corrective measures, particularly in the segment referring to the reintegration of juveniles in the social community (Article 10, par. 1, JCOA). The necessary assumptions for successful reintegration (as the final outcome) are the development and strengthening of a minor's personal responsibility, as well as the correction and proper development of his/her personality, which are achieved by means of supervision, assistance and vocational training. Yet, irrespective of these

---

10 Article 44, par. 2 of the Juvenile Justice Act, *the Official Gazette of the FYR of Macedonia*, No. 87/07, 103/08, 161/08 and 145/10.

11 Article 18, *Jugendgerichtsgesetz*. For a detailed review of this decision in comparative law, see in Knežević, 2010:84 and in Radulović, 2010: 160-162.

12 This rule has replaced the earlier one where the sentence was expressed in full years and half a year.

13 There is a partial overlapping in the old and the new requirements. Therefore, a minor is required to have served one third of the sentence before being released; the difference is that, under the former requirements, a minor could not have been released before the completion of one year; under the new requirements, a minor cannot be released on parole before the completion of six months.

specific features, it is still penalty whose purpose is supplemented with general prevention elements. Thus, the sentence and the execution of the awarded penalty should exert an impact on other minors and deter them from committing criminal acts in the future (general prevention); on the other hand, it should also exert a stronger impact on a specific juvenile offender and deter him/her from further commission of crime (specific prevention). To sum up, we may conclude that juvenile prison sentence, just like other forms of punishment, features certain retributive elements; however, it should be clearly noted that the purpose of juvenile prison sentence is primarily of correctional and educational nature.

### **3. Minors' level of maturity and time needed for their educational and vocational training**

The minor's level of maturity is the first specific circumstance which the court should take into account in the process of sentencing a minor to serve time in juvenile prison. It is a new term, given that earlier regulations referred to the level of mental development. In the domestic theory, there is no unique approach to the interpretation of this term. While some believe that it corresponds to the concept of sanity in the general criminal law, implying the minor's ability to comprehend the significance of his/her acts and to control his/her actions (Perić, 2005: 85, Lazarević, Grubač, 2005: 54), others deny it stating that maturity as a circumstance relevant for sentencing a minor to juvenile prison represents the so-called general and not specific maturity (sanity) as the basis of culpability (in particular, Drakić, 2010: 52, although some authors can be indirectly connected to this attitude, see Radulović, 2010: 155).<sup>14</sup> Qualifiers such as 'general' and 'specific' unambiguously indicate different scopes of these terms. Hence, general maturity refers to the personality as a whole, i.e. *"to the level of development of organs and psychological functions of a concrete minor in relation to the social environment which surrounds him/her"* (Drakić, 2010: 52, previously also Singer, 1992: 205). The second point of view seems to be more acceptable, especially on the basis of a systematic interpretation. Starting from the assumption of coherence of the criminal law system, the arising question is why the legislator would include the notion of sanity into the process of sentencing twice: first, through a circumstance of maturity and, then, through a circumstance of the degree of culpability (given that it is already its constituent part). Even assuming that maturity (perceived in the sense of juvenile sanity) is specific and different from the sanity of adults, there would still be no justification because, as such, it would surely be included in the notion of culpability, due to the *lex*

---

<sup>14</sup> There is also a third group of theorists who only state the relevant circumstances, without engaging themselves into the problems of interpretation (Knežević, 2010: 88, Jovašević, 2010: 154, Škulić, 2011: 307).

*specialis* principle. However, the issue that perhaps confuses legal experts does not confuse psychiatrists, who are called as experts to state their opinions on this matter. Therefore, forensic psychiatry particularly emphasizes that, in the case of older minors, the expert does not only express the opinion on a minor's bio-psycho-social maturity but also evaluates the minor's ability to understand the significance of his/her act and the ability to control his/her actions (Krstić, 1996: 166, Ćirić, 2013: 297, etc.), which clearly makes a distinction between (general) maturity and sanity. A direct consequence of the described concept of general maturity leads to the fact that maturity is not observed in relation to a given criminal act, nor is it evaluated on the basis of the actual time when the act was committed, but within the framework of the minor's general behaviour and within a wider time interval. On the contrary, all theorists who claim that maturity and sanity are synonymous terms (which is a generally accepted attitude) insist on the fact that it is evaluated *tempore criminis* and in relation to the committed criminal offence (Perić, 2005: 85, Lazarević, Grubač, 2005: 54). As it seems more reasonable to observe the notion of maturity in its wider sense, the court should be warned about the possible risk of digression and generalisation. The evaluation of the smallest segments of one's bio-psycho-social profile is unnecessary; therefore, all the facts that are unrelated to the evaluation of the purpose of punishment should not be of interest to the court.

The second specific circumstance is the time needed for the educational and vocational training. As compared to the earlier formulation of this circumstance, there is evidence of change, which is reflected in the exclusion of the term "re-education" (correctional education). Although the lack of linguistic finesse might lead someone to believe that these terms as synonyms, this is not the case. The term "re-education" implies a necessary assumption of a lower or higher degree of negative, deeply rooted and unacceptable attitudes and habits; on the other hand, the term "education" is slightly more neutral and places less emphasis on the aforementioned assumption of stigmatisation. However, with or without the word "re-education", this circumstance nevertheless underlines the specific preventive character of juvenile prison. To a certain extent, insisting on the duration of penalty only within the time period which is needed for the educational and vocational training of minors indirectly points to the criteria for the evaluation of the significance of the circumstances prescribed in Article 54 of the Criminal Code. Therefore, the top of the list includes the circumstances pertaining to a juvenile offender whose influence should be more dominant than the other factors.<sup>15</sup>

---

15 On the contrary, when it comes to adult perpetrators, the issue of greatest significance in the process of regular sentencing is the severity of violating or endangering the protected values (Lazarević, 2011: 258).

#### 4. Specific features of general mitigating and aggravating circumstances envisaged in the Criminal Code

The list of mitigating and aggravating circumstances places the degree of culpability at the top. There are no separate, special rules in the Juvenile Criminal Offenders Act for the notion of culpability; therefore, it is assumed that the general rules from Article 22 of the Criminal Code are applied here too.<sup>16</sup> This necessarily implies that a minor was sane, that he/she acted with intent or negligently, and that he/she was aware or that he/she was obliged to be aware or might have been aware of the illicit nature of the criminal act. Sanity, or maturity in its narrow sense, would imply a minor's psychological capacity which enables him/her to grasp the significance of his/her act within a common causal sense, and to restrain the stimuli driving him/her to commit the criminal act. In psychological terms, it includes intellectual and emotional maturity and, in the case of sex crimes, it also includes psycho-sexual maturity (Hrnjica, 2003: 202-207). Intent and negligence, together with the awareness of the illicit nature of an act, are also commonsense concepts. However, is it all that simple? Apparently not, as the legislator has proposed a high degree of culpability as a condition for imposing a juvenile prison sentence.<sup>17</sup> Therefore, any form of psychological content which is incompatible with the high degree of culpability would never be included in the process of sentencing because its inclusion would automatically exclude the option of imposing a juvenile prison sentence. The court would then

---

16 As a slight digression, we should point out to a tentative, uncertain and insufficiently profiled attitude of the legislator on the position and role of culpability in juvenile justice. It is specifically mentioned as a highly qualified condition for imposing the juvenile prison sentence. This is not the case with correctional measures; thus, culpability is not a precondition either for imposing these measures or for their duration. This is clearly confirmed by the procedural rule which states that the decision on imposing a correctional/educational measure shall not proclaim a minor guilty. Besides, a terminological analysis of basic provisions stating that the Act is applicable to "*juvenile perpetrators of criminal offences*" (Article 1, JCOA), thus excluding the application of this Act against "*a person under fourteen years of age at the time of commission of an unlawful act which is prescribed as a criminal offence*" (Article 2, JCOA), clearly confirms that the starting point has been the concept of a criminal offence envisaged in the Serbian Criminal Code, which includes the notion of culpability as a constituent element of crime. How can this now be correlated with the rule that culpability does not affect the imposition of correctional measures? There is simply no way to do that because it is a result of the legislator's inconsistency which calls for future corrections *de lege ferenda*, either by envisaging culpability as a condition for imposing corrective measures or by replacing it with another illicit act which is prescribed as a criminal offence.

17 The prerequisites for imposing a juvenile prison sentence are as follows: that the criminal act has been committed by an elder juvenile offender; that the committed criminal act is punishable by a term of over 5 years' imprisonment; and that the imposition of a connectional education measure would not be justified due to a high degree of culpability as well as the nature and gravity of the committed offence (Article 28, JCOA).



be forced to choose something else from the available registry of penalties for minors. In order to impose some boundaries on the court's potential scope of influence, it is necessary to start from sanity and the possibility of determining the degrees of sanity. Complete sanity and a higher degree of culpability go "hand in hand", and there is nothing disputable about it, but, what about a lower or substantially lower degree of sanity? Here too, opinions are divided, starting from the attitude that even a slightly lower degree of sanity is completely incompatible with a high degree of culpability (Perić, 2005: 86 and further, Radulović, 2010: 151) to entirely opposite claims (Drakić, 2010: 57). Given that a lower degree of sanity is not a monolithic category and that it can be graded, it may be concluded that diminished capacity may not always annul a high degree of culpability, especially in cases involving a slightly lower degree of sanity. On the other hand, in cases concerning minors, there is a consensus that a high degree of culpability cannot be grounded on a substantially lower degree of sanity. Once again, this underscores the specific features of minors as a social category, given the fact that a substantially lower degree of sanity in adult offenders does not necessarily exclude intent. In this sense, intent can serve as a compensation for the low degree of sanity, thus increasing the degree of culpability, providing that there is awareness about the illicit nature of the act. It should also be noted that the sanity of adults is presumed (although the presumption may be contested), whereas the sanity of minors has to be proven. This is simply a consequence of the minors' basic features and on-going development rather than a consequence of an assumption of some form of pathology.

There is no doubt that a high degree of culpability can be proven on the basis of proven intent. On the contrary, negligent behaviour is usually regarded as its antipode. Certain authors point out that the aforementioned attitude is denied in practice because sometimes negligence is a cover for an inconsiderate, arrogant, completely disinterested and utterly irresponsible behaviour of minors towards the wellbeing of others (Drakić, 2010: 57, Knežević, 2010: 84). This means that in the process of determining the degree of culpability, the court, as a rule, deals with intent and, only in particular cases, with negligence. It should be noted that a small number of negligence cases is a result of a small number of these acts, which are associated with juvenile prison sentence and additionally narrowed by the condition concerning the specifically prescribed penalty (for a criminal act punishable by a proposed penalty of more than five years). However, some theorists warn that negligence should not be connected with the possibility of imposing the juvenile prison sentence as it would be "*a detour from the restrictive approach in the process of punishing minors towards the extensive interpretation, which is definitely undesirable in this type of sanction*" (Radulović, 2010: 151).

The presence of minors' awareness about the illicit nature of a criminal act is grounded on the so-called moral and social maturity. A morally mature individual is aware of social demands and expectations, and he/she is capable of complying with them not out of fear of sanctions but because he/she understands the benefits stemming from the compliance both for himself/herself and for others (Hrnjica, 2003: 207). Social maturity indicates the minor's ability to integrate into the society, i.e. to establish successful relations on the individual/group level (Hrnjica, 2003: 204). The concept of awareness about the illicit nature of the act does not have any specific or distinctive meaning and it should be understood in general commonsense terms, as a lay concept. The specific feature here is the need for a higher degree of caution in the process of establishing the presence of such awareness in juveniles, primarily because of their young age and maturity. After all, they are just minors. In comparison to adults, the constitution of a minor's personality may make it more difficult for him/her to become aware of the illegality of certain behaviour. However, in order to get the proper picture, the entire process should include the data regarding the most common misdemeanours (delicts) performed by minors. Statistics show that the the most common criminal acts committed by minors are offences against property, public order and peace, life and limb.<sup>18</sup> This common knowledge provides a high level of certainty for the assumption that a minor is a suitable addressee of the norm, which could not be claimed with certainty for some other cases of incrimination, especially those from the secondary legislation.

Sentencing a minor to juvenile prison also includes motives, given that the evaluation of culpability, which is necessary in order to choose the proper measure of this penalty, would be incomplete without taking them account. We should also bear in mind that motives contribute to "putting together" of a general ethical picture about the personality of any individual, including a juvenile perpetra-

---

18 To illustrate: the statistical data for the year 2013 (author's note: at the time of preparing this paper, the data for 2014 were not processed) show that there was a total number of 1,554 convicted older minors. A total of 903 minors (58.11%) committed a criminal offence against property, 201 minors (12.93%) committed an offence against public order and peace, and 184 minors (11.84%) committed an offence against life and limb. The list includes offences against: safety of public traffic (62 minors), marriage and family (17), rights and freedoms (13), state authorities (9), gender rights (8), environment (7), general public safety (5), judicial system (5), legal transactions (5), constitutional system and security (3), humanity and other values protected under international law (3), military (2), intellectual property (2), economy (2), honour and reputation (1), safety of computer data (1); eight minors were convicted for acts falling within the scope of secondary criminal legislation but there are no details about the nature of these acts (source: the Statistical Office of the Republic of Serbia, 2014: 50-51).

tor.<sup>19</sup> The nature of this article calls for the selection of those motives which are assumed to be more common in minors than in adults. A typical example are the so-called motives of adventure, which occur due to wrong or negligent upbringing, which leads a minor to identify him/herself with negative models of behaviour: *“An exaggerated influence of trashy literature and films, whose lead characters are strong, powerful, great fighters, well-armed, wealthy and extremely dynamic, leaves a strong impression on young people, whose reality and everyday life is different, bleak, full of poverty and privation. Dynamics, glitz, wealth, luxury, cars, and beautiful women fascinate and, in a metaphorical sense, hypnotise both children from poor workers’ barracks and mouldy rented rooms as well as prodigal and spoiled children of wealthy parents who have given them everything except love, working habits and modesty”* (Simonović, 1991: 585-586). The motives of adventure can be embodied in different forms of illicit behaviour; since they lead to the creation of a crude and unrefined hedonistic life orientation, they usually guide a minor towards criminal acts against property. Besides motives of adventure, we should also mention the motives of hooliganism, which in a certain number of cases create a psychological background of violent behaviour, participation in fights, endangerment of safety, causing severe body injuries, committing homicides and similar criminal acts. In psychology, there is no generally accepted explanation of the motives of hooliganism; some believe that these motives stem from the need to release the accumulated negative energy; others think that this is a complex motive which is produced by combining wickedness, revenge and jealousy; there are also those who speak about a sadistic desire to prove oneself to others and to oneself through the manifestation of power over other people (Simonović, 1991: 534-535). Either way, the occurrence of such motives proves the existence of a negative and undesirable system of values, which should be taken into consideration in the process of sentencing a juvenile to prison because the time needed for correction depends on how deeply rooted these values are. Other motives which are characteristic for minors are the motives of social and psychological compensation where the act is committed with the aim of compensating real or imaginary failures and imperfections, as well as the status motive, the motive of entertainment and the motive of vengeance (Škulić, 2011: 61).

The generally accepted understanding that the severity of violation or endangerment of the protected value points to the consequence of a criminal act, in

---

19 Their significance is constantly emphasised within the frameworks of juvenile criminal law. Hence, motives have to be taken into account in the process of choosing a correctional measure. Yet, the fact that is confusing here is that culpability is not considered to be the basis for imposing correctional measures, in which case it seems illogical to insist on the motives. In our opinion, this is another proof that the legislator has not completely resolved the issue concerning the position of culpability in the juvenile criminal law system.

its concrete and committed form, has generated certain dilemmas regarding the juvenile prison sentence. This conception has not been disputed *per se* but it has caused problems in the context of earlier conditions for imposing the juvenile prison sentence. In that sense, the concept of “severe consequences of an act” divided theorists and practitioners into those who thought that the juvenile prison sentence was automatically excluded if the act was qualified as “an attempt” and those who tried to find some highly disputable arguments for its application. The majority were prone to accept the interpretation that in this case the juvenile prison sentence was not an alternative (Perić, 1995: 47) even though they considered that it was not always criminally and politically justified; accordingly, they advocated the intervention *de lege ferenda*. In the Juvenile Criminal Offenders Act, the formulation “severe consequences of the offence” was replaced with the formulation “nature and gravity of the offence” (Article 28, JCOA), which has given this condition an entirely new, wider sense. The old dilemma is no longer valid considering that this provision is interpreted in such a way that the juvenile prison sentence can be imposed in either case: when the act was committed and when it was only attempted (Perić, 2005: 87).

Considering the circumstances under which a criminal act is committed, there are two facts which seem significant. First of all, in comparison to a common adult person, it is much harder for a minor to resist when “the opportunity calls.” Psychological characteristics of a developing personality make it more difficult for minors to fight the impulses and to control their behaviour. Secondly, similar effects can be achieved by the influence of other individuals: parents, a trustworthy person or a group of peers. Minors are much more susceptible to influences and less resistant to actions of others, irrespective of how these actions are manifested: either in the form of pressure or only through the presentation of possible benefits of committing the act. When it comes to an offence committed by a group of minors, we should bear in mind that it may sometimes include a minor who is not actually very “enthusiastic” about committing a crime but does not want to give up or to refuse to participate since he/she would be the subject of disrespect, ridicule and rejection; such situations are much more frustrating for minors, who are still developing their identity and searching for their place in society, than for adults.

Another important element which should be singled out from the multifaceted concept of ‘life history’ is the concept of previous convictions or absence of criminal record. In this context, the inefficiency of a previously imposed correctional measure is viewed as one of the indicators that it may be necessary to impose a juvenile prison sentence, whereas the previous convictions to a juvenile prison sentence are taken as an aggravating circumstance. The process of obtaining information from the registry of prior convictions to serve a juvenile prison

sentence is regulated by referral to Article 102, par. 2 of the Criminal Code (Article 34, JCOA). The information about the imposed correctional measures may be issued only upon the request of the competent court, the public prosecution office and the social service (guardianship) authority (Article 27, par. 1, JCOA). But, no information can be provided on the correctional measures imposed for criminal acts which are punishable by a fine or a term of imprisonment up to three years, if the person whose information is requested has attained the age of 21.

The young age and general characteristics of the population of minors also call for some specification or modelling of personal life circumstances. Thus, the distinctive circumstances within the minor's primary family unit are given priority and regarded as highly relevant in sentencing. In contrast, in an insignificant number of cases, the process of sentencing may include a minor's marital status, parenthood or employment. Yet, a low incidence of these factors in the population of minors statistically reduces the probability that these factors will influence the choice of penalty. On the one hand, the specific characteristics of minors' age and personality may lead to the marginalisation of certain facts; on the other hand, they may also contribute to introducing some other facts (such as the fact that the offender is attending school on a regular basis), which are hardly ever related to adults.

In the aetiology of juvenile crime, it has been generally recognized that the family unit, as a micro-social factor, is the most significant of all social factors (Konstantinović Vilić, Nikolić-Ristanović, Kostić, 2009: 229). Therefore, the court should pay attention to the fact whether perpetrators come from deficient or degraded families. A deficient and incomplete family, most frequently due to the parents' divorce, can cause an emotional insecurity and frustrating feelings of alienation and rejection, which very often produce destructive forms of behaviour. A more detrimental impact is produced by a degraded family, marked by a negative atmosphere, disrupted relations between the family members in various combinations, and frequently the presence of some form of social pathology in parents (alcoholism, substance abuse, prostitution, gambling or engaging in criminal acts). The constant presence of tension, conflicts, arguments and physical and psychological violence compromises the process of social adaptation. Parents, as negative role models, greatly contribute to the creation of negative personality traits, aspirations and beliefs of minors. A special form of this type of family is the so-called criminogenic family environment, where the parents actively encourage their children to be delinquents and raise them in that direction (Konstantinović Vilić, Nikolić-Ristanović, Kostić, 2009: 230). In extreme conditions, parents use force in order to make their child commit criminal acts; however, the legal significance of this phenomenon is not reflected through the process

of sentencing but through some other criminal law institutes. Even though the asocial behaviour, neglect and inadequate upbringing as consequences of such family circumstances cannot be attributed to a minor, they directly influence the time needed for his/her correctional education. Putting the “problematic” families aside, a mitigating circumstance may be a lack of parental control, which even does not have to be regular and substantial; it is sufficient that it has contributed to the minor’s commission of the act.

Apart from the family unit, another significant factor of socialisation is school. In this sense, the school environment is one of the primary social groups where the minor’s personality is formed. It is indisputable that the evidence of a child’s social adaptation is a demonstrated positive behaviour at school, regular attendance, no-conflict relations with others, meeting the school requirements and duties, etc. However, all these elements are seldom taken into consideration in the course of sentencing juvenile offenders, particularly considering that some empirical research have shown that minors who are in conflict with the law are almost as a rule in “conflict with the school” (Konstantinović Vilić, Nikolić-Ristanović, Kostić, 2009: 375; Radulović, 2010: 161). The research results indicate that low academic achievement, grade failure and repetition, truancy, bad relationships with school peers, non-acceptance and disrespect of teachers’ authority constitute a typical pre-delinquent image of a juvenile offender. Such attitude towards school and education reflects another aspect of neglect and abandonment.

Another legal circumstance worth mentioning is detention of a juvenile offender after the commission of the act; however, it does not include any specific features which could be taken into account in the process of sentencing minors to juvenile prison. The only notable issue may be the financial status of minors, who are largely unemployed and without any personal income or property; this fact may have a significant impact on their financial capacity to compensate the victim for the incurred damage or harm, even if they may be willing to do so.

Minors’ property status is the only absolutely irrelevant fact provided in the Criminal Code. As one’s property status is specifically related to monetary penalty (fine), there is not point to speak about it in the context of juvenile prison sentence.

Another specific circumstance that may be worth mentioning is the sentence for hate crimes, which was introduced in the new provisions of the Criminal Code of 2012<sup>20</sup>; yet, a relatively short period of its usage does not provide for a substantial review of its application in our legal practice. The experiences

---

20 If a criminal act has been committed out of hate, due to racial or religious affiliation, national or ethnical affiliation, gender, sexual orientation or gender identity, this circumstance

from some other countries point to the assumption that juvenile perpetrators of hate crimes may relatively often be sentenced in the course of regular court proceedings. In Germany, for example, it has been determined that almost 30% of perpetrators of hate crimes were minors aged 16 or 17, at the time of committing the act, whereas two thirds of the offenders were below the age of 20. These results were confirmed by the studies conducted in the USA (Pavlović, 2009: 332). Furthermore, some forms of hate crime (such as the so-called ‘crimes for fun’) are committed by minors, most frequently acting in groups (gangs); they are commonly aimed against a previously unknown victim and committed for fun, “to slay boredom” or to deserve respect of other “like-minded” youngsters (Pavlović, 2009: 327).

## 5. Concluding remarks

The primary focus of this article has been to elaborate on the interpretation of specific circumstances and specific features in the general mitigating and aggravating circumstances envisaged in the Serbian Criminal Code. However, in order to provide a comprehensive understanding of the process of sentencing juvenile offenders, it is necessary to make a short analysis of the policy for imposing penalties on juvenile offenders. The analysis shows that courts very rarely choose the option of juvenile prison and that they primarily opt for corrective measures. Thus, the prevalence of juvenile prison sentence in the overall structure of imposed penalties may be said to be almost irrelevant because it is around one percent on the average.<sup>21</sup> This clearly confirms the opinion that juvenile prison sentence is “the last resort” which comes into play only if all other options are exhausted. However, it does not make the problem of sentencing minors to juvenile prison any less significant, primarily due to the sensitivity of this issue. Besides, the data from the observed ten-year period indicate that courts most frequently impose the juvenile prison sentence for a period of over six months up to two years; it means that they use the lower half of the available sentencing scale, which is evident in the Table provided below.<sup>22</sup>

---

will be taken by the court as an aggravating circumstance, unless it is prescribed as the essential element of a criminal act (Article 54a, Criminal Code).

21 The exact data for the period from 2004 to 2014 are as follows: 0.77%, 0.48%, 1.58%, 1.37%, 1.71%, 0.52%, 0.99%, 0.15% and 0.51%. The prevalence is calculated on the basis of data contained in the official publication of the Statistical Office of the Republic of Serbia, 2014: 49.

22 The data are taken from the official publication of the Statistical Office of the Republic of Serbia, 2014: 49.

Year	5 to 10-years' term of juvenile imprisonment	2 to 5 years' term of juvenile imprisonment	1 to 2 years' term of juvenile imprisonment	6 months to one-year term of juvenile imprisonment	Total
2004	4	2	-	4 (40%)	10
2005	2	1	-	4 (57.1%)	7
2006	4	3	-	10 (58.8%)	17
2007	1	4	-	25 (83.3%)	30
2008	1	7	-	9 (52.9%)	17
2009	2	4	-	13 (68.4%)	19
2010	-	1	-	4 (80%)	5
2011	1	5	-	7 (53.8%)	13
2012	-	-	-	2 (100%)	2
2013	3	2	-	3 (37.5%)	8

Finally, the remaining question is what kind of developments are to be expected in the future policy for sentencing juvenile offenders, particularly taking into account that our theory contains many different suggestions not only concerning the juvenile prison sentence concerning the entire penal system for minors. Some of these suggestions could have a significant impact on the wider use of juvenile prison sentence, such as the suggestion to provide such penalty for younger minors if the committed criminal offence is punishable by a term of 30 to 40 years' imprisonment (Perić, Milošević, Stevanović, 2008: 160-161); yet, such proposals are most unlikely to be put into effect. It is much more realistic to develop the penal system by introducing alternative sanctions, which may eventually reduce the application of juvenile prison sentence as the "last resort." More alternatives would logically imply fewer prison sentences. A possible introduction of monetary penalty (fine), which is already part of the Misdemeanour Act, is fully recognized in the comparative juvenile criminal law and envisaged in international documents. The introduction of conditional sentence (see more in Ćorović, 2013: 49-62 and Škulić, 2011: 166) could contribute to a less repressive approach to sentencing juvenile offenders, provided that there are no significant changes in juvenile crime trends.

*Translated by Nikola Tatar, Gordana Ignjatovic*



## Bibliography

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

Drakić, D. (2010). *O krivičnoj odgovornosti maloletnika*. Sremski Karlovci, Novi Sad: Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića

Zakon za maloletnička pravda. *Služben vesnik na RM*. Br. 87(2007), 103 (2008), 161 (2008) i 145 (2010)

Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku. *Službeni glasnik RS*. Br. 13 (2010)

Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika FNRJ. *Službeni list FNRJ*. Br. 30 (1959)

Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica. *Službeni glasnik RS*. Br. 85 (2005)

Zakon o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku. *Službeni list CG*. Br. 64 (2011)

Zakon o sudovima za mladež. *Narodne novine RH*. Br. 84 (2011), 143 (2012) and 148 (2013)

Ignjatović, Đ. (2004). Maloletničko krivično pravo između bolećljivosti i retributivnosti. *Pravni život*. 9. 529-553

Ilić, Z. (2007). Kriminalitet mladih i reforma pravno-institucionalne zaštite u Srbiji. U Ignjatović, Đ. (Prir.). *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reaganovanja*, I deo. Beograd: Pravni fakultet. 296-313

Jovašević, D. (2010). *Položaj maloletnika u krivičnom pravu*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta.

Jovašević, D. (2011). Primena kazne maloletničkog zatvora – stanje i mogućnosti. *Teme*. 2 (XXXV). 421-439

Jugendgerichtsgesetz. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/jgg/gesamt.pdf> Accessed on 7<sup>th</sup> March 2015

Knežević, S. (2010). *Maloletničko krivično pravo (materijalno, procesno, izvršno)*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta

Konstantinović Vilić, S., Nikolić-Ristanović, V., Kostić, M. (2009). *Kriminologija*. Niš: Pelikan print

Krivični zakonik. *Službeni glasnik RS*. Br. 85 (2005), 88 (2005-ispr.), 107 (2005-ispr.), 72 (2009), 111 (2009), 121 (2012), 104 (2013) and 108 (2014)

- Krstić, B. (1996). *Sudska psihijatrija*. Niš: Studentski kulturni centar
- Lazarević, Lj. (2011). *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*. Beograd: Službeni glasnik
- Lazarević, Lj., Grubač, M. (2005). *Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*. Beograd: Justinijan
- Milošević, N. (2008). Planirane izmene u Zakonu o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica. U Bejatović, S. (Prir.). *Krivičnopravna pitanja maloletničke delinkvencije (str. 277-290)*. Beograd: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu
- Pavlović, M. (2009). Specifične karakteristike učinilaca i žrtava zločina mržnje. *Zbornik radova*. 3. 325-346
- Perić, O. (2005). *Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*. Beograd: Službeni glasnik
- Perić, O. (1995). *Komentar krivičnopravnih propisa o maloletnicima, propisi SRJ, RS i CG*. Beograd: Službeni glasnik
- Perić, O. (1979). *Maloletnički zatvor – primena i izvršenje*. Beograd: Privredna štampa
- Perić, O., Milošević, N., Stevanović, I. (2008). *Politika izricanja krivičnih sankcija prema maloletnicima u Srbiji*. Beograd: Centar za mir i razvoj demokratije
- Radulović, Lj. (2010). *Maloletničko krivično pravo*. Beograd: Pravni fakultet
- Radulović, Lj. (2010). Funkcija obrazovanja u suzbijanju maloletničkog kriminaliteta. *Strani pravni život*. 1. 145-168
- Selinšek, Lj. (2007). *Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela*. Ljubljana: GV Založba
- Simonović, B. (1991). *Kriminološki, krivičnopravni, krivičnoprocesni i kriminalistički aspekti motiva krivičnog dela*, doktorska disertacija (neobjavljena). Kragujevac: Pravni fakultet
- Singer, M. (1992). *Krivično pravo i kriminologija*. Zagreb: Globus
- Stojanović, Z. (2012). *Krivično pravo, Opšti deo*. Beograd: Pravna knjiga
- Republički zavod za statistiku. (2014). *Maloletni učinioci krivičnih dela – prijave, optuženja i osude*. Bilten br. 588
- Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Kž. 27/2002 od 26. februara 2002. godine. *Revija za kriminologiju i krivično pravo*. 1 (2005). 84

Ćirić, Z. (2013). *Sudska psihijatrija*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta

Ćorović, E. (2013). Neke pravnoteorijske dileme u kažnjavanju maloletnika. *Revija za kriminologiju i krivično pravo*. 1 (51). 49-62

Hrnjica, S. (2003). *Opšta psihologija sa psihologijom ličnosti*. Beograd: Naučna knjiga

Škulić, M. (2011). *Maloletničko krivično pravo*. Beograd: Pravni fakultet

**Др Душица Миладиновић-Стефановић,**  
*Доцент Правног факултета, Универзитет у Нишу*

### **МАЛОЛЕТНИЧКИ ЗАТВОР – НАПОМЕНЕ О СПЕЦИФИЧНОСТИМА РЕДОВНОГ ОДМЕРАВАЊА**

#### **Резиме**

*Систем малолетничког кривичног права у Републици Србији садржи различите механизме реаговања на малолетничку делинквенцију, почевши од васпитних налога, преко васпитних мера, до малолетничког затвора. Овај рад је посвећен проблему редовног одмеравања једине казне предвиђене за малолетнике. Законодавац је за одвијање овог процеса поставио неколико смерница: распон казне малолетничког затвора, сврху кажњавања, степен зрелости малолетника, време потребно за његово васпитање и стручно оспособљавање, али и све релевантне околности из чл. 54. Кривичног законика. Поменута констатација открива и централне теме и систематику даљег излагања, пред којим се налазе два задатка – прво, да се објасни дејство посебних околности из Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, и друго, да се установи како се опште околности из Кривичног законика примењују у овом случају, са посебним освртом на њихове специфичне манифестације.*

**Кључне речи:** *малолетнички затвор, сврха кажњавања, олакшавајуће и отежавајуће околности.*



*Др Дарко Димовски,\*  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу*

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.85-053.6:796

Рад примљен: 31.03.2015.

Рад прихваћен: 10.05.2015.

## **ПРЕВЕНЦИЈА КРИМИНАЛИТЕТА КРОЗ БАВЉЕЊЕ СПОРТОМ И ФИЗИЧКОМ АКТИВНОШЋУ\*\***

**Апстракт:** Аутор је, полазећи од одређења спорта, представио могућности његове примене у превенцији криминалитета и делинквенције. Анализирана је стопа малолетничке делинквенције у одређеним државама, попут Канаде, уз наглашавање чињеница да класичне кривичноправне мере не дају адекватне резултате. Стога је неопходно, како истиче аутор, применити неке друге мере превенције које се отелотворују у примени спорта и физичких активности. Представљени су примери добре праксе у државама које су највише постигле у изградњи оваквих програма. На крају рада аутор наглашава потребу стварања оваквих програма у Републици Србији, јер је број пријављених кривичних дела почињених од стране малолетних и пунолетних лица повећан.

**Кључне речи:** спорт, физичка активност, превенција, малолетничка делинквенција, криминалитет.

---

\* darko@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је реализован у оквиру пројекта бр. 179046, Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије

## 1. Увод

Једнообразна дефиниција спорта не постоји, јер се приликом његовог одређења полазило од различитих критеријума. Наиме, као критеријуми за дефинисање спорта наводе се: забава, игра, борба, нагон, страст као институционална сфера која је настала индустријском револуцијом.<sup>1</sup> Иако постоје различите полазне основе одређења спорта, једна од дефиниција може гласити да је спорт активност која укључује физички напор и вештину у којој се појединац или тим такмиче против другог појединца или тима ради забаве.<sup>2</sup> Специјална агенција Уједињених нација UNESCO под спортом означава „све облике физичке активности, који, кроз повремено или организовано учешће, имају за циљ изражавање или побољшање физичке кондиције и ментално благостање, формирање друштвених односа или остваривање резултата на свим нивоима“.<sup>3</sup> Уједно, UNESCO користи једно друго одређење спорта, под којом се подразумева физичка активност која се предузима ради побољшања личних спортских перформанси (Nicholson, Ноуе, Houlihan, 2011: 276). У државама у којима су изразито развијене спортске активности, као што је Канада, приликом једног истраживања спорта користила се дефиниција спорта као активности која захтева одређени степен физичког напора и вештине, у којој постоји такмичење две стране, уз поштовање одређених правила.

Иако спорт има за циљ развијање навике за вежбањем међу омладином, при чему се долази до стварања племенитих осећања, спорт често може да генерише агресивност, због притиска којим су изложени спортисти, све са циљем остваривања коначне победе. Управо испољавање агресивности доводи до насиља у спорту. У криминологији, у последњим деценијама, развијен је концепт да спорт може, поред тога што у одређеним случајевима резултира насиљем, да се користи у превенцији криминалитета. Другим речима, иако превенција криминалитета није примарни циљ бављења спортом, организована, циљна физичка активност може довести до спречавања девијантности код деце и омладине.

---

1 Retrieved 22 December 2013 from [http://www.savremenisport.com/Osnove\\_Sociolosko\\_odredjenje\\_sporta.html](http://www.savremenisport.com/Osnove_Sociolosko_odredjenje_sporta.html)

2 Retrieved 22 December 2013 from <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/sport>

3 Physical education and sport. Retrieved 02 December 2013 from [http://portal.unesco.org/education/en/ev.phpURL\\_ID=2221&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/education/en/ev.phpURL_ID=2221&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

## 2. Потреба и значај превенције криминалитета путем спорта

Генерални став међу социолозима је да бављење спортом међу омладином доводи до физичког и психичког развитка, што у крајњем случају има позитивне ефекте на живот омладинаца. Последњих деценија направљени су посебни програми који треба да резултирају превенцијом криминалитета и његовим смањењем међу особама које се баве спортом. Разлог за окретање криминолога схватању да се спорт искористи с циљем превенције криминалитета међу омладином настао је након увида у податке да изрицање кривичних санкција малолетним делинквентима не даје увек адекватне резултате. Добар пример овакве тврдње може се уочити у америчкој савезној држави Онтарио, у којој је више од деценије била примењивана нулта толеранција на малолетничку делинквенцију. Без обзира на сав труд полицијских и правосудних органа, у периоду од 1989. до 1993. године, обим малолетничке делинквенције је утростручен. Од укупних средстава намењених за борбу против малолетничке делинквенције у овој савезној држави, око 70% бива потрошено на казну малолетничког затвора (Carmicheal, 2008: 1–2). Ситуација је доста слична и у Канади. Дошло је до повећања обима малолетничке делинквенције у периоду од 1993. до 2008. године за 30%. Случајеви насиља од стране малолетника преплавили су канадске градове. У Ванкуверу је, на пример, дошло до разрачунавања између малолетничких банди, а у граду Халифакс до случаја у којем је старија жена претучена од стране малолетника. Илустративно је да је у приближно истом временском периоду (1992–2005. година) учешће малолетника у различитим спортским активностима било у опадању. Наиме, ангажованост дечака од 11 до 14 година у спортским активностима пала је од 74% на 62%, док је ангажованост девојчица истих година смањена са 54% на 48% (Carmicheal, 2008: 4). Уједно, истраживање о ставу Канађана о малолетничкој делинквенцији показало је да 77% испитаника сматра да осуђивање малолетника не даје добре резултате (Carmicheal, 2008: 1).

Приказани резултати илуструју неефикасност класичних мера за борбу против малолетничке делинквенције. Стога су одређени криминолози предложили промену приступа, која би се огледала у одвраћању малолетника од негативних друштвених активности, односно предделинквентног понашања, пре него што буду увучени у вршење кривичних дела. Промена приступа реакције друштва и државе на малолетничку делинквенцију отелотворује се у развијању социјалних програма различитих садржаја, којима би се омогућила међусобна интеракција младих људи, уз обраћање посебне пажње на развитак вештина решавања проблема (Gilliver, 2).

Бављење спортом сматра се једним од најефикаснијих начина превенције пределинквентног и делинквентног понашања малолетника. Наиме, истраживања су показала постојање везе између бављења спортом и физичким активностима, са једне стране, и превенције криминалитета, са друге стране. Наиме, као разлози за веће ангажовање малолетника у различитим спортским активностима могу се навести следеће чињенице: 1) држање малолетника који се баве спортом заузетим; 2) бављење спортом задовољава потребу малолетника за узбуђењима и изазовима; 3) доводи до стварања осећаја повећања снаге; 4) повећава повезаност са другим малолетницима; 5) развија вештину решавања проблема на брз начин, уз доношење одговарајућих одлука; 6) тимски рад; 7) доприноси развоју физичких способности; 8) самопоуздање се јавља као последица бављења спортом; 9) развија когнитивне способности; 10) обезбеђује могућност угледања на спортске узорце; 11) доприноси томе да се малолетници осећају посебно, и 12) у одређеним случајевима талентованој деци бављење спортом омогућава запослење (Carmicheal, 2008: 3). Сличан став има и Волфганг Бретшнајдер (Wolfgang Brettschneider), који истиче четири бенефита бављења спортом: 1) побољшање самопоуздања; 2) стварање основе за лакше превазилажење стресних ситуација; 3) повећање успеха у школи и 4) успостављање бољих односа са члановима породице.<sup>4</sup>

Такође, о значају спорта у превенцији делинквентног понашања најбоље сведочи став бившег генералног секретара Савета Европе, Данијела Таршајса (Daniel Tarschys), који је изјавио да се „скривено лице спорта огледа у неколико хиљада ентузијаста који сматрају фудбал, веслање, атлетику или пењање уз стене местом за састанке, али пре свега местом на којем се развија друштвени живот. У том микрокосмосу људи науче да преузму одговорност, да прате правила, да прихвате једни друге, да траже консензус, да прихвате демократију. Гледано из овог угла, спорт је *par excellence* идеална школа за демократију.“<sup>5</sup>

### 3. Два механизма превенције криминалитета путем спорта

Криминолози истичу да постоје два механизма превенције криминалитета путем спорта: превенција премештањем (*displacement prevention*) и терапеутска превенција (*therapeutic prevention*). Суштина теорије премештања је

<sup>4</sup> Using sport for drug abuse prevention, United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention, 2002. pp. 8-9. Retrieved 11 January 2014 from [http://www.unodc.org/pdf/youthnet/handbook\\_sport\\_english.pdf](http://www.unodc.org/pdf/youthnet/handbook_sport_english.pdf)

<sup>5</sup> Best value through sport, *The Value of sport*. Retrieved 25 December 2013 from <http://www.toolkitsportdevelopment.org/html/resources/CD/CD24320F-E717-4A69-BA37-0E19E56B659F/best%20value%20through%20sport%20booklet.pdf>



да до превенције криминалитета долази због релокације криминалитета са одређеног места (geographical displacement), времена (temporal displacement), мете (target displacement). Такође, до релокације криминалитета може доћи заменом једног начина његовог извршења за други (tactical displacement), као и заменом једног кривичног дела за неко друго кривично дело (crime type displacement).<sup>6</sup> Иако према схватању теорије премештања не долази до спречавања и редукције броја извршених кривичних дела, она је битна, јер се криминалитет помера околу, због промене ситуације, или прилике која је погодна за извршење кривичног дела.<sup>7</sup>

Терапеутска превенција криминалитета огледа се у схватању да учествовање одређених особа у различитим спортским активностима доводи до тога да они спорт посматрају као забаву којом отклањају досаду у својим животима. Забављање кроз спортске активности води до превенције криминалитета, јер период доколице, који није испуњен забавом већ досадом, води до извршења кривичних дела. Други криминолози сматрају да бављење спортом доводи до повећања самопоштовања. На тај начин долази до превенције криминалитета, јер ниско самопоштовање, како су показала истраживања, резултира вршењем кривичних дела (Johnson, Summers, 2005: 63). Међутим, оваквом схватању криминолог Крабе (Crabbe) замера да је хипотеза о повећању самопоштовања међу људима који се баве спортом сувише поједностављења, јер у спорту увек имамо победнике и губитнике. Другим речима, поставља се питање да ли се самопоштовање развија и код губитничке стране.<sup>8</sup> Такође, терапеутска превенције криминалитета ослања се и на тезу да бављење спортом може довести до развитка тзв. когнитивних вештина код појединаца, као што су емпатија и самодисциплина, што за последицу има мању склоност ка криминалном понашању. Теорија диференцијалне асоцијације има примену у терапеутској превенцији криминалитета. Како је суштина теорије диференцијалне асоцијације, коју је створио Едвин Садерленд (Edwin Sutherland), у томе да се понашање учи у интеракцији са другим особама, бављење спортом доводи до усвајања вредности и норми социјалног окружења, при чему долази до одбацивања вредности делинквентних група. Посредно на тај начин долази до спречавања вршења кривичних дела од стране лица која се баве спортом. Последње схватање у оквиру терапеутске превенције кри-

---

6 Crime reduction through situational crime prevention: A study in the United Kingdom. Retrieved 23 December 2013 from <http://www.forensic.to/webhome/drgsbajpai/Report.doc>

7 Crime prevention. Retrieved 23 December 2013 from [http://www.crimeprevention.nsw.gov.au/agdbasev7wr/\\_assets/cpd/m66000112/displacementtheoryfactsheet\\_nov2011.pdf](http://www.crimeprevention.nsw.gov.au/agdbasev7wr/_assets/cpd/m66000112/displacementtheoryfactsheet_nov2011.pdf)

8 European crime prevention network. Retrieved 24 December 2013 from <http://www.eucpn.org/reviewdocs/EUCPN%20Thematic%20Paper%20No%201.pdf>

миналитета услед бављења спортом односи се на интеракцију спортисте не са својим саиграчима, већ са тренерима.

#### **4. Примери добре праксе превенције криминалитета путем спорта и физичке активности**

Бројна истраживања указала су на ефикасност ангажовања малолетника у спорту с циљем превенције делинквентног понашања. Иако су истраживања о успешности бављења спортом с циљем превенције делинквентног понашања почела да се спроводе тек у прошлом веку, још у XIX веку се примењивало схватање о укључивању мушких школараца у различите спортске активности како би били спречени да врше крађе, да се насилнички понашају, као и да пију алкохол (Johnson et al., 2005: 63).<sup>9</sup>

Модерни спортски програми који су за циљ имали спречавање малолетника да се одају криминалном понашању развијани су у земљама широм света. Тако је, на пример, у Канзас Ситију (Kansas City), у савезној држави Мисури (Missouri), направљен програм играња кошарке у вечерњим и поноћним терминима, што је довело до смањења обима малолетничке делинквенције међу припадницима Афроамериканаца. Постигнути резултати су били више него очекивани. Према извештају полиције Канзас Ситија дошло је до смањења од једне до две трећине у укупном обиму малолетничке делинквенције у оним подручјима где се спроводио овај програм превенције делинквенције малолетника од десет до двадесет једне године старости (Gilliver, 3). У Менхетну (Manhattan) у Њујорку (New York) спроведен је сличан пројекат – поноћна кошаркашка лига. Као циљ овог пројекта постављено је смањење обима криминалитета и ремећења јавног реда и мира од стране младих људи, уз пружање помоћи и давање савета о свим питањима са којима се могу суочити младу људи (Gilliver, 4). У савезној држави Вирџинија (Virginia), у градићу Александрија (Alexandria), организоване су трке за малолетнице које су вршиле кривична дела, од стране Road Runners Club of America. Резултат је био смањење стопе учешћа малолетница у делинквенцији. Током 2008. и 2009. године покренут је пилот-пројекат, под називом Sport 4 All Youth, на реци St. Lawrence у Броквилу (Brockville), у Онтарију (Ontario) у Канади. Суштина пројекта била је омогућавање делинквентним младим људима, посебно онима који потичу из породица са нижим социоекономским статусом, да

---

9 Canadian Fitness and Lifestyle Research Institute. Retrieved 28 December 2013 from <http://www.cflri.ca/media/node/784/files/rf9409.pdf>

скијају на води уз помоћ жичаре (wakeboarding). Резултат је био смањење обима малолетничке делинквенције.<sup>10</sup>

Слични програми који су се заснивали на коришћењу спорта у превенцији малолетничке делинквенције постоје и у другим државама. Тако је, на пример, Аустралија развила рехабилитациони програм у којем је, кроз спорт, дошло до смањења делинквентног понашања младих из популације Аборицина.<sup>11</sup> Неке земље, попут Аустралије, развиле су програм помоћи младим бескућницима у граду Аделејду (Adelaide). Бескућници, поред тога што су живели у лошим условима, без могућности испуњена основних елементарних потреба, били су укључени као извршиоци или као жртве у круг вршења разних кривичних дела. Сервис за пружање помоћи младим бескућницима у Аделејду израдио је јединствен програм подршке бескућницима путем бављења спортом и физичким активностима. Играњем кошарке код младих бескућника створен је осећај припадности, уз стварање става да кошаркашки терен може бити место на којем ће генерисати своје потребе. Основна замерка једном оваквом програму је околност да нису мерени ефекти на стопу рецидивизма младих бескућника (Cameron, MacDougall, 2000: 3).

Канада је, такође, развила одговарајуће програме превенције малолетничке делинквенције кроз укључивање младих у спорт. Током 1992. године у Канади је подигнуто 57.000 оптужних аката, од чега је 14% подигнуто према малолетним делинквентима, пре свега припадницима мушког пола. Малолетна лица у домородачкој популацији у Канади су имали два пута већу стопу криминалитета у односу на генералну популацију. Стога је у граду Манибота (Manitoba) развијен, од стране Northern Fly-In Sports Camps, посебан спортски програм намењен раду на узроцима малолетничке делинквенције, а не на њеним последицама. Програмом је покушано да се превазиђе ситуација у којој су млади припадници доморадачког становништва исказују учешће у малолетничкој делинквенцији, слабој друштвеној контроли, неадекватном провођењу слободног времена, на тај начин да су млади укључени у програм чији је циљ правилан развитак путем спорта. Шест малолетника је било укључено у овај програм, при чему добијени резултати оправдају сврху постојања једног оваквог кампа. Наиме, дошло је до повећања осећаја среће, задовољства, опрезности самих малолетника, као и смањења осећаја досаде. Малолетни делинквенти који су имали више извршених кривичних дела иза себе указали су да су

---

10 Community Services Committe. Retrieved 28 December 2013 from [http://www.huntsville.ca/en/documentuploads/Agendas/doc\\_634347663696986367.pdf](http://www.huntsville.ca/en/documentuploads/Agendas/doc_634347663696986367.pdf)

11 Retrieved 27 December 2013 from. <http://www.pdf-repo.com/pdf/dg9o4em952a879f3.html>

постали више друштвени, имали су позитивнији однос према доколици. Они малолетници који су извршили мањи број кривичних дела, истицали су да су постали срећнији, да уживају више у активностима и да се мање брину за своје пријатеље.<sup>12</sup>

Поред програма превенције делинквенције путем бављења спортом, постоје програми превенције делинквентног понашања бављењем одређеним физичким активностима. За разлику од спорта који је подвргнут строгим правилима, неки криминолози сматрали су да само бављење одређеном физичком активношћу, без постојања строгих правила, представља њену компаративну предност у превенцији делинквенције (Cameron, MacDougall, 2000: 3). Пример за овако конципиран програм познат је под називом *Outward Bound program*, чија суштина није само у бављењу физичким активностима, већ и у учењу основних техника преживљавања у дивљини. Уједно, обуком у оквиру *Outward Bound* програма делинквенти уче како да испуњавају одређење задатке за кратак временски период, уз јачање поверења међу њима самима, као и са одраслима (*The National Society for the Study of Education Chicago*, 1998: 144). Наиме, *Outward Bound program* конципиран је у Енглеској током II светског рата, с циљем обуке морнара на трговачким бродовима основама преживљавања. Шездесетих година прошлога века *Outward Bound program* доживео је свој пуни процват у Сједињеним Америчким Државама. Овај програм треба да допринесе развоју самоконтроле и групне кохезије и солидарности код делинквентске популације (Walters, 1992: 63). Позитивни ефекти *Outward Bound* програма могу се најбоље видети на основу студије коју су спровели Кели (Kelly) и Бајер (Baer). Они су послали 60 малолетних делинквената из Масачусетса на двадесетшестодневну обуку у оквиру *Outward Bound* програма, упоређујући их са контролном групом од 60 малолетника који су послати у васпитно-поправне установе. Добијени резултати показали су да је 20% малолетника из експерименталне групе делинквената који су послати на програм обуке извршило ново кривично дело 9 месеци после завршетка обуке, док се 34% малолетника из контролне групе одало вршењу нових кривичних дела после истог временског периода. Даље праћење истих група делинквената указује да је после годину дана обим поврата код експерименталне групе делинквената и даље био 20%, док је код контролне групе стопа поврата нарасла на 40%. Након пет година 38% малолетника из експерименталне групе је починило ново кривично дело, док 58% малолетника који припадају контролној групи наставило са вршењем кривичних дела (Walters, 1992: 63).

---

12 Canadian Fitness and Lifestyle Research Institute Retrieved 28 December 2013 from <http://www.cflri.ca/media/node/784/files/rf9409.pdf>

## **5. Потреба превенције криминалитета путем спорта и физичке активности у Републици Србији**

Да бисмо употребили спорт и физичку активност као начин превенције криминалитета потребно је прво да видимо да ли постоји потреба за тако нечим и то установљавањем обима кривичних дела почињених од стране малолетних и пунолетних лица. Наиме, број кривичних пријава за почињена кривична дела од стране малолетника у периоду од 2003. до 2012. године најмањи је био 2003. године – 2.415, а највећи 2011. године – 4.323, што указује индиректно на раст почињених кривичних дела од стране малолетника од преко 70%. Иако је број пријављених кривичних дела почињених од стране малолетника током 2012. године спао на 3.913, и даље постоји велики пораст броја кривичних дела почињених од стране малолетника у односу на почетну годину посматраног временског периода (Републички завод за статистику, 2013). Иако је стопа поврата међу малолетницима драстично мања у односу на пунолетна лица – 17% према 65%, треба бити нарочито опрезан, јер због кратког трајања малолетства, а дугог трајања кривичних поступака, ствара се привид да је стопа поврата код малолетника знатно мања, без обзира на ситуацију да примарни малолетни делинквент учини кривично дело после напуњених 18 година живота. Другим речима, такво лице се не може сматрати малолетним повратником, јер је наредно кривично дело извршило по стицању пунолетства. Уколико би се ова лица ипак посматрала као малолетни повратници, стопа рецидивизма малолетника би износила између 80 и 85%.<sup>13</sup> Из приказаних резултата јасно је да класичне кривичноправне мере, попут изрицања кривичних санкција за сузбијање малолетничке делинквенције не дају адекватне резултате. Уједно, претпоставка је да се постпенални третман, примењен према малолетницима по протеклу одговарајуће кривичне санкције у пенитенцијарним установама, не спроводи на одговарајући начин, чим је процењена стопа поврата малолетника 80–85%.

Слична ситуација постоји и код пунолетних лица у временском периоду од 2004. до 2012. године. Од 2004. године, када је било 88.453 пријављених пунолетних лица, забележен је тренд повећања броја пунолетних лица за извршена кривична дела, све до 2010. године. Наиме, те године пријављено је 74.279 пунолетних лица за различита извршена кривична дела, док је највише пунолетних лица било пријављено 2006. године – 105.701. Након 2010. године долази до поновног повећања броја пријављених пунолетних лица за почињена кривична дела, с тим да је 2011. године било 88.207

---

13 Retrieved 13 January 2014 from [http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2008&mm=11&dd=17&nav\\_id=329257](http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2008&mm=11&dd=17&nav_id=329257)

пријављених, а 2012. године 92.879 (Републички завод за статистику (а), 2013). Иако је током одређених година дошло до смањивања броја пријављених пунолетних лица, треба нагласити да до тога није дошло због мера превенције која је предузимала држава у сарадњи са невладиним сектором, већ је то више последица ситуационих околности. Такође, битно је напоменути да стопа поврата пунолетних учинилаца кривичних дела износи 65%.

Потреба реаговања на малолетничку делинквенцију и на криминалитет пунолетних лица и даље је нужност, али на нови начин, чија суштина треба да се огледа, превасходно, у превенцији. Наиме, државе, које су највише одмакле у развоју различитих мера превенције, попут Сједињених Америчких Држава, Аустралије, Канаде и тако даље, треба да представљају узор, с циљем изградње сопствених мера превенције делинквенције малолетнике и криминалитета пунолетних лица.

У Србији, такође, постоји развијен систем превенције малолетничке делинквенције, не само неформалним организовањем, већ и нормативним путем. Међутим, неки документи, попут Полазног оквира Националне стратегије превенције криминала<sup>14</sup> (у даљем тексту Полазни оквир), који је донет 2009. године у сарадњи Министарства унутрашњих послова, Института за криминолошка и социолошка истраживања, Факултета за специјалну едукацију и рехабилитацију у Београду и Центра за права детета, ни у једној одредби се не спомиње могућност употребе спорта и физичке активности у превенцији малолетничке делинквенције, иако су и саме институције сагласне у томе да фокус државних органа само на откривање извршених кривичних дела и њихових учинилаца има ограничен ефекат на смањење стопе криминалитета. Полазни оквир ослања се у борби против криминалитета и на одређењу законску регулативу.

Стратегија развоја здравља младих људи у Републици Србији<sup>15</sup> (у даљем тексту Стратегија) представља један од докумената на коме се базира Полазни оквир. У самој Стратегији може се, на један индиректан начин, извући закључак да бављење спортом и физичким активностима представља један од њених главних праваца. Наиме, код креирања активности у области промоције здравља, посебно оних чији су носиоци

---

14 Полазни оквир Националне стратегије превенције криминала, Министарство унутрашњих послова, Београд, 2009. Retrieved 13 January 2014 from [http://www.bezbednost.org/upload/document/polazni\\_okvir\\_nacionalne\\_strategije.pdf](http://www.bezbednost.org/upload/document/polazni_okvir_nacionalne_strategije.pdf)

15 Стратегија развоја здравља младих људи у Републици Србији, „Службени гласник РС”, број 104/2006-51

млади, и код унапређења и подршке индивидуалним и колективним здравим стиловима живота, као једним од праваца Стратегије, могуће је на посредан начин увидети да различите спортске и физичке активности представљају један од начина остваривања здравља младих људи. Влада Републике Србије је, као доносилац Стратегије, препознала физичку неактивност младих као један од актуелних здравствених проблема. Као разлози за физичку неактивност, у Стратегији су наведени непостојање адекватних терена и игралишта, њихова небезбедност, као и недостатак довољних новчаних средстава за бављење одређеним спортом. Стоја је Влада Републике Србије поставила, као један од циљева Стратегије, промоцију здравих стилова живота, уз постављање исхода да најмање 50% младих усвоји здраве стилове живота. Битно је напоменути да здрав стил живота обухвата више компоненти: правилну исхрану, контролу стреса, општу и личну хигијену, безбедно сексуално понашање, заштиту од повреда, бити слободан од ПАС (Parental Alienation Syndrome) и физичку активност.<sup>16</sup>

На крају текста Стратегије, налази се део о њеним задацима и активностима, у којем се изричито наглашава да, поред здравственог образовања, физичко образовање треба укључити у обавезне школске програме. Из наведеног може се поставити оправдано питање да ли физичко образовање постоји у оквиру основног и средњег образовања. Како је одговор потврдан, доводи се у питање сврсисходност овог циља и активности.

У Стратегији развоја спорта у Републици Србији за период од 2009. до 2013. године,<sup>17</sup> који је донела Влада Републике Србије, констатује се смањивање броја реализованих часова физичког васпитања и да је велики број људи прекинуо праксу вежбања и бављења спортом у слободно време, уз недовољан број физкултурних сала. Мања физичка ангажованост малолетника и пунолетних лица довела је до повећања броја оболелих од кардиоваскуларних и респираторних болести, као и до повећања броја зависника од алкохола и опојних дрога.<sup>18</sup> Управо повећање броја зависника од алкохола и психоактивних супстанци може послужити као аргумент повећања соципатолошких појава и криминалитета. Уколико анализирамо податке Републичког завода за статистику о броју пријављених

---

16 Retrieved 16 January 2014 from <http://wwwserver.medfak.ni.ac.rs/PREDAVANJA/4.%20OSS%20SMST/PROMOCIJA%20ZDRAVLJA/2.%20preavanje%20Radulovic.pdf>

17 Влада Републике Србије је најавила доношење Стратегије развоја спорта од 2014. до 2018. године на свом сајту 15. октобра 2013. године.

18 Стратегију развоја спорта у Републици Србији за период од 2009. до 2013. године. Retrieved 19 January 2014 from [http://www.srbija.gov.rs/extfile/sr/99206/strategija\\_razvoja\\_sporta0037\\_cyr.zip](http://www.srbija.gov.rs/extfile/sr/99206/strategija_razvoja_sporta0037_cyr.zip)

пунолетних лица у периоду од 2004. до 2008. године, можемо уочити да је најмањи број пријављених пунолетних лица за извршена кривична дела 2004. године, када је било 88.453 пријављених, а највећи број током 2006. године – 105.701. Укупно је током 2008. године било 101.723 пунолетних особа пријављених због учињеног кривичног дела (Републички завод за статистику (а), 2013). Овај период посматран је као намерни узорак, јер је Влада Републике Србије донела Стратегију 27. новембра 2008. године.

Истраживање из 2008. године, урађено за потребе Стратегије развоја спорта, показало је да 559 школа нема велику салу, што представља 36,5%. Близу 50% (48,5%), што је у бројкама 744 школа, има велику салу површине мање од 450 м<sup>2</sup>, док 230 тј. 15% школа има велику салу површине веће од 450 м<sup>2</sup>. Уједно, истраживање је показало да 1.190 школа, односно 77,6%, нема малу салу. Малу салу површине испод 150 м<sup>2</sup> поседује 239 тј. 15,6% школа, док 104 тј. 6,8% школа има малу салу површине веће од 150 м<sup>2</sup>.<sup>19</sup> Битно је напоменути да је истраживање ЦЕСИД-а и Министарства омладине и спорта, које је спроведено током 2007. године, показало да две трећине грађана Србије не упражњава никакве спортске активности.<sup>20</sup> Истраживање о физичкој активности које се односи на средњошколце спроведено је током 2007. године. По резултатима истраживања, највећи број средњошколаца, њих 39%, не бави се уопште спортом, 37% рекреативно се бави неким спортом, док њих 24% тренира одређени спорт.<sup>21</sup> Резултати истраживања страних криминолога не разликују се од резултата добијених у истраживањима спроведеним од стране домаћих криминолога. Наиме, доктор Педро Халал (Pedro Hallal), са државног универзитета Пелотас из Бразила, спровео је, заједно са својим сарадницима, истраживање о физичкој активности грађана у различитим државама света. Према добијеним резултатима Република Србија је 119. држава у свету по броју грађана који упражњавају различите физичке активности. Такође, овим истраживањем потврђен је резултат ранијих истраживања – да је две трећине грађана Србије физички неактивно (68,3%).<sup>22</sup>

---

19 Ibidem

20 Retrieved 22 January 2014 from <http://www.naslovi.net/2009-02-11/danas/fizicki-neaktivno-dve-trecine-stanovnistva/1034865>

21 Стратегија развоја школског спорта у АП Војводини 2013-2017. године, стр. 24. Retrieved 22 January 2014 from [http://www.senta-zentasport.rs/doku/strategija\\_razvoja\\_skolskog\\_sporta\\_apv\\_2013-2017.pdf](http://www.senta-zentasport.rs/doku/strategija_razvoja_skolskog_sporta_apv_2013-2017.pdf)

22 Retrieved 22 January 2014 from <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/aktuelno.293.html:393377-Po-fizickoj-aktivnosti-Srbi-pretposlednji-u-Evropi>, Више о томе видети: Retrieved 22 January 2014 from [http://brage.bibsys.no/nih/bitstream/URN:NBN:no-bibsys\\_brage\\_33622/1/Andersen%20LB%20Lancet%202012%20Global%20physical%20activity%20levels.pdf](http://brage.bibsys.no/nih/bitstream/URN:NBN:no-bibsys_brage_33622/1/Andersen%20LB%20Lancet%202012%20Global%20physical%20activity%20levels.pdf)



Поред тога што Стратегија развоја спорта у Србији представља крвни документ, у којем је представљен скуп принципа о управљању спортом и његовом стратешком усмерењу у будућности, само на једном месту се спомиње значај спорта као конструктивног начина трошења слободног времена, што посредно упућује на препознавање спорта и различитих физичких активности као мере за превенцију малолетничке делинквенције, јер су бројна истраживања показала да се највећи број кривичних дела од стране малолетника врши у време доколице (Константиновић Вилић, Николић Ристановић, Костић, 2009: 380–383).

Један од стратешких циљева Стратегије је развој и унапређење физичког вежбања деце у предшколским установама, јачање школског и универзитетског спорта и успостављање функционалног система школских и универзитетских спортских такмичења. Такође, као стратешки циљ наведено је и успостављање механизма за повећање обима бављења спортом свих грађана у оквиру и ван спортских организација. Повећањем броја грађана укључених у спортске активности, што малолетних, што пунолетних, доћи ће до смањења социопатолошких појава, смањену ризичних понашања, што на крају води извршењу кривичних дела.

Поред Републике Србије, и Аутономна Покрајина Војводина усвојила је Стратегију развоја школског спорта у АП Војводини 2013–2017. године, у којој је наглашено да бављење школским спортом може да редукује излагање младих окружењу које може подстицати ризична понашања. У Стратегији је, такође, истакнуто да је још већи број грађана Србије, у односу на ранија истраживања, физички неактивно – 74.3%.

Иако је физичко васпитање обавезан предмет током основног и средњег образовања, а притом једини предмет који систематски и стручно третира физичку активности, како је то констатовано у Стратегији развоја школског спорта у АП Војводини 2013–2017. године, нигде се у овом документу не спомиње могућност искоришћавања спорта и физичке активности у сврху превенције делинквенције, јер су након завршетка школског часа физичког васпитања деца и малолетници препуштени улици и својим личним афинитетима и жељи за бављењем спортом и физичким активностима. Већи број ученика, њих 54%, из узорка о истраживању на територији АП Војводине сматра да би школа могла да понуди, ради креативног коришћења слободног времена, додатне садржаје у виду спортских активности. Уједно, млади у Војводини у највећем проценту заинтересовани су за укључивање у пројекте у области спорта (52%), што треба искористити ако се имају у виду подаци добијени на узорку 1.624 ученика, узраста од 7 до 15 година, из Новог Сада, Сомбора, Бачке Паланке, Зрењанина и Сремске

Митровице, да се код оба пола може уочити тренд опадања броја ученика који се свакодневно баве физичком активношћу. Са порастом броја година живота дечака и девојчица смањује се проценат бављења спортом и физичким активностима. Наиме, дечаки узраста 12–13 година баве се свакодневно физичким активностима најмање 30 минута у 52,7% случајева, док се у свим осталим старосним групама креће 36–46%. Процент бављења спортом и физичким активностима код девојчица је знатно мањи. Код девојчица старости 8–9 година проценат бављења спортом је 38%, док је најмањи проценат код настарије групе из узорка – 13%.<sup>23</sup>

Значај основних и средњих школа у организовању спортских активности ван наставе огледа су у члану 143 Закона о спорту,<sup>24</sup> у којем је прописано да школски спорт обухвата организоване наставне и ваннаставне спортске активности у области школског физичког васпитања, укључујући и школска спортска такмичења која се спроводе у оквиру школског система, у складу са наставним планом и програмом, утврђеним у складу са Законом. Организовањем спортских секција од стране основних и средњих школа дошло би до повећања броја малолетника укључених у спортске активности, а самим тим би дошло, како сматра Министарство омладине и спорта, до стварања радне навике, васпитања и образовања, јачања здравствених капацитета деце (али и одраслих), толеранције и адаптације на стрес (психо-физички), тимског рад, посвећености, храбрости, спортског духа и социјализације.<sup>25</sup>

Министарство омладине и спорта, као надлежно за примену Стратегије развоја спорта у Републици Србији, уочило је значај школског и рекреативног спорта. Партнер Министарства за развој школског спорта је Савез за школски спорт Србије, којем је, почев од 2011. године, додељивана сума од 22 милиона динара прве године, док је наредне године сума повећана на 31 милион, а 2013. године на 40 милиона динара. Рекреативни спорт развијан је од стране организација, попут Савеза за рекреативни спорт, Асоцијације спорт за све Србије и Савеза за рекреацију и фитнес Србије. Њима је Министарство трансферисало следећу суму новца: Савез за рекреативни спорт – 2010. године 1 милион динара, 2011. године 3 милиона динара, 2012. године 3 милиона динара и 2013. године 3 милиона динара; Асоцијација спорт за све Србије – 2010. године 2.353.500 динара, 2011. године 5.200.000 динара, 2012. године 5 милиона динара и 2013. године 5 милиона динара; Савез за рекреацију и фитнес Србије – 2011. године 1

23 Стратегија развоја школског спорта у АП Војводини 2013–2017. године. стр. 22–23.

24 Закон о спорту, "Сл. гласник РС", бр. 24/2011 и 99/2011– др. закони

25 Retrieved 22 January 2014 from <http://www.mos.gov.rs/upload/Benefiti%20bavljnja%20sportom.doc>

милион динара, 2012. године 1 милион динара и 2013. године 2 милиона динара. Поред истицања ових података, потребно је истакнути да буџет Министарства омладине и спорта износи 0,34% укупног буџета Републике Србије.<sup>26</sup> Без обзира што је дошло до повећања појединачне и укупне суме новца за развој школског и рекреативног спорта, обим пријављених пунолетних и малолетних лица за извршена кривична дела је повећан у периоду од 2010. до 2012. године. Разлог томе треба тражити у чињеници да је удео буџета Министарства омладине и спорта у укупном буџету Републике Србије мали, па да је било које повећање суме новца за финансирање школског и рекреативног спорта безначајно да би се урадило нешто више у повећању броја пунолетних и малолетних лица укључених у различите спортске и физичке активности.

Поред тога што постоје одређене стратегије, у којима су њени доносици на један посредан начин учили бављење спортом и физичким активностима, као један од компоненти здравог стила живота, неопходно је радити на изградњи посебних програма повећања физичке активности малолетника и младих људи, како би се, између осталог, утицало на смањење обима малолетничке делинквенције и криминалитета младих људи. Као примери за изградњу посебних програма превенције криминалитета путем спорта и физичке активности могу нам послужити примери добре праксе у Сједињеним Америчким Државама, Аустралији и Енглеској. Такође, неопходно је значајно повећање суме новца намењене школском и рекреативном спорту, уз постављење као циља, између осталих, и смањење стопе криминалитета.

## 6. Закључак

Савремена криминолошка мисао препознала је значај спорта и физичке активности у превенцији, пре свега, малолетничке делинквенције, а самим тим и криминалитета пунолетних лица, јер се од малолетних делинквената најчешће регрутују пунолетни криминалци. Стога су развијени посебни спортски програми, чији су циљеви да, поред побољшања самопоуздања, повећања физичке спремности и толеранције, социјализације, дође да смањења делинквентног понашања малолетника. Добијени резултати показују знатно смањење обима делинквентног понашања оних малолетника укључених у посебне спортске програме у односу на контролну групу малолетних делинквената.

---

26 Анализа програмског финансирања националног спорта у периоду 2010/2013, стр. 22. Retrieved 23 January 2014 from <http://www.mos.gov.rs/upload/ANALIZA%202010-2013.doc>

Могућности примене ових програма су неограничене. Наиме, поред тога што их је могуће примењивати код малолетних и пунолетних лица која су условно осуђена, постоје изгледи да се примењују као посебан програм у оквиру организовања слободног времена као облика третмана. Такође, примена ових програма може се огледати и у оквиру постпеналне помоћи. Иако Република Србија у оквиру пенитенцијарних установа примењују различите спортске активности, које су врло често стихијске, постоји још доста простора за њену примену. Неопходно је, стога, формирати посебне тимове стручњака који ће, огледајући се на примере из других земаља, развити посебне програме спортске и физичке активности с циљем превенције криминалитета и делинквенције. Република Србија мора да спозна значај спорта и физичке активности у превенцији криминалитета и да их унесе у своје стратегије, јер ће само на тај начин створити нормативну основу за развој посебних програма.

### **Литература**

Nicholson, M., Hoye, R., Houlihan, B., *Participation in Sport: International Policy Perspectives*, Routledge, New York, 2011, p. 276

Gilliver, M. R., *Sport: A tool for youth engagement? An impact report of Inner city sports programmes in New York*, p. 2. године Retrieved 25 December 2013 from [http://www.wcmt.org.uk/reports/881\\_1.pdf](http://www.wcmt.org.uk/reports/881_1.pdf)

Using sport for drug abuse prevention, United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention, 2002. pp. 8-9. Retrieved 11 January 2014 from [http://www.unodc.org/pdf/youthnet/handbook\\_sport\\_english.pdf](http://www.unodc.org/pdf/youthnet/handbook_sport_english.pdf)

Best value through sport, *The Value of sport*. Retrieved 25 December 2013 from <http://www.toolkitsportdevelopment.org/html/resources/CD/CD24320F-E717-4A69-BA37-0E19E56B659F/best%20value%20through%20sport%20booklet.pdf>

Crime reduction through situational crime prevention: A study in the United Kingdom. Retrieved 23 December 2013 from <http://www.forensic.to/webhome/drgsbajpai/Report.doc>

Johnson, M., Summers, M., *Sports Marketing*, Thompson Learning, Australia, 2005, p. 63

Canadian Fitness and Lifestyle Research Institute. Retrieved 28 December 2013 from <http://www.cflri.ca/media/node/784/files/rf9409.pdf>

Cameron, M., MacDougall, C., *Crime Prevention Through Sport and Physical Activity*, Australian Institute of Criminology, Australia, 2000, p. 3. Retrieved 05

January 2014 from <http://www.aic.gov.au/documents/3/E/F/%7b3EF114BC-51A4-4311-A912-0E9AD1833995%7dti165.pdf>

The Yearbook of the National Society for the Study of Education, The National Society for the Study of Education Chicago, 1998, p. 144

Walters, G., Foundations of Criminal Science: The use of knowledge, Greenwood Publishing Group, New York, 1992, p. 163

Малолетни учиниоци кривичних дела – Пријаве, оптужења и осуде – 2012. Београд, 2013. Република Србија, Републички завод за статистику. Retrieved 12 January 2014 from [http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/01/24/97/SB-577\\_Maloletni\\_uciniociKD.pdf](http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/01/24/97/SB-577_Maloletni_uciniociKD.pdf)

Пријављена и осуђена пунолетна лица, према кривичном делу 2004–2012. Београд, 2013. Република Србија, Републички завод за статистику (a). Retrieved 13 January 2014 from <http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/Public/ReportResultView.aspx?rptKey=indId%3d140203IND01%2635%3d6%2658%3d0%2c13113%2c13121%2c13122%2c18178%2c19193%2c19194%2c19195%2c21203%2c21206%2c34388%262%3d%23all%23%266%3d1%2c2%26sAreaId%3d140203%26dType%3dName%26lType%3dSerbianCyrillic>

Полазни оквир Националне стратегије превенције криминала, Министарство унутрашњих послова, Београд, 2009. Retrieved 13 January 2014 from [http://www.bezbednost.org/upload/document/polazni\\_okvir\\_nacionalne\\_strategije.pdf](http://www.bezbednost.org/upload/document/polazni_okvir_nacionalne_strategije.pdf)

Стратегија развоја здравља младих људи у Републици Србији, „Службени гласник РС”, број 104/2006-51

Стратегију развоја спорта у Републици Србији за период од 2009. до 2013. године. Retrieved 19 January 2014 from [http://www.srbija.gov.rs/extfile/sr/99206/strategija\\_razvoja\\_sporta0037\\_cyr.zip](http://www.srbija.gov.rs/extfile/sr/99206/strategija_razvoja_sporta0037_cyr.zip)

Пријављена и осуђена пунолетна лица, према кривичном делу 2004–2012. Београд, 2013. Република Србија, Републички завод за статистику. Retrieved 19 January 2014 from <http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/Public/ReportResultView.aspx?rptKey=indId%3d140203IND01%2635%3d6%2658%3d0%2c13113%2c13121%2c13122%2c18178%2c19193%2c19194%2c19195%2c21203%2c21206%2c34388%262%3d%23all%23%266%3d1%2c2%26sAreaId%3d140203%26dType%3dName%26lType%3dSerbianCyrillic>

Стратегија развоја школског спорта у АП Војводини 2013–2017. године, стр. 24. Retrieved 22 January 2014 from [http://www.senta-zentasport.rs/doku/strategija\\_razvoja\\_skolskog\\_sporta\\_apv\\_2013-2017.pdf](http://www.senta-zentasport.rs/doku/strategija_razvoja_skolskog_sporta_apv_2013-2017.pdf)

Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., Криминологија, Пеликант принт, Ниш, 2009. година, стр. 380–383

Стратегија развоја школског спорта у АП Војводини 2013-2017. године. стр. 22–23

Закон о спорту, “Сл. гласник РС”, бр. 24/2011 и 99/2011 – др. закони

Анализа програмског финансирања националног спорта у периоду 2010/2013, стр. 22. Retrieved 23 January 2014 from <http://www.mos.gov.rs/upload/ANALIZA%202010-2013.doc>

Retrieved 22 January 2014 from <http://www.naslovi.net/2009-02-11/danas/fizicki-neaktivno-dve-trecine-stanovnistva/1034865>

Physical education and sport. Retrieved 02 December 2013 from [http://portal.unesco.org/education/en/ev.phpURL\\_ID=2221&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/education/en/ev.phpURL_ID=2221&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

Retrieved 22 December 2013 from [http://www.savremenisport.com/Osnove\\_Sociolosko\\_odredjenje\\_sporta.html](http://www.savremenisport.com/Osnove_Sociolosko_odredjenje_sporta.html)

Retrieved 22 December 2013 from <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/sport>

Crime prevention. Retrieved 23 December 2013 from [http://www.crimeprevention.nsw.gov.au/agdbasev7wr/\\_assets/cpd/m66000112/displacementtheoryfactsheet\\_nov2011.pdf](http://www.crimeprevention.nsw.gov.au/agdbasev7wr/_assets/cpd/m66000112/displacementtheoryfactsheet_nov2011.pdf)

European crime prevention network. Retrieved 24 December 2013 from <http://www.eucpn.org/reviewdocs/EUCPN%20Thematic%20Paper%20No%201.pdf>

Retrieved 27 December 2013 from. <http://www.pdf-repo.com/pdf/dg9o4e-m952a879f3.html>

Community Services Committe. Retrieved 28 December 2013 from [http://www.huntsville.ca/en/documentuploads/Agendas/doc\\_634347663696986367.pdf](http://www.huntsville.ca/en/documentuploads/Agendas/doc_634347663696986367.pdf)

Retrieved 13 January 2014 from [http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2008&mm=11&dd=17&nav\\_id=329257](http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2008&mm=11&dd=17&nav_id=329257)

Retrieved 16 January 2014 from <http://wwwserver.medfak.ni.ac.rs/PREDAVANJA/4.%20OSS%20SMST/PROMOCIJA%20ZDRAVLJA/2.%20preavanje%20Radulovic.pdf>

Retrieved 22 January 2014 from <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/aktuelno.293.html:393377-Po-fizickoj-aktivnosti-Srbi-pretposlednji-u-Evropi>, Више о томе видети: Retrieved 22 January 2014 from <http://brage.bibsys.no/nih/bit>

stream/URN:NBN:no-bibsys\_brage\_33622/1/Andersen%20LB%20Lancet%202012%20Global%20physical%20activity%20levels.pdf

Retrieved 22 January 2014 from <http://www.mos.gov.rs/upload/Benefiti%20bavljenja%20sportom.doc>

Carmicheal, D., (2008). Youth sport VS. Youth Crime. pp. 1-2. Retrieved 24 December 2013 from <http://www.fairplayforchildren.org/pdf/1299566926.pdf>

Canadian Fitness and Lifestyle Research Insitute Retrieved 28 December 2013 from <http://www.cflri.ca/media/node/784/files/rf9409.pdf>

**Darko Dimovski, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **CRIME PREVENTION THROUGH SPORTS AND PHYSICAL ACTIVITY**

### **Summary**

*Starting from the definition of sport, the author has presented the possibilities its application in the prevention of crime and delinquency. In that context, the author analyzes the rate of juvenile delinquency in specific countries, such as Canada, and underlines the fact that the classical criminal measures do not give adequate results. The author points out that it is, therefore, necessary to apply some other preventive measures, which embody the application of sports and physical activity. The author provides examples of good practice in the states which has achieved the best results in the development of such programs. Finally, in view of the increasing number of reported criminal offences committed by both juveniles and adults, the author highlights the need for developing such programs in the Republic of Serbia.*

**Key words:** *sports, physical activity, prevention, juvenile delinquency, crime rate.*





**Др Сава Аксић,\***  
Доцент Правног факултета у Приштини са  
привременим седиштем у Косовској Митровици

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 321.6/8

Рад примљен: 20.01.2015.

Рад прихваћен: 02.04.2015.

## **МОНАРХИЈА ИЛИ РЕПУБЛИКА**

**Апстракт:** Не постоји јединствено мишљење о томе који је облик владавине напреднији, целисходнији и практичнији, па је питање: република или монархија, актуелно још од антике. Са друге стране, и монархија и република су претрпеле значајне измене кроз историју. У сваком случају, у савременим монархијама данас монарх има само церемонијална овлашћења. Поред свих предности и недостатака монархије и републике, које се у теорији наводе, сматрамо да разлику између ова два система, у погледу самог њиховог функционисања, треба тражити у чињеници што у монархији постоји идентитет приватних и јавних интереса монарха, као и у чињеници да се често, у системима где постоји, монархија не посматра само као облик владавине него јој се придаје и посебно, митско обележје.

**Кључне речи:** Монархија, република, облик владавине, историја, промене, овлашћење, сменљивост, изборност, јавни.

Питање избора облика владавине никада није била дилема на коју је било једноставно дати одговор. Различити догађији су утицали на поједине народе, као и државе, да се опредељују за одређени облик владавине као просперитетнији, напреднији, односно као облик владавине који омогућава бољитак нације, будући да су у одређеним чињеницама пронађени разлози који одређени облик владавине чине целисходнијим, практичнијим у односу на други итд.

Други су полазили од критеријума да је одређени облик владавине старији, па је због тога, као проверенији, бољи од овог првог облика владавине. За разлику од њих, било је и оних који су у чињеници да је одређени облик старији налазили потврду да је као такав застарео и превазиђен, па га због тога треба заменити другим, модернијим!

---

\* sava.aksic@gmail.com

Али се увек, кроз сваку аргументацију одређеног облика владавине, као доказ његове оправданости настојао изнети и критеријум демократичности једног или другог, односно аутократске форме испољавања једног или другог облика у појединим фазама постојања одређених држава, која је доказ њихове недемократичности или демократичности.

Међутим, како се питање облика владавине везује за разне чињенице, и с тога доста широко поставља, могуће је да су неке од чињеница, које се износе као критеријум облика владавине или недовољно релевантне, или узете у разматрање без довољно историјске потпоре, или, на крају, да су током историје изгубиле значај који су некада имале. "Најчешће се чује мишљење да се разлика састоји у томе што у монархији влада једна особа, а у републици влада више њих или сви" (Bernatzik, 1919: 5, превео С.А.).

Прво, што се тиче питања који је облик владавине први настао, тешко да се може један од два облика владавине сматрати старијим у односу на други.

Политичка теорија старог века није разликовала, као што је то случај данас, облике владавине: монархију и републику, него је разликовала три облика државе: монархију, аристократију и демократију. Ова подела служила је као критеријум суверености. Када власт припада једном лицу, онда је власт монархијска, а ако припада неколицини онда је власт републиканска. Републиканска власт се дели на аристократију или демократију, зависно од тога да ли власт припада мањини или већини (Келзен, 1951: 271).

На питање који је облик владавине старији: република или монархија, тешко је одговорити. Изгледа да су подједнако стара оба облика владавине, да су се упоредо појавила и одржавала кроз целу историју. Разне државе су у току историје мењале облик своје владавине, мада има и оних које су опстале са обликом владавине са којим су и настале (Јовановић, 1936: 222).

На основу тога закључујемо да је нетачан сваки суд о напреднијем или назаднијем облику владавине са аспекта времена његовог настанка, односно због тога што је један модернији, а други старији, односно превазиђен. Ако се икаква закономерност по питању облика владавине може извести, онда би једина закономерност била да се један исти облик владавине може манифестовати и као напреднији и као назаднији, односно да оба облика владавине могу имати форму, тј. испољити се, као напредни или назадни по националне интересе (упор. Бобио, 1995: 99).

Услед овога се дешавају и могу се десити промене у појединим облицима владавине. Такав је био случај, када је у XVIII веку апсолутна монархија, као превазиђена, замењена уставном монархијом. Али, такве промене често су нужне, и не мора да значи да је услед одређених промена односни облик

владавине превазиђен, па би га због тога требало заменити другим. Тако, ни монархија, због тога што је измењена, није нестала, нити је превазиђена.

Ова чињеница, да апсолутна монархија није одговарала настајућим демократским тежњама, па је због тога морала бити замењена уставном монархијом, заиста може бити аргумент у корист републике, што је чињеница коју присталице монархизма не споре, али и доказ да је монархија, ипак опстала ( Јовановић, 1990: 360).

Међутим, не треба заборавити чињеницу да нужне историјске промене није претрпела само монархија, како би се у одређеној фази историје прилагодила актуелном политичком тренутку, него ни република није могла бити заобиђена у том смислу. Тако, републике које данас постоје, нису исте по положају и овлашћењима која има њен председник, као оне које су постојале у државама када је она настала, и дуго након тога. То значи да током историјског развоја, није само монархија претрпела нужне измене, односно да се нису само код монархије испољиле њене негативне стране, него да то исто важи и за републику.

То не значи ништа друго него да су оба облика владавине током историје претрпела нужне промене.

Такође, величина државе и облик владавине, с обзиром на то да се и за ту чињеницу везује одређени облик владавине, ако некада и јесу били у директној вези у смислу закономерности да од величине државе зависи облик владавине, онда то данас није случај. Наиме, некада су велике државе биле организоване као монархије, а мале државе, или градови државе, као републике. Будући да власт председника републике потиче од народа, било је тешко изводљиво у великој држави организовати бирачко тело које би ефикасно могло да обавља своју функцију у смислу избора председника републике. Данас је тај проблем превазиђен као последица проналажења средстава саобраћаја и правних изума, као што су савезна држава и представнички систем (Јовановић, 1990: 359).

Може се приметити да данас тај контакт, између шефа државе и народа, више није ни најмањи проблем, па су и највеће државе света, свака налазећи сопствене разлоге за постојање шефа државе, односно за успостављање одређеног облика владавине, управо организоване републикански, као што је случај са Русијом, Кином, Индијом, Сједињеним Америчким Државама, Бразилом итд. Дакле, оно што се може приметити је следеће: ако су некада постојали технички разлози за организацију шефа државе на одређени начин, онда данас, на решење питања облика владавине такви разлози дефинитивно више не утичу.

Између осталих аргумената у прилог монархији или републици, могу се чути и они да је монархија погоднија зато јер је у њој личност монарха високо уздигнута изнад страначких, парцијалних и тренутних политичких интереса у односу на републиканску владу која се ослања на променљиво јавно мњење. Истиче се да само монарх, као објективан и неутралан чинилац може да заступа опште државне интересе, насупрот републици у којој нема ауторитета који би обуздавао страначку тиранију, него се напротив, редовно ставља у службу најјаче странке. Уосталом, присталице монархијскога уређења сматрају да, с обзиром на то да је држава у суштини војна организација, она мора да буде уређена на начин како је уређена војска, а то значи на монархијским начелима. У војсци постоји хијерархија насупрот једнакости, а хијерархија је услов постојања и функционисања војске. Уколико би из војске нестала покорност према старијима и уместо ње била уведена једнакост, таква војска би престала да постоји. А, са друге стране, држава као таква мора да одговара војсци, да би уопште и војска могла да опстане (Јовановић, 1990: 360).

Насупрот овим аргументима, републиканци истичу да је потпуна равноправност услов опште воље, те питају по чему је неко паметнији од осталих да би имао преимућство по рођењу у односу на остале, на начин да је уставни чинилац, а уз то још и правно неодговоран (упор. Јеринг, 1998: 149).

Поред тога, исти наводе да покораване вољи једног човека понижава остале људе, срзава њихово самопоуздање и самопоштовање. Што се тиче компарација са војском, те државом као војном установом, републиканци сматрају да је непримерено свако упоређивање јер су околности другачије од оних када је војском требало освојити земљу, и када је био неопходан владалац као војсковођа. Данас је главни циљ државе благостање њених припадника. Уз све то, истиче се да модерна држава почива на идеји да не треба поистовећивати државу са личностима оних који обављају државне послове, и да стога све личности, без обзира на посао који у државној хијерархији обављају, морају бити стављене под правни поредак, односно да сви морају бити одговорни, без изузетака. У монархији, овакав принцип није могуће спровести због монархове неодговорности, па је због тога одговорност пребачена на министра, који је одговоран с обзиром на то да је овлашћен. Министри су, дакле, једини овлашћени и одговорни, па је њихово постојање због тога и реално и нужно, за разлику од монарха који су у свему овоме, сматрају исти, сувишни и непотребни, па је и монархија, због свега овога, нецелисходна. (Јовановић, 1990: 361).

Ако се покуша да се са аспекта аргумента облика политичког режима, изведе коначан суд о вези овога са обликом владе, сматрамо да се на тај начин, такође не могу изводити никакви одрживи закључци. Могуће је да такве теорије само нагињу једном или другом решењу, али су истински лишене утемељена у историјским чињеницама, јер нити се монархија може окарактеристи као аутократски облик политичког режима, односно такав облик владавине који неминовно ствара или одржава атмосферу диктатуре појединца или уже групе људи, нити се република може сматрати обликом владавине који би генерисао или одржавао стање у којем влада већина, без обзира да ли та већина влада посредно или непосредно (Суботић, 1997: 238).

Монархија која данас постоји у савременом свету, односно држава у којој постоји монархијски облик владавине, с обзиром на то да су облик владавине и облик политичког режима два одсечна и одвојена питања, може, али не мора, у подједнакој мери као и република, имати механизме и полуге власти који су гаранција постојању и остваривању демократских начела (Суботић, 1997: 239).

Сматрамо да би данас било немогуће водити расправу у правцу супротстављања монархове власти правима народа, као што је то био случај у периоду апсолутне монархије. Ако постоје померања у томе правцу у смислу врсте, као и величине права којима један од ова субјекта располаже, онда је неспорно да се историја одвија у правцу сталног осипања овлашћења монарха (Суботић, 1997: 240).

Тако се, као пример једног новог типа монархије, наводи монархија која постоји у Норвешкој. У том систему монарх, уместо да буде равноправан са парламентом, он је њему потчињен. Монарх ту нема право санкције него само право вета, па, и ако је за савлађивање таквога вета потребно више времена него за савлађивање вета председника републике, ипак је могуће да парламент одлучи и мимо воље монарха. Такође се у овоме систему парламент окупља и распушта без одлуке монарха, због чега је положај оваквога монарха сличан положају наследног председника републике. Положај оваквога монарха се разликује у односу на положај монарха у Енглеској по томе што у Енглеској власт монарха није умањена него је прешла на министре, док је у Норвешкој она умањена (Јовановић, 1990: 256).

Тако се покушаји одређивања једног облика владавине као савршенијег у односу на други тешко могу потпуно и неоспорно извести. Став по којем би се један облик владавине сматрао потпуно и неспорно бољим у односу на други, сматрамо тешко одрживим, јер предности које један облик

владавине собом носи, могу бити предности у једној држави, али не и у другој. У другој држави је могуће да управо такве карактеристике, које би у некој другој биле предност, буду у ствари сметња државном јединству и осећају припадности једној држави. На пример, у вишенационалној држави тешко да монархија може бити најпогоднији начин владавине, с обзиром на то да би се нација којој монарх не припада осећала запостављеном, и питање је колико би припадници нације којој монарх не припада, заиста могле да такву државу сматрају својом, или онолико својом као када би монарх био исте националности као и они; мада има и примера да су и неке од таквих држава дуже трајале, као што је случај са Аустро-Угарском монархијом. У сваком случају, облик владавине ће зависити од националног састава становништва, културног нивоа њених грађана, привредног развоја, географског положаја и свега осталог, али се опет никако не би могла извести некаква трајна дефиниција по којој би државама, са извесним егзактно одређеним параметрима привредног, друштвеног, културног и сваког другог развоја, више одговарао један, уместо другог облика владавине (Суботић, 1997: 237).

Општа карактеристика идеје монархије би била у томе што преко појединца који је на власти, идеја монархије оличава јединство нације, са њом и државе, а чињеницом да је монарх доживотно на месту шефа државе, идеја монархије оличава континуитет државе и њено трајање (Суботић, 1997: 235). Јединство државе је у монархији оличено кроз јединство субјекта шефа државе у монархији (Јовановић, 1922: 376). Сталност монархове власти оличава стабилност државе, која треба да буде брана свим брзим и незрелим политичким и друштвеним променама, односно социјалним кретањима такве врсте од којих друштво и држава могу имати више штете него користи. Монархија има задатак да својом традицијом и трајањем обузда крајности, ма које врсте, политичке посебно, екстремне аспирације и страначке страсти. У стању политичких сукоба и борби, којима може свако друштво бити бременито у појединим фазама постојања, само ауторитет који је изнад сукобљених страна, може довести до одрживог компромиса (Суботић, 1997: 236).

Међутим, могуће је говорити и о неким слабостима, односно недостацима монархије, а од најзначајнијих које се обично наводе јесу да се монарх посматра као противтежа народу, јер је изворно субјекат исте политичке снаге као и народ. Затим, и чињеница, да монарх долази на престо наслеђем, без обзира на његове личне способности, које некада можда и не могу бити такве да ће он бити у стању да на најбољи начин обавља функцију шефа државе, а с обзиром на то да не постоје легалне могућности за његову смену, он ће као такав доживотно остати на месту шефа државе. Исто тако,

монархија се некада може појавити и као брана напредним процесима, а у ситуацији када недостају легалне могућности да би се савладале бране које таквим процесима поставља монархија, она ће се тада неспорно појавити као снага која стоји на путу развоја друштва (Суботић, 1997: 236).

С друге стране, када се ради о републици, оно што су слабости монархије, истовремено могу бити предности републике, али све то опет са задршком. Наиме, као предност републике се истиче демократичност таквога облика владавине, која се огледа у чињеници да личност председника републике није одређена уставом, тј. да се свако лице под одређеним условима може кандидовати за шефа државе, а од народне воље зависи ко ће бити изабран. Тако да постоји могућност да неко због својих изузетних способности буде изабран на место председника републике, од чега би и друштво као целина онда имало користи. Идеја републике која се огледа у изборности, смењивости и несталности личности на месту председника републике, омогућава стварање атмосфере у којој је друштво отвореније за модерне и напредније токове, за промене које су револуционарније и целисходније за државу и друштво у целини (Суботић, 1997: 237).

Међутим, чињенице несталности, сменљивости и промене, која карактеришу републику, а услед којих се као неминовна последица појављује отвореност за нове идеје, може се претворити у своју супротност, тако да у таквој држави могу да наступе промене које су штетне – промене услед којих ће друштво као целина бити заустављено у свом развоју или усмерено у правцу који не води напретку, него назадовању друштва. Све је то могуће с обзиром на то да у републици не постоји институција која симболизује сталност, конзервативизам и традицију и која би због тих својстава, све промена усвајала полако и на дужи временски период. Уз све то, чинилац који се, у смислу ауторитета у случају политичких сукоба може уздигнути изнад сукобљених страна ради проналажења разумног компромиса, у републици не постоји (Суботић, 1997: 237).

Тако да, имајући у виду доживотност монархове власти, која неспорно симболизује трајање државе и нације у односу на ефемерност политичких сукоба и друштвених криза, које се у одређеним фазама живота државе кроз одређене форме увек и свугде појављују, могуће је да је монархија, са позиције ових аргумената, у стању да те сукобе лакше преброди. Али, наравно, ова чињеница не мора бити кључни разлог захваљујући коме ће монархија преживети пре републике.

Након свих ових аргумената, као и релативности вредносних судова о овима, поставља се питање, у чему је заиста суштинска разлика у односима између монархије и републике, и у чему се могу тражити предности, односно недостаци једног или другог облика владавине?

Целокупна историја држава указује да не постоји идеалан облик владавине, као и да добре или лоше особине постоје у сваком облику владавине (Михајловић, 1996: 217). Зато је питање монархије или републике још од антике актуелно (Strohm, 1922: 1, превео С.А.).

Али, ако се ипак траже разлози за или против, онда, из свега наведеног произилази да се сви разлози у корист републике или монархије могу поделити у неколико група.

Прву групу чине они аргументи који се заснивају на чињеници трајања једног или другог облика владавине, па се на основу тога изводи закључак о конзервативнијем или напреднијем облику владавине. Међутим, оба облика владавине постоје доста дуго, питање је који је облик пре настао, те сматрамо да би било прилично површно одређивање прихватљивијег облика владавине по основу овог критеријума.

Такође, аргументе против монархије који се свде на чињеницу да монарх има већа овлашћења од осталих, а да та овлашћења добија по рођењу, такође не можемо сматрати недостатком или слабошћу идеје монархије у односу на идеју републике, јер у савременим државама монарх ни формално, ни фактички нема велику власт (вид. Лукић, 1995: 313). Када се пише о правима која британски суверен има, наводи се да су то права да буде консултован, право да храбри и право да опомиње, односно анализирајући права која британска круна има по уставу, у теорији се наводи да британска круна и у стварности и не чини ништа више од тога. Због свега овога се истиче да је Британија већ република (Martin, 1937: 46 – превео С.А.).

Дакле, власт коју монарх данас има је таква да се ни у ком случају не ради о власти која би, као некада, била противтежа народу, него се ради о власти са одређеним ингеренцијама углавном формалне природе, које круни омогућавају обављање функције у најнужнијем обиму. Тај би се приговор могао изнети за време апсолутне монархије, али од када у савременим државама таква форма монархије више не постоји, онда ни такав аргуменат више не стоји. Шта више, у савременим државама председничког система, председник републике има много већу власт него монарх. Ако се упореди власт председника републике у председничким државама и власт монарха у скандинавским краљевинама, па и са влашћу монарха у Великој Британији, видеће се да је председник републике много више укључен у стварно функционисање политичког живота државе, да му је негде препуштено право управљања снажним полугама власти, као и да у неким системима има прилично јак положај у односу на остале две власти. Тако да се ни чињеница великих ингеренција круне не може више сматрати аргументом на основу којег би се изводили судови о предности једног или другог облика владавине.



И на крају, постоји трећа група разлога, код којих се донекле и једино може пронаћи стварна разлика између монархије и републике. Једна разлика се тиче суштине, док се друга тиче форме.

Суштинска разлика је у томе што у монархији постоји приличан идентитет јавних и приватних интереса монарха. Дакле, јавна власт се наслеђује, односно наслеђује се положај монарха са свим привилегијама. Додуше, ово наслеђивање се не може вршити појединачним актима приватноправног располагања него је оно предвиђено само уставом и законом (Јовановић, 1936: 207).

Међутим, оно што треба у вези са овим поменути је да тај идентитет интереса не значи апсолутну слободу, ни у начину стицања власти, ни у начину односа према тој власти, јер је начин на који се та власт стиче у потпуности регулисан уставом, а начин њеног вршења, као и уопште, положај монарха који проистиче из улоге носиоца власти, уопште не значи да он није у обавези да поштује устав и законе, пошто се приликом ступања на престо и формално обавезује на поштовање устава и закона. Слобода коју монарх има, значи само да је он неодговоран у кривично-правном и политичком смислу (Јовановић, 1936: 208 – 209).

Ова неодговорност произилази из чињенице да је монарх, поред народа, једини уставни чинилац, односно субјекат вршења власти. Тако да без обзира на разлоге ове неодговорности, која је у одређеној мери последица нужности услова вршења власти монарха, а која је уз све то кроз историју била много већа (јер је некада укључивала и неодговорност у моралном смислу), када се ради о самом функционисању оба облика владавине, идентитет јавних и приватних интереса, и формално у монархији, у одређеној мери постоји, за разлику од републике, па је питање да ли је ово штетно за државу, или је чак из одређених разлога добро да у одређеној мери у личности шефа државе постоји овакво јединство приватних и јавних интереса (Јовановић, 1936: 207–209)?

Какав ће бити однос шефа државе према држави и јавним интересима, и колико ће он стварно бити у стању и хтети да учини нешто корисно у том смислу, у пракси је питање? У историји је било разних случајева. Тако у одређеним државама, није прављен баш најбољи избор, у смислу да народ сматра да је једна личност погодна за ту функцију, а да се након тога покаже да та личности или нема способности, или није мотивисана да за јавни интерес учини све најбоље. Са овим отпада и приговор да монархија није добар облик владавине зато што се народ у њој не пита каква је личност монарх, и због тога на престо може ступити и неко ко нема квалитете за обављање те функције, јер је било случајева да и у републикама сви

председници нису подједнако успешно обављали ту функцију, иако су бирани од народа, и нису дошли на власт по основу чињенице рођења! Са друге стране, у монархијама је некада тај идентитет јавних и приватних интереса мотивисао монарха да за државу уради најбоље могуће, али некада то и није био случај. Тако да, изгледа, оно што је најбитније, то није сама чињеница стицаја јавног и приватног интереса, него управо питање у каквој ће се личности монарха стећи приватни и јавни интерес. Као што ни република, односно сама чињеница воље народа, не гарантује избор најпогодније личности. Управо најразличитији примери кроз историју представљају доказ чињенице да сам политички положај и формално-правне ингеренције нису довољна гаранција успешности вођења државе од стране шефа државе. Сматрамо да ни ова суштинска разлика не нуди одговор на питање о предностима једног од ова два облика владавине, него остаје, да можда ипак највише зависи од саме личности шефа државе, без обзира на облик владавине којим је држава организована.

Формална разлика између идеје републике и монархије би била у томе што се често институцији монархије придаје митско, или чак и верско обележје. Ово обележје је у вези са чињеницом сталности и доживотности монарха, што се поистовећује са нечим вечним и непролазним. Уз то, у различитим фазама историје, крунисање монарха је често био, а и данас негде јесте, верски обред који се обавља уз благослов верских великодостојника, или је врло често у неким државама функција богослужења у најтежњој вези са положајем монарха. Свест о монархији као идеји, посебно ако она постоји, или је постојала дуже време у одређеној држави, може бити доста снажна, првенствено у смислу њеног значаја, порекла, везаности за традицију, утемељења у вери (упор. Јовановић, 1936: 223).

## Литература

Bernatzik, E. (1919). *Republik und Monarchie*, Tübingen

Бобио, Н. (1995). *Држава, владавина друштво*, Подгорица, Цетиње

Јерин, фон Р. (1998). *Циљ у праву*, Београд, Подгорица, Сремски Карловци, Нови Сад

Јовановић, С. (1936). *Држава*, Београд

Јовановић, С. (1990). *О држави, Основи једне правне теорије*, Београд

Келзен, Х. (1951). *Општа теорија права и државе*, Београд

Лукић, Р. (1995). *Теорија државе и права*, Београд

Martin, K. (1937). *The Magic of Monarchy*, London, Edinburg, Paris

Михајловић, В. (1996). *Слободан Јовановић и грађанска држава*, Врњачка Бања

Strohm, G. (1922). *Demos und Monarch, Untersuchungen über die Auflösung der Demokratie*, Stuttgart

Суботић, Д. (1997). *Српски монархизам у прошлости и данас*, Београд

**Sava Aksić, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Priština,*

*(temporarily seated in Kosovska Mitrovica)*

## **MONARCHY OR REPUBLIC**

### **Summary**

*There is no unanimity or common opinion on the issue which form of government is more progressive, advanced and beneficial for the society: monarchy or republic. It is beyond dispute which of the two forms of government was created first; yet, both forms of government have indisputably sustained significant changes in the course of their historical development. Anyway, in contemporary monarchies, the role of the Monarch is largely ceremonious. Notwithstanding all the advantages and disadvantages of these two forms of government, the author is of the opinion that the most prominent difference in the operation of the monarchy and the republic lies in the fact that the private and the public interests of the monarch largely coincide, which may not be the case in the republican form of government. Besides, citizens frequently associate the concept of monarchy with some unrealistic (almost mythical) features and imagery.*

**Key words:** *monarchy, republic, form of government, historical changes, public authorities, removability and electivity.*



**Др Славиша Ковачевић,\***  
Доцент Правног факултета  
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 329

Рад примљен: 05.05.2015.

Рад прихваћен: 20.05.2015.

## **КРИЗА ФУНКЦИЈА ПОЛИТИЧКИХ ПАРТИЈА**

**Апстракт:** Дисфункционално партијско деловање значајно утиче на спорост демократске консолидације друштва и укупно успоравање друштвено-политичког развоја. Аутор полази од смањеног репрезентативно-управљачког капацитета политичких партија у транзиционој Србији и разматра га помоћу класичних, оперативних функција политичких партија. Криза класичних функција политичких партија у Србији дели исту такву судбину у савременим вишепартијским политичким системима, али партијска криза код нас је далеко изоштренија и одређена противречним изазовима транзиционог периода. Деловање политичких партија у Србији далеко је од очекиваних објективних стандарда, а без ефективних постигнућа у репрезентацији интереса друштва и остваривању јавних политика.

**Кључне речи:** функције партија, репрезентација, криза функција.

### **1. Увод**

Политичке партије су основни, општи, универзални, трајни и карактеристичан облик политичког организовања друштва помоћу кога се остварује репрезентација друштвених интереса и потреба и, на основу тога, формулација и спровођење јавних политика. Оне су за сада основни и најважнији политички субјект па се, стога, без њих не може ни замислити плуралистичка структура друштва нити компететивни карактер политичког и изборног система. Аксиолошки поларизирана разматрања, било да су априорно или објективно заснована, пренаглашавају позитивне, односно негативне доприносе политичких партија. Априори негативан

---

\* slavisa@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је реализован у оквиру пројекта “Усклађивање права Србије са правом Европске уније, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду од 2013-2018

однос према политичким партијама апсолутизује само лоша искуства и регресивне функције политичких партија и на тај начин изводи песимистички аксиолошки закључак. И позитивне и негативне перцепције политичких партија су искључиве јер не сагледавају објективно друштвену и политичку стварност у односу на узор-модел или претпостављену слику демократије. Као што савака појава има своје добре и лоше стране испољавања, тако се и политичке партије, као и политика уопште, патологизују. Као што се и политичке институције кваре и изопачују у односу на свој нормативно-доктринарни идеал, тако и политичке партије имају своје системске, идеолошке аберације. Вишепартијски демократски систем је само једна од оперативних могућности демократског уређења, могућност која је до сада показала већу легитимност од осталих модела и варијанти демократије. Мојсије Острогорски је имао више априорно негативни однос према политичким странкама јер је апсолутизовао само лоше емпиријске налазе и уопштио их до апстрактне генерализације (Острогорски, 1921: 36–38). Роберт Михелс је нашао више негативних него позитивних страна политичких партија, указујући на тенденцију олигархизације и лидерске персонализације која не доприноси демократији (Michels, 1990: 317–323).

У литератури постоји велики попис класичних функција политичких партија (Гоати, 2007: 57–64) а основ класификовања функција је различит. Класичне функције у овом раду су прилично значењски редефинисане и појединачно анализиране мада остају у већ постојећој орбити класификација.

Класичне функције настале су саобразно природи и карактеру друштва у коме су партије настајале, али савремене друштвене промене претпостављају редефиницију њене улоге. Криза политичких партија произилази их дубљих промена које су својствене друштвеном и политичком животу. Променио се лик друштва и политике у односу на време њиховог настајања, догодиле су се друштвено-структурне промене и промене интересно-вредносних преференција друштвених актера. Нису без значаја ни променљиве околности како на унутрашњем тако и на међународном плану.

Функција политичких партија подразумева корисну, успешну, потребну, интересну делатност која служи неком циљу који иде ка демократској респонзивности политичког поретка друштва. Ако се имају у виду ефекти или последице деловања политичких партија, онда треба имати у виду резултате, односно постигнућа политичких партија у политичком животу државе, који могу бити позитивни или негативни, који су близу или далеко од постављених циљева политичке заједнице, резултати који морају бити мерљиви и видљиви. Основна улога политичких партија са становишта

системске теорије политике јесте мање-више успешна трансформација друштвеног интереса у државне јавне политике. Са становишта политичког инпута, политичке партије артикулишу и репрезентују захтеве који долазе из формације грађанског, политичког друштва, а са становишта политичког аутпута, политичке странке треба да обезбеде подршку реализацији донетих политичких и државних одлука.

## **2. Преиспитивање функција политичких партија**

Овде проблематизујемо неколико посебних функција које произилазе из опште репрезентативне функције у демократском политичком систему. Посебно ћемо утврдити дисфункционалност функција социјализације, артикулације и агрегације, кадровске селекције, као и идеолошке, организационе, парламентарне и правнорегулативне функције.

Функција *политичке социјализације*, односно функција политичког описмењавања и обликовања рационалног и одговорног грађанства, као основна и протпостављена функција, посебно није ни близу остварења своје улоге не само у посткомунистичкој Србији. Ова функција се може сместити у ширу функцију демократске политизације друштва.

Партијски систем и међупартијска конкуренција у Србији, у досадашњем покушају демократске консолидације, нису обезбедили форум демократског политичког суочавања и промоцију рационалног, одговорног, демократског, делиберативног модела политичког мишљења, веровања и понашања, а тиме и одређеног модела политичког живота. Латентно социјализацијско дејство ауторитета партијског вођства више се изражава у ирационалном облику као ауторитарна примарна политичка идентификација.

Манипулативно обликовање мишљења и ставова о најзначајнијим питањима политичке заједнице створило је симплификоване погледе на стварност. Сложени свет политике и тешкоће политичког управљања захтевају готове одговоре на једнако сложена витална питања. Зато су политичке партије значајни посредници за стварање и мењање политичких ставова, на тај начин прибављајући, односно мобилишући себи гласове без стварно делотворних јавних политика. Убеђивање и политичка пропаганда су основни начини обликовања политичких ставова.

Социјализацијска и образовна функција политичких партија није направила значајан искорак у односу на ранија, наслеђена политичка искуства. Стечени образац мишљења, веровања, знања и понашања није адекватан

и компатибилан са потребом изградње новог политичког знања и обликовања демократског политичког идентитета грађана.

Политичке партије су мобилишући фактори политичког понашања односно политичке партиципације. Учешће људи у политичком животу, посебно на изборима, зависи не само од перципираног програма политичких партија, већ од вештине партијског маркетинга о потреби што ширег учешћа људи у политици. Изборна и постизборна политизација политичког поља има за циљ позитивно моделирање грађанских перцепција према јавним политикама. Основне технике политизације имају за циљ аутолегитимацију, односно квазилегитимацију партијских јавних политика.

Социјализацијска функција политичког учења преобразила се у манипулативну функцију обезбеђења политичке подршке. Грађани своје ставове више формирају на основу очекивања и обећања политичких партија, а мање на основу објективног искуства или идеолошко-програмских рефлексија. Функција социјализације и политичког описмењавања преобразила се у функцију манипулације и изборне моблизације, у којој је битнији «глас» него степен политичке писмености и рационалног политичког избора.

Партијска идентификација је резултат социјализацијске функције и подразумева осећање припадности одређеној политичкој партији, прихватање њених ставова, облика политичког деловања, укључивање у њене активности, гласање за њене кандидате и успостављање јасне дистанце према другим политичким партијама. Партијска идентификација подразумева политичку наклоност гласача који себе дугорочније види као подржаваоца одређане партије, а која се заснива на кумулативним ефектима социјализирајућих утицаја. Међутим, партијска идентификација у постсоцијалистичким транзиционим друштвима, а посебно у Србији, по природи је емоционално-ирационалне или, уско перципиране, интересне природе. С обзиром на лидерски карактер партија, партијска идентификација се супституише као партијско лидерска идентификација, односно идентификација са вођом односно персоналним врхом политичке партије. Ова врста идентификације установљена је као емоционално-ирационална приврженост и дифузна лојалност према надискусственом ауторитету партијског вође. Са друге стране, перцептивно интересна идентификација огледа се као очекивана материјална корист, односно материјално постигнуће.

*Артикулација и агрегација* друштвених интереса, потреба, ставова и очекивања је условљена степеном поларизације, односно диференцијације



или интеграције друштва, природом и дубином проблема друштва, наслеђем, међународним и геостратешким положајем државе, економском структуром друштва, менталитетом и политичком културом друштва. Артикулација и агрегација интереса у транзиционим друштвима представља посебан изазов имајући у виду да се ради о прелазним друштвима у којима још увек опстаје ранији начин мишљења и навикнутог понашања и представља отпор опредељеним а неопходним променама. Политичко друштво у посткомунистичким државама још увек није способно да изрази и уобличи политичке захтеве према институцијама одлучивања, нити поседује рационалне критеријуме за оцену легитимности таквих институција. Ова друштва још увек се налазе у оквирима предполитичких идентификација традиционалног наслеђа далеко од модерног, рационалног обликовања сопственог грађанског и интересног идентитета. Основна противречност и напетост унутар формације грађанског друштва која кочи јасне интересне агрегације и политичке алтернативе изражава се као идеолошка поларизација између наслеђене егалитарно-социјалне идеологије обезбеђења бенефиција и либерално-капиталистичке оријентације рационалне организације и тржишних императива, између националног и грађанског, професионалног и секуларног. Због тога, многа постсоцијалистичка друштва нису остварила неопходне радикалне резове у односу на ранији политички систем и социјалистичку идеологију.

Друштво моралног и вредносног релативизма, неразвијено и сиромашно, интересно недиференцирано, идеолошки дифузно и непрофилисано, друштво «инфантилног комодитета» и повишеног индекса нереалних очекивања - друштво је које није рефлексивно и способно да изрази или усвоји доминантан индивидуални, групни и колективни интерес. Тако дифузно нерефлексивно друштво је неуправљиво друштво.

Остваривање функције *организације власти* је логична функција политичких партија јер је њихов циљ освајање државне власти, односно дељење власти у коалиционим владама. Ова функција произилази из идеологије и програма политичких странака. Свака политичка партија треба да организује државну власт у складу са принципима владавине права и правне државе, принципима рационалне и професионалне државне управе. Што се тиче опозиционих партија, оне у оквиру своје програмске оријентације и стратегије опозиционог деловања формирају „владу у сенци“, што представља саставни део њихове спремности да у сваком тренутку презуме владајући положај. Политичке партије Србије немају за циљ употребу полува власти ради остваривања партијског програма, већ желе власт по себи у чему се изражава њихова етатофилија, односно кратофилија. Партије нису у функцији државне рационалности, односно

опште умности него се држава парцијално или посесивно интересно инструментализује. На тај начин се врши становита инверзија партије и државе која се уклапа у феномен тзв. партијске, персонализоване а често и приватизоване државе.

Наслеђе једнопартијске државе има своје протезање и данасулику партијске државе односно идентификације партије и државе. Ова симбиоза се изражава као преваленција партијског, дакле партикуларног критеријума на уштрб државног и општедруштвеног интереса. Метафорично, може се рећи – држава то је владајућа партија. Партијско апсолутизовање државног разлога често се изражава као манипулација државним и националним интересима, партијска (зло)употреба државних, посебно правосудних функција. Партијска анестезија права нарочито се изражава као ауторитарна партијска контрола над радом правосудних институција а «борба против организованог криминала и корупције» задобија облик партијског правног популизма и спектакуларне екранизације истражних кривичних поступака често без правоснажног судског епилога.

*Парламентарна функција* политичких партија може се проучавати, односно посматрати у два значења. Прво значење се односи на недостатак парламентарне политичке културе као облика и начина политичке комуникације и аргументованог дијалога у арени политичке јавности која доприноси делиберативној природи политичких одлука. Парламентаризам у овом смислу претпоставља парламентарни дух институција, а посебно начин и процес парламентарног дијалога, расправљања, одлучивања, посебно партнерски однос између референата и опонената одређене политике. Парламентаризам у овом смислу изражен је као монократско одлучивање, демагогија, популистичко дисквалификавање ставова политичких противника, без међусобног поверења владајуће и опозиционе партије.

У другом смислу, парламентарна функција политичких партија изражава се у перцепцији позиционирања законодавне и контролне улоге у подељеној и балансираној хоризонталној подели власти. Уместо тога, политичке странке у парламенту фаворизују или толеришу институционалну инверзију на тај начин што извршна власт постаје доминантна у односу на друге гране власти уместо обрнуто.

Имајући у виду парламентарну улогу политичке странке, евидентно је да странке у форми посланичких клубова и парламентарних одбора више заступају уже партијске интересе стабилности власти или интересе појединих интересних котерија него општи друштвени и државни,

односно национални интерес. Парламентарна реторика преобразила се у демагогију и популизам.

*Функција избора и селекције кадрова* у партији и држави представља једну од најважнијих функција политичких партија. Она произилази из улоге политичких актера и субјеката у политичком систему. А као најважнији аспект ове функције треба истаћи критеријуме и мерила на основу којих се врши селекција партијских кадрова и евалуација њихових постигнућа у партијском и политичком животу државе.

Када су у питању транзиционе земље, а посебно Србија, треба указати на неколико карактеристичних, учесталих и истрајних процеса. Наиме, критеријуми избора и селекције партијског кадра више су везани за лојалност, односно покорност ауторитету партијског вође него за способност обављања функције. Санкционисање кадровске одговорности није одређено видљивим и мерљивим резултатима у обављању функције, већ више скривеним разлозима унутарпартијске квазилогике политичког деловања. Тако, сменљивост политичких кадрова, партијских и политичких елита није условљена постигнућима у односу на изборни програм и изборна обећања. Ако би требало евалуирати све постојеће функције политичких партија у транзиционом периоду, онда треба рећи да је функција избора и селекције партијских кадрова најлошије остварена функција политичких партија. Ова чињеница опет доводи до несагледивих последица. Некомпетентни и недостојни носиоци партијских и државних функција, како у професионалном тако и у моралном смислу, нису ни кадри да остваре друге политичке, односно партијске функције у политичком систему, а посебно општу репрезентативну, односно управљачку функцију.

Свака политичка партија се заснива на одређеној *идеологији* или идеолошкој компилацији на основу које извире њен политички идентитет. Без обзира што данас нема чистих идеолошких програма и што је идеолошки критеријум постао растегљив и неодређен, ипак политичке партије немају иоле конзистентну идеолошку доследност, често прибегавајући техникама социјалног популизма.

Не само да је прошла ера класичних тоталитарних партија, већ је прошла и ера класичне моноидеолошке функције партија без обзира да ли се ради о партијама либералне или социјалдемократске оријентације. Како је и идеологија у савременом свету променила лик, тако се и идеологија партије мењала. Све више је на делу компилација доминантних идеологија које постају саставни део партијског програма и државне политике. У посткомунистичким друштвима идеолошка функција политичких странака значила је промену партијске идеологије, дакле

напуштање марксистичко-комунистичке идеологије и њеног монопола и институционално устројство и усвајање плурализма идеологија и ступање на сцену данас у свету доминантне идеологије либерализма. Данас је у деловању политичких партија више доминантна неолиберална идеологија него у изборним програмима. Неолиберални модел политичких партија више је видљив кроз јавне политике него што је изражен у изборним кампањама.

Из ове идеолошке позиције произилази и програмски карактер политичких партија. Политички програми партија код нас су сувише декларативно-нормативистичке, апстрактне, начелне природе. У досадашњем транзиционом искуству такви програми су и били мало оствариви, односно остварени. Још једна изразита карактеристика – становита типизација, односно сличност партијских програма, а евентуалне разлике нису суштинске природе.

### **3. Правно-регулативна нефункционалност**

Данас се готово и не идентификује *правна функција* политичких партија у правном систему општег правно нормативног регулисања друштвених односа. Ако су политичке партије основни политички субјект власти, онда је неопходно истражити како ће политичка партија у оквиру свог изборног и партијског програма формулисати правне политике, посебно ако се има у виду намеравана промена коју треба учинити са позиција владајућег положаја.

Правна функција у ширем смислу обухвата четири функционална, садржински повезана нивоа, у оквиру којих се остварује укупан нормативни процес државне власти. Први ниво је преднормативан (материјални извор правног система) и подразумева процес перцепције предмета нормирања, односно утврђивање потребе за правном регулацијом. Преднормативни процес је значајан колико и наредни нивои, јер познавање предмета нормирања је једнако релевантно за остваривост укупне нормативне функције државе. Ову фазу, не само код нас, карактерише селективни неолиберални конструктивизам који превиђа наслеђене карактеристике друштва. Друго обележје ове фазе је недовољно уважавање истрајности егалитарног наслеђа социјализма, што значи непознавање стварности која се нормира.

Други ниво нормативног процеса је конверзија интересне и вредносне структуре друштва у правну норму у оквиру прописаног парламентарног процеса одлучивања. Ова фаза нормативне делатности карактеристична је по одсуству аргументоване делиберације са изразитим аутократским и ауторитарним мотивацијама владајуће партије/коалиције. Трећи аспект

се изражава у обезбеђењу спољашњих услова и околности за несметано самостално и независно функционисање правосудног система. Политичка (партијска) контрола правосудног система има негативне импликације на логику функционисања правосудног система. Четврти ниво консеквентно подразумева евалуацију регулативне функције права и почетак поновног процеса нормирања, односно ренормирање. Ова фаза показује две негативне карактеристике: прва је веома често и брзо мењање закона а друга је правна несигурност и непредвидивост у остваривању права појединаца и група. Две негативне импликације нормативне функције су: непознавање природе реалности која се нормира, с једне стране, и калкулаторске тактике нормирања, с друге стране.

У овом контексту треба разликовати парламентарну правну функцију политичких партија у односу на функционисање правног система, посебно тумачење и примену права. То је посебно значајно у условима доминације извршне власти у односу друге две гране власти и тенденције партијске политизације правосудног система. Диференцирање правног система у ужем смислу, посебно правосудног система, неопходно је због граница и лимита недопустиве улоге политичких партија у тумачењу и примени права. Без ове диференцијације и без постојања независног и самосталног правосудног систему ова функција политичких партија своди се на ауторитарни правни популизам. Наслеђе ауторитарног права и правни дисконтинуитет представљају препреку за конституционализацију партијске политике.

#### **4. Функција демократизације политичког друштва**

Када је у питању утицај унутарпартијских односа на демократичност политичког система треба навести два супротна становишта. Једно је Сарторијево гледиште које пориче значај унутарпартијске демократичности за спољашњу демократичност политичког система (Sartori, 2001: 155–156). Овој тези се супроставља становиште о директној одређености унутарпартијске демократије на демократичност друштва и политичког система јер је тешко претпоставити да недемократичност унутар партије може исходovati широј демократичности (Касаповић, 1996: 122). Полазећи од овог становишта могуће је установити функцију унутар партијске демократичности и шире екстерне демократске функције политичких партија (Павловић, 2006, 33–40).

Однос демократије и политичких странака не може се априори посматрати као позитиван или негативан, већ функцију политичких партија у демократији треба посматрати с обзиром на то колико оне узорно, односно

егземплярно доприносе развоју демократије друштва и државе. Њена делотворност у демократском политичком процесу мери се пре свега по томе колико су оне саме демократске по природи и да ли њихов учинак на власти одговара преференцијама и очекивањима бирача и развоју друштва.<sup>1</sup>

Унутарпартијско уређење с једне стране, и политичко уређење државе и друштва, с друге стране, наговештавају јасне корелације јер је доиста тешко претпоставити да ће недемократични односи унутар партије имати позитивне импликације на екстерну демократичност политичког друштва, као што није могуће говорити о демократском друштву без демократске културе појединаца, грађанина који чине то друштво. Унутарпартијска демократија је претпоставка и предуслов за демократско друштво из неколико релевантних разлога: прво, партије су носиоци и основни субјекти политичког процеса доношења политичких одлука, те се стога унутарпартијска природа односа протеже и на шири политички и друштвени план; друго, политичке партије треба да буду политички систем у малом са демократским атрибуцијама, јер се сви битни односи који постоје унутар политичких партија догађају и на нивоу општости друштвеног и политичког система; треће, уочљива је јасна аналогија између унутарпартијске политичке динамике и ширих релација друштва и државе; четврто, унутарпартијска организација и партијско понашање представља узор за шири образац политичког деловања најразличитијих актера друштвеног живота. Постоји још једна, једнако ако не и више битна детерминанта или одредница која говори у прилог потреби унутарпартијске демократије и одговорности. Унутарпартијска политичка организација претпоставља далеко већу политичку свест и политичко знање, већи степен рационалности и политичке одговорности у односу на целину политичког система. Политичке партије су далеко кохерентније, организованије, експресивније, идеолошки доследније у односу на политички неструктуриране облике друштвености. Политичко лидерство странке, активисти и чланство су више политизованији чланови друштва, мотивисанији за политичко деловање.

Као посебне индикације непостојања унутарпартијске демократије треба навести: дегенерација опонентне и критичке компоненте која је видљива и у широком јавном политичком пољу; неједнаке могућности

---

1 Посебне унутардемократске аспекте политичких партија већ су разматране у нашој литератури. Посебно препоручујем: Пешић, В. (Де)блокирање транзиције и унутарстраначка демократија и Орловић, С. Недемократичност партија и демократизација друштва. У: Демократија у политичким странкама Србије, Лутовац, З. (Ур). Београд, 2006.

за партијско позиционирање; неформално јака лидерска позиција; непостојање унутарпартијске одговорности и критеријума сменљивости; унутарпартијски центризам у одлучивању. Стога је неопходна темељна измена унутарпартијских односа и достизање макар минималних демократских стандарда у функционисању унутрашњих партијских структура, јер „као што има нечег суштински проблематичног у недемократском наметању демократије, тако остаје базично неповерење према партијама које се залажу за демократију у друштву, а да саме нису демократичне“ (Касаповић, 1996: 124).

## 5. Одреднице кризе функција странака

Криза функција политичких партија произилази из саме кризе политичких партија као институција политичког живота и све веће немоћи политичких партија у процесу регулације друштвеног живота и развоја. Криза партијске политике произилази из кризе модерне политике. Класичне моделе политичких партија, па према томе и класичне функције политичких партија, евидентно је прегазило време и нове закономерности друштвеног живота како на унутрашњем тако и на спољном плану. Постмодерна друштва захтевају другачије политичке партије које ће одговорити изазовима новог времена. Другачија интересна, слојна, културна и економска основа друштва захтевају и промовисање новог типа политичке партије који би одговорио на очекивања комплексног друштва. Криза функција политичких странака односи се на кризу репрезентативне функције политичких странака у најопштијем смислу, а посебно криза њених оперативних функција које су овде посебно истраживане. Основна питања која се у овом смислу постављају нису само реторичке природе – да ли партије репрезентују интересе државе и бирача, да ли промовишу демократију, да ли су у употреби прави критеријуми селекције и избора партијског кадра, који су разлози, односно узроци кризе репрезентативне функције политичких партија. Стога је неопходно установити одреднице или места која генеришу кризу класичних функција.

Узрочне одреднице кризе политичких партија могу се применити и на Србију и сврстати у две групе.<sup>2</sup> Прву групу одређује организационо устројство политичких партија које се најречитије изражава у олигархијском синдрому, корупцији и клијентелизму. Ово су колико стари толико и нови узроци који се могу одредити као политичко-организациони и

---

<sup>2</sup> Идентификовање општих места, односно одредница (детерминанти) кризе које овде примењујем, преузета је, али контекстуално надограђена, допуњена и проширена у односу на верзију коју нуди Милардовић, А. (2007). Криза и трансформација политичких странака, Загреб, 8–22.

као етички (Милардовић, 2007: 9–20). Олигархизација, приватизација и персонализација партијске организације слаби репрезентативну функцију јер су општа воља, општи интерес подређени појединачним и групним интересима моћних интересних друштвених група.

Етички, односно морални разлози произилазе из епохалне раздвојености морала и политике, односно у неморалности политике као ознаке њеног карактера. Корупционашке афере, скандали, клијентелизам и непотизам су изрази моралне патологије политике коју грађани и бирачи препознају а која се може означити као аберација и амбиваленција партијских елита. Неповећење у партије и политичке елите произилази из нарушавања базичне моралне облигације о значају изговорене речи и обећања.

Групи нових одредница кризе политичких странака треба додати и ослабљен капацитет управљања и немогућности владања комплексним изазовима модернизације и глобализације. Страначки програми постају апстрактни, неоствариви, а резултати партијске политике постају предмет манипулације. Феномен неуправљивости је карактеристичан и верификован проблем савремених политичких поредака која се брже мењају од самих појединаца и група.

Основне последице кризе функција странака (смањен репрезентативно-управни капацитет, неиспуњавање изборних обећања) изражавају се као негативна перцепција грађана и отуђеност који за последицу има губитак поверења у политичке странке као актере и институције. Отуђење партија у односу на грађане и неиспуњавање демократске функције, заступање уских интереса моћних група и капитала смањује супстанцијални легитимитет политичких странака. Све то има ширу последицу одустајања од изборног процеса или десолуцију демократије.

Партије не могу више по старом, а пошто још увек немају алтернативу оне се нужно морају трансформисати. Клаус вон Бојме је покушао да у новим друштвеним покретима нађе алтернативу партијама али без успеха (Бојме, 2002). Како се трансформише друштво, тако и партије морају проћи кроз промену. Странке су прошле кроз неколико фаза под утицајем одредница друштва и под утицајем промена у друштву. Четврта фаза трансформације странака је ера професионализованих бирачких странака. То је она фаза трансформације странака у смислу промена циља странака и у смислу *policy* оријентисаних странака. Бит трансформације странака је у конструкцији снажно капацитираног актера у глобализованој арили. Трансформација мора бити утемељена на спознаји нових премиса политике, односно на транзицији национално државно демократских у транснационално државно демократске премисе. Нова конфигурација



политике подстакнута глобализацијом и глобализмом мења и оквир деловања. Стога, трансформација странака мора ићи у правцу побољшања организационог и програмског капацитета у битно новим, промењеним политичким условима и другачије конфигурације интереса и актера.

## **6. Политичка карактерологија партија**

Настанак, дисконтинуитет, историјске околности, обнова и карактер политичких партија у Србији одређује и делотворност функција у транзиционом периоду, односно њихову изразиту дисфункционалност. Битна и изразито карактеристична обележја политичких партија у Србији у процесу транзиције су: приватизовани и персонализовани карактер, клијентелистичко-патронски модел односа, ауторитарно-лидерска природа партија и смањени функционални капацитет. Поред кадровског дефицита, све ове карактеристике утичу на то да српске политичке партије имају изразито смањен репрезентативни и управљачки капацитет. Данас су партије више персонализоване а мање институционално структуриране које непоштују демократске норме и не афирмишу демократске вредности. Партије се у Србији претварају у организације за употребу власти, дубоко амбивалентне и корумпиране.

Ауторитарни синдром у српским партијама рефлектује се кроз недодирљивост позиције партијског шефа, ограничавање слободе изражавања и негативну селекцију функционера, којом се награђује опортунизам, конформизам и беспоговорна послушност, а занемарује креативност, способност и критичко мишљење.

Партократска држава спутава демократски развој и обесмишљава процес консолидације демократских установа и институција. Наиме, „(п)артократија се у Србији може пратити у институционалној равни (Устав, закон, изборни систем), у политичкој култури и традицији, али и у разумевању политике више као задовољавања парцијалних и личних интереса, а мање као обликовања јавног добра“ (Орловић, 2002: 63). Изразито кратолошке мотивације партија доводе до стварања дифузних, хетерогених, персонализованих коалиција чији су програми дивергентни а интересне аспирације различите. Циљ није опште добро остваривањем партијског програма, већ посесивно интересна калкулација као подмиривање партијског кадра дистрибуцијом „партијског плена“.

Патронско-клијентелистички карактер политичких партија у Србији је изразит. Два паралелна процеса се одвијају између партијског (државног) врха и партијских активиста: један је редован, институционални, а други је персонално-приватизован, латентан. Овај други процес или линија

интересне спреге има два друштвена упоришта: један је финансијско-олигархијски између партијског врха и економско-финансијског лобија, а други је на линији партијски врх-активно партијско чланство у коме се потенцијалним бирачима посебно активистима обећавају различите бенефиције и повластице (најчешће у нашим условима запошљавање) у замену за политичку подршку и партијски активизам. То је класичан однос патрон-клијент у коме се установљава посебна врста квазиоблигационе размене: за некритичку подршку партијском врху добија се одређена интересна, односно статусна привилегија.

Политичке партије у Србији су разапете између два противречна легитимацијска изазова: бирачког тела с једне стране, и великих глобалних политичких актера, са друге стране. Изазови који су различити, контрадикторни и међусобно искључиви а истовремено императивни. Економске јавне политике и финансијске јавне политике се изузимају из процеса одлучивања – то је «табу тема» за грађане националне државе. Тиме је и функција политичких партија омеђена утицајем међународно политичких и економских фактора од чије подршке зависи унутрашња стабилност власти националне државе.

Теза о кризи политичких странака превазилази се тезом о потреби њене трансформације. Трансформација функција политичких странака произилази из глобалних друштвених промена које налажи и промену њихове сновне репрезентативне функције. Стога је потребно говорити и о другачијем схватању и поимању његових оперативних функција а с обзиром на базичне промене у структурама друштва и изазове међународних околности. Стога, политичке партије у свом ефикасном и делотворном функционисању морају пратити време и околности које се мењају.

У анализи кризе функција политичких партија посебна истраживачка пажња треба да буде посвећена, с једне стране, кризи унутарстраначке организације, а са друге стране, морално-професионалној кризи политичког деловања. Унутарстраначки аспект кризе огледа се на још један начин, наиме као постојање дисфункционалних, деструктивних унутарстраначких ривалстава око стицања позиција и утицаја, што често исходује групним сепарацијама. Морална криза политичких партија изражава се као корупција, непотизам, афере и све већа криминализација, док се професионална криза посебно изражава као криза управљачке компетенције и немогућности ефективног деловања.

Процес партијске картелизације политичке сцене посебно се огледа у „подржављењу партија“ и „партификацији државе“, сраслости партије и државе у лику партијске државе, инверзије партијских и државних

функција и положаја, и партијској колонизацији државног апарата и коришћењу буџетских бенефиција Равлић, 2007).

Као посебан аспект кризе политичких партија треба нагласити ерозију репрезентативне, односно управљачке функције политичких партија. Она произилази из сложене плуралистичке структуре друштва, интересне поларизације и вредносно-моралног релативизма друштва. У својој сложености и комплексности, друштво постаје неуправљиво или све теже управљиво, јер се систем очекивања грађана од државних институција повећава а институције нису у могућности да у кратком периоду одговоре на све захтеве друштва. Овоме треба додати и феномен тзв. „крњег суверенитета“ класичне националне државе и све већу зависност од међународних економских и политичких чинилаца. Економска, а посебно финансијска зависност држава у односу на одређујуће факторе међународних односа слаби иначе ослабљен капацитет управљања друштвеним и државним пословима.

## 7. Закључак

Од тренутка обнављања деловања, политичке партије у Србији налазе се у становитој кризи репрезентације. Поред горе наведених одредница узрока, додатне узроке и факторе кризе треба тражити како у социјалистичком и ауторитарном политичком наслеђу, тако и у њиховој структурној и легитимацијској утемељености у друштву. Са друге стране, све наведене и разматране оперативне функције политичких партија су изразито карактеристичне за наше политичке партије. Посебно треба нагласити недостојност и некомпетентност актера партијског деловања да се суоче са транзиционим изазовима и потребом стабилизације и развоја друштва. Као „деца комунизма“, носиоци партијских активности, посебно врхови политичких партија, свој примарни политички идентитет стекли су у време ранијег и другачијег политичког режима. Политичка знања и искуства стечена у социјалистичком друштву нису применљива у новим околностима, а психологија њиховог политичког деловања није довела до унутарперсоналне политичке трансформације која ће обезбедити адаптивни потенцијал деловања.

Обнова и увођење вишепартијског система у Србији долази у најнеповољнијем тренутку распада државе и владајуће идеологије политичког система, а шире и у контексту промене интересне и идеолошке констелације међународних глобалних односа, у тренутку кад је најпотребније политичко знање и разборито деловање. У таквим околностима, политичке партије у Србији од обнављања до данас, остале су дубоко олигархијске партије вође, корумпиране, са ниским професионалним и управљачким

капацитетом, дисфункционалне у процесу стабилизације демократије и политичке одговорности.

Јачање функционалног капацитета политичких партија претпоставља: обликовање и стабилизацију индекса реалних очекивања бирачког тела; формирање и стабилизацију рационалних демократских критеријума одговорности приликом избора, селекције и промоције партијских делатника; јачање контролних механизма моралне и професионалне одговорности као подизање моралне и стручне компетенције; јачање управљачке компетенције и сензибилизације за интересе и потребе друштва; учвршћивање унутарпартијског демократског идентитета и профилисање идеолошко-програмског идентитета; неопходна постигнућа на плану перцептивно-когнитивног капацитета у схватању савремених изазова и стално учење професионалних политичких улога.

### Литература

- Веуме, К. (2002). *Transformacija političkih stranaka*. Politička kultura. Zagreb
- Goati, V. (2007). *Političke partije i partijski sistemi*. SEMI. Podgorica
- Kasapović, M. (1996). *Demokratska tranzicija i političke stranke*. FPZ. Zagreb
- Sartori, G. (2001). *Demokratija – šta je to?*. CID, Podgorica
- Јовановић, С. (1992). *О држави – основи једне правне теорије*, Београд
- Орловић, С. (2002). *Политичке партије и моћ*, Чигоја, Београд
- Острогорски, М. (1921). *Демократија и политичке партије*, Издавачка књижарица Напредак, Београд
- Павловић, В. (2006). О демократском капацитету политичких партија. У Лутовац (Прир.). *Демократија у политичким странкама Србије*. Лутовац (Прир.), Friedrich Ebert Stiftung i IDN, Београд, 2006, 31–43
- Равлић, С. (2007). Трансформација представничке функције политичких странака, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 6, 979–1004
- Милардовић, А. (2007). Криза и трансформација политичких странака. У Матановић, А. Милардовић, А. Пауковић, Д. и Видовић, Д. (Прир.). *Криза и трансформација политичких странака*, Загреб, 7–155
- Michels, R. (1990), *Sociologija partija u suvremenoj demokraciji*, Informator, Fakultet političkih znanosti, Zagreb
- Чорбић, Д. Ковачевић, С. (2014). *Политички систем*. Центар за публикације Правног факултета у Нишу. Ниш

**Slaviša Kovačević, PhD**

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **THE CRISIS OF THE POLITICAL PARTIES FUNCTIONS**

### **Summary**

*The dysfunctional operation of political parties in Serbia has a substantial impact on the slow-moving process of democratic consolidation of the Serbian society, ultimately slowing down the overall socio-political development. In view of the significantly reduced representative and decision-making capacity of Serbian political parties in transition circumstances, the author examines this issue in light of traditional activities and operative functions of political parties. The crisis in the traditional operation of political parties is quite common in the modern multi-party political systems but the current crisis in the operation of Serbian political parties is far more prominent and sharply demarcated by numerous contradictory challenges in the transition process. The operation of the political parties in Serbia is far from the objective standards they are expected to comply with. Consequently, there are no effective results in the representation of citizens' social interests and the implementation of public policies.*

**Key words:** *political parties, operative functions, representation, operative crisis.*



**Мр Александар Јосимовски,\***  
сарадник Правног факултета „Јустинијан Први“,  
Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопље

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

**Др Весна Пендовска,\*\***  
редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“,  
Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопље

UDK: 336.7(4-672EU:497.7)

Рад примљен: 10.12.2014.

Рад прихваћен: 24.03.2015.

## **ИМПЛЕМЕНТАЦИЈА ДИРЕКТИВЕ 2011/7/ЕУ О СУЗБИЈАЊУ КАШЊЕЊА ИСПЛАТА У ПОСЛОВНИМ ТРАНСАКЦИЈАМА У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ – ЗАКОН О ФИНАНСИЈСКОЈ ДИСЦИПЛИНИ**

**Апстракт:** *Кашњење у испуњавању новчаних обавеза у пословним трансакцијама представља велики проблем у Републици Македонији, али и у великом броју развијених држава и држава у развоју на европском континенту, и доприноси општој неликвидности привредног сектора. Европска унија регулише рокове измирења новчаних обавеза посебном Директивом из 2011. године, коју су државе чланице ЕУ имплементирале у својим националним законодавствима. Република Македонија, иако није чланица Европске уније, одлучила је имплементирати Директиву о сузбијању закаснелих исплата Законом о финансијској дисциплини. Овај рад систематски приказује разлике у режимима Директиве и Закона о финансијској дисциплини и даје неколико предлога о изменама одређених одредаба ради побољшања положаја економских оператера.*

**Кључне речи:** *пословне трансакције, рокови за измирење новчаних обавеза, Република Македонија, сузбијање неликвидности.*

---

\* [aleksandar\\_josimovski@yahoo.com](mailto:aleksandar_josimovski@yahoo.com)

\*\* [vpendovska@yahoo.com](mailto:vpendovska@yahoo.com)

## 1. Увод

Након глобалне економске и финансијске кризе све већи број економиста и правника заступа став да тржиште не може функционисати оптимално у условима значајне саморегулације, већ је потребна државна интервенција ради одржавања минималних стандарда и постављања основних оквира пословања. У случајевима када подбацује невидљива рука тржишта, уговорне стране у својим трансакцијама имају повећан мотив да се понашају некооперативно и, притом, не испуњавају уговорне обавезе. „Такав проблем за стране у трансакцијама јавља се зато што они нису сигурни да би се друга страна током трансакције понашала у складу са обавезама које су део уговора“ (Штерјов, 2013: 30).

Држава доноси прописе да би ограничила могућности неиспуњења уговорних обавеза, и да заштити економске оператере од штете због неиспуњења трансакција са њиховим пословним партнерима, али и да се не би увећали трошкови самих уговорних страна. Пре октобра 2013. године, Влада Републике Македонија (даље РМ) објавила је да ће након Закона о задужници бити донесен и Закон о финансијској дисциплини. Закон о финансијској дисциплини је поднет Собрању (Скупштини) РМ након утврђивања од стране Владе на седници одржаној 12. 11. 2013. године, и био је усвојен на седници Скупштине одржаној 27. 12. 2013. године. Закон је у већем делу у складу са европском директивом, са сврхом побољшања ликвидности економских оператера и благовременим испуњавањем новчаних обавеза у њиховим међусобним трансакцијама и трансакцијама између економских оператера и субјеката из јавног сектора (када је субјект јавног сектора дужник новчане обавезе). У трансакцијама између економских оператера или између економских оператера и субјеката јавног сектора често се дешава кашњење са исплатом новчаних средстава без обзира на то што је друга уговорна страна већ извршила своју обавезу.

Постоји више разлога за кашњење при исплати новчаних обавеза. Понекад тржишна моћ коју поседује неки од економских оператера и страх да се не наруше пословни односи одређују да ли поверилац новчаних обавеза прихвата или не прихвата одлагање рока плаћања. Оваква заснованост дозвољава великим економским оператерима боље услове при подмиривању њихових новчаних обавеза у пословним трансакцијама.

Рецесија доприноси смањеном профиту економских оператера и смањењу расположивих новчаних средстава. Због тога економски оператери све чешће не измирују своје новчане обавезе правовремено у периоду рецесије. Некада и побољшање економског стања изазива касно измирење новчаних обавеза у пословним трансакцијама због увећане могућности



инвестирања економских оператера и веће потребе за финансијским средствима. Дужници новчаних обавеза често користе неплаћање новчаних обавеза као јефтин начин финансирања њихових активности и замена за банкарске кредите. Субјекти јавног сектора преко кашњења исплате новчаних обавеза прекорачују буџетска ограничења одлагањем одређених плаћања за неки будући период.

Касно измирење новчаних обавеза изазива: значајне додатне трошкове повериоцима (поремећај готовинских токова, додатне трошкове за узете кредите, ограничене могућности инвестирања и утиче на њихову конкурентност и профитабилност); кашњење исплате повериоца према њиховим добављачима, радницима, као и кашњење приликом плаћања јавних дажбина; банкрот стабилних економских оператера – што касније доводи до целе серије банкрота или неликвидности повериоца банкрутираног економског оператера; суздржавање економских оператера да учествују у јавним набавкама због чега је ограничена ефикасност у коришћењу државног новца и максимизацији корисности новца пореских обвезника (European Economic and Social Committee, 2010: 44).

У РМ општа ликвидност у привредном сектору је на незадовољавајућем нивоу. У току 2013. године привредни нефинансијски сектор испуњавао је обавезе према добављачима за 174 дана, а наплаћивао је потраживања за 125 дана (Народна банка Републике Македоније, 2014: 32). Због тога што је рок испуњења обавеза према добављачима дужи него рок за наплату потраживања, можемо закључити да је привредни сектор кредитиран од његових поверилаца (Арсов, 2008: 58).

У Европској унији (даље ЕУ) проблем са кашњењем при измирењу новчаних обавеза давно је предмет регулација. ЕУ је утврдила да просечно кашњење при исплати новчаних обавеза 2009. године у уговорима о јавним набавкама је 67 дана, а у уговорима између економских оператера 57 дана са варијацијом у појединим државама чланицама. На нивоу ЕУ, неплаћања новчаних обавеза у року изазивају један од четири банкрота и губитак од око 450 хиљада радних места сваке године. Резултат кашњења при измирењу новчаних обавеза је губитак од скоро 290 милијарди евра 2009. године или 2,4% од БДП ЕУ бизнис заједнице ЕУ (European Economic and Social Committee, 2010: 43).

Још 1995. године Комисија је усвојила Препоруку о роковима плаћања у пословним трансакцијама.<sup>1</sup> Када се уочило да Препорука која је необавезујући акт не изазива очекивани ефекат, Савет министара и

---

1 Commission, Commissions Recommendation of 12 May 1995 on payment periods in commercial transactions, Official Journal of the European Union L 127, 19-22. Преузето

Европски парламент 2000. године је донео прву Директиву о сузбијању кашњења плаћања у пословним трансакцијама.<sup>2</sup> Након више од једне деценије примене и изостанка очекиваног резултата, институције ЕУ, да би решиле проблем са кашњењем измиривања новчаних обавеза, доносе нову Директиву о сузбијању кашњења плаћања у пословним трансакцијама<sup>3</sup> 2011. године која укида Директиву са идентичним називом из 2000. године, и успоставља текући режим за ову материју у праву ЕУ.

## **2. Имплементација Директиве у праву РМ и анализа одредбе Закона о финансијској дисциплини**

У следећем делу рада детаљно представљамо решења прописана Законом о финансијској дисциплини и њихову постављеност у односу на одговарајућа правила прописана Директивом ЕУ која регулише идентичну материју.

Предмет регулације овог закона је правовремено измирење новчаних обавеза које произилазе из реализације пословних трансакција – *уговора (забелешка аутора)*, између економских оператера или између субјеката из јавног сектора и економских оператера. Овај закон се примењује на све уговоре у којима се једна страна обавезује да испоручи робу, услуге или обави послове, а друга страна се обавезује да за то измири новчане обавезе које произилазе из уговора.

Ефекат норма које се односе на рокове измирења новчаних обавеза биће *lex generalis*. Закон даје могућност да се другим законом утврде различити рокови за измирење новчаних обавеза. Такође, одредбе овог закона не примењују се на економске оператере из приватног сектора над којима је отворен стечајни поступак.<sup>4</sup>

За јасније тумачење Закона о финансијској дисциплини, члан 4 садржи дефиниције термина који се користе у законским одредбама. Прецизно постављање термина “пословна трансакција”, “субјекат из јавног сектора”,

---

12.08.2014. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995H0198&qid=1417613790224&from=EN>

2 Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions, Official Journal of the European Union L 200, 35-38. Преузето 12.08.2014. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0035&rid=1>

3 Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions, Official Journal of the European Union L 148, 1-10. Преузето 20.11.2013. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0007&rid=1>

4 Чл. 3. Закон о финансијској дисциплини, *Службени весник РМ*, бр. 187/13.

“економски оператери приватног сектора” и многих других термина који се користе у законском тексту, појашњава обухват овог закона.

Под пословном трансакцијом сматра се свака трансакција између економских оператера приватног сектора, односно између субјеката из јавног сектора и економских оператера, која се односи на испоруку робе, пружање услуга и обављање послова за одређену новчану накнаду.<sup>5</sup>

Да би се применио овај закон, оба субјекта, или бар један субјект у трансакцији, мора бити економски оператер из приватног сектора. Економски оператери приватног сектора су: трговачка друштва и појединачне трговачке радње, основани у складу са Законом о трговачким друштвима и физичким и правним лицима која обављају неку профитабилну делатност.<sup>6</sup>

Као субјекте јавног сектора закон одређује: органе државне управе и јединице локалне самоуправе, фондове, агенције, дирекције, заводе и јавне установе чији је оснивач Република Македонија; јавна предузећа, трговачка друштва и установе чији је оснивач Република Македонија, општине, Град Скопље, друштва у којима претходно наведени субјекти имају већинско власништво и директни или индиректни утицај, јавне установе које су основале општине и остале институције основане законом.<sup>7</sup>

Приметили смо да, исто као и Директива, и Закон о финансијској дисциплини не регулише пословне трансакције између економских оператера и субјеката из јавног сектора када је економски оператер дужник новчане обавезе. Разлог за такво решење видимо у чињеници да држава располаже принудним правним механизмима да наплати своја потраживања и да заштити своје финансијске интересе. Ипак, у Републици Србији у Закону о роковима измирења новчаних обавеза је предвиђено да се за пословне трансакције између економских оператера и субјекта јавног сектора, када је економски оператер дужник, примењују правила овог закона која важе за трансакције између економских оператера.<sup>8</sup>

## **2.1. Рокови о измирењу новчаних обавеза између економских оператера из приватног сектора**

Закон прописује да се између економских оператера у приватном сектору не може уговорити рок за измирење новчаних обавеза дужи од 60 дана.<sup>9</sup> Рок

---

5 Чл.4 ст.1. Ibid.

6 Чл.4 ст.3. Ibid.

7 ч.4. ст.2. Ibid.

8 Чл. 4, ст.3 и 4. Закон о роковима измирења новчаних обавеза, *Службени гласник РС*, бр. 119/2012.

9 Чл. 5 ст.1. Закон о финансијској дисциплини, *Службен весник РМ*, бр. 187/13.

за измирење почиње да тече првог наредног дана од: дана када је дужник примио фактуру или други захтев за плаћање од стране повериоца; дана када је поверилац испунио своју обавезу (испоручио уговорену робу, услугу или посао), а не постоји могућност да се утврди дан пријема фактуре; дана када је поверилац испунио своју обавезу, а дужник је примио фактуру пре него што је поверилац испунио своју обавезу; или дана истека рока за преглед и потврђивање робе, услуга или обављеног посла уколико је законом или уговором предвиђен такав поступак, а дужник је примио фактуру пре или на дан потврђивања.

Уколико економски оператери из приватног сектора не утврде рок за плаћање новчаних обавеза или уговор садржи ништавну одредбу о року плаћања, дужник треба да испуни своју новчану обавезу у року од 30 дана од: пријема фактуре; испуњења обавезе од стране повериоца када не може да се утврди дан пријема фактуре или када је поверилац предао фактуру дужнику пре него што испуни своју обавезу; или дана када истиче рок за преглед и потврђивање робе, услуга или обављеног посла уколико је законом или уговором предвиђен такав поступак, а дужник је примио фактуру пре или на дан потврђивања.<sup>10</sup>

Претходно наведена решења о измирењу новчаних обавеза између економских оператера идентична су решењима која су прописана Директивом ЕУ. Разлика се примећује у случајевима када стране уговарају дуже рокове за испуњење новчаних обавеза.

Уколико постоји изричита писмена сагласност обе стране, економски оператери могу да уговоре рок дужи од 60 дана, али не дужи од 120 дана за измирење новчаних обавеза.<sup>11</sup> Овакво уређење рокова за измирење новчаних обавеза из трансакција између пословних субјеката изазива недоследност у односу Директиве ЕУ.

Мада Директива садржи одредбу којом се поштује слобода утврђивања уговорних обавеза, она ипак ограничава ту слободу. Продужетак рока за измирење новчане обавезе је дозвољен ако је то изричито уређено уговором између економских оператера, и уколико одредба која уређује рок за измирење новчане обавезе није „значајно неправична“ за повериоца.<sup>12</sup> То значи да због специфичних околности или делатности економских

---

10 Детаљније Чл. 7. Ibid.

11 Чл.5 ст.3. Ibid.

12 Ar. 3, par.5. Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions, Official Journal of the European Union L148. Преузето 20.11.2013. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0007&rid=1>

оператера у неким случајевима може се допустити да се пропишу дужи рокови за измирење новчаних обавеза. Претходно мишљење аутора потврђено је одредбама прописаним у одговарајућим законима који су донети у Србији и Хрватској.<sup>13</sup>

Постојање могућности договора на дужи рок ради измирења новчаних обавеза, може послужити као добровољно кредитирање дужника од стране повериоца, али исто тако и као механизам принуде, посебно за мале и средње економске оператере да би прихватили уговорне услове који одступају од принципа савесности и поштења или од природе самог уговора.

Мали и средњи оператери су ранљиви приликом договарања због: њиховог нивоа конкурентности на одређеном тржишту, страха да не наруше односе са клијетима, ограничене могућности да буду конкурентни понудама на дужи рок отплате својим клијентима и недовољног искуства и ограничених ресурса у поступцима наплате новчаних обавеза (European Economic and Social Committee, 2010: 43). Потребне су допуне Закона о финансијској дисциплини у овом делу.

Директива ЕУ допушта и плаћање новчаних обавеза из пословних трансакција на рате, при чему се свака рата третира као посебна новчана обавеза.<sup>14</sup> У Хрватској је такође прописано да, уколико је тако уговорено, у пословним трансакцијама између економских оператера, или економског оператера и субјекта јавног сектора, дужник може плаћати новчане обавезе на рате.<sup>15</sup> Додатно, ако субјекти желе уговорити дужи рок измирења новчане обавезе од рокова који су прописани законом могу уговорити рок до 360 дана.<sup>16</sup>

У Србији је такође предвиђено неколико повластица за економске оператере приликом измирења новчаних обавеза.<sup>17</sup>

---

13 Видети чл.3, ст. 4,5,6 и 7. Закон о роковима измирења новчаних обавеза, *Службени гласник РС* бр. 119/2012, и чл.11, ст. 2. Закон о финансијском пословању и предстећајној нагодби, *Narodne novine*, бр. 108/12, 144/12, 81/13 и 112/13.

14 Ар. 5. Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions, Official Journal of the European Union L 148. Преузето 20.11.2013. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0007&rid=1>

15 Чл.14а. Закон о финансијском пословању и предстећајној нагодби, *Narodne novine*, бр. 108/12, 144/12, 81/13 и 112/13.

16 Чл.11, ст. 2. Ibid.

17 Видети чл. 3. Закон о роковима измирења новчаних обавеза, *Службени гласник РС*, бр. 119/2012

Законом о финансијској дисциплини нису обезбеђене додатне могућности економским оператерима како би уредили измирење новчаних обавеза, и није предвиђено плаћање у ратама.

Сматрамо да могућност уговарања плаћања на рате није идентична са могућношћу да се „свака поједина пословна трансакција, која као предмет има испоруку роба, пружање услуга или обављање послова, третира као самостална трансакција приликом утврђивања рокова за измирење новчаних обавеза“ (Ђорђиоски, 2014: 4).

Могућност да свака посебна пословна трансакција буде основа за утврђивање рокова за измирење новчаних обавеза, побољшава стање када су економски оператери своје односе уредили оквирним уговорима или када је предмет уговора сложен – састављен од различите и дељиве трансакције за различите робе и услуге. Са друге стране, овакво стање изазива веће пословне трошкове, пошто стимулише субјекте да посебно одређују вредности појединих роба и услуга, који су пре доношења Закона о финансијској дисциплини били интегрисани у јединственом предмету уговора. Постоји могућност да ово стање повећа трошкове уговарања економских партнера, јер свака појединачна трансакција мора имати посебну уговорну цену.

Да би се ограничиле могућности изигравања Закона о финансијској дисциплини, предвиђена је ништавност уговорних одредаба које су значајно неправедне и које на неправедан начин одређују датум или период плаћања, казнену камату или надокнаду трошкова за касно плаћање.<sup>18</sup> Као неправедне и нефер уговорне одредбе подразумевају се одредбе за утврђивање рокова дужих од законских за плаћање новчане обавезе од стране дужника, одређивање датума пријема фактуре или ограничење и искључење права на казнену камату и надокнаду за кашњење приликом измирења новчане обавезе.<sup>19</sup>

Економски оператери некада немају довољно ресурса да сами затраже правну заштиту због значајно неправедних уговорних услова или страхују од нарушавања пословних односа са другом уговорном страном и не подносе тужбу за утврђивање ништавности уговорних одредби. Зато, право на покретање тужбе за примену уговора између економских оператера који је значајно неправедан у односу на повериоца, имају професионалне коморе, удружења, кластери и остале независне организације основане према закону које заступају интересе економских оператера из приватног

---

18 Детаљније чл. 3. Закон о финансијској дисциплини, *Службен весник РМ*, бр. 187/13.

19 Чл. 10, ст. 1 и 2. *Ibid.*

сектора.<sup>20</sup> Прописано решење овлашћује претходно наведене субјекте да поднесу тужбу ради утврђивања ништавности уговора којим су угрожени интереси економских оператера чије интересе заступају.

Овлашћење за професионалне коморе, удружења, кластере и остале независне организације основане према закону које заступају интересе економских оператера из приватног сектора, у Закону о финансијској дисциплини одступа од прописаног решења у Директиви.

У Директиви, иако је дефинисање значајно неправедних одредби скоро идентично, наведено је да „организације које заступају интересе економских оператера могу да предузму радње према националном праву испред судова или надлежних административних органа ради уговорних одредби које су значајно неправедне, у сврху примене одговарајућих мера за спречавање њиховог даљег уговарања.“<sup>21</sup> Приликом анализе претходно наведеног става Директиве примећује се да је прописана тужба за заштиту колективних права и интереси – *action popularis* (Šafranko, 2012: 1242). Овом врстом тужбе штите се економски оператери од даљег уговарања неправедних одредби од стране физичких и правних лица, а таква тужба представља и основу за тражење надокнаде штете од субјекта који је одговоран за неправедне одредбе у уговорима са другим економским оператерима.

РМ досад није уредила институцију „тужбе за заштиту колективних права и интереса“, али ова институција постоји у европско-континенталном праву. Зато је, ради комплетне примене Директиве, потребно регулисање ове тужбе у македонском позитивном праву.

Са друге стране, Комисија ЕУ сматра да постоје недостаци приликом дефинисања ове институције и потенцира могућу неефикасност због недостатка средстава којим располажу ове организације за административне трошкове и учешће у судским поступцима и сукобу интереса у случајевима када су и поверилац и дужник чланови исте коморе, удружења или кластера (Commission of the European Communities, 2009a: 8).

---

20 чл.10 ст.3. Ibid.

21 Ar.7, par. 5. Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions, Official Journal of the European Union L 148. Преузето 20. 11. 2013. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0007&rid=1>

## **2.2. Рокови о измирењу новчаних обавеза између економских оператера и субјеката из јавног сектора**

Закон о финансијској дисциплини уређује и рокове о измирењу новчаних обавеза између економских оператера и субјеката из јавног сектора када субјекти из јавног сектора су дужници новчаних обавеза. У Закону је прописано да се не може предвидети рок дужи од 60 дана да би се измириле новчане обавезе из уговора између субјеката из јавног сектора и економских оператера. Рок почиње да се рачуна према истим правилима која важе за уговор између економских оператера. Прописана је обавеза да субјекти из јавног сектора чији су рачуни део трезорског рачуна Министарства финансија РМ, захтев за плаћање доспелих фактура доставе трезору закључно са тридесетим даном од дана када почиње рок, а Министарство финансија је дужно да исплати средства у року од 30 дана.<sup>22</sup>

Ако економски оператери и субјекти из јавног сектора нису уговорили рок за измирење новчане обавезе, примењују се иста правила као за уговор између економских оператера из приватног сектора, и дужник треба да испуни своју новчану обавезу у року од 30 дана од: пријема фактуре; испуњења обавезе од стране повериоца када не може да се утврди дан пријема фактуре или када је поверилац предао фактуру дужнику пре него што испуни своју обавезу; дана када истиче рок за преглед и потврђивање робе, услуга или обављеног посла уколико је законом или уговором предвиђен такав поступак, а дужник је примио фактуру пре или на дан потврђивања (процедура за преглед и потврду и према Директиви и према Закону о финансијској дисциплини не сме бити дужа од 30 дана).<sup>23</sup>

Законом о финансијској дисциплини предвиђено је неколико изузетака који стављају субјекте јавног сектора у привилегован положај.

Рок за измирење новчане обавезе субјеката из јавног сектора предвиђен уговором између економских оператера и субјеката јавног сектора може бити дужи од 60 дана уколико је реч о вишегодишњој јавној набавци.<sup>24</sup> Законом о финансијској дисциплини није ограничен максимални период за измирење новчане обавезе. Мада је сама реализација вишегодишњих уговора о јавним набавкама комплексна, сматрамо да се у овом случају може побољшати позиција повериоца уколико се предвиди плаћање новчаних обавеза на рате за већ испоручену робу, услуге или обављени посао из вишегодишњег уговора, где се свака рата третира као посебна

---

22 Чл. 6, ст. 5 и 6. Закон о финансијској дисциплини, *Службен весник* РМ, бр. 187/13.

23 Чл. 7. Ibid.

24 Чл.6 ст. 2. Ibid.



новчана обавеза на којој се примењују општа правила о роковима за измирење новчаних обавеза.

Још једна повластица је направљена у погледу субјеката јавног сектора. За Фонд здравственог осигурања Македоније, кориснике средстава Фонда, јавне здравствене установе и остале јавне установе из области здравства (клинике, заводи, центри), јавна предузећа и трговачка друштва које оснива Република Македонија, општина и град Скопље и остала лица са јавним овлашћењима, општа правила о роковима који су утврђени за измирење новчаних обавеза субјеката јавног сектора из овог закона, примењују се од 1. 1. 2016. године. Предвиђено је да ће покретањем примене Закона о финансијској дисциплини, до 31. 12. 2014. године, таксативно наведени субјекти јавног сектора морати да измире своје новчане обавезе у року не дужем од 120 дана, а у периоду од 1. 1. 2015. до 31. 12. 2015. године морати да измире новчане обавезе у року не дужем од 90 дана.<sup>25</sup>

Ова одредба довешће до тешкоћа у пословању економских оператера који сарађују са субјектима јавног сектора за које се примењује повлашћен режим. Примера ради, економски оператер ће морати новчане обавезе према својим добављачима да испуни у року од 30 или 60 дана, док његови дужници – субјекти јавног сектора, могу новчана потраживања да исплаћују у дужим роковима (120 дана односно 90 дана), што доприноси смањењу ликвидност и повећању трошкова у пословању економских оператера.

Разумљива је потреба да се обезбеде дужи рокови за извршење обавеза Фонда здравственог осигурања Македоније и субјеката које он финансира, посебно у времену кризе, општег старења популације и повећања трошкова здравствене заштите становништва. С друге стране, јавна предузећа и трговачка друштва која су основана од стране државе или која су у њеном доминантном власништву директно обезбеђују робу или пружају услуге грађанима, и стога су више изложени ризику у пословању у односу на субјекте у јавном сектору који обављају само административне функције.

Директива ЕУ допушта да државе чланице за здравствене институције, јавна предузећа и трговачка друштва која су потпуно или делимично у државном власништву и обављају економску делатност индустријске или комерцијалне природе, пропишу рок за измиривање новчаних обавеза ових субјеката дужи него за остале државне органе, али највише 60 дана.<sup>26</sup>

---

25 Ibid, чл. 18.

26 Ar. 4, par. 4. Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions, Official Journal of the European Union

Општи рок за измирење новчаних обавеза субјеката у јавном сектору према Директиви не сме да буде дужи од 30 дана од дана: пријема фактуре; пријема робе или услуге (када не може да се утврди дан пријема фактуре од стране дужника или када је фактура примљена пре него што је роба достављена, услуге пружене или обављени уговорени послови); или од дана када истиче рок за преглед и потврђивање робе, услуга или обављеног посла.<sup>27</sup>

Европски економско-социјални комитет сматра да је могућност за уговарање дужих рокова за испуњење новчаних обавеза у неким случајевима за субјекте у јавном сектору оправдано, али да субјекти јавног сектора ни у једном случају нису у тежој ситуацији од малих и средњих економских оператора и због тога треба да измире своје новчане обавезе у року који није дужи од 60 дана (European Economic and Social Committee, 2010: 45).

Субјекти у јавном сектору имају сталне, предвидљиве и сигурније изворе средстава него економски оператори и могу добити финансијска средства по бољим условима него субјекти у приватном сектору. Субјекти у јавном сектору мање зависе од пословне репутације у односима са њиховим пословним партнерима. Због наведених карактеристика, субјектима у јавном сектору не треба омогућити посебна олакшања приликом измиривања новчаних обавеза у пословним трансакцијама.

### **3. Мере о обезбеђивању испуњења новчаних обавеза у предвиђеном року**

Ако економски оператори или субјекти из јавног сектора не измире новчане обавезе у прописаним роковима, дужни су платити и казнену камату уз главни дуг (новчану обавезу). Казнена камата се одређује према Закону о облигационим односима.<sup>28</sup> Висина казнене камате одређује се сваког полугођа по каматној стопи основног инструмента операција отвореног тржишта Народне банке РМ (ова референтна стопа од 1. јула 2014. године је 3,25%)<sup>29</sup> увећана за 10 процената за новчане обавезе обрачунате у денарима између економских оператора и економских оператора и субјеката из јавног сектора.<sup>30</sup>

---

L 148. Преузето 20. 11. 2013. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=C ELEX:32011L0007&rid=1>

27 Ар. 4, пар. 3. Ibid.

28 *Службен весник РМ*, бр. 18/01, 4/02, 5/03, 84/08, 81/09 и 161/09 и Одлуке Уставног суда РМ објављене у „Службен весник РМ“ бр. 78/01, 59/02.

29 Објава Народне банке РМ, 31. 12. 2013. године.

30 Чл. 266 а. Закон о облигационим односима, *Службен весник РМ*, бр. 18/01, 4/02, 5/03, 84/08, 81/09 и 161/09 и Одлуке Уставног суда РМ објављене у „Службен весник

Када дужник закасни са измирењем новчане обавезе, поверилац има право на надокнаду за кашњење приликом измирења од стране дужника у износу од 3.000 денара без претходне опомене и упозорења дужника.<sup>31</sup> Право на надокнаду због кашњења не искључује право на надокнаду: трошкова повериоца на основу уговора или закона, законске казнене камате и трошкова за извршење. Накнада за кашњење приликом измирења новчане обавезе служи као компензација повериоцима за трошкове који настају због наплате закаснелог потраживања. Ова надокнада је предвиђена као фиксни износ који треба да ограничи административне трошкове и личне трошкове повериоца повезане наплатом.<sup>32</sup> За неке повериоце, посебно мале и средње економске оператере, трошкови за покретање поступка против дужника новчане обавезе су несразмерно оптерећење у односу на очекивани финансијски добитак. Због тога повериоци, како би избегли ове трошкове, некад уопште не покрећу поступке против дужника новчаних обавеза или за наплату казнене камате. Накнада за кашњење измирења новчаних обавеза ће допринети повећању броја процесуираних новчаних потраживања повериоца, с обзиром на то да директно смањује њихове трошкове наплате.

Да би се унапредила правовремена наплата новчаних обавеза и ликвидност привреде, Законом о финансијској дисциплини предвиђене су и прекршајне одредбе. Сви економски оператери и субјекти у јавном сектору ће платити глобу уколико касне приликом измирења новчаних обавеза у пословним трансакцијама.

Глоба у висини од 5.000 до 10.000 евра биће изречена економском оператеру и субјекту јавног сектора који неће платити новчану обавезу у роковима који су прописани овим законом или користити облигационе односе на начин који изазива одлагање измирења новчаних обавеза у роковима који су одређени одредбама овог закона.<sup>33</sup> Ова одредба је у колизији са Законом о прекршајима који прописује да Република Македонија, државни органи и органи локалне самоуправе нису одговорни за прекршај.<sup>34</sup> Сматрамо да

---

РМ“ бр. 78/01, 59/02.

31 Чл.8. Закон о финансијској дисциплини, *Службен весник РМ*, бр. 187/13.

32 Уводни рецитал бр. 19. Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions, Official Journal of the European Union L 148. Преузето 20. 11. 2013. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0007&rid=1>

33 Чл.17, ст. 1 и 6.Закон о финансијској дисциплини, *Службен весник РМ*, бр. 187/13.

34 чл.7 ст.4. Закон о прекршајима, *Службен весник РМ*, бр. 62/06, 69/06, 51/11 и Одлука Уставног суда објављена у *Службен весник РМ* бр. 157/09.

применом позитивног права прекршајни суд неће изрицати прекршајне санкције субјектима из јавног сектора.<sup>35</sup>

Трговцу појединцу који прекрши одредбе овог закона у погледу рокова за измирење новчаних обавеза биће изречена глоба у висини од 1.500 до 3.000 евра у денарској противвредности.<sup>36</sup> Одговорној особи економских оператера и субјектима јавног сектора ће бити изречена глоба у износу од 750 до 1.500 евра уколико не измири новчане обавезе у роковима који су предвиђени овим законом или користи облигационе односе на начин који изазива одлагање измирења новчаних обавеза према утврђеним роковима.<sup>37</sup>

Такве прекршајне санкције свакако доприносе ефикаснијој наплати новчаних обавеза, али имајући у виду да је реч о уговорним односима, сматрамо да се глобе не користе за накнаду штете или побољшање ликвидности пословног сектора. Наиме, могуће је да за неисплаћену фактуру од 15.000 денара, економски оператер мора да плати казну од најмање 5.000 евра (306.500 денара), што на неки начин представља превелику санкцију у овим приватно-правним односима. Високе глобе ће допринети да економски оператери држе више готовине на њиховим рачунима како би благовремено измирили своје новчане обавезе и тиме ће њихов капацитет за обављање делатности бити смањен или ће настојати да уговоре максималне рокове за измиривање новчаних обавеза.

Надгледање спровођења одредби овог закона када се субјекат из јавног сектора јавља као дужник обављаће Министарство финансија, преко Финансијске инспекције у јавном сектору. Управа јавних прихода надгледаће трансакције између економских оператера у сврху утврђивања да ли су прекршене одредбе овог закона од стране економског оператера.<sup>38</sup>

Ако економски оператер поднесе тужбу надлежном суду, предлог за извршење извршитељу или предлог о плаћеном налогу нотару, суд, извршитељ и нотар су обавезани да обавесте Финансијску инспекцију у јавном сектору – уколико је дужник новчане обавезе субјекат из јавног сектора, или Управу јавних прихода – уколико је дужник економски оператер.

---

35 Исти феномен постоји и у праву Републике Хрватске. Видети Šafranko, *Kritički osvrt na provedbu Direktive 2011/7/EU u hrvatsko pravo, Pravo u gospodarstvu, br.5/2012*, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Zagreb, 2012, 1247.

36 Чл. 17, ст. 2. Закон о финансијској дисциплини, *Службен весник РМ*, бр. 187/13.

37 Видети чл. 17, ст. 3, 4, 5 и 7. *Ibid.*

38 Чл.12. *Ibid.*

Уколико дође до буквалне примене ове норме, постоји потенцијална могућност вишеструке доставе информација о идентичној трансакцији између истих страна, а то ће изазвати велике трошкове субјеката са законском обавезом за обавештавање.

Потребно је утврдити који субјекат може уз најмањи трошак и најсврси-сходније да спроведе пренос информација Управи јавних прихода и Финансијској инспекцији у јавном сектору без узроковања прекомерног оптерећења.

Финансијска инспекција у јавном сектору и Управа јавних прихода су дужни да утврде да ли су прекршене одредбе овог закона. Ова два органа Министарства финансија дужни су у року од 15 дана након пријема обавештења да изврше контролу пословне трансакције и да одлуче дали ће поднети прекршајну пријаву надлежном суду или утврде да нема повреда закона у року од 15 дана од дана обављеног надзора.<sup>39</sup>

Несумњиво је да ово решење даје резултате. Међутим, повећаће се административни трошкови Финансијске инспекције и Управе јавних прихода због проширења њихових надлежности, а могуће је да се продужи и време за наплату неспорних новчаних обавеза из уговореног односа. Финансијска инспекција и Управа јавних прихода имају дужност да испитају суштину грађанско-правних односа који одступају од функције које имају као државни органи. Ефикасније решење предвиђено је законима Републике Србије. Суд који донесе решење о измирењу новчаног потраживања из пословних трансакција између привредних субјеката, има обавезу да достави решење органу који надгледа примену Закона о роковима за измирење новчаних обавеза у пословним трансакцијама ради покретања прекршајног поступка.<sup>40</sup>

Орган који обавља надзор само покреће прекршајни поступак, али не утврђује чињенично стање.

Аутори у фази израде овог рада приметили су алтернативно решење за санкционисање субјеката који касне у измирењу новчаних обавеза, које је својевремено било превише футуристичко за институције ЕУ. Комисија је у предлогу, односно Директиви о спречавању кашњења исплата у пословним трансакцијама, предложила плаћање компензације у висини од 5% од стране субјеката из јавног сектора који не измирују благовремено своје новчане обавезе (Commission of the European Communities, 2009b: 23).

---

39 Чл. 13. Ibid.

40 Чл.10 ст.4.Закон о роковима измирења новчаних обавеза, *Службени гласник РС*, бр. 119/2012.

Ова компензација не ограничава право на законску казнену камату за кашњење приликом измиривања новчаних обавеза.

Ово решење могло би се применити и у Закону о финансијској дисциплини као компензацијска такса у односу на економске оператере и субјекте из јавног сектора који касне приликом измиривања новчаних обавеза из неколико разлога.

Прво, постоји корелација између новчане обавезе и саме компензацијске таксе. Због тога неће доћи до претераног оптерећења дужника. Како би законодавац заштитио пословни сектор, компензацију може ограничити на максимални износ од 5.000 или 10.000 евра уколико 5% новчане обавезе надмаши овај износ.

Друго, нема потребе за додатним ангажовањем државних органа за надзор спровођења закона. Када поверилац поднесе тужбу надлежном суду, односно предлог за платни налог нотару, суд или нотар ће утврдити да ли дужник дугује компензацијску таксу, као што је дефинисано, и да ли дугује законску казнену камату (дужник касни са измирењем новчане обавезе). Ове институције утврђују да ли је поверилац испунио своју обавезу и да ли је дужник закаснио са измиривањем новчане обавезе у уговореном року или у року прописаном законом (осим ако стране нису утврдиле рок за испуњење новчаних обавеза). Разлика је у томе што поверилац може да се одрекне права на затезну камату, али компензацијска такса од 5% свакако ће бити наплаћена од дужника. Средства прикупљена компензацијом ће бити приход буџета РМ.

Ова мера није била прихваћена од стране Савета министара и Европског парламента, али теоретски могла би бити добра основа за побољшање дисциплине приликом извршавања новчаних обавеза.

Закон о финансијској дисциплини почео је да се примењује од 1. маја 2014. године. Објекат примене закона биће пословне трансакције између економских оператера и субјеката у јавном сектору које су настале по дану почетка примене овог закона. Правни основ за пословне трансакције може постојати и пре 1. маја 2014. године, али ако се трансакција реализује после овог датума, Закон ће се применити на ту трансакцију.

#### **4. Закључак**

Ноторна је чињеница да је ликвидност привредног сектора у РМ ниска, и разумљив је став законодавца за доношење решења која ће дисциплиновати привредне субјекте – дужнике новчаних обавеза.

Закон о финансијској дисциплини је значајан почетни корак ка побољшању укупне ликвидности националне економије и унапређење правног оквира за испуњење новчаних обавеза, и оправдано се очекују позитивни ефекти од његове примене. Са друге стране, са овим законом смањују се могућности самосталног доношења одлука економских оператора и то ће смањити њихове ефикасности и профитабилности, и посредно ће утицати њихове ликвидности. Већина чланова закона су у складу са Директивом ЕУ која регулише иста питања. Међутим, одредбе о роковима за испуњавање новчаних обавеза, тужба коју могу поднети организације које штите интересе економских оператора, и изостанак прекршајних санкција у Директиви – повољније су за економске оператере и постављају их у бољи положај него Закон о финансијској дисциплини. Са друге стране, држава овим законом добија повластице који нису прописане Директивом ЕУ.

Сматрамо да је правовремена наплата новчаних обавеза у пословним трансакцијама предмет интереса за све субјекте који раде у РМ и да је неопходно да Скупштина прилагоди Закон о финансијској дисциплини како би допринео побољшању општег стања и ликвидности у привреди, а да ипак не угрози пословање економских оператора.

## Литература

Арсов С. (2008). *Финансиски менаџмент*. Скопје: Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Економски факултет

Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions. *Official Journal of the European Union L 148*. 1–10. Преузето 20. 11. 2013

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0007&rid=1>

Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions. *Official Journal of the European Union L 200*. 35–38. Преузето 12. 08. 2014.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0035&rid=1>

Ѓорѓиоски О. (2014). Тенденција на финансиско дисциплинирање на субјектите во деловните односи. *Стручно списание Правник*. 267–268. 2–7

European Economic and Social Committee. (2010). *Opinion of the European Economic and Social Committee on the 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions*

(recast) — *Implementing the Small Business Act*. Official Journal of the European Union C 255. 42–47. Преузето 12.08.2014

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009AE1930&from=EN>

Закон о роковима измирења новчаних обавеза. *Службени гласник РС*. бр. 119. 2012

Закон о облигационим односима. *Службен весник РМ*. бр. 18. 2001, 78. 2001(Одлука Уставног суда), 4. 2002, 59. 2002(Одлука Уставног суда), 5. 2003, 84. 2008, 81. 2009 и 161. 2009

Закон о прекршајима. *Службен весник РМ*. бр. 62. 2006, 69. 2006, 157. 2009 (Одлука Уставног суда), 51. 2011

Закон о финансијској дисциплини. *Службени Весник РМ*. бр. 187. 2013

Zakon o finansijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi. *Narodne novine*. br. 108. 2012, 144. 2012. 81. 2013 i 112. 2013

Народна банка на Република Македонија, Сектор за супервизија, банкарска регулатива и финансиска стабилност, Дирекција за финансиска стабилност и банкарска регулатива. (2014). Извештај за финансиската стабилност во Република Македонија во 2013 година. Скопје: Народна Банка на Република Македонија. Превземено 14.08.2014

[http://nbrm.mk/WBStorage/Files/\\_FSR\\_2013\\_MKD.pdf](http://nbrm.mk/WBStorage/Files/_FSR_2013_MKD.pdf)

Commission. (1995). Commissions Recommendation of 12 May 1995 on payment periods in commercial transactions. *Official Journal of the European Union* L 127, 19–22. Преузето 12.08.2014. <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995H0198&qid=1417613790224&from=EN>

Commission of the European Communities. (2009a). *Commission Staff working Document Accompanying Document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions (Recast)*. 1–8. Преузето 12.08.2014

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009SC0316&rid=1>

Commission of the European Communities. (2009b). *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions (Recast) Implementing the Small Business Act*. 1–36. Преузето 12.08.2014. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009PC0126&qid=1417618792327&from=EN>



Šafranko Z. (2012). Kritički osvrt na provedbu Direktive 2011/7/EU u hrvatsko pravo, *Pravo u gospodarstvu*. 5. 1227–1250

Штерјов М. (2013). *Економска анализа на договорното право низ призмата на договорот за продажба – компаративен преглед* (магистерска теза). Скопје: Правен факултет „Јустинијан Први“

**Aleksandar Josimovski LL.M**  
Teaching and Research Fellow,  
University “Ss. Cyril and Methodius”  
Faculty of Law “Iustinianus  
Primus”, Skopje  
Republic of Macedonia

**Vesna Pendovska LL.D.**  
Full Professor,  
University “Ss. Cyril and Methodius”  
Faculty of Law “Iustinianus  
Primus”, Skopje  
Republic of Macedonia

**IMPLEMENTATION OF DIRECTIVE 2011/7/EU ON COMBATING  
LATE PAYMENT IN COMMERCIAL TRANSACTIONS IN THE  
REPUBLIC OF MACEDONIA: THE FINANCIAL DISCIPLINE ACT**

**Summary**

*In the Republic of Macedonia, the legislator has tried to solve the problem of late payment in commercial transactions by enacting the Financial Discipline Act. The justifications for enacting this Act were the illiquidity of the business sector and the implementation of the EU Directive on combating late payment in commercial transactions. Yet, the Act includes several differences in comparison to the regime envisaged in the Directive. The time limits governing the performance of monetary liabilities in transactions between economic operators (undertakings) are identical with those in the EU Directive; however, the Act does not regulate payment in installment and does not provide for an extension of time limits unless expressly agreed. On the other hand, public authorities have a few privileges: time limits for commercial transactions between public authorities and economic operators are identical with the time limits for transactions between economic operators (whereas in the Directive time limits for public authorities are shorter); contracts on perennial procurement are exempt from compliance with this Act; and particular categories of public authorities should comply with the general time limits for commercial transactions as of 1 January 2016. Additionally, considering the prescribed misdemeanor sanctions applicable in cases where the debtor has failed to pay within the prescribed time limits, the purpose of the Financial Discipline Act remains unclear. Has it been enacted to increase or to reduce the liquidity in the national economy?*

**Key words:** commercial transactions, time limits on payments, Republic of Macedonia, combating illiquidity.



**Др Видоје Спасић,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

СТРУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.78:004.738.5

**Бранко Стевановић,\***  
дипл. инж. електронике, администратор мреже Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

Рад примљен: 03.04.2015.  
Рад прихваћен: 11.06.2015.

## **ДОКАЗИВАЊЕ ДИГИТАЛНИХ ПОВРЕДА ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ - ОСВРТ НА АНГЛОСАКСОНСКИ ПРАВНИ СИСТЕМ\*\***

**Апстракт:** Развој дигиталне технологије довео је до драматичног пораста сајбер криминала у разним областима, а нарочито на пољу интелектуалне својине. Корисници све више користе рачунаре и друге електронске уређаје за вршење повреда интелектуалне својине. Притом, многи починиоци оваквих дела верују да се могу изгубити у мору личних и мрежних рачунара и да могу избећи одговорност за учињене радње. Ипак, ствари не стоје тако. Уколико је извршена злоупотреба рачунара, он се може претражити и анализирати, па је тако могуће утврдити одговорност починиоца дела. Ово се врши утврђивањем дигиталних доказа, који се од осталих материјалних доказа разликују по форми у којој су инкорпорисане информације, а то је дигитална форма која подразумева неки електронски или магнетни уређај.

Поступак утврђивања дигиталних доказа спроводе сертификовани рачунарски форензичари, употребом различитих техника и алата, поштујући одговарајуће процедуре, јер се подаци током прикупљања могу изгубити или оштетити.

У раду су обрађени најважнији аспекти доказивања дигиталних повреда интелектуалне својине, као и проблеми који се појављују у вези са тим, са посебним освртом на англосаксонско право.

**Кључне речи:** дигитални доказ, компјутерска форензика, дигитална технологија, интелектуална својина.

\* vidza@prafak.ni.ac.rs

\* bane@prafak.ni.ac.rs

\*\* Чланак је резултат рада на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу.

## 1. Увод

У данашње време чак 90% свих постојећих информација налази се у дигиталном формату.<sup>1</sup> Развој дигиталне технологије, поред многих погодности, донео је и одређене нежељене, па и штетне последице. Пре свега, настао је нови облик криминала – тзв. сајбер криминал у различитим сферама. Поред тога, приватност појединца озбиљно је доведена у питање. Најзад, информатичка технологија ставила је права интелектуалне својине пред велике изазове и искушења, тиме што је знатно олакшала њихово кршење. При свему томе, нова технологија је отежала доказивање дигиталних повреда, чиме је, на неки начин, ставила починиоце повреда у релативно комфорнији и заштићенији положај у односу на легалне носиоце права.

Починоци дигиталних повреда права интелектуалне својине обично мисле да неће бити откривени и да се лако могу изгубити и сакрити у мору личних и мрежних рачунара. Међутим, ствари не стоје баш тако. Технички, постоји само пар метода за брисање, а много начина за скривање података. Захваљујући дигиталној или мрежној форензици могуће је откривање и презентовања веродостојних доказа о дигиталним повредама интелектуалне својине. Овакве доказе могуће је открити чак и када је починилац обрисао податке с рачунара. То чине рачунарски форензичари различитим алатима за обнову података, уз поштовање строге процедуре како би докази били веродостојни.

Компјутерска (рачунарска) форензика представља примену компјутерске истраге и техника анализе у циљу утврђивања релевантних дигиталних доказа. Основни циљ рачунарске форензике је објаснити тренутно стање дигиталног артефакта. Појам дигитални артефакт укључује рачунарски систем, медијум за смештај података, као што су чврсти диск или ДВД медијум, електронски документ (порука електронске поште, дигитална фотографија) или низ мрежних пакета. При спровођењу форензичке истраге неопходно је предузети посебне мере да би докази били валидни и прихватљиви на суду. Једна од најважнијих мера је осигуравање да је доказ прикупљен на исправан начин и да се поштује ланац поседа доказа од места повреде до лабораторија и, коначно, до суда.

---

1 ТВ који нас шпијунира, смарт апарати за домаћинство који се активирају путем СМС порука, 3Д штампачи људских органа, козметичких производа, аутомобилских делова и грађевинских елемената – само су неки од производа нове технологије.

## 2. Интернет пиратерија

Под дигиталном пиратеријом, у најширем смислу, подразумева се израда нелегалних копија дигиталних производа и информација заштићених правом интелектуалне својине. Прецизније, под пиратеријом дигиталног садржаја на Интернету подразумева се незаконито коришћење или дистрибуција ауторизованог дигиталног садржаја који се дистрибуира преко Интернета.

Интернет пиратерија представља незакониту репродукцију и/или дистрибуцију заштићеног дигиталног материјала путем рачунарске мреже. Генерално, у области информационо-комуникационих технологија два најзначајнија облика и предмета потенцијалних повреда интелектуалне својине су софтвер и мултимедијални садржаји у дигиталном облику.

Под дигиталним садржајем најчешће се подразумевају: аудио садржаји (компакт дискови музичких кућа), телевизијске серије, играни и документарни филмови, комерцијални софтвер, електронске и аудио књиге, комерцијални мултимедијални туторијали и други садржаји који се масовно дистрибуирају преко Интернета, а заштићени су ауторским правима.

Електронски садржаји различите врсте и природе могу се преносити путем мрежа за размену фајлова, пиратских сервера, веб-сајтова или хакованих рачунара.

Дељење датотека (енгл. *file sharing*) се дефинише као процес слања датотека на Интернет тако да се оне касније могу преузети и репродуковати. Софтвери који се за то користе нису нелегални *per se*, али је њихова употреба за прибављање датотека заштићених ауторским правима противзаконита. Посебни дистрибуциони канали за дељење датотека су P2P (енгл. *peer-to-peer*) сервиси који омогућавају рачунарима директно повезивање са другима у циљу размене и копирања датотека путем децентрализованих мрежа. У овим мрежама рачунари су међусобно директно повезани без посредовања централног сервера.

Први популарни сервис за дистрибуцију музике који је корисницима омогућио приступ великој мрежи музичких датотека био је Napster, који се појавио крајем 20. века.<sup>2</sup> Након Napster-а, појавили су се нови програми који су по функцији били слични њему, као нпр. Kazaa, Grokster, Morpheus,

---

2 Софтвер је омогућавао корисницима да претражују музичке датотеке на чврстим дисковима других корисника и преузму их бесплатно. Иако Napster није чувао пиратске садржаје на сопственим серверима, убрзо је наишао на оптужбе да дељење фајлова између корисника представља пиратерију. Организација за заштиту права музичких издавача у Сједињеним Америчким Државама – RIAA тужила је Napster због повреде ауторских права. Судском одлуком из 2002. године наложено је гашење сервиса и

eDonkey и сл., који су развили модификоване сервисе који нису могли бити директно одговорни за дистрибуцију пиратског садржаја, већ су ту одговорност пребацивали на појединце, тј. кориснике. И ови сервиси су доживели исту судбину, па су неки убрзо били угашени, док су други наставили да функционишу по легалним принципима.<sup>3</sup>

Софтверска пиратерија односи се на израду и употребу нелегалних копија рачунарског програма. Корисник куповином софтвера купује само лиценцу, односно право коришћења софтвера, али не и право његове даље дистрибуције.<sup>4</sup> Приликом куповине и инсталације софтвера, корисник „потписује уговор“ са произвођачем, којим се обавезује на поштовање свих обавеза у вези са употребом софтвера. Овај уговор познат је под називом уговор крајњег корисника о коришћењу лиценце (EULA – End User Licence Agreement).

Иако ниједан од постојећих метода не гарантује потпуну заштиту, данас се у свету најчешће примењују следеће методе борбе против софтверске пиратерије: заштита по основу ауторских права, заштита од копирања и лиценцирања по месту употребе.

Технике заштите од копирања састоје се у примени хардверских и софтверских карактеристика које спречавају покушаје копирања или копирани софтвер чине непоузданим. Иако су до сада коришћене многе технике заштите (нпр. ДВД дискови се заштићују дигиталним „омотачима“ – wrappers), показало се да ниједна од њих не даје потпуну сигурност. Због тога већина произвођача одустаје од ове методе и више се ослања на преостале две.

За потребе компанија и институција са великим бројем корисника, а у циљу сузбијања пиратерије, неки произвођачи софтвера нуде могућност мрежног лиценцирања (site licencing).<sup>5</sup> Осим тога, неке софтверске компаније, у циљу свог пропагирања, често своје производе уступају

---

исплаћивање милионских одштета музичким ствараоцима и власницима ауторских и сродних права.

3 Због свега изнетог, пирати су креирали нови протокол који ће онемогућити кривично гоњење лица које учествује у размени датотека – BitTorrent.

4 Према неким проценама, данас око 40% свих персоналних рачунара у свету ради помоћу илегалног софтвера (у САД око 25%, у Европи око 35%). Као земље са највећим процентом илегалног софтвера истичу се Вијетнам, Кина, Индонезија, Украјина и Русија, у којима више од 85% софтвера представљају нелегалне копије.

5 У овом случају, корисник на основу уговора са произвођачем, добија један примерак инсталационог диска и пратеће документације, а добија дозволу за инсталацију софтвера на онолико рачунара за колико је лиценца плаћена.

потпуно бесплатно за некомерцијалне сврхе (нпр. универзитетима или факултетима). У том смислу, последњих година у успону је и тзв. концепт отвореног кода (Open Source), по коме произвођачи софтвера уступају бесплатно на коришћење своје производе.<sup>6</sup> Проблем пиратерије се повећао са развојем нових технологија које омогућавају лакше и ефикасније неовлашћено копирање музике (и других садржаја) и њене дистрибуције.<sup>7</sup>

Генерално, постоје четири доминантна вида пиратизације дигиталних производа, што се може остварити:

- куповином легалне копије филма, музике, видео-игрице, књиге или софтвера након чега следи креирање илегалних копија;
- директно од извора, од стране инсајдера, из сфере филмске и музичке индустрије које најновија остварења редовно деле са светом путем торената;
- снимањем садржаја који се емитује на телевизији на својим рачунарима;
- неке врсте ТВ емисија, као што су преноси спортских утакмица захтевају тренутну доступност садржаја, па нема говора о снимању и накнадном аплодовању. Уместо тога, корисници који имају плаћене канале на којима се поменути садржај емитује помоћу брзе мреже успостављају канал за стрим и World Series – који иначе можда не би могли да гледају.

Други значајан сегмент у процесу пиратерије представља дистрибуција креираног дигиталног садржаја. Технички, она се може реализовати на више начина.

### **2.1. BitTorrent**

Корисник који је сачинио нелегалну копију садржаја заштићеног ауторским правом, помоћу свима доступног софтвера креира torrent фајл који затим аплодује на један (или на све) од веб-сајтова (PirateBay, Kickass.to, некада Demonoid, MiniNova...), који служе као базе за њихово складиштење. Пират је обично регистрован под препознатљивим надимком, па они који од њега “скидају” могу да буду уверени у квалитет његовог рипа.

---

<sup>6</sup> Примери за овај концепт су оперативни систем Linux, софтверски пакет OpenOffice.org, веб сервер Apache, итд.

<sup>7</sup> Према једном истраживању, годишња штета у Сједињеним Америчким Државама проузрокована музичком пиратеријом процењује се на близу 15 милијарди долара, више од 70.000 изгубљених радних места и укупним губитком плата од 2 милијарде долара.

За разлику од претходних варијанти P2P технологије, торент сам по себи није нелегалан садржај већ обичан фајл који садржи извесну групу информација о већем фајлу, који не мора сам по себи да буде заштићен ауторским правом.<sup>8</sup> Заинтересовани корисник са било ког места у свету са сајта “скида” торент фајл, покреће га путем једног од бројних BitTorrent програма и преузима филм који се налази на пиратовом рачунару. Већ током “скидања” филма, корисник постаје и сам пират пошто до тог тренутка преузете информације већ дели са трећом, четвртом, н-том особом. На крају, филм је преузео толики број људи да пират од кога је све почело може без проблема да престане са дељењем: филм је у суштини свуда и нигде (у виртуелном простору) и његова дистрибуција више не може бити заустављена. Мрежа базирана на овом протоколу је децентрализована, а претрага за датотекама се своди на претрагу .torrent датотека у којима се налази списак рачунара са жељеним датотекама.

## **2.2. Директно преузимање са сервера**

Релативна спорост “скидања” путем торената, узрокована и зависношћу од других корисника, довела је до директног преузимања са сајтова који служе за складиштење података.<sup>9</sup> Систем функционише тако што се пиратизовани филм “пакује” обично у .rar формат, а потом дели на више једнаких делова и подиже на сервере тих сајтова. Пирати то обично раде сакривајући своје IP адресе коришћењем прокси сервера, након чега добијене линкове остављају на специјализованим форумима, како би свако заинтересовано лице могло да дође до пиратизованог садржаја.<sup>10</sup>

## **2.3. Онлајн гледање или слушање садржаја**

За кориснике који не желе да чекају “скидање” садржаја, а имају довољно брзе интернет конекције, најбоље решење јесте онлајн приступ садржају. На Интернету постоје бројни сајтови на којима се филмови, серије и друге емисије могу гледати без претходног даунлоуда. Код нас је овај начин мање популаран, јер већина оваквих сајтова не омогућава учитавање титлова, док је у свету равноправни канал са осталима. У питању су сајтови који су

---

8 Суд америчке државе Ајова одбио је 2014. године масовну тужбу против корисника BitTorrent програма као неосновану, јер не доказује сарадњу између интернет пирата. <http://torrentfreak.com/judge-understands-bittorrent-kills-mass-piracy-lawsuits-140130/>

9 Најпопуларнији је био MegaUpload.com (сада на адреси Mega.co.nz).

10 Преузимање фајлова од стране крајњег корисника може бити једноставно обављено путем browser-а (сваки фајл скида се посебно, за сваки се мора укуцати код, на сваки мора да се чека одбројавање), али постоји и много програма који све то раде аутоматски.



обично регистровани у државама у којима борба против пиратерије није узела маха, па се кршење интелектуалне својине толерише.<sup>11</sup>

#### **2.4. “Скидање” у клауду**

Последњи и најновији тренд у дистрибуцији пиратизованог садржаја до крајњих корисника представљају тзв. клауд сервиси. Сервиси као што су Wuala, uTorrent и Tribler омогућавају “скидање” садржаја и држање у клауду, и да се њему може приступити на жељеном месту, нпр. путем телефона током вожње или на било ком другом месту. Ова технологија се популарно назива “рачунарство у облаку” (енгл. “Cloud computing”), а обезбеђује флексибилан, од локације независан приступ рачунарским ресурсима који се брзо и неприметно алоцирају и деалоцирају према потражњи.

Важно је истаћи да сајтови на којима се могу “скидати” торенти немају на својим серверима филмове или музику: такви садржаји “скидају” се од других корисника са њихових рачунара, а торент само служи за повезивање са њима. Теоретски, торент у имену може да тврди да садржи филм, а да садржи нешто потпуно друго. Због тога је било јако тешко судски доказати да се путем ових сајтова крше закони, мада пресуде у том смислу ипак постоје.

### **3. Дигитална (рачунарска) форензика**

Термин компјутерска или дигитална форензика означава примену научних метода у циљу идентификације, прикупљања и анализирања података уз очување интегритета оригиналног доказа, као и ланца надлежности. Другим речима, компјутерска форензика се бави прикупљањем, опоравком обрисаних, криптованих или оштећених података и њиховим презентовањем пред надлежним државним органима. Сви дигитални уређаји остављају делиће информација. Ови делићи представљају веома значајан доказ у различитим врстама истрага. Притом, алати и технике које ова дисциплина захтева су релативно лако доступни свакоме ко жели да спроведе форензичку анализу.

Циљ методологије и технологије рачунарске форензичке анализе јесте обезбедити поуздано чување дигиталних података, опоравак избрисаних података, реконструкцију рачунарских догађаја, одвраћање нападача, генерисање добрих форензичких алата и процедура (Тривић, 2011: 300-311).

---

11 Један он тренутно најпознатијих је мексички спортски сајт: [www.rojadirecta.me](http://www.rojadirecta.me)

Дигиталним доказима се бави компјутерска форензика. Она се базира на следећим принципима: законитости; ланца истраге; очувања диги-талног доказа; идентификације потенцијалног доказног материјала и интегритета доказног материјала.

У Кривичном праву постоји тзв. Локаров „принцип размене“, који је заснован на постулату да при сваком контакту две ствари долази до размене.<sup>12</sup> Таква је ситуација и приликом контакта два електронска уређаја.

Рачунарска форензика дели се на четири основне гране:

- форензика заштитног зида (енг. *firewall forensics*);
- мрежна форензика (енг. *network forensics*);
- форензика база података (енг. *database forensics*) и
- форензика мобилних уређаја (енг. *mobile device forensics*).

Форензика заштитног зида се бави механизмима заштите од неовлашћеног приступа блокирањем приступа потенцијално штетним програмима или информацијама (Спасић, 2010: 91).

Мрежна форензика се бави употребом научно доказаних техника за прикупљање дигиталних доказа и поступање са њима, а све у циљу откривања чињеница везаних за инкриминисане рађе. Базира се на праћењу мрежног промета и откривању аномалија, односно инцидената на њему. Рачунарски сигурносни инцидент представља сваки догађај који угрожава било који аспект рачунарске сигурности, односно који за последицу има губитак поверљивости, интегритета и расположивости података, злоупотребу или оштећење информација или информацијског система, као и сваку незакониту радњу чији се докази могу сместити на рачунарску медијум. Форензички специјалисти увидом у прикупљене доказе могу одговорити на сигурносни инцидент. Системи мрежне форензике могу бити различити.<sup>13</sup>

---

12 Edmond Lokart (1877–1966) био је први директор Криминалистичке лабораторије у Лиону (Француска) – Локарова терорија или Локаров закон – више видети: Chisum, W.J., & Turvey, B. "Evidence Dynamics: Locard's Exchange Principle & Crime Reconstruction, *Journal of Behavioral Profiling*, January, 2000, Vol. 1, No. 1.

13 Системи мрежне форензике могу бити тзв.: „улови-то-на-било који-начин“ системи (енг. „*Catch-it-as-you-can*“ systems) – сви пакети информација који пролазе кроз одређену прометну тачку се пресећу и спремају за даљу анализу; „стани, погледај и послушај“ системи (енг. „*Stop, look and listen*“ systems) – сваки пакет се анализира на рудиментаран начин у меморији и само се одређени подаци чувају за будућу анализу.

Форензика база података се бави претрагом и анализом база података или посебних трансакција и релација (енг. *Tables transactions end relations*) извучених из базе, не дирајући у интегритет података у циљу реконструкције података или чињеница који су се догодили у систему.

Форензика мобилних уређаја укључује скуп метода претраживања доказа с мобилних уређаја. Ови мултифункционални уређаји користе другачије типове меморије и интерфејса од личних рачунара, па су и технике стварања форензичке слике медија другачије. На овим апаратима се налазе бројни подаци као што су контакти (бројеви телефона, адресе), фотографије, календари, белешке и сл., па они имају све већу улогу у истражном процесу. Најновије генерације мобилних уређаја имају фантастичне перформансе, па стога они могу послужити као драгоцене средство за утврђивање доказа и починилаца различитих незаконитости, па тако и повреда права интелектуалне својине.

## 4. Дигитални докази

### 4.1. Појам

Дигитални доказ је врста доказа који се од осталих материјалних доказа разликује по форми у којој су инкорпорисане информације, а то је дигитална форма која подразумева неки електронски или магнетни уређај (подаци у оперативној меморији, на хард диску, флеш картицама, али и подаци који се налазе у трансмисији) (Лукић, 2012: 182). Докази дигиталних повреда интелектуалне својине деле се на личне и материјалне, а критеријум за поделу је сама њихова природа. Лични докази представљају чулним опажањем сазнате чињенице које пружају одређени запис о догађају, а материјални докази су физички докази и трагови. У кривичном поступку се одлуке у највећем делу ослањају на личне доказе, а материјалним доказима се најчешће само поткрепљују лични докази, и отклања или потврђује сумња да је одређено лице извршило одрђено дело. (Лукић, 2012: 179).

Дигитални докази могу бити тројаки. Оригинални дигитални доказ (енг. *evidence media*) чине физички предмет и/или подаци садржани у том предмету у време аквизиције (откривања, препознавања, извлачења) или заплене предмета које треба истражити. То могу бити подаци снимљени на рачунару који је физички привремено одузет док истрага траје са циљем достављања тог доказа суду, по иницирању судског поступка.

Дупликат дигиталног доказа (енг. target media) је прецизна дигитална репродукција свих објеката података садржаних у оригиналном физичком предмету (HD, CD ROM, FD, итд.).

Копија дигиталног доказа је прецизна репродукција информација које су садржане на оригиналном физичком предмету, независно од оригиналног физичког предмета.

Веома значајан датум за дигиталну форензику као младу научну дисциплину представља 1991. година. Наиме, те године је у Портланду (држава Орегон) одржано заседање Међународне асоцијације рачунарских научника IACIS (International Association of Computer Specialist), којом приликом је констатовано и одлучено да су „дигитални докази“ равноправни са доказима прикупљеним на традиционалан начин, односно физичким предметима.

Америчко удружење директора лабораторије за злочине (American Society of Crime Laboratory Directors / Laboratory Accreditation Board (ASCLD/LAB) је 2003. године, потврдило је горе изнети став. Упоредо са прихватањем компјутерске форензике као легитимног поступка анализе доказа долази и до повећаног интересовања за обучавање и едукацију на овом пољу.<sup>14</sup>

Према *National Institute of Justice SAD* од 2008. године, дигитални доказ је дефинисан као информација или податак од значаја за истрагу који је ускладиштен, примљен или послат преко електронског уређаја. Према другој дефиницији предложеној од стране *Scientific Working Group on Digital Evidence* од 2009. године, дигитални доказ је свака информација која има доказујућу вредност, а која је ускладиштена или се преноси у дигиталном облику. Дигитални доказ је било која информација генерисана, обрађена, ускладиштена, или пренесена у дигиталном облику на коју се суд може ослонити као валидну.<sup>15</sup> То је свака бинарна информација ускладиштена или пренесена у дигиталној форми која има доказујућу вредност и на коју се суд може ослонити, у контексту форензичке аквизиције, анализе и презентације (Petrović, 2004).

Дигитални докази морају бити чврсти и кохерентни и не смеју имати такозване пукотине за доношење неспорних закључака. За разлику од

---

14 Више видети: The American Society of Crime Laboratory Directors/Laboratory Accreditation Board <http://www.asclcd-lab.org/>. Тренутно постоји више од тридесет колеџа и универзитета само у Америци који обављају едукацију на овом пољу.

15 То је свака бинарна информација, састављена од дигиталних 1 и 0, ускладиштена или пренесена у дигиталном формату. Обухвата компјутерски ускладиштене и генерисане доказе, дигитални аудио и видео сигнал, запис са мобилног телефона, запис са дигиталне факс машине или других уређаја.

физичких доказа који су робустни, дигитални докази су крхке природе и лако могу бити модификовани, уништени или изгубљени.

Валидни дигитални доказ треба да поткрепи чињенице изнете на суду. Он мора бити поуздан и доприносити истрази. Да би се неки форензички алат користио у истрази, потребно је да буде сертификован и признат од државних органа, како би дигитални докази били валидни у одређеном поступку. Ово утолико пре јер се интегритет и егзактност дигиталних доказа лако могу компромитовати и њихова валидност довести у питање.

У компјутерском инциденту постоје три основне категорије дигиталних података који могу чинити дигитални доказ:

- променљиви подаци или информације које се губе након искључивања рачунара, као нпр. подаци о радној меморији (РАМ), резидентни меморијски програми и сл.;
- осетљиви подаци или подаци ускладиштени на чврстом диску (HD), који се лако могу изменити, као што је нпр. последње време приступа лог датотеци итд.;
- привремено доступни подаци или подаци ускладиштени на HD којима се може приступити само у одређено време (нпр. шифровани подаци).

Компромитовани рачунар подразумева нападнути рачунар (жртву), али за потребе рачунарско форензичке анализе (РФА), зависно од конкретног контекста, може обухватити и осумњичени изворни или посредни рачунар (нпр. онај преко чијег налога је нападач ушао у систем). Појавом смарт мобилних телефона и уређаја са оперативним системима Android и Apple iOS, све више се појављује као компромитовани рачунар и оваква врста уређаја па ће се, следствено томе, овакви уређаји све више бити предмет РФА.

#### ***4.2. Карактеристике дигиталног доказа***

Утврђивање дигиталних доказа карактерише, пре свега, велики број осумњичених лица, јер су корисници Интернета најчешће анонимни, па је круг потенцијалних починилаца велики. Идентификација преступа се код дигиталних повреда интелектуалне својине често врши временски много касније у односу на извршено дело. Велики број потенцијалних доказа се на самом почетку истраге елиминише да би се могла поставити почетна хипотеза истражитеља, што се врши у зависности од саме природе преступа. Подложност контаминацији подразумева њихову велику осетљивост на промену стања, па се морају предузети све мере за очување

затеченог стања и то строгом процедуром активности. Лакоћа губитка доказа је присутна онда када је човек сам фактор тога, у смислу да је лице које поступа нестручно, али и онда када није знало да је доказ присутан (Лукић, 2012: 184).

Поред наведеног, дигитални доказ карактеришу и: технолошка напредност; флексибилност; могућност умножавања и модификовања; невидљивост; транснационални карактер.

Пошто компјутерски криминалитет тангира земље са различитим суверенитетом, Међународна организација за компјутерске доказе (International Organization of Computer Evidence – IOCE) је, марта 1998. године, формулисала међународне принципе за поступке којима би се гарантовало коришћење дигиталних доказа прикупљених од стране једне државе у суду друге државе (Вукоман, 2010). Да би се дигитални докази што ефикасније размењивали, морају бити задовољени основни принципи (Грубор, 2004):

- конзистентност са правосудним системима у свакој држави;
- употреба уобичајеног и разумљивог језика;
- поседовање трајне вредности;
- међународна прихватљивост и признавање;
- уливање поверења и заштита интегритета дигиталних доказа;
- применљивост на све дигиталне доказе;
- применљивост на појединца, званичне агенције и највиши национални ниво.

Henry Lee, професор Форензичке науке на универзитету New Haven и директор “Forensic Research and Training Center” истиче да паралелно са истражним фазама, дигитални докази пролазе кроз своје фазе (Lee’s, 2001: 272-276).

Прва фаза је фаза препознавања (енг. recognition) односно изједначавање места проналажења доказа са местом извршења радње. Наведено препознавање врши се током извођења истражних радњи прикупљања доказа (фаза истраживања и претраживања).

Друга фаза је идентификација (енг. identification) у којој се прегледају и упоређују класне карактеристике доказа са познатим узорцима да би се утврдила класа конкретног доказа.

Следећа фаза је индивидуализација (енг. individualization), у којој се прегледају индивидуалне карактеристике предметног доказа да би се

одредило да ли је предметни доказ јединствен у односу на друге доказе у оквиру класе или да утврди да ли предметни доказ потиче из предметног извора извршења дела као и остали докази. Када су рачунари у питању, тешко је извршити индивидуализацију дигиталног доказа у истој мери као што се то може урадити са физичким доказом, зато што су дигитални објекти генерисани инструкцијама код којих се може јавити и елемент случајности. Најзад, последња фаза је реконструкција (енг. reconstruction), која представља круну свих претходних фаза.

Иако је ЈОСЕ прописала опште принципе и процедуре у вези дигиталних доказа, још увек нигде у свету не постоји верификација званичних истражних органа, форензичких аналитичара и правосудних органа, подједнако квалификованих у својим областима, да објективно и тачно воде истрагу, форензичку аквизицију, анализу, доказни поступак и презентацију дигиталних доказа на суду.<sup>16</sup>

#### **4.3. Прихватање доказа**

Одређени докази, као што су ДНК анализа или отисци прстију, опште-прихваћени су у свету. За неке друге доказе није тако. У дугом периоду прихватања и оспоравања одређених метода као судских доказа издваја се тзв. Даубертово правило (Daubert rule or rule 702), које је суд у Дауберту предложио 1973. године. По овом правилу да би метод прикупљања доказа био валидан потребно је следеће:

- а. да је метод који су научници (форензичари) користили тестиран у теоријском и техничком смислу;
- б. да је теорија која стоји иза метода била презентована научној јавности на преиспитивање;
- в. да је теорија и техника прихваћена у научној јавности;
- г. да су позната статистичка одступања при примени ове методе, и
- д. да су приликом извођења доказа примењени стандарди које метода налаже.

Приликом прикупљања дигиталних доказа настао је велики проблем у примени овог правила. Пре свега, тешкоће се огледају у томе што не постоје општеприхваћене научне теорије за одређене појаве у дигиталном свету. Ово због саме природе дигиталних информација. У зависности од начина на који су бинарне цифре распоређене у фајлу, рачунарски

---

<sup>16</sup> Seminar "Specifičnosti veštačenja u oblasti zloupotrebe IT", Udruženje IT veštak, 15.11.2011. Преузето 20. 01. 2015. [http://www.itvestak.org.rs/skupovi/Seminar\\_saopstenje.htm](http://www.itvestak.org.rs/skupovi/Seminar_saopstenje.htm)

програми интерпретирају фајл као текст, слику, аудио, или видео снимак, програм или слично. Постоји огроман број врста фајлова, од којих су неки формати фајлова познати само произвођачима софтвера за те фајлове, неки су општепознати, неки подложни константној промени, а неки, иако формално стандардизовани, због недовољно чврстих стандарда различито интерпретирани од различитих програма.<sup>17</sup> Поред тога, и код познатих врста фајлова постоје тзв. резервисани бајтови који су остављени за даљу надградњу формата фајла, који су разне програмерске куће користиле свака на свој начин. Притом, и у истој програмерској кући постоје одређени проблеми.<sup>18</sup> У таквом хаосу није могуће говорити о опште прихваћеној теорији или стандарду.

Да би се дигитални докази како-тако прихватили, дошло је до проширења Даубертовог правила поводом једног судског спора.<sup>19</sup> Врховни суд САД (United States Supreme Court) је у том случају успоставио принцип да се докази могу прихватити ако су део сведочења експерата без обзира да ли су засновани на научном, инжењерском или другом специјализованом знању. Иако је овај принцип дао решење за конкретан случај, он је, с друге стране, отворио многа друга питања.

Још један проблем који се јавља у признавању доказа огледа се у томе што је већина дигиталних информација у суштини подложна променама. Дигиталне информације се морају у поступку прибављања доказа прочитати преко одређених уређаја који могу изменити те информације.<sup>20</sup> Да би се избегли ови и слични проблеми на Међународној конференцији о високотехнолошком криминалу (International HighTech Crime Conference) 1999. године, усвојени су следећи принципи:

- активности у прикупљању дигиталних доказа не смеју мењати те доказе;

---

17 Типичан пример за то је html фајл формат, тако да исти фајл може да буде различито приказан у зависности који претраживач се користи (internet explorer, google chrome, mozilla firefox или неки други).

18 Познато је признање програмера запослених у Microsoft-у који су наследили посао од раније запослених програмера да за одређене делове програма уопште нису знали чему служе, али су их оставили у финалном производу из страха да нешто не поремете.

19 KUMHO TIRE CO. V. CARMICHAEL (97-1709) 526 U.S. 137 (1999)

20 Тако, на пример, ако истражитељ прикључи заплешени хард диск за који се сумња да садржи одређене доказе на рачунар на коме је инсталиран Windows оперативни систем и затим укључи рачунар, садржај хард диска ће бити промењен – неће бити у потпуности идентичан оригиналу који је заплешен. Самим тим се и валидност тако изведених доказа доводи у питање иако обично те промене нису битне и не утичу на доказе.



- свака особа која приступа дигиталним доказима мора бити форензички компетентна;
- свако прикупљање, приступ, чување или трансфер дигиталних доказа мора бити документовано, објашњено и подложно провери;
- појединац у чијем су поседу дигитални докази одговоран је за њихово чување све време поседовања;
- свака агенција или појединац који се бави прибављањем, приступом, чувањем или трансфером дигиталних доказа мора се понашати у складу са овим правилима.

## 5. Процес рачунарске форензике

Процес рачунарске форензике спроводи се у више фаза. Сагласно томе, постоје четири основна корака на подручју рачунарске форензике: а) прикупљање; б) претраживање; в) анализа и г) презентација.

### 5.1. Прикупљање

Прикупљање (документовање) чињеница (података) представља почетну фазу РФА. Она почиње када се информација и/или физички објект прикупе или ускладиште у очекивању испитивања. Ова фаза треба да започне што пре по извршењу инкриминисане радње. Чим форензички стручњак дође на место извршења, мора одмах започети с документовањем, тј. фотографисањем затеченог стања, снимањем, записивањем релевантних одредница и сл. Битно је констатовати да ли је средство извршења (рачунар) укључен и, уколико јесте, обавезно га треба оставити у том стању. Искључивање би за последицу имало измену више стотина датотека на које делује оперативни систем при гашењу. Важно је уочити и под којим оперативним системом рачунар ради и којим хард диском је опремљен.

Најчешћи извори прикупљања дигиталних доказа су: а) лични рачунари; б) мобилни телефони; в) дигиталне камере; г) хард дискови; д) оптички медији; њ) USB меморијски уређаји и друго.

Поред наведеног, докази се могу прикупити и из поставки дигиталних термометара, црних кутија аутомобила (ако их има), веб-страница и слично. Технологија RFID (скраћеница од radio-frequency identification) представља пренос података путем радио таласа са електронске ознаке преко RFID читача до рачунара или другог уређаја који је у стању да прими и обради те податке.

У прикупљању дигиталних доказа поред начела хитности важно је примењивати и начело повећане пажње, пошто је већина дигиталних података веома подложна изменама. Једном промењени, они тешко да могу бити враћени у изворно стање. Због тога се креира форензичка копија диска (енг. *bit-stream image, forensic image*). Она није обична логичка копија зато што не садржи само податке видљиве кориснику и који се тренутно налазе на диску, него и податке који су били избрисани. Након стварања форензичке копије диска, проверава се аутентичност копије уз помоћ криптографског сажетка, у циљу потврде исправности копије, као и интегритета података, односно доказног материјала.

Осим наведеног, у прикупљању података примењују се методе руковања дигиталним доказима које укључују:

- стварање слика (енг. *image*) рачунарског медија употребом алата који спречава измену или брисање са уређаја података који су прикупљени као доказни материјал;
- успостављање и одржавање ланца поседа доказа;
- документовање поступања са доказним материјалом и
- употребу алата и метода које су проверене и чију је тачност могуће изразити у процентима.

У овој фази неке од најдрагоценијих података могуће је добити од корисника рачунара. У разговору с њим могу се сазнати вредни подаци о поставкама система, програмским пакетима, коришћеној енкрипцији и слично. У истрази у којој власник дигиталног уређаја, који је уведен као доказни материјал, није пристао на сарадњу форензички истражитељ мора имати налог за копирање и претраживање података.

## **5.2. Претраживање**

Претраживање дигиталних записа представља другу фазу РФА, која следи након прикупљања доказа. Ова фаза мора се спроводити ефикасно и целисходно. Почетна радња је издвајање релевантних података и елиминисање небитних. Издвајање података може започети анализом криптографског сажетка.<sup>21</sup>

---

21 Примера ради, нека је диск који се прегледава један од дискова из велике компаније у којој се догодило цурење података. Власници сумњају да је запосленик одао неке важне информације конкурентској фирми. Она форензичком тиму даје све критичне податке за које се сумња да су могли бити прослеђени па их они помоћу алгорита криптографских сажетака упоређују с подацима на диску. Уколико алгоритам пронађе подударне датотеке, исписаће их на екрану рачунара.

Следећи корак укључује проверу заглавља датотеке (енг. *file signature*). Потпис датотеке се користи за идентификацију формата или проверу садржаја датотеке.<sup>22</sup> Овај метод је врло користан када се проверава да ли је корисник рачунара променио име или екстензију датотеке како би прикрио њен прави садржај. Форензички стручњак ће датотеку провести кроз посебан алат, и, уколико се покаже да тренутна екстензија не одговара њеном стварном формату, прећи ће се на детаљнију анализу датотеке.

Надаље, претрага се може наставити према кључној речи (енг. *keyword analysis*).<sup>23</sup> Датотека се може издвојити и по: типу, величини и датуму настанка.

Након издвајања, односно селекције свих доступних датотека прелази се на прегледавање обрисаних података, датотеке за размену (енг. *swap file*) и неискоришћених сектора на диску.

Следеће место које је потребно прегледати је *recycle bin* (простор на диску, посебна датотека, у коју се спремају датотеке пре коначног брисања с диска).<sup>24</sup>

Релевантни докази се могу открити и у привременим датотекама (енг. *temporary Internet files*). Различите апликације их стварају током свога рада и по завршетку их бришу.<sup>25</sup> То значи да ће форензички стручњак видети када и како се мењао документ и сазнати како је настала одређена датотека.

Следећи извор података може представљати in-box. Прегледом његовог садржаја, може се сазнати с киме је и када особа комуницирала и какве су податке размењивали. Такође, ту је могуће пронаћи и бројне податке о свим активностима на Интернету.<sup>26</sup>

---

22 Свака датотека има свој потпис који се састоји од магичног броја (кратког низа бајтова, обично 2-4 смештених на почетак датотеке) и он говори у којем је програмском алату настала.

23 Ствара се текстуална датотека у коју се уписују кључне речи. Помоћу посебних алата могу се пронаћи сва појављивања речи из текстуалне датотеке и на тај начин издвојити датотеке према садржају.

24 Починилац је можда у страху покушао брзо прикрити доказе и одлучио их избрисати. Међутим, обрисани подаци нису у потпуности уклоњени из система, чак и када су избрисани из *recycle bin-a*. Ако корисник није избрисио датотеке из *recycle bin-a* те је датотеке врло лако вратити, јер ће оне још неко време бити на диску. Уз то, могуће је прочитати и њихове метаподатке (податке о подацима) који садрже име, време настајања, време измене, име аутора и слично.

25 Microsoft Word, на пример, ствара привремену датотеку сваки пут када се снимају измене на документу с којим корисник ради.

26 Понекад се корисници служе *webmail* услугом, па се приликом преузимања порука електронске поште с интернета оне спремају у привремене датотеке (енг. *Temporary*

Подаци везани за активности на Интернету налазе се и у *cookies* (тзв. “колачићи”) датотекама. Помоћу њих могуће је пратити које странице корисник посећује. Изузетно важне су и дневничке датотеке које се налазе на серверу. Оне могу садржавати информације о системским средствима, процесима и активностима корисника. Све описане методе односе се на претраживање диска којег је било могуће искључити с мреже, понети у лабораторију и тамо спровести даље кораке истраге.

### **5.3. Анализа**

Анализа представља процес тумачења доказа прикупљених претраживањем. Путем анализе истражитељ супсумира све расположиве чињенице и долази до крајњих резултата истраге. Постоји неколико врста анализа:

- временска анализа – стварање слике о хронолошком настајању података, односно развоју инкриминисаних радњи корак по корак (*step by step*). Ова анализа се спроводи прегледом временских метаподатака (време настанка, последња измена, последњи приступ и сл.) или дневничке датотеке (када се корисник пријавио на систем или одјавио са њега);
- анализа скривених података – значајна је у реконструкцији скривених података и може указивати на власништво, вештину или намеру. Дохват криптованих, компримираних података и података заштићених лозинкама упућује на скривање података од стране злонамерних корисника. Такође, наилажење на податке или фајлове који имају измењену екстензију индицира на намерно скривање или преиначење података;
- анализа датотека и апликација – извођење закључака о систему и вештини корисника. Постигнути резултати указују на нужност предузимања следећих мера у циљу успешног окончања ове фазе. То могу бити: прегледавање садржаја датотека; идентификовање броја и врста оперативних система; утврђивање повезаности датотека и прегледавање корисничких поставки.

Крајњи корак анализе је њен закључак. У њему се сви до тада прикупљени и анализирани подаци повезују у једну логичку и кохерентну целину, материјализовани у форми извештаја.

#### **5.4. Презентација резултата истраге**

Стварање извештаја је најважнија фаза рачунарске форензике. Извештај представља круну целокупног истражног поступка. Он повезује закључке анализе, детаљан опис резултата, све релевантне доказе и документацију која све то поткрепљује. Извештај треба да садржи детаљну документацију алата, процеса и методологије. Сложеност извештаја, његов конкретан облик и садржај зависе од његове намене. Када је истрага закључена, резултати истраге се презентирају правосудним органима. Форензички стручњак мора бити у стању на једноставан и аргументован начин образложити резултате рачунарско форензичке анализе како би исти били веродостојни и као такви прихваћени у судском процесу.

### **6. Форензички алати**

Успешно спровођење РФА незамисливо је без употребе форензичких алата. Избор адекватног алата који ће бити коришћен за дигиталну форензичку истрагу у великој мери утиче на исход судског поступка. Иако је циљ јасан – добијање валидних дигиталних доказа прихватљивих на суду, у пракси се показује да до тога није нимало лако доћи. Постоји више врста форензичких алата и они се генерално деле на алате за анализу програма, односно програмских компоненти и алате за анализу физичких компоненти. Притом, неки од њих су бесплатни док су други комерцијалне природе.

#### **6.1. Алати за анализу програма**

Постоје бројни технички алати који стручњацима помажу у прегледавању, претраживању и анализи доказа. Најпознатији и најпримењиванији су следећи програмски алати за управљање подацима на чврстом диску:

- *DriveSpy* – алат базиран на оперативном систему ДОС са интерфејсом сличним истом, који омогућује стварање форензичке копије диска, обнављање обрисаних података и неискоришћених делова сектора и анализу употребом криптографског сажетка;
- *SnapBack Exact* – алат фирме SnapBack који служи за форензичко копирање диска; *-MediaMerge* – алат фирме Computer Conversions намењен обнављању података с оптичких медија и тврдих дискова.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Постоје и многи други алати: Forensic Replicator, PDBlock, FTK Imager, GetFree, Ontrack, AcoDisk, DiskSig и др.

Поред наведеног, постоји и неколико прегледника бинарних датотека, као и вишенаменских програмских пакета.<sup>28</sup>

## **6.2. Алати за анализу диска**

На хард диску се обично налази оперативни систем који садржи различите програмске пакете. Већина форензичких алата може се покренути с једног таквог система. Међутим, ако је потребно засебно анализирати делове рачунара, као што су хард дискови, оптички медији, USB меморијске картице, мобилни уређаји и слично, потребна је посебна опрема.<sup>29</sup> Докази прикупљени форензичким методама могу се користити у разним врстама истрага и у различите сврхе.

## **7. Закључни осврт на проблеме у доказивању дигиталних повреда интелектуалне својине**

Интелектуална својина је и у тзв. аналогном окружењу изложена озбиљним настрадајима и искушењима. Са тог разлога, питање њене заштите одувек је било актуелно и суштинско. Што би рекао Džek Valenti “Ако не можете да заштитите оно што поседујете, онда ништа не поседујете.” (Ganc, Dž. Rochester, B. Dž, 2007: 13). Дакле, интелектуална својина је предмет различитих повреда и у аналогном окружењу и тешко ју је заштитити.

У информатичком друштву, односно у дигиталном окружењу проблеми у вези са интелектуалном својином су још израженији и далеко озбиљнији. Нове технологије, с једне стране, омогућавају много лакше, брже и јефтиније искоришћавање, а тиме и повређивање интелектуалне својине, а са друге стране, отежавају утврђивање и доказивање таквих повреда. Из изнетих разлога, питање доказивања дигиталних повреда постаје све актуелније и појављује се као озбиљан проблем који треба у што већој мери решити.

Фантастичан и перманентан развитак науке и технике извршио је значајан утицај и на облике и методе сузбијања криминалитета, док је експанзија развоја информационих технологија и телекомуникација омогућила коришћење доказа у електронској форми.

У сагледавању и решавању наведеног проблема најдаље се отишло у англосаксонском правном систему, посебно у САД-у. Тамо је доста

---

28 Прегледници бинарних датотека: *010 Hex editor*, *Hex Workshop*. Такође и вишенаменски програмски пакети: *EnCase*, *Mareeware*, *Access Data*.

29 Постоји неколико произвођача таквих форензичких уређаја за анализу доказног материјала (делова рачунара за смештај података) и најважнији међу њима су *Digital Intelligence* и *Vogon International*.

учињено на доношењу бројних правних правила и установљавању бројних техничких стандарда у прибављању, чувању и примени дигиталних доказа.

Ипак, упркос свим напорима и настојањима, проблем доказивања дигиталних повреда још увек није адекватно и свеобухватно решен. На путу ка решењу наведеног проблема појављују се многе препреке. Све се оне, генерално, могу свести на две најважније категорије: правне и техничке. Пре свега, легислатива (национална и међународна) у овој области није задовољавајућа, односно перманентно заостаје за развојем информатичке технологије. Такође, постоје и разлике у законодавствима, чак и у појединим државама САД. Кад се томе дода чињеница да повреде интелектуалне својине скоро увек садрже елемент иностраности, односно тангирају различите суверенитете, онда проблем постаје још сложенији.

Иако је Међународна организација за компјутерске доказе (IOCE) прописала опште принципе и процедуре за усаглашавање метода и практичних решења у вези дигиталних доказа, још увек нигде у свету не постоји верификација званичних истражних органа, форензичких аналитичара и правосудних органа, подједнако квалификованих у својим областима да објективно и тачно воде истрагу, форензичку аквизицију, анализу, доказни поступак и презентацију дигиталних доказа пред надлежним органом.

Осим правних присутни су и технички проблеми. Упркос постојању различитих форензичких метода и техничких алата, некада је веома тешко доћи до дигиталних доказа о повреди права интелектуалне својине, због саме природе мрежног окружења. Најзад, не постоји стандардизована и унификована технологија у овој области која би омогућавала јединствено поступање и квалификовање дигиталних повреда интелектуалне својине.

На основу свега реченог, можемо изнети закључак да интелектуални ствараоци имају разлога да буду забринути за будућност својих права, али и реалну наду да ће друштво наћи начине и механизме да из ове ситуације изађе као победник и повреде права интелектуалне својине сведе на разумну и прихватљиву меру.

## Литература

Athanasopoulos, E. et. Al. (2008). Antisocial Networks: Turning a Social Network into a Botnet, 11th international conference on Information Security, Springer-Verlag Berlin, Heidelberg, pp. 146–160.

Britz, M.T. (2004). Computer forensics and cyber crime: An introduction, Pearson Education, New Jersey

Casey, E. (2004). Handbook of computer crime investigation: forensic tools and technology, Elsevier Academic Press, London, San Diego

Ђокић, З. Живановић, С. (2004). „Проблеми прибављања, обезбеђивања и коришћења доказа у електронској форми, од значаја за кривични поступак“, Тешки облици криминала (зборник), ИКСИ; ВШУП, Будва, стр. 305–318

Ganc, Dž. Ročester, B. Dž. (2007). Pirati digitalnog doba, Clio, Beograd, стр 13

Grubor, G. (2004). “Funkcionalni model istrage kompjuterskog događaja”, savetovanje Ziteh`04, приступ 20. 01. 2015. са: <http://www.singipedia.com/content/971-Funkcionalni-model-istrage-kompjuterskog-kriminala>

Јерковић, Р. (2009). „Високотехнолошки криминал – актери и жртве“, Ревивија за безбедност, бр. 3/2009, стр. 27–34

Комлен Николић, Л. и др. (2010). Сузбијање високотехнолошког криминала, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд

Крстић, Ј. (2004). “Стандарди у поступању тужилаца у борби против компјутерског криминала”, : ЗИТЕХ (зборник), Удружење ИТ вештак,Тара.

Lee’s, H. Palmbach, T. and Miller, M. (2001). Henry Lee’s Crime Scene Handbook, San Diego: Academic Press

Лукић, Т. (2012). Дигитални докази, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/12, стр. 177–192

Petrović, L. (2004). “Digitalni dokazi”, savetovanje Ziteh`04, приступ 15. 01. 2015. са: <http://www.singipedia.com/content/986-Digitalni-dokazi>

Радуловић, С. (2008). „Претње високотехнолошког криминала и домаћа законска регулатива“, Ревивија за безбедност, бр. 8/2008, стр. 18–24

Спасић, В. (2010). Онлајн безбедност, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 56, 2010, стр. 77–102

Спасић, В. (2011). Дигитални докази, Зборник радова Правног факултета у Косовској Митровици, са међународне научне конференције, св. 1, стр. 283–298



Stephenson, P. (2000). *Investigating Computer-Related Crime*, CRC Press, Boca Raton (etc.)

Timofeeva, Y. (2002). Hate speech online: restricted or protected? Comparison of regulations in the United States and Germany, *J. Transnational law & policy*. p.256

Тривић, С. (2011). Виртуелни злочин и његово санкционисање, *Страни правни живот*, бр 3/2011, стр. 300-311

Vetsbi, DŽ. R. i dr. (2004). *Međunarodni vodič za borbu protiv kompjuterskog kriminala*, Produktivnost AD, Beograd

Vukoman, M. (2010). "Digitalni dokazi i mesto zločina", Univerzitet u Beogradu, Fakultet organizacionih nauka, Beograd, приступ 20. 02. 2015. са: <http://www.scribd.com/doc/40239735/Digitalni-Dokazi-i-Mesto-Zlocina>

**Vidoje Spasić, LL.D.**  
Associate Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

**Branko Stevanović,**  
B.Sci (Electronics)  
System Administrator,  
Faculty of Law, University of Niš

## **PROVING THE INFRINGEMENT OF DIGITAL INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: OVERVIEW OF THE ANGLO-SAXON LEGAL SYSTEM**

### **Summary**

*The multifaceted process of identifying and proving the infringement of intellectual property rights is further complicated and aggravated in the so-called analogue environment. The development of Information Technologies has given rise to a new set of problems. The digital technology has facilitated the infringement of intellectual property rights and additionally aggravated the process of proving these infringements. Hence, it is the duty of digital forensics to identify relevant (valid) evidence and present it in the court of law, which is not an easy task. In that course, the problems are twofold: legal and technical. First of all, the legislation in many countries is not adjusted to resolving the issues constantly emerging in the digital environment and there are apparent differences in the manner of regulating these issues. On the other hand, there is no standardized and unified technology which would provide for a uniform qualification and comprehensive treatment of these issues. Moreover, the place of commission of these criminal offences as a rule does not coincide with the place of occurring legal consequences. Yet, in spite of all these difficulties, there are technological methods and tools which facilitate the detection of cybercrime and provide evidence for securing relevant punishment. In the time to come, the developments in this area are expected to be aimed at strengthening the protection of legitimate interests of holders of intellectual property rights.*

**Key words:** *digital evidence, digital forensics, digital technology, intellectual property.*

## II СУДСКА ПРАКСА

---

---



**Милош Прица\***, МА  
Асистент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

КОМЕНТАР СУДСКЕ ОДЛУКЕ  
UDK: 342.565.2:340.142(497.11)  
Рад примљен: 14.04.2015.  
Рад прихваћен: 04.05.2015.

ЗАКЉУЧАК УСТАВНОГ СУДА О ОДБАЦИВАЊУ ПРЕДЛОГА  
ЗА ОЦЕНУ УСТАВНОСТИ И ЗАКОНИТОСТИ ПАРАФИРАНОГ  
„ПРВОГ СПОРАЗУМА О ПРИНЦИПИМА КОЈИ РЕГУЛИШУ  
НОРМАЛИЗАЦИЈУ ОДНОСА“ ИЗМЕЂУ ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ  
И ПРИВРЕМЕНИХ ИНСТИТУЦИЈА САМОУПРАВЕ У ПРИШТИНИ

*„Устав је оно што је постојано у реци онога  
што је историјски променљиво,  
чврсто корито које реци националне историје прописује  
њен пут – а које историја, опет полако продубљује,  
проширује и мења, као што га је негда ископала.“*

*Густав Радбрех*

Овај текст представља приказ и коментар Закључка (у даљем тексту: Одлуке) Уставног суда Републике Србије (надаље: Уставног суда) о одбацивању предлога за оцену уставности и законитости парафираниог „Првог споразума о принципима који регулишу нормализацију односа“ између Владе Републике Србије и Привремених институција самоуправе у Приштини, од 19. априла 2013. године (у наставку: „Бриселског споразума“).<sup>1</sup>

Неколико је разлога да се приступи проучавању овог уставног предмета, а сви ти разлози заједно дају за право да се уставни спор о којем овде говоримо одреди као један од најважнијих у повести Уставног суда.

\* [pricamilos@prafak.ni.ac.rs](mailto:pricamilos@prafak.ni.ac.rs)

1 Закључак је донесен на седници Суда одржаној 10. децембра 2014. године, а објављен је у „Службеном гласнику Републике Србије“, под бројем 13/15, стр. 9-23.

Значај овог предмета наоко се види као рефлексивна политичког и државотворног значаја „Бриселског споразума“, о чему је ипак било разлога више говорити пре него што је Одлука Уставног суда донесена, имајући у виду да „самоограничавање надлежности“, којем је Уставни суд прибегао у овом случају, не зауставља политички водоток проистекао из „Бриселског споразума“, до чега би свакако дошло да је Уставни суд зауставио талас (не)права који је „Бриселски споразум“ подигао. Значај спора о уставности „Бриселског споразума“ могао би се ставити и у контекст горе наведене Радбрухове мисли, да би се видело у којој мери постојећи Устав Републике Србије доиста јесте „чврсто корито“ које прописује пут српске националне историје на почетку 21. века. Но и о томе би се могло говорити више да је Уставни суд мериторно решавао, па би и другачија одлука Уставног суда у извесној мери представљала путоказ на путу евентуалних будућих уставних промена. Били тога свесни или не, правни значај овога спора – што је у ствари значај који Устав по себи има за владавину права и парламентарну демократију, и те како премаша оквир „Бриселског споразума“ као предмета уставног спора. Јер, правна питања која су разматрана у овом предмету и становиште које наспрам тих питања Уставни суд заузео, стављају у изглед могућност да Одлука Уставног суда надаље буде основ (у ширем смислу) за правно недопуштену самовољу највиших државних органа, а та самовоља јесте „смртна болест“ правне државе. Имајући то у виду, крајњи исход овога спора повод је да се постави питање легитимитета правне државе и улоге уставног правосуђа у односу на границу која у правној држави дели високополитичку оцену целисходности највиших државних органа од фактичке самовоље тих истих органа, о чему ћемо нешто више рећи у завршном делу ове расправе.

Основна побуда за настанак ове расправе јесу издвојена мишљења четворо судија Уставног суда: проф. др Оливере Вучић, проф. др Драгана Стојановића, проф. др Босе Ненадић и Катарине Манојловић-Андрић, и та мишљења јесу кључна за ток нашег излагања. Премда се у правној књижевности уобичајило да издвојена мишљења – особито у судским предметима оваквог формата – бацају јако светло на токове мисли посленика правне науке, у овом случају нарочиту тежину издвојеним мишљењима даје чињеница да су потписници тих мишљења гласовити представници правне науке.<sup>2</sup>

У једној краткој расправи, као што је ова, не можемо претендовати на исцрпност излагања о свим питањима која се појављују у овом уставносудском предмету. На нама је, превасходно, да сажето прикажемо

---

<sup>2</sup> О значењу и значају издвојених мишљења у уставносудским предметима видети код (Стојановић, 2013:503-504).

видове правног разумевања спора о уставности „Бриселског споразума“, у следству којих бисмо научној јавности представили знаковита места у схватањима изнесеним у образложењу Одлуке Уставног суда и у издвојеним мишљењима именованих судија Уставног суда.

„Бриселски споразум“<sup>3</sup> – предмет оцене уставности у овом предмету, закључен је 19. априла 2013. године као резултат десете рунде преговора између Ивице Дачића – председника Владе Републике Србије, Хашима Тачија – председника Владе тзв. државе Косово, уз посредовање Кетрин Ештон – високе представнице Европске уније за спољну политику и безбедност. После три дана од закључења „Бриселског споразума“, Влада Републике Србије је (22. априла 2013.) донела Закључак о прихватању „Бриселског споразума“ (надаље: Закључак Владе), на начин да је „Бриселски споразум“ постао саставни део тог Закључка, с тим да Закључак Владе није објављен у „Службеном гласнику Републике Србије“. Недуго затим, Народна скупштина Републике Србије је (26. априла 2013.) по хитном поступку донела Одлуку о прихватању Извештаја о досадашњем процесу политичког и техничког дијалога са Привременим институцијама самоуправе у Приштини уз посредовање Европске уније, укључујући процес имплементације постигнутих договора, која (Одлука) је објављена у „Службеном гласнику РС“ (бр. 38/13), али без текста Извештаја са „Бриселским споразумом“ као својим саставним делом.

„Бриселски споразум“ закључен је у једној необичајеној форми, парафирањем два истоветна примерка текста на енглеском језику, тако што су један примерак парафирали Ивица Дачић, председник Владе Републике Србије и Кетрин Ештон, висока представница Европске уније за спољну политику и безбедност, а другу копију – Хашим Тачи, председник Владе тзв. државе Косово и Кетрин Ештон. Уз то, као што се већ наоко да закључити крајње је нетипичан и начин увођења „Бриселског споразума“ у правни поредак Републике Србије, имајући у виду изостајање ратификације као обавезног правног пута за оснажење међународног уговора, следствено чему се у средишту пажње нашло питање правне

---

3 Тачан назив Споразума гласи: „Први споразум о принципима који регулишу нормализацију односа“. Текст „Бриселског споразума“ део је образложења Одлуке Уставног суда у овом предмету („Сл. гласник РС, бр. 13/15, стр. 10-11). Напоменимо да је процес „дијалога Београда и Приштине“ уз посредовање Европске уније покренут на основу Резолуције Генералне скупштине Уједињених нација А/RES/64/298 од 9. септембра 2010. године. У периоду од 8. марта 2011. до 24. фебруара 2012. године одржано је девет рунди преговора, а „Бриселски споразум“ долази као резултат десете рунде преговора одржане 19. априла 2013. године. Видети о томе: Издвојено мишљење судије Катарине Манојловић-Андрић у односу на Закључак Уставног суда IУо-247/2013. од 10. децембра 2014. године, „Службени гласник РС“, стр. 35.

квалификације „Бриселског споразума“. У којој је мери особен случај о којем овде говоримо белодано указује чињеница посве различитог званичног означавања субјеката „Бриселског споразума“ од стране самих учесника у преговорима, с напоменом да је у самом тексту „Бриселског споразума“ изостало навођење страна између којих је споразум закључен. Према становишту Европске уније „Бриселски споразум“ је закључен између „Београда и Приштине“, за државне органе Републике Србије у питању је споразум између Владе Републике Србије и Привремених институција у Приштини, док органи тзв. државе Косово држе да је реч о међудржавном споразуму који су закључиле Влада Републике Србије и Влада Косова!

Подносилац предлога за оцену уставности „Бриселског споразума“<sup>4</sup> сматрао је да оспорени акт има карактер симулованог међународног уговора одн. да је оспорени акт – чак и да се занемари поимање о међународном уговору – у правни поредак Републике Србије уведен као општи правни акт, па се и у првом и у другом случају отвара правни пут за оцену материјалне уставности „Бриселског споразума“, а та оцена, према становишту предлагача, утврдила би да је „Бриселски споразум“ очевидно и грубо несагласан Преамбули Устава Републике Србије (у даљем тексту: Устава) и не малом броју одредаба из нормативног дела Устава.<sup>5</sup>

Иако је у току поступка пред Уставним судом изнесено неколико гледишта о „Бриселском споразуму“ као правном акту који подлеже уставној судској

4 Предлог за оцену уставности и законитости „Бриселског споразума“ поднело је 25 народних посланика из претходног сазива Народне скупштине Републике Србије.

5 Подносилац предлога, поред осталог, истиче да Устав Републике Србије не познаје и не признаје никакве косовске законе и косовски устав који би се могли примењивати на територији Републике Србије, а који се наводе у „Бриселском споразуму“. Даље се наводи да је оспорени акт супротан и одредби члана 97. тачка 4. Устава према којој су уређивање и обезбеђивање одбране и безбедности у искључивој надлежности Републике Србије, затим одредби члана 143. став 2. Устава према којој се оснивање, организација, надлежности, уређење и састав судова уређују законом, одредби члана 189. став 1. Устава према којој се оснивање и укидање општина уређује законом, одредби члана 190. Устава којом се утврђују надлежности општине, као и да је „Споразум“ у супротности са избором општинских органа на основу изборног закона који доноси Народна скупштина Републике Србије. Закључак предлагача је и да је оспореним Споразумом „погажен Устав Републике Србије, а нарочито чл. 8. став. 2. по којем су границе Републике Србије неповредиве и једино се могу мењати по поступку предвиђеном за промену Устава“. Наведено према: Закључак Уставног суда о одбацивању предлога за оцену уставности и законитости парафираних „Првог споразума о принципима који регулишу нормализацију односа“ између Владе Републике Србије и Привремених институција самоуправе у Приштини, од 19. априла 2013. године, „Службени гласник РС“, бр. 13/15, стр. 9-10.



контроли, Уставни суд је упркос томе стао на становиште да је „Бриселски споразум“ политички (правно необавезујући) акт, одричући тиме постојање основа за успостављање уставносудске надлежности. Имајући то у виду, најопштије и најтемељније питање које би се наспрам правне и чињеничне грађе овог уставносудског предмета могло поставити, гласило би: да ли је „Бриселски споразум“ правни или политички акт?

На питање да ли је „Бриселски споразум“ међународни уговор, Уставни суд одговара одречно, тврдећи да Косово није суверена држава у односу на Републику Србију те да се, сагласно међународном и унутардржавном праву, уговорни однос не може успоставити између државе и непризнатог ентитета,<sup>6</sup> следствено чему ишчежава потреба за сагледавањем уставности самог начина закључивања и ратификације „Бриселског споразума“.<sup>7</sup> Додајмо да наведеној оцени Уставног суда претходи образложење Одлуке у којем су садржана детаљна излагања о појму међународног уговора, правном положају Косова у међународном праву, те о томе да Република Србија није ни експлицитно ни имплицитно признала Косово као суверену државу, а тиме ни његову уговорну способност.<sup>8</sup>

Изнето расуђивање Уставног суда оцењено је у издвојеним мишљењима као непотпуно, са образложењем да Уставни суд није узео у разматрање сва могућа разумевања „Бриселског споразума“ као међународног уговора, посебно у односу на схватања која су изнесена у току јавне расправе. С тим у вези, судија Катарина Манојловић-Андрић вели: „При томе, није ни поменуто, а камоли размотрено становиште др Владимира Ђурића да се Европска унија може сматрати једном од страна споразума. Ово се становиште образлаже тиме да „већина одредби споразума представља паралелно, на први поглед унилатерално, али начелно истоветна обавезивања две стране према Европској унији која се, у том смислу, појављује у улози носиоца права према странама у споразуму, да према тачки 15. Споразума има једну обавезу – да помогне странама у спору

---

6 Закључак Уставног суда о одбацавању предлога за оцену уставности и законитости парафираног „Првог споразума о принципима који регулишу нормализацију односа“ између Владе Републике Србије и Привремених институција самоуправе у Приштини, од 19. априла 2013. године, „Службени гласник РС“, бр. 13/15, стр. 19.

7 Закључак Уставног суда о одбацавању предлога уставности и законитости парафираног „Првог споразума о принципима који регулишу нормализацију односа“ између Владе Републике Србије и Привремених институција самоуправе у Приштини, од 19. априла 2013. године, „Службени гласник РС“, бр. 13/15, стр. 20.

8 При томе, пада у очи да се две трећине образложења Одлуке састоји у навођењу правних докумената и важећих прописа.

у оснивању Одбора за имплементацију, те да је Споразум парафирао и представник Европске уније, која има активну улогу у процесу спровођења Споразума. Исто тако, пре коначне уставноправне оцене да „Бриселски споразум“ није међународни уговор, ваљало је размотрити и становиште др Владимира Ђурића у коме се истиче да овај споразум има много елемената међународног уговора, да чак и ако не значи експлицитно признавање независности „Косова“, „Бриселски споразум“ се, посредством признавања уговорног капацитета „Косова“ и препуштања том ентитету вршења државних (законодавне и судске) функција и надлежности уређивања појединих области друштвеног живота које су према Уставу у искључивој надлежности Републике, може сматрати актом којим се, уз посредовање ЕУ и под њеним патронатом, мења државно уређење Републике Србије и држава из унитарне претвара у федерално уређену земљу.<sup>9</sup> Уставносудски смисао предочених схватања др Владимира Ђурића очитује се у следећем: „Ако би се, међутим, прихватила тврдња Владимира Ђурића да је Европска унија „позајмила“ Косову уговорну способност, онда би се формална неуставност зауставила на поступку потврђивања Бриселског споразума који, имајући у виду његову садржину, може бити ратификован једино законом, и то законом донетом по поступку промене Устава.“<sup>10</sup>

Друго питање које је Уставни суд био дужан да размотри тичало се Закључка Владе и Одлуке Народне скупштине, а наиме да ли је поменути актима „Бриселски споразум“ „уведен“ у правни поредак Републике Србије као општи акт. Уставни суд на постављено питање одговара такође одречно, само без дубљег образложења и са веома нејасном аргументацијом: „... сам по себи оспорени акт не представља општи правни акт унутрашњег права, већ само политичку „подлогу“ за доношење одговарајућих општих правних аката од стране надлежних органа и у прописаној процедури, као и да акти Владе – Закључак о прихватању „Првог споразума“ и Извештај Народној скупштини и Одлука Народне скупштине о прихватању Извештаја по својој природи нису општи правни акти, те зато нису ни могли бити основ да се оспорени „Први споразум“ њиховим доношењем „уведе“ у правни поредак као општи правни акт.<sup>11</sup> Све у свему, закључивање Уставног суда

9 Издвојено мишљење судије Катарине Манојловић-Андрић у односу на Закључак Уставног суда IУо-247/2013. од 10. децембра 2014. године, „Службени гласник РС“, 13/15, стр. 37.

10 Издвојено мишљење судије др Драгана М. Стојановића на одлуку Уставног суда IУо-247/2013, „Службени гласник РС“, стр. 24.

11 Закључак Уставног суда о одбацавању предлога за оцену уставности и законитости парафираног „Првог споразума о принципима који регулишу нормализацију односа“ између Владе Републике Србије и Привремених институција самоуправе у Приштини, од 19. априла 2013. године, „Службени гласник РС“, бр. 13/15, стр. 22.

своди се на то да политички документ не може да буде предмет оцене уставности, да је „Бриселски споразум“ у ствари политичка погодба која представља једну фазу у политичком процесу која ће се даље разрађивати кроз политичке преговоре и која ће на крају целокупног тог процеса резултирати доношењем општег акта у правом смислу речи, а то је уставни закон о суштинској аутономији Косова и Метохије“.<sup>12</sup>

Пре него што предочимо аргументацију садржану у издвојеним мишљењима о „Бриселском споразуму“ као општем правном акту, особито је важно скренути пажњу на чињеницу да се у издвојеним мишљењима оштро критикује поступање и уставноправно расуђивање Уставног суда у овом предмету, како у односу на прикупљање чињеничне и правне грађе тако и у погледу структуре и садржине образложења Одлуке, а језгро те критике садржано је у казивању судије Стојановића: „По мом суду одлука се може побијати из најмање три начелна разлога. Прво, може се приговорити да је једнострано прикупљена и тендециозно изложена чињенична и правна грађа која је послужила као подлога усвојене одлуке. Друго, посматрано са становишта примењене интерпретационе технике, не може се избећи закључак да је највећим делом образложење одлуке такво да се не може сматрати самосталном уставноправном интерпретацијом Уставног суда, јер се у њему дословно преузимају како сав чињенични и правни материјал тако и уставноправно мишљење једног од експерата позваних на јавну расправу. Треће, по мом суду, потпуно је неодржив кључни став из одлуке, а тиме и сва правна аргументација из централног дела њеног образложења која га прати, наиме, тврдња да је Бриселски споразум наводно политички, а не правни акт.“<sup>13</sup>

---

12 Владан Петров, један од учесника у јавној расправи, навео је три разлога због којих није могуће доношење уставног закона о суштинској аутономији Косова и Метохије који би садржао решења из Бриселског споразума: „Прво, Уставни закон би морао да уређује територијалну аутономију Косова и Метохије у државноправном поретку Републике Србије, а не Косова. Друго, Споразум не садржи решења која би бар потпомогла да се дефинише суштинска аутономија Косова и Метохије. Управо супротно – то је акт којим се обезбеђују две кључне правне ствари: 1) „папирната“ територијална аутономија Косова и Метохија из Устава замењује се локалном самоуправом за општине са већинским српским становништвом на северу Косова и Метохије и 2) укидају се последњи елементи на којима се заснива ефективна сувереност Републике Србије на територији Косова и Метохије уклањањем остатака судске власти Републике Србије и заокруживањем судског система и система одбране и безбедности Косова. Треће, Споразумом се повређују бројна начела Устава.“ Наведено према: Издвојено мишљење судије Катарине Манојловић-Андрић у односу на Закључак Уставног суда IУо-247/2013. од 10. децембра 2014. године, „Службени гласник РС“, стр. 37.

13 Издвојено мишљење судије др Драгана М. Стојановића на одлуку Уставног суда IУо-247/2013, „Службени гласник РС“, стр. 24.

Наша везаност обимом текста не допушта нам да представимо све при-медбе које смо учили у издвојеним мишљењима<sup>14</sup>, али упркос томе ипак морамо издвојити два знаковита запажања о поступању Уставног суда у овом предмету јер та запажања представљају призив логике на уставно-судско расуђивање који је Уставни суд следио. Прво, пада у очи податак да је Влада Републике Србије у овом предмету заузела два дијаметрално различита становишта. У одговору на предлог овлашћеног предлагача, Влада Републике Србије је испрва (дописом 05 број 010-10232/2013 од 18. децембра 2013.) упутила предлог да Уставни суд застане са поступком разматрања поднетог предлога за оцену уставности „Бриселског споразума“ до доношења посебног закона којим ће се уредити суштинска аутономија аутономне покрајине Косово и Метохија – што је Уставни суд одбио, да би напослетку представник Владе Републике Србије у јавној расправи изашао са тврдњом да је „Бриселски споразум“ политички акт који не подлеже уставносудској контроли. С тим у вези било би важно пажљиво прочитати једно интелегентно запажање судије Вучић, које гласи: „Може се разумети да је упућивањем овог предлога Влада показала да прихвата уставносудску надлежност за решавање правне усклађености аката које је донела у односу на важећи Устав, те се исти поступак може сматрати и аргументом у прилог тезе супротне оној за коју се определио Уставни суд. Међутим, значајније од узимања предлога о застоју као аргумента у прилог тезе супротне оној која је победила, јесте навод Уставног суда који прати овај податак. Уставни суд саопштава да „није прихватио да се у овој фази поступка изјашњава о предложеном застоју, имајући у виду да је смисао одредбе Закона о Уставном суду о застоју поступка да пружи могућност доносиоцу акта да отклони неуставност и незаконитост акта, а што има смисла само у случају да оцена Уставног суда у погледу правне природе акта води ка мериторном одлучивању.“ Дакле, писац предлога закључка – ове процесне одлуке, је већ децембра 2013. године знао да оцена Уставног суда у погледу правне природе оспореног акта не води ка мериторном одлучивању, односно, већ тада, децембра 2013. је одлучио, или знао да ће на крају одлучити, да мериторног одлучивања неће бити, да мериторне одлуке неће бити, јер је из тог разлога, по сопственој изјави, одбио да прихвати предлог Владе да Суд застане са поступком. Да ли је пука несмотреност у писању овог образложења могуће оправдање што се у њему нашао овакав исказ Уставног суда из кога неупитно следи закључак да су и потоња, друга припремна седница и јавна расправа и следеће

---

14 Видети на пример: Издвојено мишљење судије др Оливере Вучић у односу на Закључак Уставног суда IУо-247/2013. од 10. децембра 2014. године, „Службени гласник РС“, стр. 30-34.

седнице Суда биле само испразна упињања опонената овога става, јер је он био „донет“ много раније, још децембра 2013. године?<sup>15</sup>

У вези са критикованим резоновањем Уставног суда стоји и чињеница да је „пресуђење“ спора о уставности „Бриселског споразума“ прешло пут од Малог већа, преко Великог већа, до седнице Уставног суда, а будући да је у овом поступку одржана јавна расправа, судија Вучић изречно наводи да сагласно Закону о уставном суду не постоји друга могућност доли да одлуку донесе свих 15 судија Уставног суда: „Озбиљност спорног питања, његов значај у смислу поремећаја саправности који изазива, тежина теоријских разилажења, непостојећа или неуједначена пракса, тежина последица које могу наступити зависно од исхода уставносудског поступања, коначност тих последица и њихово дејство на велики број грађана, на саму државу, њен интегритет и њену будућност, били су разлог што је предмет завредео организовање јавне расправе, а самим тим, и „пресуђење“ учешћем и гласом свих судија Уставног суда.“<sup>16</sup>

Да сада видимо на којим чињеницама се заснива став, који је очитован у свим издвојеним мишљењима, да „Бриселски споразум“ представља општи правни акт који подлеже контроли уставности и законитости.

Прво, Влада је доношењем Закључка (05 број 02-3570/2013 од 22. априла 2013.) изричито прихватила „Бриселски споразум“ као саставни део овог Закључка, чиме је „Бриселски споразум“ уведен у правни поредак Републике Србије.

Друго, Влада је истим Закључком наложила свим министарствима, посебним организацијама и другим службама Владе да предузму потребне мере и активности ради примене „Бриселског споразума“, као и да наставе са применом већ постигнутих договора и споразума са представницима привремених институција на Косову и Метохији.

Треће, Влада је одмах по доношењу Закључка дипломатским путем обавестила Европску унију о прихватању „Бриселског споразума“, чиме је извршена обавеза преузета приликом парафирања „Бриселског споразума“, а наине да ће Влада Републике Србије доставити одлуку о прихватању или одбијању „Бриселског споразума“.

Четврто, „Бриселски споразум“ је недуго након прихватања од стране Владе постао и саставни део Одлуке Народне скупштине Републике Србије

---

15 Издвојено мишљење судије др Оливере Вучић у односу на Закључак Уставног суда ЈУо-247/2013. од 10. децембра 2014. године, „Службени гласник РС“, стр. 34.

16 Издвојено мишљење судије др Оливере Вучић у односу на Закључак Уставног суда ЈУо-247/2013. од 10. децембра 2014. године, „Службени гласник РС“, стр. 31.

(објављена у „Службеном гласнику РС“, бр. 38/13), а којом је прихваћен Извештај о досадашњем процесу политичког и техничког дијалога са Привременим институцијама самоуправе у Приштини уз посредовање Европске уније, укључујући процес имплементације постигнутих договора, који је садржавао и текст „Бриселског споразума“ (на српском и енглеском језику).<sup>17</sup>

Пето, Влада Републике Србије је 26. маја 2013. године прихватила План примене „Бриселског споразума“, чији су текст претходно парафирали Ивица Дачић, Хашим Тачи и Кетрин Ештон, а образован је и Одбор за имплементацију „Бриселског споразума“.

Шесто, „Бриселски споразум“ је у највећем делу стипулисан као акт са нормативном правно обавезујућом садржином, из чега происходи да су у „Бриселском споразуму“ садржане опште правне норме са дејством *erga omnes*, којима су, поред осталог, уређена питања: постојања и правног устројства заједнице општина са већинским српским становништвом, функционисања полицијских снага на северу Косова и Метохије, деловања судске власти, организације и спровођења локалних избора и др.

Седмо, „Бриселски споразум“ је непосредно примењен, тако што су распуштене скупштине општина у северном делу Косова и Метохије, спроведени локални избори<sup>18</sup>, а представничка тела у тим општинама конституисана су сагласно Бриселском споразуму, односно косовском закону, на чију примену Споразум упућује, донети су у већем броју случајева појединачни акти за припаднике полиције и правосуђа. „Ови примери су више него довољни за констатацију да је Бриселски споразум непосредно примењен, и да су његовом применом већ наступиле далекосежне правне последице. Не само политичко, него и правно стање на Северу Косова, односно у свим оним општинама где су Срби у већини, више није исто. Како су ове промене, које у суштини значе укидање преосталих институција

---

17 Б. Ненадић: „Важна је чињеница да је Споразум уведен у правни поредак Републике Србије посебним актима – Закључком и Одлуком. Када су у питању други „политички акти“ (које је Суд у досадашњој пракси сврставао у ту врсту аката – резолуција, препорука и декларација), а које су доносили Скупштина или Влада, у правни поредак нису увођени доношењем посебних одлука, односно закључака о њиховом прихватању, већ су ти акти непосредно усвајани – нису били „саставни део других аката“, већ су имали свој самосталан живот“. Издвојено мишљење судије др Босе Ненадић у предмету УО-247/2013, „Службени гласник РС“, стр. 27.

18 У циљу спровођења тач. 11. „Бриселског споразума“ Влада је донела одлуке о распуштању скупштине општина Косовска Митровица, Лепосавић, Звечан и Зубин Поток. Локални избори у наведеним општинама одржани су 3. новембра 2013. године. Дотичне изборе расписала је Централна изборна комисија Косова, а избори су одржани саобразно меродавном закону Косова.

државе Србије на Косову и Метохији, извршене супротно Уставу Републике Србије, једини начин да се успостави стање сагласно Уставу јесте касација Бриселског споразума.<sup>19</sup>

Осмо, Одлука у овом случају одступа у односу на досадашњу јудикатуру Уставног суда у одлукама у којима су предмет оцене уставности били закључци Владе. С тим у вези, судија Ненадић каже: „О томе како одредити правну природу једног акта, Уставни суд по том питању има добру и конзистентну праксу. Наиме, у више својих одлука Уставни суд се руководио ставом да не треба само полазити од назива, односно форме оспореног акта, већ да треба ући и у анализу његове садржине, те је на основу те анализе Уставни суд закључивао да ли се ради о општем правном акту или не. Уставни суд је то чинио и у случају аката који су носили назив карактеристичан и за поједине правне акте, или који нису имали уобичајену форму општих аката (и који такође нису били објављени). Уколико је Уставни суд сматрао да су њихове одредбе (све или само поједине), по својој природи опште правне норме, ти акти подлежали су уставносудској контроли.“<sup>20</sup>

Имајући све ово у виду, наш знаменити конституционалиста и егзегета, проф. др Ратко Марковић, о правном карактеру „Бриселског споразума“ правослови убедљиво и јасно: „Споразум није политички акт, иако му је садржина чисто политичка, јер он није појединачан акт“. Споразум је настао као неформални писани политички договор учесника дијалога у Бриселу Дачић, Ештон, Тачи, а онда је његова садржина добила спољашњу форму општег акта Владе, под именом „закључак“ и општег акта Народне скупштине, под именом „одлука“. Тако је споразум постао саставни део ова два општа акта из номенклатуре општих аката позитивног права, а то значи да је Споразум постао општи акт позитивног права Републике Србије, који има опште дејство. Јер, да нема опште дејство, по њему не би требало ни поступити, тј. не би га уопште требало примењивати у неодређеном броју случајева. Једнократном применом преостало би његово важење. Чим се примењује у множини случајева, а примењивао се, Споразум самим тим има опште дејство. Из њега извире право, тачније неправо. Споразум је општи акт Владе (закључак), који је својим општим актом потврдила и прихватила Народна скупштина (одлука).“<sup>21</sup>

---

19 Издвојено мишљење судије др Драгана М. Стојановића на одлуку Уставног суда IУо-247/2013, „Службени гласник РС“, стр. 24.

20 Издвојено мишљење судије др Босе Ненадић у предмету IУо-247/2013, „Службени гласник РС“, стр. 37-38.

21 Према: Издвојено мишљење судије др Оливере Вучић у односу на Закључак Уставног суда IУо-247/2013. од 10. децембра 2014. године, „Службени гласник РС“, стр. 33.

Узимајући у обзир целину претходних излагања, велики недостатак образложења Одлуке у овом предмету јесте изостанак гледишта Уставног суда о појму политичког акта, а Уставни суд је, по нашем мишљењу, био дужан да повуче линију раздвајања између правних и политичких аката, одн. да укаже где је граница која дели правну везаност, политичку оцену целисходности и фактичку самовољу највиших државних органа. Ми бисмо смо, с тим у вези, унајкраће издвојили неколико ситуација.

Прва ситуација, посве неспорна, тиче се аката које у следству вођења политике доносе парламент или влада, утврђујући политичка начела, политичке ставове и мишљења, следствено чему дотични (политички) акти (декларације, резолуције, препоруке, стратегије и др.) немају нормативну садржину и не производе обавезујуће правно дејство у правном поретку.

Друго, у правној књижевности широку познатост стекла су тзв. политичка питања која не подлежу оцени уставности, што је у ствари карактеристика система децентрализоване контроле уставности. Реч је о томе да Врховни суд Сједињених Америчких Држава у појединим случајевима одбија да успостави уставносудску надлежност, негирајући притом оспораваном акту својство општег правног акта, из чега происходи закључак да поједини општи правни акти могу бити одлучени из домања уставносудске контроле. Тешко је у једној мисли дати објашњење тог одлучења, али се чини да разлог ипак лежи дубоко у подели власти између „једнаких грана власти“ па би задирање Врховног суда могло да изазове померање таса политичке моћи само на једну страну (Ђурић, 2006: 1185-1191).

Насупрот наведеном гледишту, систем централизоване контроле уставности одриче могућност да општи правни акт буде стављен ван уставносудске контроле властите уставности и законитости јер би се у противном обесмислио разлог постојања уставног суда: да буде „чувар устава“. Па ипак и у поретку правне државе постоје акти највиших државних органа који не подлежу судској контроли или је судска контрола у погледу тих аката јако ограничена. Но за разлику од тзв. политичких питања из праксе Врховног суда Сједињених Америчких Држава, овде су у питању појединачни акти (тзв. „акти владе“) које највиши државни органи издају у вршењу „високополитичке оцене целисходности“, као „неминовност деловања и реаговања на ново, непредвиђено и непредвидљиво“ у институционалном поретку државе (Петровић, 1981: 49-99).<sup>22</sup> Одавде произлази да се „акти владе“ у правном поретку

---

22 Милан Петровић разликује три облика оцене целисходности: високополитичку оцену целисходности, оцену целисходности јачег облика и оцену целисходности слабијег облика, а ми овде говоримо само о високополитичкој оцени целисходности. Петровићево дело „Правна везаност и оцена целисходности у теорији јавног права“ у



појављују као појединачни акти највиших државних органа, а садржину тих аката обликује оцена (целисходности) тих органа о циљевима које треба остварити у једној конкретној и непреносивој ситуацији. Следствено томе, „акти владе“ представљају израз правне слободе која припада највишим државним органима да по својој оцени уреде одређене индивидуалне ситуације, следствено чему разлог за искључење или јако ограничење судске контроле материјалне правоваљаности „аката владе“, по природи ствари, долази у следству чињенице да садржина тих аката није правом одређена одн. да је садржина тих аката политичка па их је утолико примерено назвати политичким актима, као што их је због правног дејства оправдано сматрати правним актима.<sup>23</sup> Овде се уочава околност од кључног значаја за уставносудску оцену уставности, а наиме да „акт владе“ ни у ком случају не може задобити својство извора права (правног врела): да „акт владе“ није општи правни акт. Суштина је управо у томе да политичка оцена целисходности највиших државних органа не може сама да обликује садржину општег правног акта, при чему је политичка оцена целисходности, више или мање, укоренењена у нормативној делатности највиших државних органа, у границама које поставља устав и други у датом случају општи правни акти јаче правне снаге. Другачије казано, нормативна делатност државних органа чедо је и правне слободе и правне везаности, а на Уставном суду је да правну везаност сачува од недопуштених захвата правне слободе највиших државних органа. Тако гледано, закључивање међународног уговора и те како је постигнуће правне слободе са којом иступа надлежни државни орган, али та слобода („уставнополитичка оцена целисходности“) се у формалном и материјалном смислу у свему остварује саобразно слову и духу устава, напоследку и када је реч о правном оснажењу међународног уговора у поступку тзв. претходне уставне ревизије – у правима која такву могућност допуштају (види о томе: Пејић, 2010: 27-43). Све у свему, уставносудско расуђивање о правној природи једног општег акта не руководи се поглавито формом и процедуром, не води се, дакле, само језичким тумачењем, већ пре свега почива на објективно-телеошкој интерпретацији садржине и дејства оспореног акта. У противном, ако би се

---

ствари је докторска дисертација одбрањена 1979. на Правном факулету Универзитета у Београду. Поменути дисертација, у нешто скраћеном облику, доживела је и монографско издање (Милан Петровић, Правна везаност и оцена целисходности државних власти и органа, Београд, 1981.) на које се позивамо у овоме раду.

23 За разумевање „аката владе“ било би важно проучити јудикатуру Француског државног савета да би се видели сви облици „аката владе“ у јудикатури поменутог Суда (Петровић, 2011: 71-79). Доктринарна схватања о „актима владе“ видети код: Марковић, 1980: 7-22.

питањима приступало само у оквирима чисто језичког тумачења, устав се не би могао сачувати од „изигравања права“ од стране највиших државних органа јер то „изигравање“ бира споредне путеве и увијену форму. Имајући то у виду, легитимитет правне државе мери се у односу на степен збиљски могућег „изигравања права“ од стране највиших државних органа, а на уставном суду је да својом постојаном и у погледу правних схватања „зрачећом“ јудикатуром развија правну свест и принципе везаности државне власти уставом. То даље значи да је оцена о улози уставног суда као „чувара устава“ градирана у зависности од нивоа изграђености збиљског ауторитета уставног суда у правном поретку, дочим се оцена о легитимитету владавине права даје у односу на то шта је у разматраном правном поретку претежније: ауторитет уставног суда као „чувара устава“ или могућност највиших државних органа да властиту самовољу ставе изнад устава!

Из свих горњих разматрања може се закључити да „Бриселски споразум“ није политички акт, из два разлога: 1) „Бриселски споразум“ није политички акт јер је општи акт са нормативном садржином који производи обавезујуће правно дејство и 2) будући да је општи акт на „Бриселски споразум“ се не може применити доктрина о „акту владе“ – појединачном акту највиших државних органа који услед политичке садржине измиче судској контроли. Могло би се зато на крају закључити да се Уставни суд, неуспостављањем уставносудске надлежности у овом случају, у ствари повукао пред фактичком самовољом највиших државних органа.

Тешко је рећи колико ће овај случај надахнути посленике правне науке на размишљање о потреби евентуалног мењања институционалног устројства уставног правосуђа и парламентарне представничке демократије, као и њиховог међусобног односа,<sup>24</sup> што је питање које је ипак

24 О односу уставног судства и парламентарне демократије види код: Марковић, 2014: 535-541; Тропер, 2013: 333-350). Легитимитет уставног судства у постојећем облику оспорава М: Петровић, стављајући проблем „чувара устава“ у комплекс питања „права на отпор угњетавању“: „Уставни или случајни суд који потпада под категорију „чувара устава“ не може имати легитимну вољу. Само је закон као – и када је – израз опште воље легитиман. Воља коју изјављује суд уопште и уставни суд напосе може бити само посебна, партикуларна воља. Уставни суд је само један чиновнички колегијални орган чије чланове бира носилац законодавне или именује носилац извршне власти обично између политичких службеника, правних саветника великих предузећа, и страначки изузетно подобних професора права. Када једном таквом органу припада да своју вољу намеће као општу или уместо опште, он је, по речима самога Rousseau-a ..., узурпатор деспотске власти (Петровић, 2014: 32). У продужетку Петровић говори о обједињавању сталешког, синдикално-професионалног представништва и концепта институционализације права на отпор, из ког обједињавања проистиче појам легитимног „чувара устава“ (Петровић, 2014: 32-36).

по својој природи детерминисано схватањем о материјалним изворима права. Јер, правно регулисање односа права и политике одн. између правне везаности и политичке оцене целисходности – нарочито ако се има у виду историјско-политичка ситуација савремене правне државе<sup>25</sup> – опредељено је материјалним изворима права. Саобразно томе, било би веома важно уколико би се ток правничке мисли усмерио у правцу дефинисања једног правног поимања о материјалним изворима права, у погледу којих правна наука није одмакла даље од најопштијих разматрања. Наше схватање о том питању сеже у дубину кружно замишљеног правног правног поретка, а материјални извор права видимо као тројство правних типова, правних начела и правне свести, што је неопходан услов за потпуно остваривање свих идеала владавине права.<sup>26</sup>

### Литература

Ђурић, В. (2006). *Уставни поступак закључења и извршења међународних уговора*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу

Ђурић, В. (2006). „Политичка питања“ у судској контроли уставности, *Правни живот*, бр. 12, стр. 1185–119

Закључак Уставног суда о одбацавању предлога за оцену уставности и законности парафираног „Првог споразума о принципима који регулишу нормализацију односа“ између Владе Републике Србије и Привремених институција самоуправе у Приштини, од 19. априла 2013. године, „Службени гласник РС“, бр. 13/15, стр. 9–23

Издвојено мишљење судије др Драгана М. Стојановића на одлуку Уставног суда ИУо-247/2013, „Службени гласник РС“, стр. 23–26

Издвојено мишљење судије др Босе Ненадић у предмету ИУо-247/2013, „Службени гласник РС“, стр. 26–30

Издвојено мишљење судије др Оливере Вучић у односу на Закључак Уставног суда ИУо-247/2013. од 10. децембра 2014. године, „Службени гласник РС“, стр. 30–34

---

25 Историјско-политичку ситуацију савремене правне државе превасходно карактерише разорно дејство економске и политичке моћи елите крупног капитала, која (елита крупног капитала) државу и владавину права не види као циљ, већ као средство за остваривање властитих циљева. Види о томе: Лобичевски, 2011; Марковић, 2013; Прица, 2014: 309-314.

26 Наше схватање о материјалним изворима права изложићемо у једном посебном раду који ће бити завршен до краја текуће године.

Издвојено мишљење судије Катарине Манојловић Андрић у односу на Закључак Уставног суда IУо-247/2013. од 10. децембра 2014. године, „Службени гласник РС“, стр. 34–38

Лобачевски, М. А. (2011). *Политичка понерологија – научна студија о природи зла прилагођеног за политичке сврхе*, Правни факултет у Београду

Марковић, Р. (2014). *Уставно право*, Београд, Правни факултет у Београду

Марковић, Р. (1980). *Политички акти*, Гласник Правног факултета у Крагујевцу, стр. 7–22

Марковић, С. (2013). *Манифест против империје*, Сремски Карловци–Нови Сад, Издавачка књижарница Зорана Стојановића

Пејић, И. (2010). *Претходна и накнадна контрола уставности: оцена уставности међународних уговора*, Право на приступ правосуђу: инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије: тематски зборник радова, Правни факултет у Нишу, стр. 27–43

Петровић, М. (2014). *О легитимитету уставнога судства и институционализацији права на отпор, с додатком о легитимитету црквених власти*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 68, стр. 19–44

Петровић, М. (2011). *Такозвани „акти владе“ и правни појам политике*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, стр. 71–84

Петровић, М. (1981). *Правна везаност и оцена целисходности државних власти и органа*, Београд, Савремена администрација

Прица, М. (2014). *О појму и правном карактеру одрживог развоја: да ли постоји еколошко право*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 67, стр. 291–317

Радбрух, Г. (2007). *Правни и други афоризми*, Београд, Досије

Стојановић, Д. (2013). *Уставно право*, Ниш, Свен

Тропер, М. (2014). *Правна теорија државе*, Београд, Правни факултет у Београду и Службени гласник

## III ПРИКАЗИ

---

---



**Др Сања Марјановић,\***  
Правни факултет,  
Универзитет у Нишу

ПРИКАЗ

UDK: 343.55

Рад примљен: 08.04.2015.

Рад прихваћен: 07.05.2015.

THE PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON  
PRIVATE INTERNATIONAL LAW: A COMMITMENT TO PRIVATE  
INTERNATIONAL LAW - ESSAYS IN HONOUR OF HANS VAN LOON

Зборник радова *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*<sup>1</sup> приредили су чланови Сталног бироа Хашке конференције за међународно приватно право поводом одласка у пензију њеног тадашњег генералног секретара Ханса ван Лона (*Hans van Loon*), који је седамнаест година био на челу ове престижне међународне организације (од 1996. до 2013. године). У том периоду Хашка конференција скоро удвостручује број својих чланица (од 41 државе до 71 државе чланице), а након измене Статута Конференције (2007. године) придружује јој се и Европска унија, као прва међународна организација-чланица Хашке конференције. Ханс ван Лон остаће упамћен и по томе што је и пре избора за генералног секретара, док је обављао функцију првог секретара Конференције, препознао потребу да се врата ове сталне међународне организације отворе и за државе које нису њене чланице. На тај начин, оне су добиле прилику да *ad hoc* учествују у раду на доношењу појединих хашких конвенција. Резултат ове несвакидашње сарадње је Хашка конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења (1993), која, без сумње, свој велики успех дугује управо промени политике Хашке конференције.<sup>2</sup> Поред тога, за време док је Ханс ван Лон био генерални секретар Хашке конференције, отворена су и њена два регионална центра – у Буенос Ајресу и Хонгконгу.

---

\*sanja@prafak.ni.ac.rs

1 Зборник је објављен у издању Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, ISBN 978-1-78068-150-4.

2 У време пензионисања Ханса ван Лона ова конвенција је имала 89 држава уговорница, да би 2015. године успела да окупи укупно 93 државе уговорнице.

О изузетној посвећености Ханса ван Лона материји међународног приватног права и великом доприносу у унапређењу рада Хашке конференције сведочи и чињеница да је овај зборник окупио укупно 64 аутора. Премда радови у самом зборнику нису тематски разврстани, за потребе овог приказа биће подељени на радове посвећене међународном породичном праву (1), међународном процесном праву (2), пророгационим споразумима и признању и извршењу одлука (*Judgment Project*) (3), корелацији Хашке конференције и ЕУ (4) и *varie* (5). Но, пре тога, о самој Хашкој конференцији и улози Тобиаса Асера (*Tobias M.C. Asser*), добитника Нобелове награде, у њеном оснивању може се сазнати више у Adair Dyer, *Strategic Vision and Common Sense in the Hague Conventions since 1950 (Mid-Twentieth Century)*, pp. 157–168 а улози Ханса ван Лона у раду Хаше конференције у А. (Teun) V.M. Struycken, *Reconnaissance et hommage*, pp. 561–568 и The Rt. Hon. Lord Justice Thorpe, *A Word of Gratitude*, pp. 595–596. Значај међународног приватног права генерално разматран је у David P. Stewart, *The Many Perspectives of Private International Law*, pp. 541–554.

## 1. Међународно породично право

### 1.1. Незаконито одвођење и задржавање деце

Када је реч о материји међународног породичног права, неколико радова посвећено је проблему међународне отмице деце. Тако се проф. Бомон (*Paul Beaumont*) и Лара Вокер (*Lara Walker*) у чланку *Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Child Abduction Convention* (pp. 17–30) фокусирају на питање односа међународног породичног права и заштите људских права. Наиме, они констатују да скорашње одлуке Европског суда за људска права донете у случајевима примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (*Neulinger and Shuruk v Switzerland*) указују на опасност обесмишљавања хашког механизма. Такође, у раду аутори анализирају и случајеве *X v. Latvia, MR and LR v Estonia, B v Belgium, Karrer v Romania, Shaw v Hungary* и недоследности самог Суда за људска права у погледу примене теста најбољег интереса детета у случајевима међународне отмице.

Из сличног угла примену ове хашке конвенције разматра и судија Апелационог суда Квебека (*Jacques Chamberland*), који је свој рад *La Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et les droits de l'enfant* (pp. 113–121) посветио питању утврђивања најбољег интереса детета у случајевима међународне отмице кроз законодавство и праксу Квебека, али и одлуке Суда за људска права. Поред тога, он се бави и



питањем права детета на мишљење у светлу изузетака из чланова 12 и 13(б) Хашке конвенције.

Значај ове хашке конвенције из другог угла сагледава Данкан (*William Duncan*) у раду *Reflections on the Malta Process* (pp. 135–142). Некадашњи заменик генералног секретара Хашке конференције разматра значај медијације и других метода мирног решавања спорова у случајевима примене Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, али и Хашке конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце (1996).

Са своје стране, искуство Јапана у погледу имплементације Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, изнето у раду *A Japanese Implementation Bill for the 1980 Child Abduction Convention* (pp. 661–672) професора Јокојаме (*Jun Yokoyama*) може бити занимљиво за Србију будући да је још увек у току рад на Нацрту закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања.

## 1.2. Међународно усвојење

Када је реч о материји међународног усвојења, чланак *The 1993 Inter-country Adoption Convention and Subsidiarity: Is the Subsidiarity Principle Still „Fit for Purpose“* (pp. 343–356) аутора Лауре Мартинез-Море (*Laura Martínez-Mora*), Хане Бејкер (*Hannah Baker*) и Емануеле Аран (*Emmanuelle Harang*) на веома занимљив начин оживљава полемичку о оправданости принципа супсидијарности у материји међународног усвојења. Такође, ауторке указују на важну разлику у принципу супсидијарности који уводи Конвенција о правима детета и оном на коме се заснива Хашка конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења (1993).

Поред тога, међународно усвојење се каткада (неоправдано) поистовећује са установом кафале, карактеристичном за исламске државе, о чему проф. Борас (*Alegría Borrás*) детаљно пише у раду *The Protection of the Rights of Children and the Recognition of Kafala* (pp. 77–87). Она анализира питање признања кафале у светлу не само Конвенције УН о правима детета, већ и Хашке конвенције о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења (која иначе искључује установу кафале из свог поља примене) и Хашке конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце (1996). Наиме, ова последња конвенција изричито укључује установу кафале у своје поље промене *ratione materiae*. Упркос томе, често се дешава да муслиманска породица која живи у Европи (или се у њу досељава

након доношења одлуке о кафали) тражи конверзију кафале у усвојење, те се ауторка бави односом кафале и усвојења у законодавству и пракси у Шпанији, Француској и Белгији.

Ефикасна заштита деце тема је и рада *Building an International Cooperation System for the Civil Protection of Children* (Ignacio Goicoechea & Florencia Castro, pp. 207–219). Аутори истичу да национални системи не могу да пруже адекватну заштиту деци услед бројних ограничења, како процедуралних, тако и оних који су везани за недовољно познавање материје, те да заштита деце у прекограничним случајевима често захтева јачање сарадње држава. При томе посебно истичу пример Хашке конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце, али и изазове са којима се државе уговорнице суочавају приликом успостављања сарадње.

Исти проблем, али из угла успостављања непосредне комуникације између судија, разматра проф. Кесеђан (*Catherine Kessedjian*) у раду *Le dialogue des juges dans le contentieux privé international* (pp. 253–258), истичући значај директне сарадње судија како за потребе Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, тако и као неопходног механизма у различитим областима међународног приватног права. Овај став ауторка аргументује познатим примером *West Caribbean Airways* и теорије *forum non conveniens*.

Напоследку, имајући у виду да се последњих година пажња Хашке конференције окреће ка унификацији деликатних питања сурогат материнства и признања и извршења мера за заштиту од насиља у породици, њима су посвећена два рада. Најпре, када је реч о сурогат материнству, чланак (*Cross-Border Surrogate Motherhood: We Need to Take Action Now!*) (Katharina Boele-Woelki, pp. 47–58) детаљно разрађује питање сурогат материнства као националног, регионалног и међународног проблема на примерима законодавства појединих европских држава (Француска и Холандија), компаративне студије Европског парламента и рада Хашке конференције на будућој конвенцији посвећеној овој установи.

Признање и извршење мера за заштиту од насиља у породици и сугестије за даљи рад Хашке конференције тема је рада *Recognition and Enforcement of Foreign Civil Protection Orders – A Topic for the Hague Conference?* (Dorothea Van Iterson, pp. 609–620). Ауторка најпре наводи релевантне прописе Холандије којима се штите жртве насиља, потом разматра регионални приступ овом проблему (у оквиру Савета Европе и ЕУ) да би коначно указала на значај који ово питање има у оквиру Хашке конференције, повезујући га посебно са Хашком конвенцијом о међународној заштити одраслих лица (2000),

Хашком конвенцијом о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце и Хашком конвенцијом о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце.

## 2. Међународно процесно право

Када је реч о међународном процесном праву, нови генерални секретар Конференције Кристоф Бернасconi (*Christophe Bernasconi*) заједно са Мајелом Селис (*Mayela Celis*) и Александром Кунзелманом (*Alexander Kunzelmann*) разматра питање унапређења примене процесних хашких конвенција путем модерних технологија у раду *Of Luddites and Luminaries: The Use of Modern Technologies under the Hague Legal Co-operation Conventions* (pp. 31–45). При томе, у фокусу имају три хашке конвенције – Конвенцију о достављању у иностранству аката у грађанској и трговачкој материји (1965), Конвенцију о извођењу доказа у иностранству у грађанској и трговачкој материји (1970) и Конвенцију о укидању потребе легализације страних јавних исправа (1961). Када је реч о Конвенцији „Достављање“, аутори указују на могућност електронског слања аката централним органима држава уговорница, односно директног достављања путем електронске поште или факса. Такође, аутори се баве питањем да ли се адреса електронске поште може сматрати адресом примаоца у смислу Конвенције „Достављање“. У погледу Конвенције „Извођење доказа“, има се у виду значај извођења доказа у иностранству путем видео-линка. Са своје стране, увођење електронског апостила (тзв. „e-App“ систем) треба додатно да олакша употребу јавних исправа у иностранству, будући да се печат апостил може обезбедити и у електронској форми.

Имајући у виду проблеме у примени Хашке конвенције о укидању потребе легализације, занимљив је пример Венецуеле, чији судови захтевају пуну легализацију и у случајевима када је држава порекла исправе уговорница ове конвенције те би требало документ снабдети само печатом апостилом. Овај проблем је разматран у чланку *Application of the 1961 Apostille Convention in Venezuelan Exequatur Proceedings* (Gonzalo Parra-Aranguren, pp. 433–441).

## 3. Пророгациони споразуми и признање и извршење страних одлука (Judgment Project)

До сада најамбициознија идеја Хашке конференције на чијем се остварењу и даље ради односи се на доношење конвенције која би унификовала норме о надлежности, признању и извршењу страних одлука у грађанској и

трговачкој материји (*Judgment Project*). Значајан број радова посвећен је управо овој теми, будући да је за сада донета само Конвенција о споразумима о изабраном суду (2005). Тако се у чланцима *Jurisdictional Developments and the New Hague Judgment Project* (Ronald A. Brand, pp. 89–99) и *The Fruits of the Judgment Project* (David Goddard, pp. 195–205) даје преглед досадашњег рада Хашке конференције у оквиру *Judgment Project* и посебно анализира однос са Хашком конвенцијом о споразумима о изабраном суду (2005) и релевантним регулативама ЕУ.

Занимљиво питање односа *Judgment Project* и људских права с аспекта права на правично суђење тема је рада *The Right to a Fair Trial, Forum Non Conveniens and the Limits of the Possible* (David McClean, pp. 357–370). У том смислу, аутор разматра утицај одредбе члана 6 Европске конвенције о људским правима на теорију *forum non conveniens* и њихову међусобну (не) усклађеност у енглеском, аутралијском и америчком праву.

Проблем литиспенденције у случајевима постојања споразума о искључивој надлежности изабраног суда изнет је у *Exclusive Choice of Courts Agreements and Parallel Proceedings* (Peter Arnt Nielsen, pp. 409–420) на примерима Хашке конвенције о споразумима о изабраном суду, Регулative 44/2001 о надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанској и трговачкој материји (Брисел I) и нове Регулative 1215/2012 о надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанској и трговачкој материји (Брисел I recast). Полазећи од чињенице да Хашка конвенција не садржи правило о томе који суд треба да одлучи о пуноважности споразума, а да Брисел I recast предност даје изабраном суду ако је поступак пред њим и покренут, аутор сматра да би такву одредбу требало унети и у Хашку конвенцију ако се буде вршила њена ревизија.

Чланак *Prospects for the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements* (Marta Pertegás & Louise Ellen Teitz, pp. 465–476) анализира разлоге кашњења ЕУ са ратификацијом Хашке конвенције о споразумима о изабраном суду. Поред тога, ауторке су се бавиле и ставовима које је тим поводом заузео Државни саветодавни комитет за међународно приватно право (ACPIL). Исто питање је тема и рада *Federalism and U.S. Implementation of PIL Conventions – Implementing the Hague Convention on Choice of Courts Agreements* (Peter H. Pfund, pp. 477–485) у коме аутор даје детаљан приказ поступка који САД мора да предузме приликом ратификације конвенција и посебно се бави значајем ратификације Конвенције за САД.

Недавно усвојени принципи Хашке конференције о избору меродавног права за међународне уговоре анализирани су у *The Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts and Rome I* (Ole Lando, pp. 299–310).

У време када је чланак објављен, Принципи су још увек били у фази израде, али то не умањује његов значај. Проф. Ландо појашњава зашто се Хашка конференција одлучила за доношење принципа који првенствено треба да прате Хашку конвенцију о споразумима о изабраном суду, као и њихов однос са релевантним регулативама ЕУ. Он износи идеју да Принципи не би морали нужно да се односе само на случајеве када је меродавно право изабрано вољом страна, већ би требало да садрже и колизионе норме у одсуству избора.

#### 4. Европска унија и Хашка конференција

Када је реч о радовима који су посвећени међународном приватном праву ЕУ и њеном односу према хашким конвенцијама, требало би поћи од рада *Principle of Consensus and European Union Legislative Competence in Relation to Judicial Cooperation in Civil Matters. Challenges Facing the Hague Conference on Private International Law* (Rolf Wagner, pp. 643–660), у коме се истиче изузетна улога коју је Ханс ван Лон имао у превазилажењу проблема спољне надлежности ЕУ и даљег несметаног функционисања Хашке конференције. С тим у вези, улога Европске комисије у процесу настанка међународног приватног права Уније предмет је детаљне анализе у *The European Private International Law and the Charter of Fundamental Rights* (Salla Sastamoinen, pp. 503–514). Уједно, ауторка пружа увид у начине на који се Европска комисија стара о ваљаној примени члана 81 Уговора о функционисању ЕУ, као и о поштовању одредаба Повеље ЕУ о основним правима. Поред тога, она даје преглед оних основних права (из Повеље ЕУ) која су најчешће предмет регулисања и националних система међународног приватног права, као што су право на ефикасан правни лек, право на правично суђење, право својине, једнакост пред законом и права детета.

Однос Хашке конференције и ЕУ тема је и чланка *The Relativity of Legal Positions in Cross-Border Situations. The foundations of private interregional law, private intra-community law and private international law* (M. H. ten Wolde, pp. 569–582), посвећеног значају Хашке конференције у стварању тзв. заједнице права држава. Аутор констатује да је Хашка конференција неопходна институција, без обзира што ЕУ има свој метод за постизање регионалне унификације.

Потреба стварања судске сарадње у грађанској и трговачкој материји, на примерима Хашке конференције и ЕУ тема је рада *La Conférence de La Haye de droit international privé: vers une coopération judiciaire dans les matières civiles et commerciales à l'échelle universelle* (F. Paulino Pereira, pp. 443–452). У том смислу, аутор анализира Хашку конвенцију о споразумима о изабраном

суду, Хашку конвенцију о међународном остваривању издржавања деце и других облика породичног издржавања (2007), Хашки протокол о меродавном праву за обавезе издржавања (2007) и Хашку конвенцију о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце. Такође, истакнут је значај успостављања система *e-Justice* у оквиру ЕУ и система *iChild* и *e-App* у оквиру Хашке конференције.

Бавећи се такође питањем односа Уније и Хашке конференције, проф. Годме-Толон (*Hélène Gaudemet-Tallon*) у раду *Individualisme et mondialisation: aspects de droit international privé de la famille* (pp. 181–194) фокусира се на материју породичног и наследног права. Она разматра питање утицаја који, с једне стране, има аутономија воље у материји међународног породичног права, и утицаја људских права на ову материју, с друге стране. Ауторка полази од критике држављанства и његовог односа према уобичајеном боравишту као тачки везивања (које такође није лишено критике) и све већем утицају аутономије воље кроз одредбе Хашког протокола о меродавном праву за обавезе издржавања (2007), Хашке конвенције о наслеђивању заоставштине умрлих лица (1989), Регулative 1259/2010 о појачаној сарадњи у материји меродавног права за развод и раставу (Рим III) и Регулative ЕУ 4/2009 о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји издржавања.

Имајући у виду сличну тему, чланак *Conférence de La Haye et Union européenne – Synergie dans le domaine du droit des successions* (pp. 69–76) проф. Бономија (*Andrea Bonomi*) указује на решења Регулative 650/2012 о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и прихватању и извршењу веродостојних исправа у материји наслеђивања и стварању Европског сертификата о наслеђивању и повезује их са одредбама хашких конвенција у овој материји. Истовремено, аутор указује да наведена Регулative ЕУ може да послужи као модел за будућу хашку конвенцију.

Иста Регулative ЕУ тема је и чланка *The EU Maintenance Regulation and the Hague Maintenance Protocol of 2007. Recognition of Foreign Judgments and the Public Policy Defence* (pp. 529–540) у коме проф. Зир (*Kurt Siehr*) износи недоумице о примени клаузуле јавног поретка у материји издржавања и утврђивања ванбрачног очинства у случају разматраном пред немачким Федералним судом (BGH) поводом признања пољске одлуке.

Још једно спорно питање у оквиру европског породичног права је и право на развод. Оно је предмет анализе у чланку *Divorce – A Fundamental Right?* (Harry Duintjer Tebbens, pp. 123–134) у коме се објашњава на примерима законодавства Холандије и секундарног законодавства ЕУ. Аутор разматра

и домаћај установе јавног поретка у овој материји и указује на проблем фрагментације међународног уређења питања развода брака.

Материји европског породичног права, али у другачијем контексту, окреће се и проф. Дутоа (*Bernard Dutoit*), који у раду *Le droit international privé de la famille et les droits fondamentaux de l'enfant: le choc qui fait le chic* (pp. 143–156) разматра проблем заштите права детета у односу на различите целине међународног приватног права, као и однос међународног приватног права и материје људских права. Он упоређује одредбе швајцарског Закона о међународном приватном праву и регулатива ЕУ, посебно истичући значај критеријума уобичајеног боравишта детета, а има у виду и праксу Суда за људска права (случајеви *Zaunegger*, *Sporer*, *Barrehab*, *Rozanski*, *Shofman*, *Nylind*, *Hoffman*, *Bronda*, *Scozzari*, *Salguario da Silva Monta*).

У чланку *The Abolition of Exequatur and State Liability for Human Rights Violations through the Enforcement of Judgments in European Family Law* (Andrea Schulz, pp. 515–528) указује се на значај случаја *Pellegrini vs. Italy*, који је разматран 2001. године пред Судом правде ЕУ, на питање о обавези државе извршења одлуке да прописно оцени да ли је поступак мериторног одлучивања у држави порекла био у складу са гаранцијама из члана 6 Европске конвенције о људским правима када држава порекла одлуке није њена уговорница.

Поред заштите деце, у Европској унији се поставља и питање заштите имиграната, као још једне посебно угрожене категорије физичких лица. Рад *Some Reflections on Multiculturalism, Application of Islamic Law, Legal Pluralism and the new EU Succession Regulation* (pp. 59–68) проф. Богдана (*Michael Bogdan*) има за тему проблеме са којима се, у материји међународног породичног и наследног права, суочава прва и друга генерација имиграната исламске вероисповести у Европи. Проф. Богдан издваја питање (не)могућности примене исламског породичног и наследног права у државама ЕУ и наводи случајеве када не би требало посезати за клаузулом јавног поретка, без обзира што се на први поглед одредбе овог права чине шокантним, аргументујући свој став примерима из породичног права (склапање брака) и наследног права (мањи наследни део ћерки). Тешкоћама са којима се суочава велики број имиграната посвећен је и рад *La migration de l'état civil* (pp. 101–112) у коме проф. Бухер (*Andreas Bucher*) истиче значај њихове заштите у сфери статусних односа и у том смислу наводи да би Хашка конференција морала да се посвети решавању ових питања и ван материје заштите деце.

Питање брачноимовинског режима с аспекта аутономије воље тема је рада *L'autonomie de la volonté dans les relations de famille internationales: regards sur*

*les récents instruments internationaux* (Mariel Revillard, pp. 487–502). У њему су анализиране сличности и разлике у уређењу ових питања у оквиру секундарног законодавства ЕУ и хашких конвенција, не само у области породичног већ и наследног права.

Поред ових проблема, пажњу у међународном приватном праву ЕУ побуђују су и уговорне и вануговорне обавезе, односно питање несметаног функционисања заједничког тржишта. Овој теми посвећен је рад *Hermetic Dialogue between Rome I and Rome II: General Principles and Argumentative Rules* (Francisco J. Garcimartín Alférez, pp. 169–180) у коме се анализира могућност остваривања хармоније у одлучивању у државама ЕУ поводом уговорних и вануговорних обавеза, из угла принципа комплементарности, аутономности и херменеутичке узајамности (која се бави проблемом неусаглашености регулатива).

Колизоне норме о одговорности за деликте и накнаду штете у фокусу су и чланка *Substance and Procedure: Aspects of Damages in Tort in the Conflict of Laws* (Robin Morse, pp. 389–396) који се односи на Регулативу ЕУ 864/2007 о меродавном праву за вануговорне обавезе и енглески Закон о међународном приватном праву (1995), чија паралелна примена води цепању деликтног статута и дилеми о квалификацији процене штете као процесног односно материјалног питања у случајевима *Harding v Wealands* и *Cox v Ergo Versicherung AG*. Истој материји, али из угла утицаја интернета на општу и посебну надлежност за вануговорну одговорност за штету, посвећен је чланак *Beginning to Rethink Personal Jurisdiction* (Peter D. Trooboff, pp. 597–608). У њему аутор пореди европски приступ проблему квалификације места деликта на основу предвидљивости места настанка штете у случају *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace* и америчког приступа у случају када је она повезана с оглашавањем на интернету.

У раду *The Lugano Convention and the International Court of Justice* (Gustaf Möller, pp. 381–388) анализирају се питања постављена Суду правде ЕУ у случају *Belgium v. Switzerland*, који се тиче примене Луганске конвенције о надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанској и трговачкој материји.

Европско право продаје тема је рада *La proposition de la Commission européenne pour un „droit commun européen de la vente“ vue sous l'angle des conflits de lois* (Christian Kohler, pp. 259–270). Аутор се усредсређује на предлог Европске комисије о доношењу нове регулативе која би установила европско право продаје, при чему анализира координацију са постојећим колизоним нормама Регулативе 593/2008 о меродавном праву за уговорне обавезе и одредбама Уговора о функционисању ЕУ.



Домашај процесног и материјалног јавног поретка у секундарном законодавству ЕУ на примеру пресуде Суда правде ЕУ у случају *Krombach* разматра се у чланку *Public Policy in Private International Law and Its Continuing Importance* (Paul Vlas, pp. 621–630). Аутор такође има у виду домаћај ове клаузуле у релевантним хашким конвенцијама на примеру пресуде Врховног суда Холандије у случају из 1999. године који се тицао признања и извршења две аргентинске одлуке и два спорна питања – повреде права на одбрану и прекомерне накнаде коју је холандска страна морала да исплати аргентинским експертима.

Напослетку, проф. Лагард (*Paul Lagarde*) у раду *Instrument optionnel international et droit international privé – Subordination ou indépendance?* (pp. 287–298) поново актуелизује питање односа факултативних међународних инструмента и међународног приватног права, износећи дилему о томе да ли је примена факултативних инструмента заиста подређена избором права једне државе на основу колизионих норми међународног приватног права. Иако је у суштини одговор потврдан, он указује на поједине проблеме који могу настати због неунификованих колизионих норми на примеру брачноимовинског режима (првенствено у оквиру ЕУ). Исти проблем аутор анализира и с аспекта европског права продаје. Другу дилему о томе да ли је избор факултативног инструмента заправо избор међународног приватног права износи на примеру одредбе члана 3 некадашњег Предлога Регулативе ЕЗ о меродавном праву за уговорне обавезе, којим би странкама била дата слобода избора и принципа европског уговорног права и *Unidroit* принципа као меродавног права за уговор.

## 5. Varie

У ову групу спадају радови посвећени достигнућима других међународних организација са којима Хашка конференција блиско сарађује, као што су UNCITRAL (Spyridon V. Bazinas, *Towards Global Harmonization of Conflict-of-Laws Rules in the Area of Secured Financing: The Conflict-of-Laws Recommendations of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, pp. 1–16), Unidroit (Roy Goode, *The Cape Town Convention and Protocols and the Conflict of Laws*, pp. 221–234), Интерамеричка конференција о међународном приватном праву (Didier Opertti Badán, *The Relationships between Latin America and the Hague Conference Regarding the Recent Developments of Private International Law*, pp. 421–432), WTO и MERCOSOUR (Claudia Lima Marques, *The Need for a Global Cooperation Network to Protect Foreign Tourists/Consumers and the Comeback of Private International Law*, pp. 311–323; Micah Thorner, *The Evolution of Technical Assistance provided by Intergovernmental Organisations. A Comparative Study of*

*the Hague Conference, IMF, WTO, Unidroit and UNCITRAL*, pp. 583–594). Такође, треба поменути и радове који су посвећени националним системима међународног приватног права (Thomas John & Lukas Delahaye, *The Use of Private International Law Escape Devices to Manage the Mediate Application of (Foreign) Human Rights in Civil and Commercial Disputes in Australia*, pp. 235–252; Leonel Perezniето Castro, *The Revolution of Private International Law in the World at Present, Regarding Mexican Case*, pp. 453–464), односно арбитражи (Rui Manuel Moura Ramos, *L'arbitrage étranger et la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères dans le nouveau droit portugais de l'arbitrage*, pp. 397–408), као и оне посвећене сазнању страног права и употреби интернета (Philippe Lortie & Maja Groff, *The Missing Link between Determining the Law Applicable and the Application of Foreign Law. Building on the Results of the Joint Conference on Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters (Brussels 15–17 February 2012)*, pp. 325–342), праву на хартијама од вредности које држе посредници (Karl Kreuzer, *Innovative Features of the Hague Securities Convention*, pp. 271–286), Међународном центру за правне студије и техничку помоћ при Хашкој конференцији (Frederike E. M. Stikkelbroeck, *Because It Takes Two to Tango*, pp. 555–560) и питању судског и извршног имунитета стране државе у случајевима накнаде штете жртвама Другог светског рата (Spyridon Vrellis, *The World War II Distomo Massacre of Greek Civilians by German Armed Forces and the Right to Effective Judicial Protection*, pp. 631–642).

Као што се може закључити, зборник радова *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, услед разноврсности тема којима је посвећен није намењен искључиво познаваоцима међународног приватног права. Напротив, вредан је пажње шире академске заједнице, пре свега стручњака из области грађанског процесног права, облигационог права, породичног права, наследног права, трговинског права, међународног трговинског права, међународног јавног права и права ЕУ.

**Сања Ђорђевић,\***

Асистент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРИКАЗ

UDK: 343.55

Рад примљен: 17.04.2015.

Рад прихваћен: 29.04.2015.

### ТРИБИНА: КАДА БИ СРБИЈА ПРИСТУПИЛА КОНВЕНЦИЈИ О КАСЕТНОЈ МУНИЦИЈИ...

Удружење грађана „Акција и помоћ“ и *Ban Advocates of Handicap International*, уз подршку Правног факултета Универзитета у Нишу и *Media&Reform* центра Ниш, дана 28. јануара 2015. године одржали су на Правном факултету у Нишу трибину на тему „Када би Србија приступила Конвенцији о касетној муницији...“. На трибини су говорили Слађан Вучковић – председник удружења грађана „Акција и помоћ“, др Небојша Раичевић – професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Драгана Родић – председница Удружења „Драгана Родић“ и стручни сарадник Универзитета у Нишу и Алма Ал Оста – менаџерица заговарања забране наоружања у *Handicap International*-у.

Трибину је својим излагањем отворио Слађан Вучковић, говорећи као професионални војни деминер, али и као директна жртва касетне муниције. Он је најпре објаснио механизам деловања касетне муниције и указао на опасност коју она ствара за цивилно становништво. Како је рекао, касетна муниција јесте неселективно, непрецизно и неодбрамбено убојно средство, које се не може усмерити на жељени војни циљ. Као пример за то навео је пад касетних бомби на подручје нишког насеља Дуваниште, које је 1999. године грешком погођено када је гађан војни аеродром удаљен 6,5 км од тог насеља. Вучковић је навео да око 90% укупног броја жртава касетне муниције чине цивили, од којих су највећи број деца. Опасност од касетне муниције се огледа и у чињеници да она не убија и осакаћује само током напада, већ и годинама након тога. Заостала неексплодирана касетна муниција не постоји само у далеким земљама попут Вијетнама, Лаоса, Авганистана, већ, нажалост, и у нашој држави као последица НАТО бомбардовања. Као примере за то, говорник је навео

\* djordjevics@prafak.ni.ac.rs

касетне бомбе пронађене у дворишту породичне куће у насељу Шљака, на крову школе "Беле кула" у Нишу, на крову спортске хале "Чаир", у шуми код Куршумлије, на пољопривредном имању код Старе Пазове итд. Он је подсетио да је било је и фаталних исхода од заостале касетне муниције, као што је страдање особе у вођњаку у насељу Дуваниште или смрт двојице врхунских пиротехничара приликом чишћења терена на Копаонику.

На крају свог излагања, Слађан Вучковић је указао на користи које би Србији донело приступање Конвенцији о касетној муницији (ККМ). Пошто је немало подручје наше државе угрожено заосталом касетном муницијом (за 2,36 км<sup>2</sup> је потврђена контаминација и одређено је чишћење, а сумња се да угрожена површина износи чак 6,65 км<sup>2</sup>), Србији су потребна значајна средства за чишћење угрожених терена (цена чишћења квадратног метра контаминираних територије креће се од 0,8 до 2 еура). Приступањем Конвенцији Србија би могла користити међународне фондове и техничку и кадровску помоћ за чишћење контаминираних подручја и уништавање постојећих залиха касетних бомби. Поред бенефита на плану личне сигурности грађана, чишћење угрожених подручја имало би и позитивне економске ефекте у области пољопривреде, шумарства, туризма, речне пловидбе ... И оно што је најважније, у нашој земљи била би остварена медицинска и социолошка збринутост директних и индиректних жртава касетне муниције.

Други говорник, проф. др Небојша Раичевић, представио је кратак историјат усвајања ККМ и дао сумаран приказ њених најважнијих одредби. На почетку излагања указао је на разлоге актуелизације забране касетне муниције, међу којима је посебно истакао употребу касетних бомби у Ираку 2003. и Либану 2006. године. Како је проф. Раичевић рекао, због противљења великих војних сила и држава произвођача касетне муниције, није прихваћена иницијатива да се касетна муниција забрани у оквиру Конвенције о конвенционалном оружју, што је утицало да Норвешка званично позове заинтересоване државе, МКЦК и релевантне НВО ради усвајања обавезујућег инструмента о касетној муницији изван тог оквира. Тај алтернативни пут (тзв. „процес из Осла“) успешно је окончан у Даблину 2008. године, када је усвојен текст ККМ, који је отворен за потписивање у Ослу крајем те године. Проф. Раичевић је упознао присутне да је до краја 2014. године Конвенција имала 89 држава уговорница и 27 потписница.

Након појашњења дефиниције касетне муниције дате у Конвенцији, говорник је анализирао основне обавезе држава садржане у том уговору. Започео је са забраном употребе касетне муниције, објашњавајући да државе уговорнице не смеју користити касетну муницију током било ког

оружаног сукоба (како против других уговорница, тако и против држава неуговорница или недржавних ентитета), али ни у доба мира (немири и тензије, војне вежбе и др.). Говорећи о обавези уништавања постојећих залиха касетне муниције, предочио је да су државе уговорнице дужне да те залихе униште што је пре могуће, а најкасније у року од осам година по ступању Конвенције на снагу за ту државу. Како је истакао проф. Раичевић, пошто забрана будуће употребе касетне муниције не решава све штетне хуманитарне последице везане за ово оружје, Конвенција је наметнула и обавезу чишћења и уништавања експлозивних остатака рата насталих употребом касетне муниције. Конвенција крајњу одговорност за чишћење и уништавање остатака касетне муниције намеће држави на чијој територији се ти остаци налазе, али се од државе која је ту муницију употребила захтева пружање потребне помоћи. Део излагања о обавезама држава окончан је представљањем правила о пружању помоћи жртвама употребе касетне муниције. Истакнуто је да поред лица која су убијена или су претрпела повреде, Конвенција жртвама сматра и породице и заједнице тих особа (тзв. индиректне жртве). Државе уговорнице имају обавезу да жртвама обезбеде медицинску негу, рехабилитацију и психолошку подршку и да осигурају њихову друштвену и економску инклузију.

Проф. Раичевић је укратко представио и одредбе Конвенције које регулишу међународну помоћ и сарадњу. Нарочито се задржао на чл. 6 у којем је предвиђено да свака држава уговорница има право да тражи и добије помоћ, објашњавајући да то значи да свака држава уговорница има неспорно право да затражи страну помоћ за решавање проблема касетне муниције, али да то никако не значи постојање обавезе држава или међународних организација да тражену помоћ пруже.

Последњи део свог излагања проф. Раичевић је посветио односу Србије према ККМ. Том приликом је подсетио да је Србија подржала почетне иницијативе за усвајање уговора о забрани касетне муниције, али је касније иступила из „Осло процеса“ и није ратификовала нити потписила ККМ. Приликом процене да ли Србија треба да постане страна уговорница те Конвенције, Раичевић сматра да се у обзир морају узети хуманитарни, финансијски и војни чиниоци. Он сматра да хуманитарни разлози неспорно говоре у прилог приступања Конвенцији, јер би то онемогућило Србију да користи касетну муницију у евентуалним будућим ратовима, а допринело би и бољем збрињавању наших грађана који су жртве касетне муниције. Ни финансијске обавезе које доноси чланство у Конвенцији не би требало да буду препрека за приступање том уговору. Иако би уништавање постојећих залиха касетне муниције, чишћење области у којима се налазе експлозивни остаци и пружање помоћи жртвама захтевало одређене

финансијске издатке, те обавезе чекају Србију и без њеног приступања Конвенцији. Приступањем Конвенцији Србија чак може бити на добитку, јер за обављање наведених активности може добити страну помоћ. Проф. Раичевић је закључио да ће одлучујући фактор код доношења одлуке о приступању Србије Конвенцији бити процена војних импликација одрицања од касетне муниције. Том приликом цениће се војна корист коју нашим оружаним снагама доноси то оружје, као и могућност његове супституције другим средствима.

Драгана Родић, дугогодишњи борац за права особа са инвалидитетом, овом приликом је истакла важност бриге о људима којима је потребна помоћ других и неопходност да сваки појединац разуме њихове потребе. Зато, сматра она, нужно је уклонити баријере у свима како би лакше заједно живели и функционисали. Она је, такође, истакла да су особе са инвалидитетом у веома лошем положају јер многи немају новца да купе потребне лекове, посебно у руралним подручјима где има случајева да немају инвалидска колица већ се превозе у грађевинским колицима. Чак и када неко има инвалидска колица, не постоје архитектонски прилази, и ту лежи потенцијална опасност. На пример, ја сам принуђена да идем улицом заједно са свим аутомобилима у саобраћају. Најбаналнија ствар која може да се деси јесте да каменчић од аутомобила полети и погоди мене или особу која ме вози – рекла је Драгана која је пре 15 година доживела саобраћајну несрећу због које је остала непокретна.

Драгана Родић је, такође, нагласила да је за њу успех и када свако јутро устане и сама се обуче, као и да је рад на својој свести, али и на свести других неопходан за боље међусобно разумевање и функционисање у друштву. Заједно са Слађаном Вучковићем истакла је неопходност боље приступачности у граду за особе са инвалидитетом пошто су им многа места недоступна, међу којима су и неке јавне институције.

Последња на трибини је говорила Алма Ал Оста, менаџерица заговарања забране наоружања у *Handicap International*-у, која се учесницима трибине обратила путем видео-линка из Брисела. Показујући моделе касетних бомби, уз мноштво практичних примера објаснила је значај Конвенције и бенефите њене примене. Ал Оста је изнела проблеме са којима се *Handicap International* суочава широм света, истичући да највеће препреке стварају велике војне силе које зарађују много новца од продаје касетне муниције.

Она је овом приликом рекла да је изненађује што Србија не потписује Конвенцију, јер би тако могла доћи до фондова који би јој помогли да очисти своју територију од овог „зла“, а и да део новца из међународних фондова искористи за решавање проблема директних и индиректних жртава касетне муниције.

Алма Ал Оста је своје излагање завршила констатацијом да је циљ Конвенције нестанак касетне муниције са лица земље, али да међу 89 држава уговорница нема Србије, иако је *Handicap International* од почетка процеса Србију препознао као једну од водећих држава у забрани касетне муниције.





IV РАДОВИ СТУДЕНАТА  
ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

---

---



**Иван Илић,\***  
Асистент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.121.4

Рад примљен: 02.04.2015.

Рад прихваћен: 12.05.2015.

## **ИДЕНТИТЕТ ПРЕСУДЕ И ОПТУЖБЕ\*\***

**Апстракт:** Аутор се у раду бави једним од најсложенијих питања теорије кривичног процесног права и судске праксе. Идентитет пресуде и оптужбе прилази из начела акузаторности, али се њиме такође штити право окривљеног на одбрану. Са друге стране, доследно спроведено, ово начело представља значајно ограничење начела истине. Прекорачење оптужбе представља дилему која се често јавља у јудикатури, и ставови судова, по том питању, често су опречни. Аутор полази од ставова теорије, наводећи нешто старију теорију „другог“ и „другачијег“ дела и новију теорију чињеничних скупова. Након тога су представљени ставови, заузети у пракси судова некадашње Југославије. Аутор закључује да је за решавање питања идентитета пресуде и оптужбе од круцијалног значаја делотворно остваривање права на одбрану, као и премиса везаности суда искључиво чињеничним фондусом оптужбе, не и правном квалификацијом.

**Кључне речи:** везаност пресуде оптужбом, прекорачење оптужбе, право на одбрану, чињенична и правна питања.

### **1. Уводне напомене**

Предмет кривичног поступка (кривична ствар) детерминисана је оптужним актом овлашћеног тужиоца. То је директна последица важећа оптужног начела, чија је суштина у старој латинској максими – *nemo iudex sine actore*. Између кривичне пресуде и оптужбе мора постојати субјективни и објективни идентитет (Кнежевић, 1999: 170–179). Субјективни идентитет

---

\* ivan@prafak.ni.ac.rs

\*\* Чланак представља резултат рада на пројекту «Заштита људских и мањинских права у европском правном простору», под редним бројем 179046, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

значи да се пресудом могу обухватити само лица, која су означена у оптужном акту. При томе, ни промене у облику кривице (умишљај, нехат), као ни промене у утврђеном доприносу окривљеног извршењу кривичног дела (извршилац, саучесник, у ужем смислу) не утичу на промену субјективног идентитета. Објективни идентитет означава постојање подударности између чињеничног описа оптужног акта и кривичне пресуде. Реч је о материјалном идентитету пресуде и оптужбе, који се односи на чињеничну основу, док формални идентитет не мора постојати, јер суд није везан правном квалификацијом тужиоца (Петрић, 1980: 13). Објективни идентитет заправо постоји ако постоји истоветност одлучних чињеница. Потребно је да постоји поклапање у погледу основних обележја која конституишу одређено кривично дело, а нарочито у односу на заштитни објекат. Суштина саме кривичне ствари не сме бити измењена у односу на оптужни акт. То значи да се у кривичном поступку могу утврђивати само чињенице које се односе на кривично дело и окривљеног, означених у оптужници (Гарачић, 2004). Суд додуше може утврђивати и друге чињенице које доприносе свестраном и потпуном осветљењу кривичног дела, а не представљају елементе бића конкретног кривичног дела, али с циљем утврђивања правно релевантних чињеница предмета оптужбе. Суд, такође, није везан правном квалификацијом тужиоца, те је може изменити ако на основу чињеничног описа оптужног акта произлази да је реч о неком другом кривичном делу у односу на дело које је означено у оптужби. То значи да суд, за разлику од чињеничног идентитета оптужног акта, није ограничен правним идентитетом оптужбе (Радуловић, 2014: 71).

## **2. Нормативна основа: идентитет пресуде и оптужбе**

Законодавац поставља јасна ограничења тврдњом да се пресуда може односити само на лице и на дело, које је обухваћено поднетим, или на главног претресу измењеним оптужним актом (члан 420. став 1. Законика о кривичном поступку<sup>1</sup>). Ако се у току поступка утврди да је окривљени извршио друго кривично дело, а не оно које му се оптужбом ставља на терет овлашћени тужилац у складу са начелом мутабилитета има овлашћење да измени оптужни акт. У складу са одредбом из члана 409. став 1. ЗКП, јавни тужилац у току главног претреса има право да прошири оптужницу ако буде утврђено да је окривљени раније извршио неко друго кривично дело које није било обухваћено првобитном оптужбом. У том случају суд ће бити везан чињеничним описом из тако измењеног оптужног акта. Ако суд не измени оптужни акт којим ће га уподобити утврђеном чињеничном стању,

---

1 «Сл. гласник РС», бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014, у даљем тексту: ЗКП.

суд мора донети ослобађајућу пресуду, применом члана 423. тачка 2, јер није утврђено да је окривљени извршио кривично дело за које је оптужен.

Одредба по којој јавни тужилац има овлашћење да на главном претресу измени оптужницу у теорији и пракси је двојако тумачена. Према једном схватању, субјективно схватање тужиоца да је чињенично стање утврђено на главном претресу другачије у односу на чињенични опис из оптужног акта не мора да доведе до измене оптужнице.<sup>2</sup> Према другом схватању, субјективно схватање тужиоца да је чињенично стање другачије у односу на оптужбу довољан је разлог да дође до измене оптужног акта.<sup>3</sup> Сматрамо да, према дикцији одредбе члана 409. став 1. ЗКП, према којој тужилац може изменити оптужни акт „ако оцени да је чињенично стање другачије...“ једино могуће тумачење да је субјективан став тужиоца одлучујући и довољан. Такво тумачење у складу је са начелом мутабилитета кривичног гоњења.

Ако се на главном претресу утврди да је кривично дело извршено од стране другог лица, овлашћени тужилац не може проширити оптужбу у субјективном смислу. Он може одустати од оптужбе, услед чега ће суд донети одбијајућу пресуду, те након тога, подићи оптужбу, којом ће то лице означити као окривљеног. Доношење пресуде којом је нарушен идентитет између пресуде и оптужног акта представља прекорачење оптужбе. То је, уједно, једна од апсолутно битних повреда одредаба кривичног поступка и представља основ за изјављивање жалбе (члан 438. став 1. тачка 9. ЗКП). У случају да суд правног лека утврди да је пресудом оптужба прекорачена, дужан је да укине првостепену пресуду и предмет врати на поновно суђење.

Од везаности пресуде оптужбом постоји једно значајно одступање. Наиме, у поступку према малолетницима ово правило не важи. Покретање поступка према малолетницима иницира се захтевом за покретање припремног поступка. Према члану 74. став 4. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица,<sup>4</sup> суду за малолетнике дато је овлашћење да донесе одлуку на основу чињеничног стања, утврђеног на главном претресу, без обзира на предлог<sup>5</sup> јавног тужиоца. Везаност суда за малолетнике за чињеничну основу иницијалног акта јавног тужиоца у поступку према малолетницима релативизиована

---

2 Одлука Врховног суда Хрватске Кж. 2112/77.

3 Одлука Врховног суда Македоније, Кж бр. 48/86.

4 «Сл. гласник РС», бр. 85/2005, (у даљем тексту: ЗМ).

5 У поступку према малолетницима, уместо оптужног акта фигурирају предлог за изрицање васпитних мера и предлог за кажњавање малолетника. Покретање поступка према малолетницима иницира се захтевом за покретање припремног поступка.

је изостанком прецизирања посебне форме, тј. елемената обавезне садржине захтева за покретање припремног поступка. У теорији се као једно од могућих решења наводи аналогична са захтевом за спровођење истраге (Кнежевић, 2010: 192) предлагањем да захтев за покретање припремног поступка треба да садржи елементе који су били прописани за иницијални акт тужиоца у редовном кривичном поступку. Увођењем тужилачке истраге захтев за покретање истраге не постоји више као иницијални оптужни акт, те нема места прављењу аналогиче са њим. У теорији је заступљено и схватање да захтев за покретање припремног поступка према малолетницима не треба да садржи ни чињенични опис, ни правну квалификацију. Овај став се аргументује изостанком обавезе суда да о покретању припремног поступка донесе формалну одлуку, као и релативизацијом везаности пресуде оптужбом (Хирџан, Сингер, 1987: 401–402).

Са наведеним схватањем се не можемо сагласити. Без обзира на неvezаност суда за чињеничну подлогу оптужбе, у иницијалном акту јавног тужиоца морају постојати чињенице које представљају елементе бића кривичног дела, а малолетнику се стављају на терет. Из њих је изведен закључак јавног тужиоца о постојању основа сумње, на основу чега јавни тужилац упућује захтев суду да покрене поступак према малолетнику. У супротном, иницијални акт јавног тужиоца, без чињеничног описа и правне квалификације, био би захтев само у номиналном смислу, док у суштинском смислу не би садржао тај круцијални елемент по коме се одређују оптужни акти. Због тога сматрамо да захтев за покретање припремног поступка треба да садржи чињенични опис и правну квалификацију, као што је то прописано за предлог за изрицање санкције („опис и законски назив дела“, члан 69. став 2. ЗМ).

### **3. Теоријска схватања о идентитету пресуде и оптужбе**

Питање идентитета оптужбе и пресуде представља једно од најсложенијих питања кривичног поступка, за теорију, али и за судску праксу. Према старијем теоријском схватању идентитет постоји ако се пресуда односи на исти *догађај из прошлости*. Пресуда се мора односити на дело из оптужнице, и она се доноси на темељу чињеница, утврђених на главном претресу (Бркић, 2004). На основу тог схватања суд може пресудом обухватити све радње извршења (код продуженог кривичног дела), иако нису обухваћене оптужбом. Такође, може се пресудити за довршено кривично дело, без обзира што је окривљени оптужен за покушај. Измене чињеничног описа оптужног акта могу ићи и у корист и на штету окривљеног, зависно од

онога што буде утврђено на главном претресу. Ово схватање је засновано на начелу материјалне истине.

Уже схватање идентитета пресуде и оптужбе, доминантно у теорији од друге половине 20. века, засновано је на доследном спровођењу начела акузаторности. Према присталицама ужег схватања, истоветност постоји ако је предмет пресуде *друкчије дело* у односу на оптужбу, а не постоји ако је реч о *другом делу*. Према теорији, дело је друкчије ако је у суштини остало исто. Измене се могу кретати у опсегу другог вида кривичног дела. Примера ради, тешка телесна повреда и лака телесна повреда, тешко убиство и убиство, разбојништво и крађа представљају друкчија дела (Грубиша, 1960: 601–618). То подразумева могућност измена у погледу неких околности под којима је дело извршено, као што су место, време, средство извршења, уколико то нису елементи бића самог кривичног дела. Не представља прекорачење оптужбе ни ако је у пресуди оптужба само прецизирана, или додатно конкретизирана, или ако је утврђено да је реч о делу у стицају. Притом, дело које је обухваћено пресудом не сме бити теже по окривљеног. Супротно, суд може пресуду засновати на блажем, друкчијем делу, у односу на чињенични опис из оптужног акта. Ако није доказано постојање неке квалификаторне околности, може се пресудити за основни облик, уместо за квалификовани облик кривичног дела. Исто се односи на утврђену лакшу последицу, или за мањи износ прибављене имовинске користи (Бајовић, 2013: 204).

Наведене измене не представљају прекорачење оптужбе ако не представљају *друго* кривично дело. О другом делу је реч ако се оно суштински разликује од дела које се окривљеном ставља на терет, на пример помоћ учиниоцу након извршеног кривичног дела и држање опојне дроге.<sup>6</sup> Притом, прекорачење оптужбе постоји, без обзира да ли је реч о лакшем или тежем кривичном делу. Ужа концепција фаворизује начело оптужбе на уштрб апсолутног важења начела истине.

Уже и шире схватање везаности пресуде оптужбом долази до изражаја у упоредном праву. Једно од најужих схватања заступљено је у процесном закону Италије. Према одредби из члана 477, друго дело постоји и када суд утврди чињенице, које прецизирају оптужбу, попут средства, начина, места или времена извршења кривичног дела. На другој страни, немачки процесни кодекс усваја најширу концепцију. Предмет пресуде може бити кривично дело из оптужнице, онако како је утврђено извођењем доказа на главном претресу (члан 264. став 1). Из наведене одредбе произлази да је модификација чињеничног описа из оптужног акта могућа и у

---

6 Решење Врховног суда Србије, Кж.1 1267/05 од 3. 11. 2005.

погледу одлучних чињеница, независно од тога да ли је то повољније по окривљеног (Pfeiffer, 2002: 700).

У новијој процесној теорији појавила се теорија чињеничних скупова (Мајић, 2011: 85–105). Ова теорија представља најригидније тумачење везаности пресуде оптужбом. Тужилац у чињеничном опису оптужног акта поставља чињенични скуп који у пресуди мора остати исти. Чињенични скуп оптужбе састоји се из подскупова које чине обележја бића кривичног дела, затим квалификаторне и привилегујуће околности, као и остали елементи, попут времена, места, затим средство којим је извршено кривично дело. Модификације елемената који чине обележје бића кривичног дела су могуће само ако представљају ужу категорију (подскуп), у односу на чињенични скуп из оптужног акта.<sup>7</sup> Измене су, такође, могуће, ако престављају умањење наступеле последице извршења кривичног дела, по квантитету. Према овом принципу могуће су модификације у степену кривице. Урачунљивост се може, у пресуди, заменити смањеном урачунљивошћу, а директни умишљај евентуалним умишљајем. Насупрот томе, евентуални умишљај из оптужбе није могуће заменити свесним нехатом у пресуди, јер нису у односу скупа и подскупа, већ делимично укрштени скупови. Квалификаторне околности из оптужбе суд може изоставити, или их умањити по квантитету, али не може додавати, нити мењати једне, другим квалификаторним околностима. Привилегујуће околности, према овој теорији, суд може додавати, иако нису наведене у оптужном акту. Модификације су, такође, могуће по питању осталих елемената, попут времена, места и средства.

Суд, према овом схватању, такође може окривљеног осудити за лакше кривично дело, обухваћено чињеничним описом из оптужбе, ако је то утврђено на главном претресу. Супротно није могуће, те се чињенични скуп из оптужног акта не сме проширивати на штету окривљеног ако тужилац не измени или допуни оптужни акт. Разлика између теорије која прави разлику између друкчијег и другог дела и ове теорије састоји се у могућности допуне чињеничног описа оптужбе, ако то не доводи до другачије правне квалификације. То би била питања вредности одузете ствари или износа прибављене имовинске користи. Док су, према првој теорији такве модификације могуће, теорија чињеничних скупова их не допушта, јер представљају прекорачење чињеничног скупа оптужбе.

Сматрамо да теорија чињеничних скупова на сувише ригидан начин поставља могућности модификација оптужбе. Ако се током доказног

---

7 Типичан пример је однод између тешке крађе и крађе, јер се у свакој тешкој крађи садрже сви елементи крађе.



поступка износ прибављене имовинске користи утврди у износу који се разликује од износа наведеног у оптужном акту, тиме не долази до прекорачења оптужбе. До тога би једино могло доћи ако би тиме дело добило квалификовани облик, уместо основног, те самим тим, тежу правну квалификацију по окривљеног. Исто се односи на друге могуће модификације последице извршења кривичног дела. Теорија чињеничних скупова не допушта чињеничне модификације изван скупа дефинисаног оптужбом, што представља превисоку брану утврђивања истине у кривичном поступку. Стога се у погледу чињеничних модификација приклањамо теорији другог и друкчијег дела. Измене у чињеничном опису из оптужног акта су могуће све док не доводе до другог дела, као и до теже правне квалификације по окривљеног.

#### **4. Прекорачење оптужбе у судској пракси**

У пракси судова су се искристалисале ситуације које представљају прекорачење оптужбе, и самим тим, битну повреду одредаба кривичног поступка (Мајић, 2011: 85–105). Суд ће прекорачити предмет оптужбе ако окривљеног осуди за кривично дело чији је индивидуални и групни заштитни објект различит од кривичног дела које је дефинисано чињеничним описом оптужног акта. Примера ради, ако је окривљени уместо убиства у покушају осуђен за изазивање опште опасности. Код кривичног дела убиства је групни заштитни објект живот и тело човека, а појединачни живот човека, за разлику од опште сигурности људи и имовине, односно сигурности човека и имовине код кривичног дела изазивање опште опасности. Идентитет пресуде и оптужбе је прекорачен ако је окривљени осуђен за кривично дело изазивање опште опасности, а био је оптужен за изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости стога што ова два кривична дела имају различит заштитни објект.<sup>8</sup>

Прекорачење предмета оптужбе је могуће и у случају ако је групни заштитни објект исти, али се разликује индивидуални заштитни објект. Према јудикатури хрватских судова, ако се окривљеном ставља на терет извршење кривичног дела разбојништво, а оглашен је кривим за кривично дело насилничко понашање, дошло је до повреде идентитета пресуде и оптужбе. Иако је групни заштитни објект ових дела, према Казненом закону Хрватске, јавни ред и правни саобраћај, индивидуални заштитни објект је у првом случају живот, тело и имовина, а у другом случају

---

8 Решење Апелационог суда у Београду, Кж. 1. бр. 149/12 од 8. 2. 2012.

спокојство грађана.<sup>9</sup> Пракса судова у Хрватској нема јединствени став у случају оптужења за кривично дело тешке телесне повреде а пресуђења за кривично дело учествовања у тучи. Један став је да учествовање у тучи представља неодређено наношење телесне повреде у субјективном смислу, те не би постојало прекорачење оптужбе.<sup>10</sup> Супротан став је да у овом случају постоји прекорачење.<sup>11</sup>

У појединим случајевима се прекорачење оптужбе образлаже применом теоријског концепта „другог дела“. Суд је прекорачио оптужбу ако је окривљеног који је био оптужен за кривично дело помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела осудио за неовлашћено држање опојних дрога, јер је реч о другом делу.<sup>12</sup> Судска пракса „другим делом“ сматра измену бланкетне норме, на коју се тужилац позвао у оптужном акту другом бланкетном нормом, посебно код повреде саобраћајних прописа.<sup>13</sup> До прекорачења оптужбе, такође, може доћи кад суд измени облик кривице, за који се оптужбом терети окривљени, ако таква модификација иде на штету окривљеног. То би било преиначење евентуалног умишљаја из оптужног акта у директни умишљај, у пресуди суда. Супротно, преиначење облика кривице из тежег у лакши облик не представља прекорачење оптужбе. Сходно томе, оптужба није прекорачена тиме што је у пресуди наведено да је окривљени кривично дело непружања помоћи извршио из нехата, иако је у оптужници стајало да је реч о умишљајном извршењу кривичног дела.<sup>14</sup> Ако суд осуди окривљеног за теже кривично дело од онога које му се оптужбом стављало на терет, долази до повреде идентитета пресуде и оптужбе. На пример, ако је уместо тешке телесне повреде, за коју је окривљени оптужен, осуђен за кривично дело убиство у покушају. При томе, реч је о тежем кривичном делу ако суд у пресуду унесе неку чињеницу која представља квалификаторну околност, те због тога дело постаје теже. Проширење чињеничног описа оптужбе у субјективном смислу, тако да је кривично дело разбојништво извршено од стране три, уместо два лица, представља повреду идентитета пресуде и оптужбе, стога што на тај начин дело добија квалификовани облик.<sup>15</sup>

---

9 Одлука ВСХ, Кж-624/88 од 8. 11. 1989. године.

10 Одлука ВСПХ, И Кж-593/95 од 27. 9. 1995.

11 Одлука ВСХ, Кж-315/89 од 6. 12. 1990.

12 Решење Врховног суда Србије, Кж. 1 1267/05 од 3. 11. 2005.

13 Решење Врховног суда Србије, Кж. 1 555/06 од 28. 12. 2006.

14 Пресуда Врховног Суда Србије, Кж. 1 950/08 од 22. 5. 2008.

15 Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1940/02, од 7. 10. 2003.

По питању облика саучесништва, пракса нема јединствени став. У делу судске праксе је заузет став да се окривљени који је оптужен за извршење кривичног дела може огласити кривим за помагање.<sup>16</sup> Такав став се темељи на схватању да је саучесништво у ужем смислу лакши облик учешћа у извршењу кривичног дела од (са)извршилаштва. Другачије схватање које налазимо у судској пракси је да се окривљени може огласити кривим за (са)извршилаштво, без обзира што је оптужен за саучесништво, у било ком облику.<sup>17</sup> Практика судова стоји на становишту да је реч о прекорачењу оптужбе ако је окривљени оглашен кривим за свршено кривично дело, а био је оптужен за покушај извршења кривичног дела.<sup>18</sup>

Неконзистентност судске праксе долази до изражаја по питању модификација неких споредних елемената кривичног дела, попут места, или времена. У неким случајевима је утврђено прекорачење оптужбе тиме што је суд изменио време извршења кривичног дела у односу на оптужни предлог,<sup>19</sup> док у другим одлукама прекорачење оптужбе није утврђено, иако је у пресуди измењено време и место извршења кривичног дела у односу на оптужницу.<sup>20</sup> Судска пракса нема јединствен став ни по питању измена неких споредних елемената, као што су количина или вредност оштећених или одузетих ствари.<sup>21</sup> Идентитет пресуде и оптужбе постоји када је суд окривљеног огласио кривим што је дао своје возило на управљање другом лицу које је било под утицајем алкохола, а био је оптужен да је сам изазвао саобраћајну незгоду управљајући моторним возилом под дејством алкохола.<sup>22</sup> Преиначење намере (прибављање противправне имовинске користи за себе и саоптужене), са којом је окривљени предузео радњу извршења кривичног дела из оптужног акта, у намери да се прибави имовинска корист за правно лице, у пресуди такође према ставу судске праксе представља прекорачење оптужбе.<sup>23</sup>

---

16 Пресуда Округног суда у Београду, Кж. 374/05, од 7. 3. 2005.

17 Пресуда Врховног суда Србије, Кзз. 20/02, од 12. 11. 2003.

18 Пресуда Првог општинског суда у Београду, К. бр. 859/06, од 6. 6. 2006.

19 Решење Вишег привредног суда, Пкж. 768/99 од 17. 2. 2000.

20 Пресуда Врховног суда Србије, Кж. I-607/04/1 од 9. 9. 2004.

21 Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 2346/03, од 21. 6. 2004.

22 [http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.okruznisud-bl.com%2Fdownload%2Fstrucni-radovi%2Fkrivicno-prekrsajno%2Fidentitet-presude-i-optuzbe.doc&ei=izSyVJT0KoeCzAPA64HoCg&usg=AFQjCNEdzSP5l\\_QkKeuB6EvKNLbC\\_IK68g&bvm=bv.83339334,d.bGQ](http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.okruznisud-bl.com%2Fdownload%2Fstrucni-radovi%2Fkrivicno-prekrsajno%2Fidentitet-presude-i-optuzbe.doc&ei=izSyVJT0KoeCzAPA64HoCg&usg=AFQjCNEdzSP5l_QkKeuB6EvKNLbC_IK68g&bvm=bv.83339334,d.bGQ) (преузето: 10.01.2015.године).

23 Пресуда Врховног суда Хрватске бр. 1 КЖ-386/00 – 3.

Најзад, до прекорачења оптужбе долази ако је суд у пресуди додао значајну криминалну количину, чиме је изменио суштину чињеничног описа из оптужног акта. Ако је суд изоставио чињенице које представљају елементе бића кривичног дела проневере (присвајање покретних ствари које су поверене окривљеном у служби), а додао чињенице које представљају елементе бића кривичног дела несавесног рада у служби (пропуштање дужног надзора), прекорачио је оптужбу.<sup>24</sup>

## **5. Ситуације у којима према јудикатури нема прекорачења оптужбе**

Из праксе судова, на другој страни, могу се класификовати поједини случајеви у којима нема повреде идентитета пресуде и оптужбе. Најчешће је реч о блажој квалifikацији. Нема повреде идентитета пресуде и оптужбе ако је окривљени осуђен за убиство, на супрот оптужби за убиство из безобзирне освете.<sup>25</sup> Оптужба није прекорачена ако суд окривљеног огласи кривим за блаже кривично дело у односу на оптужбу. Дело је квалификовано по блажем закону, ако је уместо разбојништва дело квалификовано као изнуда.<sup>26</sup> До повреде идентитета пресуде и оптужбе, такође, не доводи детаљнији опис радње извршења кривичног дела, као и последица насталих по оштећеног.<sup>27</sup> То не утиче на правну оцену дела, већ служи утврђивању кривице окривљеног и користи се приликом одмеравања казне. Ни изостављање појединих, небитних чињеница које нису доказане на главном претресу не доводи до прекорачења оптужбе ако је дело остало исто.<sup>28</sup> У неким одлукама судова истиче се да нема прекорачења оптужбе ако је суд у пресуди другачије означио узрок саобраћајне незгоде у односу на оптужни акт.<sup>29</sup> До истог закључка судска пракса је дошла када је суд у пресуди навео другу, алтернативно прописану радњу извршења истог кривичног дела.<sup>30</sup>

---

24 Пресуда VSRH, Кж-27/97 од 4. 5. 1999. године.

25 Пресуда Окружног суда у Бањалуци, број К-16/03 од 27. 10. 2008.

26 Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1 621/05 од 6. 9. 2005.

27 Пресуда Четвртог општинског суда у Београду К.828/01 од 3.6.2003 и Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1 2236/03 од 4. 2. 2004.

28 Пресуда Окружног суда у Бањалуци, број 011-0-Кж-К-07-000015 од 29. 8. 2007. У конкретном случају је суд изоставио из чињеничног описа кривичног дела насиље у породици чињенице да је окривљени оштећену ухватио за руку, изгурао из куће и ударио једанпут отвореним дланом.

29 Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 529/05 од 9. 3. 2005.

30 Пресуда Другог општинског суда у Београду К. 1261/02 од 12. 9. 2006.

Сасвим оправдано, судска пракса је на становишту да нема повреде идентитета пресуде и оптужбе ако су у пресуди додате чињенице које указују да је окривљени извршио кривично дело у прекорачењу нужне одбране.<sup>31</sup> На истом курсу је став праксе да нема прекорачења оптужбе ако је чињенично стање уподобљено у делу који се односи на психичко стање окривљеног у време извршења кривичног дела.<sup>32</sup> Чест случај у пракси представља ситуација када на основу чињеница, утврђених на главном претресу, произлазе елементи бића кривичног дела учествовање у тучи, уместо оптужбе за кривично дело тешка телесна повреда, стога што није могуће утврдити ко је од учесника у тучи нанео повреде оштећеном. Слична је ситуација када буде утврђен умишљај да се нанесе тешка телесна повреда уместо умишљаја да се лиши живота, што је конститутивни елемент кривичног дела убиство.<sup>33</sup> У наведена два случаја, разуме се, не постоји прекорачење оптужбе. Нема прекорачења оптужбе ни ако суд није донео одлуку о трошковима поступка, јер се о томе може одлучити посебним решењем. У погледу имовинскоправног захтева нема повреде идентитета ако суд није решио о овом захтеву оштећеног, стога што суд нема обавезу да решава о томе, већ оштећеног може упутити на парницу. До битне повреде одредаба поступка дошло би једино у ситуацији ако је имовинскоправни захтев једно од битних обележја кривичног дела (Гарачић, 2004).

Судска пракса је стала на становиште да нема повреде идентитета пресуде и оптужбе, у субјективном смислу, када је неко лице оптужено да је кривично дело извршило, у својству саучесника, а суд га огласи кривим као извршиоца.<sup>34</sup> Уколико се посматра као субјективни идентитет, став суда може бити прихватљив, стога што је лице које је оглашено кривим претходно обухваћено оптужним актом. У супротном, ако се проблем посматра са објективне стране, реч је о прекорачењу оптужбе. Радња извршења кривичног дела коју предузимају саучесници (подстрекачи, помагачи), суштински се разликује од делатности коју предузимају (са)извршиоци. Стога је, у конкретном случају, окривљени оглашен кривим за предузимање делатности која није обухваћена оптужбом, те

---

31 Пресуда Врховног суда Србије, Кж.1 812/04 од 6. 10. 2004.

32 Пресуда Основног суда у Сомбору број К.1581/12 од 12. 7. 2013. године и пресуда Апелационог суда у Новом Саду број Кж. 1-1685/13 од 12. 7. 2013. године. У конкретном случају, суд је у пресуди навео да је окривљени, у време извршења кривичног дела поступао у стању смањене урачунљивости до степена битног, али не и битно, услед алкохолисаности.

33 Пресуда Округног суда у Бањалуци, број 011-0-К-07-000 004 од 22.10.2007.

34 Пресуда Врховног суда Србије Кжж 20/02, од 12. 11. 2003. године.

окривљени није имао могућност да се од такве оптужбе брани. Поврх свега, преиначење саучесништва у саизвршилаштво је, неспорно, тежа квалификација, с обзиром на прописане теже санкције за извршиоце. Из наведеног произлази да је овакве случајеве, у пракси судова, потребно тумачити из угла објективног, а не субјективног идентитета.

## 6. Закључак

Везаношћу пресуде оптужбом омогућава се делотворно остваривање права окривљеног на одбрану. У супротном, правна сигурност окривљеног била би озбиљно нарушена ако би суд имао право да мења чињенични опис из оптужног акта. То би, такође, представљало прекорачење правила да нема суђења без тужбе, као и нарушавање начела монофункционалности. Управо је право на одбрану кључ решавања дилема око прекорачења оптужбе. До прекорачења оптужбе долази када суд у пресуди измени чињенично стање из оптужбе на начин да је тиме право на одбрану доведено у питање. Навођење у пресуди оних чињеница које одбрани окривљеног нису биле предочене, представља, самим тим, и прекорачење оптужбе. Према томе, Рубикон прекорачења оптужбе налази се између права окривљеног на одбрану, са једне стране, и начела истине, са друге стране. Неограничена тежња за истином, у кривичном поступку, представља прелазак Рубикона, чиме се нарушава основно право окривљеног. Приликом решавања дилеме да ли је оптужба прекорачена, треба се такође руководити премисом да је суд везан за чињеничну основу оптужбе. Све што спада у правну квалификацију не веже суд. Треба имати у виду да ту није реч искључиво о законском називу кривичног дела, већ и о свим другим кривичноправним институтима (умишљај, нехат, саучесништво, покушај итд.). Разматрање прекорачења оптужбе, узимајући у обзир две основне упоришне тачке на које смо скренули пажњу, умногоме би олакшало доношење одлуке о овом питању, које представља камен спотицања судске праксе. На тај начин би дошло до уједначавања судске праксе, што до сада није био случај.

## Литература

Бајовић, В, (2013), Објективни идентитет пресуде и оптужбе, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, стр. 198–222

Бркић, Б, (2004), Идентитет између пресуде и оптужбе, *Хрватска правна ревија*, број 4, текст доступан на: [http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/BrkicB\\_Identitet-izmedju-presude-optuzbe\\_2004.pdf](http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/BrkicB_Identitet-izmedju-presude-optuzbe_2004.pdf), приступ: 3.1.2015. године

Гарачић, А, (2004), Захвати суда у чињенични опис оптужбе, Одвјетник, број 9–10, текст доступан на: [http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/AGaracic-Zahvati\\_suda\\_u\\_cinjenicni\\_opis\\_optuz.PDF](http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/AGaracic-Zahvati_suda_u_cinjenicni_opis_optuz.PDF), приступ: 22.12.2014. године

Грубиша, М, (1960), Правила за практично решавање питања објективног идентитета пресуде и оптужбе, Наша законитост, бр. 11–12, стр. 601–618

Кнежевић, С, (2010), Малолетничко кривично право – материјално, процесно и извршно, Ниш

Кнежевић, С, (1999), Везаност пресуде оптужбом, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 38–39, стр. 170–179

Мајић, М, (2011), Чињенични идентит пресуде и оптужбе: преиспитивање граница дозвољеног одступања, Билтен Врховног касационог суда, бр. 2, стр. 85–105

Петрић, Б, (1980), Идентитет оптужбе и пресуде у кривичном поступку, Правни живот, бр. 6–7, стр. 13–27

Pfeiffer, G, (2002), StPO, Kommentar 4. Auflage, München

Радуловић, Д, (2014), Идентитет пресуде и оптужбе и казнена политика судова, Казнена политика као инструмент државне политике и криминалитет, Бања Лука, стр. 71–79

Хирјан, Ф, Сингер, М, (1987), Малољетници у кривичном праву, Загреб

**Ivan Ilić, LL.B.**

*Teaching Assistant,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **THE IDENTITY OF JUDGMENT AND INDICTMENT**

### **Summary**

*The subject matter of criminal proceedings (the criminal subject matter) is determined by the indictment raised by the authorized prosecutor. This is a direct consequence of the application of the accusation principle, whose essence is embodied in the old Latin maxim: nemo iudex son actore. The subjective and objective identity of judgment and indictment must be correlated. The subjective identity means that the judgment may refer only to the person who has been identified in the indictment. The objective identity indicates that the factual grounds provided in the indictment must be identical with the factual grounds specified in the criminal court judgment. It implies the substantive element (i.e. identical factual grounds) of the judgment and indictment, whereas the formal element does not have to be present because the court is not bound by the prosecutor's legal qualification. The legislator sets out clear limitations by stipulating that the verdict shall refer only to the person and to the specific criminal offence which is specified in the submitted indictment or court-amended indictment modified in the course of trial proceedings (Article 420, paragraph 1 of the CPC). In compliance with the mutatis mutandis principle, the prosecutor has the authority to modify the indictment in the course of trial if the defendant is established to have committed a different criminal offence than the one which he has been charged with.*

*The question of subjective and objective identity is one of the most complex criminal procedure issues both in legal theory and in judicial practice. According to an earlier theoretical conception, identity exists if the judgment is related to the same past event. The supporters of a narrower (stricto sensu) conception assert that identity exists if the subject matter of a judgment is a different criminal offense in relation to the one the defendant has been charged with; hence, identity does not exist if there is another offense. The recent procedural theory has yielded the factual grounds theory which entails the most rigid interpretation of the judgment and the indictment correlation. In the statement of facts, the prosecutor lays down the factual grounds for the indictment which must remain the same in the judgment. This link between the judgment and the indictment provides for the effective exercise of the defendant's right to defense in criminal proceedings. As a matter of fact,*



*the right to defense is the key to solving the dilemma about exceeding the scope of indictment. The scope of indictment may be exceeded if the court alters the facts contained in the indictment and enters a different set of fact in the judgment, thus endangering the defendant's right to defence. In resolving the dilemma whether the scope of indictment has been exceeded, the governing premise is that the court is bound by the factual grounds specified in the indictment, but it is not bound by anything that falls within the scope of legal qualification. Taking into account these two pivotal points, the author concludes that the examination of the exceeded scope of indictment would largely facilitate the decision on this procedural issue, which is a stumbling block in jurisprudence.*

**Key words:** *correlation between the indictment and the judgment, exceeded scope of indictment, right to defence, factual and legal issues.*



**LEGISLATION ON OVERDUE PAYMENTS  
IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA AND  
RECOMMENDATIONS FOR BUSINESS ENTITIES**

**Abstract:** *In the last few years, the Republic of Macedonia has adopted a number of legislative acts regulating the financial discipline of economic entities in business relations. One of the most significant new laws is the Financial Discipline Act. However, there is still a lack of specific and reliable indicators showing to what extent the economic entities doing business in the Republic of Macedonia are capable of fulfilling the obligations stipulated in this Act, which is supposed to establish order in servicing the financial obligations. We need a clearer picture of the financial condition in Macedonian companies and, of course, in the public sector. In this paper, the author analyzes the legal provisions contained in the Financial Discipline Act and some other legal solutions, in an effort to give an initial answer to the following question: Is there an economically justified financial discipline of business entities in their financial transactions in Macedonia, or is it just a tendency to establish financial discipline primarily among economic entities?! On the other hand, we will tackle certain disputable questions pertaining to the implementation of the Financial Discipline Act and particularly concerning the degree of compliance of the Macedonian law with the Directive 2011/7/EU.*

**Key words:** *financial discipline, transaction, overdue payments, autonomy of will, deadlines.*

---

\* gorgioski\_orde@yahoo.com

## 1. Introduction

In the last few years, the Republic of Macedonia has adopted a number of legislative acts regulating the financial discipline of economic entities in business relations. They are: the 2009 Act amending the Execution Act<sup>1</sup>; the 2012 Promissory Note Act<sup>2</sup>; the Financial Discipline Act<sup>3</sup>, the Act amending the Promissory Note Act<sup>4</sup>, the Act on Extrajudicial settlement<sup>5</sup>, etc. These acts have primarily exerted an influence on companies in the Republic of Macedonia but they also included individuals and the public sector.

Reasons for the adoption the Financial Discipline Act primarily stem from following the developments in the European Union and the neighboring countries in terms of regulating the delay of execution of financial obligations, which includes the need to continuously take additional preventive measures to decrease the negative influence of the economic crisis on the Macedonian economy. It is a relatively new way of regulating these relations. Namely, the Directive 2011/7/EU for preventing overdue payments in business transactions was adopted in the EU as early as 2011. EU Member States transposed the Directive into their national legislations<sup>6</sup> and some other EU membership aspiring countries<sup>7</sup> followed the example.

In this context, the following questions are justifiable: *Does such legislative activity imply a tendency of establishing financial discipline of economic entities in business relations, and especially companies?! What is in fact financial discipline, what is its objective and can that objective be achieved by adopting the aforementioned acts?* These questions are extremely important and, as such, they deserve to be answered or at least discussed in legal circles. At first, the adoption of these legal solutions was basically justified by the need to improve the financial liquidity of business subjects (mainly small and medium-size enterprises), especially in

---

1 *Official Gazette of RM*, 83/2009; the start of implementation was prolonged by the Act amending the Execution Act, *Official Gazette of RM*, 88/2010

2 *Official Gazette of RM*, 59/2012

3 *Official Gazette of RM*, 187/2013

4 *Official Gazette of RM*, 12/2014

5 *Official Gazette of RM*, 12/2014

6 For example, the Republic of Bulgaria adopted amendments of the Commercial Act (source: *Държавен вестник*“ брой: 20, от дата 28.2.2013 г.).

7 The Republic of Serbia adopted the Act on Time Limits for payment of monetary obligations in commercial transactions (*Zakon o rokovima izmirenja novčanih obaveza u komercijalnim transakcijama, Službeni glasnik Republike Srbije*, 119/2012).

times of economic crisis when the access to financing sources is more difficult. Therefore, by adopting multiple legal decisions, the public authority justifies its role in terms of creating certain economic and non-economic measures for reducing the consequences of the economic crisis.

However, there is still a lack of specific and reliable indicators showing to what extent the economic entities doing business in the Republic of Macedonia are capable of fulfilling the obligations stipulated in this Act, which is supposed to establish order in servicing the financial obligations. We need a clearer picture of the financial condition in Macedonian companies and, of course, in the public sector. Namely, according to the National Bank of the Republic of Macedonia (NBRM) reports on financial stability in 2012, a claim in the corporate sector was charged within approximately 125 days, which is six days longer than in 2011 (National Bank of RM, 2012). In respect of the Financial Discipline Act, the NBRM report on financial stability in 2013 inter alia stated: "Some of the enterprises facing insufficient volume of sales, insufficient capacity for creating operative cash flows or having problems with their solvency might have difficulties adapting to the stipulations of this law" (National Bank of RM, 2013). The report also stated: "With regard to contractual maturity of corporative sector debt, long-term indebtedness was the growth carrier in 2013. Such indebtedness noted its highest absolute growth in 2013 while decreasing the short-term indebtedness. The driving force of these movements was the indebtedness towards non-residents, where besides new long-term debt contracts there was also a transformation of the short-term ones in long-term instruments. Growth of this component of exposure is a direct consequence of difficult debt payment by the domestic enterprises. Considering the long periods of tying up funds and the modest liquidity of the domestic corporative sector, high rates of growth of nonfunctional indebtedness present another confirmation of the unequal allocation of indebtedness of the individual enterprises and for possible over-indebtedness of part of domestic enterprises and the need for larger steps by banks for debt restructuring." In 2013, a corporative sector claim was on average charged within 125 days<sup>8</sup>.

We should not forget that the preamble of the Directive 2011/7/EU<sup>9</sup> underscores the protection of business subjects, particularly small and medium-sized business entities. The protection is twofold: (1) protection of business entities from

---

8 It is not clear why the Report on financial stability in the Republic of Macedonia in 2012 states that claims within the corporative sector were charged in 125 days on the average, while the Report of 2013 states that corporative sector claims in the year 2012 were charged on the average within 123 days.

9 Directive 2011/7/eu on combating late payment in commercial transactions of 16 February 2011, *Official Journal of the European Union* L 48/1

other business entities, and (2) protection of business entities from public law entities (Shafranko, 2012, 1231). This means that the Directive does not envisage situations when a company and a public institution are in a debtor-creditor relationship, where the company appears as a debtor of financial obligation. This part is partially included in our Financial Discipline Act, which will be subject of discussion further on in this text. Considering the development of these relations, we find that the EU provides data on average term limits in which the public sector subjects fulfill their financial obligations towards the private sector<sup>10</sup>; in Macedonia, there is no such data.

It is worth mentioning that there are difficulties in the implementation of the Directive 2011/7/EU in EU Member States, too. Namely, according to the survey of the Association of European Chambers of Commerce and Industry (Eurochambers) conducted with regard to financial obligations payment conditions in the EU public sector, *Estonia and Finland are the only members of EU where public sector subjects successfully pay their debts towards private sector in less than thirty days*. The top countries where public sector is quite late in servicing their financial obligations are: Italy (170 days), Greece (159 days), Spain (155 days) and Portugal (133 days). *In EU, business subjects on average still wait for 61 days to get their money from public bodies*.

The process of financial discipline is defined<sup>11</sup> as: “determining of timely fulfilling of financial obligations which comes out of realization of business transactions among private sector economic operator i.e. among public sector subjects and private sector subjects for preventing unfulfilling of financial obligations within agreed terms according to this law.” It can be concluded that this legal definition coincides with the Directive 2011/7/EU. But, it is very important to understand whether the new legal solutions, and particularly the Financial Discipline Act, will achieve the projected objective and anticipated results. In this paper, the author analyzes the legal provisions contained in the Financial Discipline Act and some other legal solutions, in an effort to give an initial answer to the following question: Is there an economically justified tendency of financial discipline of business entities in business transactions in Macedonia, or is it just a tendency to establish financial discipline primarily among economic entities?! On the other hand, we will tackle certain disputable questions pertaining to the implementation of the Financial Discipline Act and particularly concerning the degree of compliance of the Macedonian law with the Directive 2011/7/EU.

---

10 EuroChambres. *Late Payment Directive six month on public payments still much too slow*. Downloaded 30.01.2014. <http://www.30max.eu/map-of-debtors/>

11 Article 1 of Financial Discipline Act, *Official Gazette of RM*, 187/2013

The Act amending the Promissory Note Act was in line with the process of financial discipline which initially stipulated the obligation for mandatory issue of promissory note in debtor-creditor relationship which created obligations in the amount of 300.000 denars and more, if legal conditions are met<sup>12</sup>. Any breach of this obligation resulted in infringements as well as criminal liability<sup>13</sup>. But, after harsh criticism towards this legal solution, the obligatory promissory note was relativised and the initial legal solution was entered into force again. Further on, the Act on Extrajudicial Settlement stipulated that in case of illiquidity<sup>14</sup> or insolvency<sup>15</sup>, an economic operator shall not make any payments except those necessary for its regular operation; it also stipulates the obligation to initiate a procedure for extrajudicial settlement<sup>16</sup>. Any breach of obligations of this Act is regarded as infringement which implies the economic operator's liability for infringement.

## **2. Disputable issues arising from the implementation of the Financial Discipline Act**

On 27.12.2013, the Assembly of the Republic of Macedonia adopted the Financial Discipline Act, which entered into force on 1<sup>st</sup> May 2014. It is a relatively brief legal text but it is very important both for "private sector economic operators"<sup>17</sup> and "public sector subjects"<sup>18</sup> when acting as debtors. In the brief period of its application, there have already been certain problems in the implementation of this Act, which were underscored multiple times by the scientific public and practitioners alike.

First of all, we may pose the following question: "*Does the law interfere with the freedom of regulation of obligatory relations or the so-called "autonomy of will" (article 3 of the Obligation Relations Act<sup>19</sup>)?*" Namely, trade participants freely regulate obligatory relations in accordance with the Constitution, laws and good practices. In accordance with the aforesaid, participants in obligatory relations freely determine the time of fulfilling their obligations. If the time limit is not

---

12 Article 1 of the Act amending the Promissory Note Act, *Official Gazette of RM*, 12/2014

13 Article 17 of the Promissory Note Act or article 274-a of the Criminal Act

14 According to Article 4, there is insolvency when the economic operator is more than 30 days delayed with fulfilling one or more financial obligations.

15 According to Article 5, there is insolvency when economic operator: 1) becomes incapable of payment, and 2) becomes over-indebted.

16 Article 7 of the Extrajudicial Settlement Act

17 As determined by Article 4, paragraph 1, point 3 of this Act

18 Definition is given in Article 4, paragraph 1, point 2 of this Act

19 *Official Gazette of RM*, 18/2001

determined and the purpose of the business operation, the nature of obligation and other circumstances do not require certain fulfillment term, the creditor can require immediate obligation fulfillment, and the debtor can require immediate acceptance of fulfillment by the creditor<sup>20</sup>. Anyway, obligation may be fulfilled before the expiry of the time limit. On the other hand, Articles 5 and 6 of the Financial Discipline Act provides precise terms for fulfilling financial obligations. It is clear that the freedom of regulating obligatory relations is not absolute but it ranges within certain wider and narrower limits. Yet, those limits should be determined by the legislator objectively, on the basis of specific conditions of living in a community, the level of economic development and other criteria (Chavdar, Kl., Chavdar, Ko., 2012, 16). This gives rise to the question concerning the compliance of the law with the Constitution of the Republic of Macedonia, especially with Article 55 which guaranties the freedom of market and entrepreneurship.

In addition, there *was a problem interpreting the definition of "business transaction"*. Namely, a conclusion cannot be drawn from the definition whether business transaction is the same as contract, or it is something else. We believe that it would be proper if business transaction is understood as a set of individual goods deliveries, provision of services and performance of works, which further implies that every single delivery of individual goods or provision of services shall be governed by the same terms stipulated by the law.

Additionally, the definition of "business transaction" and other legal provisions *do not determine whether the law will be implemented in situations when one of the contracting parties is a foreign legal entity*. Considering the definitions of terms, it is clear that this Act does not include situations when one of the business partners is a foreign legal entity or a sole proprietor. The Financial Discipline Act will be also valid for contracts concluded between a Macedonian and a foreign subject, if the parties invoke the Macedonian law as an authoritative law for regulating their relations, i.e. if the specific obligation is to be fulfilled by the contracting party with residence in Macedonia (Pro Agens, 2014).

One of the provisions which have created issues in practice is Article 5 paragraph 2 of this Act, which enumerates several circumstances when the deadline for fulfilling the financial obligations starts to be valid. *It is also disputable how the participants in a business transaction will precisely determine when the debtor had received the invoice or other request for fulfilling a financial obligation. Additionally, aren't these rules overlapping?* The problem is even more aggravated taking into consideration the fact that the debtor is not obliged to sign, seal and date the receipt of invoice<sup>21</sup>. Another disputable issue is *when the creditor will be considered*

---

20 Article 303 of the Obligation Relations Act of RM., *Official Gazette of RM*, 18/01

21 Article 53, paragraph 10 of the Act on Value Added Tax, *Official Gazette of RM*, 44/99



*to have fulfilled the obligation, i.e. delivered the agreed goods, service or work.* We believe that subjects in business transactions (the creditor or the debtor alike) will have to introduce a more efficient process of issuing and receiving invoices which is supposed to overlap with the time of delivery of the agreed goods, services or works. Additionally, for the purpose of determining the moment of invoice receipt and confirming the goods delivery, service or work, it is advisable that the invoices be accompanied by delivery notes including the signature or/ and stamp as well as the receipt date. Also, it is also essential to create more efficient mechanisms for return and correction of disputable invoices or other financial documents; namely, it should be made obligatory that those documents are accompanied by a written letter providing notice that they are being returned and that they do not impose any financial obligation upon the debtor, who would thus avoid the consequences stipulated in the Financial Discipline Act.

It is expected that there will be numerous cases in practice where the creditors will fulfill their obligation ( i.e deliver the agreed goods, service or work) but they will be overdue in sending the invoice to the debtor who will not be able to pay the financial obligation within the specific term. In those cases, we believe that the debtor will have to insist on timely invoice delivery by the creditor. Also, there will be situations when the invoice date will be have been issued well before the creditor's obligation fulfillment date; consequently, it will not be clear when the debtor has received the invoice and when the creditor has fulfilled the obligation. The previous situation is even more complicated when the invoice is even more delayed, i.e. bearing an older date of invoicing, as a result of which the debtor cannot determine with certainty when the date of the creditor's obligation fulfillment. These situations have to be resolved by giving more latitude to the delivery notes in trade, which have to include the signature, the delivery date, the receipt of delivery notes and (if possible) appropriate corrections of invoicing dates.

On the other hand, in cases involving a dispute between parties for acknowledgment of debt, the provisions of the Financial Discipline Act remain to be applied under the specific circumstances. This is particularly problematic taking into consideration Article 12 of the Financial Discipline Act, which stipulates a notification to the Public Revenue Office (PRO) which is entitled to determine whether the provisions of this Act have been violated by the private sector economic operator even in cases where the creditor files a suit to the authorized court or proposal for payment order to a notary. In this context, the following question arises: *How can the PRO determine whether the provisions of this Act have been violated if the debtor in that payment order procedure complains against the notary decision by negating the existence of legal grounds and providing relevant to that effect, in which case it is the court that has the final decision?!*

Probably the most problematic provision by far is the provision in Article 5 paragraph 3 of the FDA, which stipulates a possibility for fulfilling the financial obligation within a term longer than 60 days but not longer than 120 days, providing that there is an explicit written consent by both parties. Firstly, the determination of a maximum term for fulfilling the financial obligations is disputable, especially with regard to the fact that the FDA stipulates certain consequences for the violation of those terms, even though such approach is not typical for many other countries. Such flexibility is also determined by the Directive 2011/7/EU, which states that member-states will regulate the payment term by contract<sup>22</sup> ensuring that it does not exceed 60 calendar days, unless otherwise stipulated in the contract and providing that it is not quite unfair towards the creditor, within the explanation of Article 7<sup>23</sup> which stipulates unfair contracting terms and practices. Further on, *it is not clear what kind of exceptions would avoid the consequences stipulated in the Act, i.e. ungrounded payment of fines (on the one hand) or avoiding of circumvention of transaction creditors (on the other hand)*. Thirdly, *the meaning of "explicit written consent by both parties" is not specified, and it is unclear whether it refers to a contract, agreement or something else?! We believe that justification of these exceptions should be found in the established trade practice between retailers as well as in the need to preserve contracts in mutual interest of the contracting parties.*

Regarding the explicit written consent, it is most acceptable to conclude contracts or agreements expressing good will by both parties in the business relation and stipulating a term longer than 60 days for financial obligations fulfillment. Thereby, it should not be forgotten that contracts for delivery of goods, for example, are not formal contracts, which means that a mandatory written form is not prescribed for them in the Obligation Relations Act. Accordingly, it may be wrongly concluded that the Financial Discipline Act introduces a mandatory written form for contracts in these relations. Certainly, when agreeing on the term longer than 60 days for fulfilling financial obligations, it is possible to accept some form of explicit written consent. The written form of such contracts should be understood only as a way of providing larger legal safety for contracting parties rather than a legal obligation.

In this part, the following question arises: *"Is an explicit written consent necessary for each individual business transaction (i.e. for every single individual goods delivery, provision of service or performance of work), or is it sufficient to provide such written consent once between the same contracting parties in a business relation?"* We believe that it would be an excessive burden on trade if such explicit written consent was to be provided between the contracting parties for each individual

---

22 It refers to the private sector economic operators.

23 Article 3 (5) of the Directive 2011/7/EU

business transaction, even though it is in accordance with the definition given in the FDA. In that context, when the same business subjects have an intention to agree a term longer than 60 days for fulfilling the financial obligations in a certain business relation, they are recommended to provide only one written consent which will cover all individual business transactions arising from their relation. Still, Article 7 of the FDA should be taken into consideration; in case the payment term is not determined in the financial transaction or when contracts include nullity provision regarding payment term, Article 7 provides that the debtor shall fulfill the financial obligations within 30 days. According to the aforesaid, if contracting parties have an intention to agree a term longer than 30 days and shorter than 60 days for the fulfillment of financial obligations fulfillment, it is advisable to note their will in some written form given the fact that the 30 days term of payment will otherwise be valid, regardless of the fact that the subjects had the intention to agree on a 45 days term. Yet, it is still disputable how to interpret *the meaning of determining a time limit in business transaction as provided in Article 7 of the FDA ! Does it mean that the due payment date (in this case 30 to 60 days term) can be determined in the invoice or in some "other appropriate payment request"*? In our opinion, a term longer than 30 days and shorter than 60 days can be determined in the invoice or "other appropriate payment request" bearing no obligation to create a written contract, agreement, etc.

Yet, taking into consideration the previously stated reasons, it may be expected that the application of various written forms for continuation of terms over 60 days will be a frequent practice in the Republic of Macedonia. It is also expected that debtors will make efforts to prolong the financial obligations payment within the terms specified in the FDA even though they formerly may have performed their obligations in relatively shorter terms. Generally speaking, it could be reasonably said that terms for fulfilling financial obligations in a business relation will depend on the negotiating power of each subject.

Article 6 of the FDA stipulates the terms for fulfillment of financial obligations when the debtor is a public sector subject. Paragraph 2 of this Article, which is considered to be problematic, provides that the payment term in multiannual public procurement contract may be longer than 60 days, but it does not stipulate the maximum term for fulfilling the financial obligation. *It is unclear why a financial obligations fulfillment term is not determined in case of multiannual public procurement contracts, particularly taking into consideration Article 26-a paragraph 1 of the Public Procurement Act*<sup>24</sup>, which states: "(1) Before initiating the procedure for concluding multiannual public procurement contract, the contracting body is obliged to plan the assets necessary for their budget realization, investment program or by financial plan for the respective year."

---

24 *Official Gazette of RM*, 136/2007

Moreover, *Article 8 of the FDA does not clearly determine how the compensation for delay will be charged when the debtor has a obligation to fulfill the financial obligation in the amount of 3.000 denars, in what kind of procedure and by what kind of request?!* The payment of this compensation is most likely to be effected by filing a claim for payment order or lawsuit. Article 9 of the FDA is fully controversial as it is contrary to the Obligation Relations Act. Namely, *as the FDA envisages the payment of certain amount of interest as penalty for the failure to fulfill financial obligations within the specified term, the origin of the provision* it unclear particularly considering the provision in Article 266, paragraph 1 of the Obligation Relations Act (ORA) which stipulates that: "In addition to the principal, the Debtor who is overdue in performing his financial obligations is also obliged to pay a penalty interest." Additionally, Article 313, paragraph 1 of the ORA states: "The debtor is in delay if he has not fulfilled the obligation within the specified term for fulfillment." (more: Chavdar, Kl., Chavdar, Ko., 2012, 6).

Article 12 of the FDA raise the following question, which is particularly disputable in practice: *In case the debtor has not fulfilled the financial obligation within the terms stipulated by this Act, does the private sector economic operator (creditor) have an obligation to file a lawsuit with a competent court, a proposal for execution to an executor, or a proposal for payment order to a notary?!* At this point, it should be noted that the FDA does not stipulate a mandatory obligation for the creditor to file a suit with an competent court, a proposal for execution to an executor or a proposal for payment order to a notary.

Article 14 of the FDA is especially problematic as it stipulates as follows: "If the Financial inspection in the public sector and the Public Revenue Office determine any breach of this Act in the course of their regular or extraordinary control, they are entitled to initiate an infringement proceeding." In this context, it must be clarified that according to this Act only the debtor bears a misdemeanor liability. However, taking into consideration the previous provision, it is necessary to emphasize that the supervisory bodies may also initiate a misdemeanor proceeding against the debtor in cases where they determine during their control that the debtor has breached the FDA. This provision enables the supervisory bodies to institute a misdemeanor proceeding in situations when they have recorded a violation of the FDA, regardless of whether the creditor has filed a lawsuit with a competent court, a proposal for execution to an executor or a proposal for payment order to a notary.

As for Article 17 of the FDA, there is a general opinion that the amount of fine is not correlated either with the amount of the financial obligation or with the size of the business entity. It is also worth mentioning that fine is prescribed only in case of not fulfilling the obligations within the terms stipulated in the FDA;

therefore, if the subject does not perform the obligation within the given term, it may result in initiating a misdemeanor proceeding. This may imply that, given the absence of a written contract whereby the parties have explicitly expressed their will to agree on a term longer than 60 days, or when 30 to 60 days term has not been specifically determined as previously stated, the debtor may bear misdemeanor liability for exceeding the legal terms governing the fulfillment of financial obligations.

### 3. Conclusion

The Financial Discipline Act has been applied since 1<sup>st</sup> May 2014. During this short application period, subjects in business transactions have encountered multiple problems and the negative effects of the FDA application are expected to be even more prominent in the future. This legislative act must not restrict the freedom of agreement and, on a larger scale, it must be in compliance with the content of the Directive 2011/7/EU. Whereas this paper cannot answer all the questions posed by the application of this Act, there is an obligation to actively observe its implementation, analyze the effects of the Financial Discipline Act and, relying on those findings, establish a further approach to this issue.

### Bibliography

Chavdar, Kl., Chavdar, Ko. (2012). Law on obligations. *Comments, explanations, practice and material register*. Skopje: Akademik

Chavdar, Kl., Chavdar, Ko. (2014). Notes for correlations of terms in the Law on financial discipline and Law on obligations. *Counseling regarding the law on financial discipline*, Skopje, 30.01.2014. 1-9

Shafranko, Z. (2012). Kritički osvrt na provedbu Direktive 2011/7/EU u hrvatsko pravo – drugi dio: suzbijanje zakašnjelih plaćanja i zloporabe ugovorne autonomije na štetu vjerovnika. *Pravo u gospodarstvu*, vol. 51, 5. 1227-1250

Directive 2011/7/eu on combating late payment in commercial transactions of 16 February 2011, *Official Journal of the European Union* L 48/1

Euro Chambres. *Late Payment Directive six month on public payments still much too slow*. Преузето 30.01.2014. <http://www.30max.eu/map-of-debtors/>

Law on financial discipline, *Off. Gazette of RM*, 187/2013

Zakon o rokovima izmirenja novcanih obaveza u komercijalnim transakcijama, *Sluzbeni glasnik R.Srbije*, 119/2012

National Bank of RM. (2013). *Report for financial stability in the Republic of Macedonia in 2012*

National Bank of RM. (2014). *Report for financial stability in the Republic of Macedonia in 2013*

Pro Agens. (2014). *Practical implications from the implementation of new Law on financial discipline. Guide of Law on financial discipline and VAT updates*. [Electronic version]. Downloaded 01.11.2014. <http://www.proagens.mk>

**Мр Орде Ѓорѓиоски**

## **ЗАКОНОДАВСТВО О СПРЕЧАВАЊУ КАСНОГ ПЛАЋАЊА У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ И ПРЕПОРУКЕ ЗА ДЕЛОВАЊЕ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКТА**

### **Резиме**

Циљ овог рада је анализа новог Закона о финансијској дисциплини Републике Македоније, који је ступио на снагу 1. маја 2014. године, и степена усклађености овог закона са Директивом 2011/7/ЕУ о спречавању касног плаћања у пословним трансакцијама. На основу идентификованих недостака овог закона, аутор указује на неопходност доношења бољих законских решења у оквиру националног законодавства о спречавању касног плаћања доспелих обавеза у пословним трансакцијама. Поред примене новог законодавства којим се регулише касно плаћање доспелих обавеза у пословним трансакцијама, аутор наглашава потребу да се у регулисању облигационих односа странкама гарантује принцип слободе договарања, тј. такозвани принцип аутономије воље. У Републици Македонији често нема довољно флексибилности у регулисању рокова за испуњење финансијских обавеза. Принцип аутономије воље угрожава се покретањем поступака о финансијској дисциплини, упркос чињеници да основни циљ овог закона није заштита субјеката из јавног сектора већ заштита привредних субјеката, првенствено малих и средњих предузећа. У том контексту, настојање аутора да спроведе детаљно истраживање на ову тему је више него оправдано с обзиром да се ради о релативно новом начину регулисања рокова за испуњење финансијских обавеза у пословним трансакцијама, који је садржан у законодавству Европске уније као и у националним законодавствима држава које настоје да постану чланице Европске уније.

**Кључне речи:** финансијска дисциплина, трансакција, касно плаћање, аутономија воље, рокови.

UDK: 334.72:35.078.6](497.6)

Рад примљен: 30.03.2015

Рад прихваћен: 02.06.2015.

## ПОСТУПАК ДОДЈЕЛА КОНЦЕСИЈА ПРЕМА ЗАКОНУ О КОНЦЕСИЈАМА РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

**Апстракт:** Године 2002. ступио је на снагу Закон о концесијама Републике Српске, чиме су концесије, издвајањем из Закона о страним улагањима, добиле много већи значај. Пракса је наметнула честе измјене овог Закона, да би 15. јула 2013. године био донесен нови Закон о концесијама Републике Српске. Постојећи прописи о концесијама у Босни и Херцеговини рађени су по савременим свјетским стандардима, али ипак не дају довољне гаранције страним инвеститорима да улажу свој капитал у инфраструктурне објекте у нашој земљи. Значи, концесије су јасно дефинисане, али постоји низ других разлога који утичу на улагање страног капитала, односно на закључење уговора о концесији, а то су прије свега стабилна политичка клима и економска сигурност.

**Кључне ријечи:** концесија, политика додјеле концесије, поступак додјеле концесије.

### 1. Увод

Посматрано кроз историју, под појмом концесије подразумијевала се привилегија, док је израз временом попримио шире значење, те обухватао све случајеве предузетничких, тј. обртничких дозвола. Значење ове ријечи је у 20. вијеку ограничено на класично уступање неког права од стране јавне власти, тј. државе, физичком или правном лицу (Дабић, 2002: 110). Посматрајући концесију кроз језичко значење, ова ријеч је настала од латинске ријечи *concessio*, која значи уступање, одобрење, допуштење, давање повластице, уступка итд. Слични су појмови како у њемачкој правној терминологији (*Konzession*), тако и у енглеској (*concession*), талијанској (*concesione*), и употребљавају се у истом значењу.

\* kladia1980@gmail.com

Француски теоретичар Leon Duguit дефинисао је концесију као акт којим једно јавноправно тијело (држава, покрајина, општина, колонија) ставља, на основу његовог пристанка, једном појединцу, обично неком друштву, у дужност осигурати функционисање једне јавне службе под одређеним условима. Притом, оваква дефиниција може се узети као опште схватање концесије у свим модерним државама тога времена с мањим разликама у појединостима (Duguit, 1929: 134–135). Неопходно је споменути и њемачког теоретичара Fischera који је сматрао да су концесије правни однос између државе (концедента) и правног или физичког лица (концесионара) у којем држава уступа правном или физичком лицу право искориштавања неког природног богатства или обављање неке јавне службе (Fisher, 1974: 35).

Према важећем Закону о концесијама Републике Српске, концесије се дефинишу као право обављања привредних дјелатности коришћењем јавних добара, природних богатстава и других добара од општег интереса, као и право на обављање дјелатности од општег интереса, а то право се уступа концесионару на одређено вријеме, под условима прописаним овим законом, уз плаћање концесионе накнаде.<sup>1</sup>

Предмет концесије може бити свака привредна дјелатност, и углавном се ради о областима које држава из одређених разлога не може или неће сама да врши, па их због тога преноси на друго лице уз одговарајућу накнаду, и на тај начин се оставарују јавни интереси и обезбјеђује се функционисање јавних служби и привредног развоја. У Закону о концесијама Републике Српске таксативно је набројано шта може бити предмет концесије.<sup>2</sup> Битно је истаћи да постоје законодавства која не одређују изричито шта може да буде предмет концесије. Такав је нпр. Закон о концесијама Македоније према којем предмет концесије могу да буду само општа добра која су утврђена Уставом Македоније, односно сва природна богатства државе, биљни и животињски свијет. Добра у општој употреби, као и предмети и објекти од посебног културног и историјског значаја, одређени законом, добра су од општег интереса за државу и уживају посебну заштиту

---

1 Закон о концесијама Републике Српске, Службени гласник РС, број: 59/13, чл. 2. Дефиниција концесија у новом закону проширена је у односу на претходни Закон који је концесије одредио као право обављања привредних дјелатности коришћењем природних богатстава, добара у општој употреби и обављања дјелатности од општег интереса одређених истим законом.

2 Закон о концесијама Републике Српске, *Службени гласник РС*, број: 59/13, чл. 6 ст. 1. Иако на јасан начин прецизира шта може бити предмет концесија, не спомиње шуме и шумско земљиште. Међутим, став 2 истог члана, у којем се наводи да „предмет концесије може бити коришћење и других добара од општег интереса и пружање јавних услуга, у складу са прописима којима се уређује одређена привредна или друга област”, упућује на другачији закључак.



(Шећковић, 2001: 24). С друге стране, у појединим законодавствима, одређени сектори уопште не могу бити предметом концесије. Тако, нпр. у Закону о концесијама Републике Хрватске изричито се наводи да се концесија не може дати на шумама и шумском земљишту у власништву Републике Хрватске, као и на другим добрима утврђеним посебним прописима.<sup>3</sup>

Иако постоје бројни критерији по којима се концесије могу разликовати, овдје ћемо споменути један посебан облик концесије – Б.О.Т. систем, који се може посматрати и као један од облика јавно-приватног партнерства<sup>4</sup>. Овај систем представља посебан модел укључивања приватног капитала у реализацију пројекта, углавном у областима које су под контролом јавног сектора, а притом држава нема финансијска средства да сама улаже у те пројекте. Овај модел улагања одвија се у више фаза – од финансирања, пројектовања, изградње и опремања, коришћења уз надокнаду и предаје објекта држави – концеденту по истеку уговореног периода. Б.О.Т. модел се заснива на пројектном финансирању (сам пројекат остварује приход) (Поповић, Вукадиновић 2005: 242). Скраћеница Б.О.Т. настала је од енглеских ријечи build – изгради, operate – користи и transfer – предај. Уколико се држава одлучи за овај вид финансирања, у позицији је да без ангажовања својих средстава добија објекте од великог значаја, иако на одређено вријеме неће имати право њихове експлоатације, јер то чини концесионар да би остварајући добит вратио уложени капитал.

Босна и Херцеговина, а самим тим и Република Српска, Федерација Босне и Херцеговине и Брчко Дистрикт, „ принуђени“ су да посежу за страним инвестицијама, јер оно што је карактеристично за домаћу привреду је општа стагнација, низак друштвени брутопроизвод, висока стопа незапослености, низак степен коришћења производних капацитета, дефицит у спољној трговини, повећавање иностране задужености итд. Сходно наведеном, држава нема довољно средстава из јавних извора, па се страна улагања, самим тим и концесије, јављају као добар вид финансирања пројеката за које држава не може обезбиједити довољно средстава.

У Босни и Херцеговини ситуација је комплекснија него што је то случај са другим земљама у региону. Закон о концесијама БиХ донесен је у септембру 2002. године, неколико мјесеци после доношења Закона о концесијама Републике Српске и Закона о концесијама Федерације БиХ, а при томе сваки кантон у Федерацији БиХ има свој посебни Закон о концесијама.

---

3 Закон о концесијама Републике Хрватске, *Народне новине*, број: 143/12 чл. 5 ст. 3.

4 Закон о јавно-приватном партнерству у Републици Српској, *Службени гласник РС*, број: 59/09

Поред ових закона, постоји низ других закона, који као *lex specialis* уређују поједине врсте концесија. Управо из разлога што су закони на нивоу ентитета донесени прије државног, поједини теоретичари сматрају да није било адекватног нормативног регулисања ове материје у нашој држави.

## **2. Политика и поступак додјела концесија**

Политика додјеле концесија обухвата мјере и активности које имају за циљ успостављање и одржавање ефикасног система додјеле концесија, заштитом и одрживим коришћењем јавних добара, природних богатстава и других добара од општег интереса, унапређивањем дјелатности које су предмет концесија, те остваривањем најповољнијих финансијских и економских ефеката за стварање одрживог развоја и остваривање директних и индиректних користи за Републику Српску.

Политика додјеле концесија уређује се и спроводи Документом о политици додјеле концесија, који садржи опис привредних и других области у којима се могу додјелјивати концесије, циљеве и приоритете, врсте Б.О.Т. и других модела за додјелу концесије, елементе за израду студије, као и мјере и активности које се предузимају ради остваривања дугорочних циљева у области концесија, утврђених стратешким и другим планским документима.

Према Закону о концесијама Републике Српске, концесија се додјељује на три начина и то: на основу иницијативе надлежног органа, иницијативе заинтересованог лица и понуде у преговарачком поступку.<sup>5</sup>

### **2.1. Иницијатива надлежног органа**

Покретање поступка додјеле концесија од стране надлежног органа започиње тиме да надлежни орган, у складу са Документом о политици и другим стратешким и развојним документима за поједине привредне области, предлаже доношење одлуке о покретању поступка додјеле концесије. Ако је за предмет концесије надлежно два или више органа, приједлог одлуке подноси орган у чијој је претежној надлежности предмет концесије, уз претходно прибављену сагласност другог органа. Уз приједлог одлуке прилаже се извод из просторно-планске документације, записник о посети локацији на којој би се вршила концесиона дјелатност и доказ о стању у јавним евиденцијама о непокретностима на којима се предлаже обављање концесионе дјелатности.

*Прије предлагања одлуке о покретању поступка додјеле концесије, надлежни органи врше консултације и прибављају мишљења органа,*

<sup>5</sup> Закон о концесијама Републике Српске, *Службени гласник РС*, број: 59/13, чл. 9–11

јавних предузећа и других институција у чијој надлежности је издавање одобрења, дозвола и сагласности потребних за реализацију предмета концесије, а за концесије за чију додјелу је надлежна Влада и мишљење јединице локалне самоуправе на чијој територији ће се обављати концесиона дјелатност. Уколико је некретнина на којој ће се обављати привредна дјелатност за коју се намјерава дати концесија у својини Републике или јединице локалне самоуправе, прибавља се и мишљење Правобранилаштва Републике Српске.

*Одлуку о покретању поступка додјеле концесије* доноси Влада, односно скупштина јединице локалне самоуправе као концедент и објављује се у Службеном гласнику Републике Српске.

Надлежни орган може да изради *студију* или да од понуђача у јавном позиву захтијева да изради студију која обавезно садржи елементе прописане Документом о политици. За израду студије надлежни орган може ангажовати референтна, домаћа или страна, привредна друштва или друга правна лица који у том случају морају испуњавати услове за израду пројектне, односно техничке документације из области која је предмет концесије, у складу са посебним прописима, и приликом чега одговарају за тачност података, техничких рјешења и квалитет израђене студије. Студија се доставља Комисији за концесије, која доноси рјешење о давању сагласности у року од 30 дана од пријема захтјева. Приликом разматрања студије, Комисија за концесије може дати приједлоге за измјену и допуну студије који би је учинили прихватљивом.

Надлежни орган припрема документацију за јавно надметање која садржи јавни позив за подношење понуда, опис предмета концесије, студију, уколико је израђена, те упутство понуђачима за израду понуде, критеријуме за вредновање и оцјену понуда, нацрт уговора о концесији и друге услове које понуђач мора испунити зависно од предмета концесије. Након тога подноси захтјев Комисији за концесије, која доноси *рјешење о давању сагласности на документацију за јавно надметање* у року од 30 дана од дана пријема потпуног захтјева. Приликом разматрања документације за јавно надметање, Комисија за концесије води рачуна о свим битним елементима, укључујући и:

- да се критеријуми за оцијењивање, поступак и избор најуспјешније понуде на задовољавајући начин заснивају на јасним, јавним и свима доступним принципима недискриминације и

- да документација за јавно надметање у суштинском смислу не одступа од студије, уколико је израђена, и одлуке о покретању поступка додјеле концесије.<sup>6</sup>

### **2.1.1. Јавни позив**

Зависно од предмета концесије јавни позив садржи: предмет концесије и локацију, кратак опис пројекта, максималан рок трајања концесије, податке о висини и облику гаранције на име обезбјеђења понуде и период за који се тражи, услове, рок и начин враћања гаранције, минималан износ једнократне концесионе накнаде, минималан износ концесионе накнаде за коришћење, могућност промјене висине концесионе накнаде, начин рјешавања имовинско-правних односа на локацији предвиђеној за обављање концесионе дјелатности, право учешћа на јавном позиву, доказе потребне за учешће на јавном позиву које утврђује надлежни орган, адресу и рок за достављање понуда који се одређује према периоду потребном за припрему понуде и не може бити краћи од 30 дана нити дужи од 180 дана, начин достављања понуде, могућност посјете локацији на којој ће се вршити концесиона дјелатност, рок у коме се понуда на јавни позив може повући, обавјештење о датуму, времену и мјесту отварања приспјелих понуда на јавни позив, могућност поништења поступка додјеле концесије, вријеме и начин преузимања документације за јавно надметање, као и цијену документације, име лица задуженог за давање информација у поступку јавног позива и друге елементе зависно од предмета концесије.

Јавни позив се објављује у Службеном гласнику Републике Српске, једном дневном листу који се дистрибуира на цијелој територији Републике и на интернет страници надлежног органа и Комисије за концесије. Трошкове објављивања јавног позива сноси надлежни орган који објављује позив, а он га након објављивања може и измијенити. *Измјена јавног позива* објављује се на начин на који се објављује основни текст јавног позива, а рок за достављање понуда продужава се за вријеме које је протекло од дана објављивања јавног позива до дана објављивања његове измјене.

Законом су наведени и понуђачи који не могу доставити понуду на јавни позив за додјелу концесије, а то су:

- понуђач над којим је покренут поступак стечаја или ликвидације,
- понуђач или са њим повезани привредни субјекти са којим је раскинут уговор о концесији кривицом концесионара,

---

6 Закон о концесијама Републике Српске, *Службени гласник РС*, број: 59/13, чл. 12-15

- понуђач који је оглашен одговорним за кривично дјело у вршењу регистроване дјелатности,
- понуђач који има неизмирене пореске обавезе, у складу са одговарајућим прописима и
- понуђач који је уступио концесију трећем лицу или финансијској организацији.

Подобност за учешће на јавном позиву за додјелу концесије, у смислу непостојања горе наведених сметњи, понуђачи доказују достављањем доказа издатих од надлежних органа, који нису старији од четири мјесеца од дана објављивања позива.<sup>7</sup>

### **2.1.2. Отварање и вредновање понуда**

Отварање и вредновање понуда врши Комисија за концесије. У поступку јавног надметања разматрају се само благовремено поднесене понуде уз које је приложена тражена документација. Неблаговремене понуде се не узимају у разматрање и враћају се неотворене понуђачима. Приликом јавног отварања понуда Комисија за концесије води записник који потписују чланови комисије и овлашћени представници понуђача.

Прије вредновања понуда, понуде се провјеравају ради утврђивања могућих недостатака и одступања у односу на услове одређене јавним позивом и документацијом за јавно надметање. Понуда уз коју није поднесена релевантна документација тражена јавним позивом не узима се у разматрање у јавном надметању. Након завршетка јавног отварања, Комисија за концесије приступа вредновању понуда на основу критеријума одређених јавним позивом и документације за јавно надметање, и сачињава ранг-листу понуђача. *Критеријуми на основу којих се врши вредновање понуда*, зависно од предмета концесије, могу бити:

- рок на који се тражи концесија,
- понуђени износ концесионе накнаде,
- понуђена цијена, односно тарифа за пружање услуга,
- квалитет услуга и мјере осигурања њиховог континуитета,
- степен коришћења природног богатства,
- ефекти на запошљавање, инфраструктуру и економски развој,
- утицај на животну средину,

---

<sup>7</sup> Закон о концесијама Републике Српске, *Службени гласник РС*, број: 59/13, чл. 16, 18 и 19

- минимални услови у односу на квалитет или техничке аспекте,
- рокови завршетка радова и
- **други критеријуми** утврђени прописима којима се уређује одређена привредна или друга област.

Вредновање критеријума изражава се одређивањем максималног броја бодова у одговарајућем распону. Комисија за концесије је дужна да, у року до 30 дана од дана отварања понуда (зависно од сложености предмета концесије, документацијом за јавно надметање може се утврдити и дужи рок, али не дужи од 60 дана), достави концеденту *извјештај о спроведеном поступку* са образложеном ранг-листом понуђача, записник о току поступка, који обавезно садржи податке о испуњености тражених услова за сваког од понуђача и основне елементе из понуда према структури критеријума на основу којих је извршено вредновање понуда и приједлог рјешења о избору најповољнијег понуђача и додјели концесије. Сву документацију Комисија за концесије доставља и надлежном органу.

*Рјешење о избору најповољнијег понуђача и додјели концесије* је управни акт који доноси концедент, на приједлог Комисије за концесије или надлежног органа. Основни елементи приједлога Рјешења су: назив даваоца концесије, назив изабраног понуђача, предмет концесије, висина концесионе накнаде, рок трајања концесије, рок за закључење уговора, орган који ће у име концедента закључити уговор о концесији и други елементи у складу са подацима из документације за јавно надметање и прихваћене понуде.

*Концедент одлучује о избору најповољнијег понуђача и додјели концесије* у року од 30 дана (ако сложеност концесије то захтијева може продужити рок за највише 30 дана) од дана пријема приједлога рјешења о избору најповољнијег понуђача и додјели концесије. Надлежни орган обавјештава понуђаче у писаној форми о резултатима јавног позива у року од осам дана од дана доношења рјешења о избору најповољнијег понуђача и додјели концесије. Рјешење о избору најповољнијег понуђача и додјели концесије је коначно и против њега се може покренути управни спор, а објављује се у Службеном гласнику Републике Српске и на интернет страници надлежног органа. Уколико понуђач одустане од закључења уговора о концесији, нема право на поврат гаранције за обезбјеђење понуде.

Концедент може донијети *одлуку о поништењу поступка додјеле концесије* након истека рока за достављање понуда у сљедећим случајевима:

- ако постану познате околности које би, да су биле познате прије покретања поступка додјеле концесије, утицале тако да јавни позив не буде објављен или да његова садржина буде битно другачија,

- ако до истека рока за достављање понуда није достављена ниједна понуда,
- ако након искључења понуда у поступку додјеле концесије не преостане ниједна прихватљива понуда и
- ако се на основу критеријума за избор најповољније понуде не може извршити избор.

У том случају надлежни орган обавјештава понуђаче у писаној форми о поништењу поступка додјеле концесије у року од осам дана од дана доношења одлуке о поништењу поступка додјеле концесије, а обавјештење о поништењу објављује се на начин на који је објављен јавни позив.<sup>8</sup>

### 3. Иницијатива заинтересованог лица

Други начин додјељивања концесија је путем иницијативе заинтересованог лица. Заинтересовано лице може надлежном органу поднијети иницијативу за покретање поступка додјеле концесије, под условом да се та иницијатива не односи на концесију за коју је надлежни орган покренуо поступак додјеле концесије. Иницијатива садржи прелиминарне податке и информације потребне за процјену постојања јавног интереса, а обавезно:

- основне податке о подносиоцу иницијативе,
- опис предмета концесије, локацију, економску оправданост улагања, начин обезбјеђења средстава, обим коришћења, опис услуга и радова и кратак опис идејног рјешења пројекта,
- извод из просторно-планске документације и доказ о стању у јавним евиденцијама о непокретностима,
- начин рјешавања имовинских односа и
- друге елементе зависно од предмета концесије.

Надлежни орган по потреби може позвати подносиоца иницијативе да прецизира податке из иницијативе или да достави додатне податке и информације неопходне за процјену јавног интереса. Надлежни орган врши консултације и прибавља мишљења у року који не може бити дужи од 60 дана од дана пријема иницијативе. Уколико оцијени да постоји јавни интерес за додјелу концесије, надлежни орган предлаже *доношење одлуке о покретању поступка додјеле концесије*, а у противном обавјештава подносиоца иницијативе да иницијатива није прихваћена. Поступак додјеле концесије на основу иницијативе заинтересованог лица спроводи

<sup>8</sup> Закон о концесијама Републике Српске, *Службени гласник РС*, број: 59/13, чл. 17, 20–24

се у складу са одредбама које регулишу додјелу концесија на иницијативу надлежног органа. Подносилац иницијативе за додјелу концесије писаним путем се позива да учествује у поступку, и приликом вредновања понуда додјељује му се бонус за понуђено рјешење (технички и економско-финансијски аспект) који износи до 10% од припадајућих бодова по свим критеријумима за вредновање понуда, а идентитет понуђача, постојање и износ бонуса наводе се у јавном позиву.<sup>9</sup>

### **3.1. Пројена постојања јавног интереса**

Комисија за концесије Републике Српске дужна је донијети Упутство о процени јавног интереса којим се прописују услови, критерији, елементи и начин процене постојања јавног интереса код иницијативе заинтересованог лица. При томе се узима у обзир да:

1. пројекат који је предмет предложене концесије може бити остварен само у случају ако се користи процес, пројектовање, методологија или концепт инжињеринга на који понуђач полаже искључива права и
2. хитност пружања услуга или постојања инфраструктуре за јавну употребу.

Под појмом *јавног интереса* подразумијевају се заједнички интереси појединаца и заједнички интереси свих или извјесних локалних заједница или организација које се по правилу штите правним прописима државе или друштвено политичких заједница надлежних за бригу о конкретној врсти јавног интереса. Приликом процене јавног интереса код самоиницијативне понуде, треба разликовати право коришћења природног богатства, добра у општој употреби и обављање дјелатности од општег интереса.

Критерији за процену постојања јавног интереса:

1. конзистентност предложеног пројекта са Документом о политици додјеле концесија,
2. испуњење истих критерија који важе за понуде добијене јавним позивом, укључујући финансијску и економску валидност, као и утицај на животну средину и друштво у цјелини,
3. обезбјеђење доказа да понуђач има финансијску и оперативну способност, искуства и изворе да успјешно имплементира предложени концесиони пројекат.

---

<sup>9</sup> Закон о концесијама Републике Српске, *Службени гласник РС*, број: 59/13, чл. 25



Понуђач мора испунити све критерије, а потом доставити пројектни приједлог који се заснива на прописаној садржини тендерске документације, прописане законском регулативом, осим у случају да је понуђач настао трансформацијом друштвеног или државног предузећа, које је у претходном периоду оправдавало постојање јавног интереса.

Надлежно министарство процјењује да ли је пројектни приједлог у складу са садржајем и критеријумима сличних концесионих пројеката, уз обавезу да се јавност обавијести о пријему пројекта као самоиницијативне понуде (општина, град, регија). Да би се у пројекту осигурала транспарентност и економска ефикасност, потребно је увести степен конкуренције, а то подразумијева да се користе спољни савјетници и консултанти, да се цијене пореде са цијенама сличних концесионих пројеката, да се објављују огласи за прикупљање самоиницијативних понуда у средствима јавног информисања, при чему се даје могућност да и други потенцијални понуђачи доставе своје понуде у одређеном временском року.

Пројекат самоиницијативне понуде се објављује у средствима јавног информисања након одобрења Комисије о прихватању самоиницијативне понуде, а предност у додјели концесије код самоиницијативне понуде има подносилац захтјева који је доставио уредну документацију прописану законском и подзаконском регулативом из области додјеле концесија.

Јавни интерес се може посматрати кроз више области, економску, социолошку, еколошку, област уравнотеженог регионалног развоја, уређење и коришћење простора на коме се налази концесионо добро. Расположиви ресурси морају се оптимално истраживати и користити у најразличитијим гранама у области потрошње. Потребно је обезбједити запослење једном дијелу популације, стварање услова за повећање зарада, побољашње стандарда породица запослених, развој локалне заједнице, отварање значајних друштвених објеката (школе, здравствене и културне установе) и сл. Обавезна је примјена политике концепта одрживог развоја, која дугорочно производи практичне ефекте, што доводи до међународних примјена и давања различитих новчаних и других бонификација и бенефиција. Концесиони пројекти треба да испуне своје циљеве за добробит свих и да дају неопходну сатисфакцију онима који су оштећени концесионим пројектом. Потребна је потпуна и свеобухватна координација између свих учесника у концесионом пројекту, и то, између републичких органа, заинтересованих концесионара, локалних заједница, невладиних организација и опште друштвене јавности. Наравно, јавни интерес

подразумијева и поштовање просторних, регулационих и урбанистичких пројеката.<sup>10</sup>

Процјену јавног интереса код самоиницијативне понуде врши надлежно министарство као концедент, сагласност на процијењени јавни интерес даје Комисија за концесије Републике Српске, док верификацију постојања јавног интереса утврђује Влада Републике Српске. Надлежно министарство својим рјешењем процјењује постојање јавног интереса код самоиницијативне понуде, а на основу приложене предстудије или студије о економској оправданости концесионог пројекта и Документа о политици додјеле концесија. Комисија за концесије, својом одлуком о давању овлашћења за преговоре са понуђачем самоиницијативне понуде, даје сагласност на процијењени јавни интерес, ако су испуњени услови прописани у Упутству за процјену постојања јавног интереса код самоиницијативне понуде. Влада Републике Српске, својом одлуком о додјели концесије по основу самоиницијативне понуде, верификује и утврђује постојање јавног интереса.

Основни услов за ваљану процјену јавног интереса код самоиницијативне понуде је израда предстудије или студије економске оправданости за пројекат предвиђен за давање концесије. Студија економске оправданости треба да припреми приједлог за додјелу концесије и да се по њему може поступити у складу са Законом о концесијама. Ако се ради о великим концесионим пројектима, поступак истраживања и доношења одлуке може бити вишефазан, па се у пракси до доношења коначне одлуке за сваку фазу рада израђује предстудија економске оправданости.<sup>11</sup>

#### **4. Преговарачки поступак**

На крају, Закон о концесијама предвидио је да се у изузетним случајевима, без спровођења јавног позива прописаног законом, концесија може додијелити путем преговарачког поступка, у случају:

- 1) понуде јавног предузећа које обавља дјелатност од општег интереса, а чија дјелатност је законом одређена као могући предмет концесије,
- 2) спровођења закључених споразума Владе или јавних предузећа, који се односе на реализацију законом одређеног предмета концесије (додјела ових концесија је у искључивој надлежности Владе) и

---

<sup>10</sup> Упутство за процјену постојања јавног интереса код самоиницијативне понуде, *Службени гласник РС*, број 103/05, чл. 2–10, 12–19

<sup>11</sup> Упутство за процјену постојања јавног интереса код самоиницијативне понуде, *Службени гласник РС*, број 103/05, чл. 20–25

3) продужења рока на који је концесија додијељена.

У преговарачком поступку додјела концесије започиње достављањем понуде заинтересованог понуђача за додјелу концесије са студијом. Концедент у року од 60 дана од дана пријема понуде утврђује одлуком минимум техничких, економско-финансијских, правних и других услова који су обавезујући за надлежни орган који учествује у преговарачком поступку, као и рок за спровођење преговарачког поступка. Након спроведеног преговарачког поступка, у року од 60 дана, надлежни орган доставља концеденту извјештај о преговарачком поступку, приједлог рјешења о додјели концесије и приједлог уговора о концесији. Комисија за концесије даје претходну сагласност на студију и приједлог уговора о концесији.<sup>12</sup>

## 5. Проблеми при реализацији закључених концесионих уговора

Република Српска, а и Босна и Херцеговина укључене су у међународне и регионалне планско-развојне пројекте у областима саобраћаја, транспорта, енергетике, комуникација, туризма и сл. Такође, савремени процеси глобализације и интернационализације националних привреда, те стварање претпоставки за регионално повезивање и економско интегрисање у Европску унију актуелизују потребу значајнијих капиталних инфраструктурних инвестирања.

Иако су постојећи прописи о концесијама рађени по савременим свјетским стандардима, страни инвеститори не добијају довољно гаранција како за улагање капитала у нашој земљи тако ни за стабилно пословање. Потребно је пружити системску подршку концесионим предузећима и радити на отклањању слабости и проблема који су уочени кроз закључене уговоре о концесијама, као и у цјелокупном раду концесионих предузећа.

Велики проблем концесионарима представља непостојање просторно-планске документације, као и чињеница да општине у складу са законом о просторном уређењу не оснивају комисије које би цијениле оправданост сваког објекта, као и услове и могућности изградње. Као разлог за овакво поступање увијек се истиче недостатак финансијских средстава. Рјешавање имовинско-правних односа иде јако споро због вишедеценијског нерегулисања власничких односа на приватној имовини, као и значајне промјене мјеста становања становништва током ратних догађаја у периоду од 1992. до 1995. године.<sup>13</sup>

---

12 Закон о концесијама Републике Српске, *Службени гласник РС*, број: 59/13, чл. 26 и 27

13 Извјештај о раду Комисије за концесије РС за 2011. годину, Комисија за концесије, април, 2012, 9–15

У области минералних сировина постоји проблем нелегалне експлоатације минералних ресурса, која се не одвија у складу са Законом о рударству и Законом о концесијама. Новим Законом о рударству<sup>14</sup> регулисана је обавеза свих носилаца одобрења за експлоатацију (тзв. „експлоатационо право“), да покрену поступак додјеле концесија у року шест мјесеци од ступања на снагу Закона о рударству. У складу са правном легислативом ниједна експлоатација минералних сировина није могућа без добијања концесионог права на експлоатацију.<sup>15</sup> Код експлоатације минералних сировина велику важност има рекултивација деградираног земљишта. Експлоатацијом минералних сировина врши се трајна деградација земљишта, која у будућности може да има далекосежне посљедице по животну средину. Највећи број концесионара не врше рекултивације деградираног земљишта, или не у мјери како је то предвиђено пројектом рекултивације.

Иако концесионо предузеће оснива концесионар и може да обавља само концесиону дјелатност, тј. дјелатност која је предмет концесионог уговора, постоје сазнања да неки концесионари нису регистровали концесионо предузеће у складу са уговором и Законом о концесијама, и да највећи дио експлоатисане минералне сировине користе за сопствене потребе, тј. за обављање основне дјелатности. Затим да је у појединим предузећима дошло до промјене власничке структуре у проценту изнад 30%, што је у супротности са Законом о концесијама, као и одредбама Правилника о поступку преноса уговора о концесији и преноса власничких права концесионара, односно без претходно прибављене сагласности Комисије за концесије и одобрења концедента. У пракси се појављују и предузећа која немају запослене раднике или имају запосленог једног радника. На основу тога се може изразити озбиљна сумња у способност ових предузећа да реализују уговор о концесији у складу са израђеном Студијом економске оправданости.<sup>16</sup>

Законска регулатива у појединим областима није усаглашена са Законом о концесијама, а то се прије свега односи на додјелу концесија у коритима и водном земљишту за експлоатацију шљунка и пијеска. Такође, не посвећује се довољно пажње Студији економске оправданости, која представља основни документ за утврђивање јавног интереса и покретање процедуре за додјелу концесије. Неопходно је извршити анализу реализације свих

---

14 *Службени гласник РС*, број: 59/12

15 Извјештај о раду Комисије за концесије РС за 2012. годину, Комисија за концесије, април, 2013, 38–39

16 Извјештај о раду Комисије за концесије РС за 2011. годину, Комисија за концесије, април, 2012, 15–25

закључених уговора и утврдити постоје ли услови за одржавање свих уговора на снази. Ово се посебно односи на уговоре код којих се предмет уговора не користи у сврху додијелене концесије, уговоре код којих се концесионари дуже вријеме налазе у стању финансијске неликвидности, или у фази предстечајног, односно стечајног поступка, те уговоре код којих концесионари не измирују концесиону накнаду, или на други начин грубо крше уговорне обавезе. Одржавање таквих уговора је несврхисходно и супротно дефинисаним циљевима политике додјеле концесија.<sup>17</sup>

Сви постојећи проблеми са којима се сусрећу концедент и концесионар, као двије уговорне стране, у реализацији закљученог уговора нису неријешиви. Потребан је један системски и плански приступ ради изналагања најповољнијег рјешења, па и ако би то значило формирање нових органа или агенција које би у својој надлежности имале искључиво задатак довођења механизма контроле на задовољавајући ниво и увођење строжије казнене политике, све у циљу поштивања како законских, тако и одредаба концесионог уговора.

## 6. Закључак

Основни мотив доношења новог Закона о концесијама јесте стварање бољег привредног амбијента и услова за улагање страног капитала. Према овом Закону под концесијом се подразумева право обављања привредних дјелатности коришћењем јавних добара, природних богатстава и других добара од општег интереса, као и право на обављање дјелатности од општег интереса. То право се уступа концесионару на одређено вријеме под условима прописаним законом уз плаћање концесионе накнаде. Законодавац је посебну пажњу посветио уговору о концесији коме претходи поступак додјеле концесије, а који се може покренути на основу: 1) иницијативе надлежног органа, 2) иницијативе заинтересованог лица, 3) понуде у преговарачком поступку.

Република Српска располаже значајним капацитетима, природним богатствима, добрима у општој употреби, дјелатностима од општег интереса, који уз правилну употребу и коришћење могу значајно допринијети развоју привреде и јачању домаћих привредних субјеката. Расположиви привредни ресурси морају се истраживати, експлоатисати и користити у складу са савременим достигнућима науке, технике, технологије и уз оптимално управљање. Да би се привукао страни или ангажовао домаћи капитал, морају се стварати повољни услови за

---

17 Извјештај о раду Комисије за концесије РС за 2012. годину, Комисија за концесије, април, 2013, 49-51

пословање, односно повољна инвестициона клима за стране и домаће инвеститоре, а то подразумијева: политичку, правну и социјалну сигурност, стабилне услове привређивања, позитивне ставове власти и грађана према страним и домаћим приватним инвестицијама, повољан спољнотрговински, царински и девизни третман улагања, као и поврат уложених средстава и сл. Од посебног значаја је стварање стабилног законског оквира без којег није могуће замислити било какав облик страних улагања, а самим тим ни концесије. С тим у вези, битно је испоштовати дате рокове у Прелазним и завршним одредбама, а који се односе на доношење подзаконских аката у складу са новим Законом о концесијама, као што је Документ о политици додјела концесија, Упутство о процјени јавног интереса и сл.

### **Литература**

Дабих Љ., (2002). *Концесије у праву земаља централне и источне Европе*, Београд

Диги Л., (1929). *Преображаји јавног права*, Београд

Закон о јавно-приватном партнерству у Републици Српској, Службени гласник РС, број: 59/09

Закон о концесијама Републике Српске, Службени гласник РС, број: 59/13

Закон о концесијама Републике Хрватске, Народне новине, број: 143/12

Закон о рударству, Службени гласник РС, број: 59/12

Извјештај о раду Комисије за концесије Републике Српске за 2011. годину, Комисија за концесије, април, 2012

Извјештај о раду Комисије за концесије Републике Српске за 2012. годину, Комисија за концесије, април, 2013

Поповић В., Вукадиновић Р., (2005). *Међународно пословно право – општи дио*, Бања Лука - Крагујевац

Упутство за процјену постојања јавног интереса код самоиницијативне понуде, Службени гласник РС, број 103/05

Fischer P., (1974). *Die internationale Konzession*, Vienna-New York

Шећковић Д., (2001). *Концесије – значајна шанса*, Зборник Правног факултета у Подгорици, бр. 32/2001, Подгорица

**Klaudia Borojević, M.A.**

*M.A. of International Legal Studies,*

**THE PROCEDURE FOR GRANTING CONCESSIONS UNDER  
THE CONCESSIONS ACT OF REPUBLIKA SRPSKA**

**Summary**

*The Concessions Act of Republic of Srpska entered into force in 2002. By the adoption of this Act, concessions were extracted from the Foreign Investments Act and given significantly more attention than in the former period. As legal practice imposed the need for frequent changes of this Act, the new Concessions Act of Republica Srpska was enacted on 15<sup>th</sup> July 2013. The current legal provisions on concessions in B&H have been modelled on the recognized international standards but they still do not provide sufficient guarantees to foreign investors willing to invest their capital in infrastructure projects in Bosnia and Hercegovina. The types of concessions are clearly defined but there are many other reasons influencing the investment of foreign capital and conclusion of a concession contract, the most prominent of which are the political climate and economic stability.*

**Key words:** *concessions, concession-granting policy, procedure for granting concessions.*





## О СПОРАЗУМНОЈ ПОДЕЛИ НАСЛЕДСТВА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

**Апстракт:** *Наследничка заједница настаје на основу закона, а поводом смрти физичког лица. Имајући у виду да се ради о заједници наследника која настаје независно, па чак и противно њиховој вољи, она је у праву практично неодржива. У циљу престанка наследничке заједнице као принудне творевине, наследницима је дато право да, независно један од другог, захтевају поделу или изврше споразумну деобу наследства. Предмет рада је разматрање законских одредаба споразумне деобе наследства у упоредном праву. Споразумна деоба наследства је комплексно правно подручје. Говорећи о споразумној деоби наследства, размотрићемо све њене сегменте.*

**Кључне речи:** *наследничка заједница, деоба, субјекти, споразум, форма, реализација.*

### 1. Увод

Наследничка заједница, као својеврсни облик заједништва, настаје на основу закона, а поводом смрти физичког лица. Имајући у виду да се ради о заједници наследника која настаје независно, па чак и противно њиховој вољи, она је у праву практично неодржива. У циљу престанка наследничке заједнице као принудне творевине, наследницима је дато право да, независно један од другог, захтевају поделу наследства или изврше споразумну деобу.

У раду разматрамо одредбе о споразумној деоби наследства у наследно-правном систему Аустрије, Немачке, Француске, Хрватске, Бугарске и Русије. Одабир наследноправног система Аустрије, Немачке, Француске и Русије извршили смо у настојању да споразумну деобу наследства размотримо кроз призму детаљне и свеобухватне законске регулативе коју нам ови системи пружају. Наследноправне системе Хрватске и

---

\* evtimovivana@yahoo.com

Бугарске узимамо с циљем да укажемо да је споразумна деоба наследства предвиђена наследноправним прописима ових земаља, али да до данас није уследила њена детаљна регулатива.

Методом компаративне анализе настојимо да укажемо на сличности, разлике и специфичности правне регулативе споразумне деобе наследства у наведеним наследноправним системима. Структуру рада чини пет целина. У првој целини, дефинишемо институт наследничке заједнице, право на деобу наследства и споразумну деобу наследства. У другој целини, анализирамо одредбе које регулишу питања субјеката споразумне деобе наследства. Трећу целину посвећујемо форми споразума о деоби наследства. Могућност делимичне деобе наследства разматрамо у четвртој целини. Пету целину посвећујемо инструментима за реализацију споразума о деоби наследства.

Оваква структура рада резултат је настојања да се споразумна деоба наследства размотри кроз све њене сегменте, од субјеката и воље за споразумом до његове реализације. Циљ рада је покушај да укажемо на детаљну правну регулативу споразумне деобе наследства у праву Аустрије, Француске, Немачке и Русије, а посебно на практичност законских решења ових наследноправних система.

Компаративна анализа решења из упоредног права омогућава нам да сагледамо најбоља решења и да их, као таква, преточимо у законски текст у некој будућој редакцији прописа о наслеђивању Републике Србије.

## 2. Наследничка заједница и право на деобу наследства

Наследничка заједница је правни однос који настаје између два или већег броја наследника у моменту смрти оставиоца, поводом његове заоставштне.<sup>1</sup> Наследничку заједницу можемо посматрати са два

---

1 Наследничка заједница је у аустријском праву регулисана у оквиру 8 и 16 главе аустријског Грађанског законика [Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811 idF BGB1 I 58/2004, 77/2004, 43/2005, 113/2006]. Текст овог законика може се наћи на сајту: <http://www.jusline.at>. У наставку рада биће коришћена скраћеница ABGB. Видети: пар. 825-849 и пар. 550 ABGB.

Немачки законодавац наследничку заједницу регулише одредбама пар. 2032-2041 немачког Грађанског законика [Bürgerliches Gesetzbuch, RGB1 I S. 195, закључно са изменама и допунама из 2008. године, BGB1. I S2399]. Текст Законика може се наћи на сајту: <http://www.gesetze-im-internet>. У наставку рада биће коришћена скраћеница BGB. У француском праву наследничка заједница регулисана је у трећој књизи, у оквиру прве главе француског Грађанског законика [CodeCivil]. Текст Законика може се наћи на сајту: <http://www.legifrance.gouv.fr>. У наставку рада, биће коришћена скраћеница CC. Видети: чл. 815-892 CC.

аспекта. Један је субјективни, а други објективни, односно стварни аспект. Наследничка заједница, са субјективног аспекта посматрана, чини заједницу лица позваних на наслеђе. Посматрана са објективног, стварног аспекта, наследничка заједница представља заједницу наследника која настаје поводом ствари и права која чине заоставштину. Наследничка заједница настаје између универзалних сукцесора оставиоца. Конституисањем наследничке заједнице и њеним трајањем у времену обезбеђује се континуитет у правним односима између два тренутка у времену: један тренутак је смрт оставиоца, други тренутак је деоба наследства. Посматрана кроз призму правне природе, наследничка заједница је заједница за коју важе правила о сусвојини или заједничкој својини.<sup>2</sup> Како због већег броја субјеката који чине наследничку заједницу, тако и њихових различитих интереса и циљева, она често представља „јабуку раздора“ међу наследницима. Стога наследници имају право да захтевају поделу наследства или изврше споразумну деобу.

У хрватском праву наследничка заједница је регулисана чл. 141145 Закона о наслеђивању Републике Хрватске (“Народне новине”, бр. 48/2003, 163/2003). Текст Закона може се наћи на сајту: <http://www.narodne-novine.nn.hr>. У наставку рада биће коришћена скраћеница ЗНН. Бугарски законодавац деобу наследства регулише чл. 69-80 Закона о наслеђивању Републике Бугарске [Закон за наследство на Република Бугария, Обн. ДВ. бр. 22/1949, 41/1949, 275/1950, 41/1950, 41/1985, 60/1992, 21/1996, 104/1996, 117/1997, 96/1999, 34/2000, 59/2007]. Текст овог закона може се наћи на сајту: <http://www.lex.bg>. У наставку рада биће коришћена скраћеница ЗНБ. За разлику од деобе наследства коју уређује ЗНБ, институт наследничке заједнице није уређен овим законом, већ се аналогно примењују одредбе о сусвојини садржане у оквиру Закона о својини Републике Бугарске [Закон за сопственост на Република Бугария Обн. ДВ. бр. 92/1951, 12/1958, 90/1963, 26/1973, 54/1974, 87/1974, 55/1978, 36/1979, 19/1985, 14/1988, 91/1988, 38/1989, 31/2000, 46/2006, 105/2006, 24/2007, 59/2007, 113/2007]. Текст овог Закона може се наћи на сајту: <http://www.lex.bg>. У наставку рада биће употребљавана скраћеница ЗСБ. Видети: чл. 30-36 ЗСБ.

У праву Руске Федерације наследничка заједница регулисана је у трећем делу Грађанског кодекса Руске Федерације [Гражданский кодекс Российской Федерации. Трећи део овог законика објављен је у СЗРФ, N 49, од 03. 12. 2001]. Интегрални текст Законика може се наћи на сајту: <http://www.corporativelow.ru>. У наставку рада биће коришћена скраћеница ГКРФ. Видети: чл. 1164-1174 ГКРФ.

2 У аустријском праву наследничка заједница је сусвојина наследника на наслеђеним добрима. Видети: пар. 888-890 ABGB. У немачком праву, моментом смрти оставиоца наследници постају заједничари поводом заоставштине оставиоца. Видети: пар. 2032 BGB. Француски, бугарски и руски законодавац прописују да наследници постају сувласници моментом давања наследничке изјаве која делује *eh tunk*. Видети: чл. 768 и чл. 776 СС; чл. 48 ЗНБ; чл. 1152, ст. 1, тач. 4 ГКРФ. У хрватском праву наследничка заједница је заједничка својина наследника до момента правноснажности решења о наслеђивању. Након правноснажности решења о наслеђивању, наследници имају положај сувласника. Видети: чл. 141 ЗНН.

Право на деобу наследства је овлашћење наследника да иницирају поступак деобе и остваре деобу наследства, а такође и овлашћење наследника да сагласном изјавом воља изврше поделу наследства. „Право на деобу наследства јесте овлашћење које свом титулару омогућава да иступи из наследничке заједнице, те да му, уместо удела у њој, припадне одређена ствар или право из оставинске масе“ [Стојановић, 2009: 103].

Реализацијом права на деобу наследства, наследничка заједница се гаси у целини или у делу у коме наследници то захтевају или се о томе споразумеју. Право на деобу наследства је преображајно право које омогућује наследницима да иницирају и изврше потпуну или делимичну деобу наследства, или да унесу жељене промене у међусобне односе. „Право на деобу је преображајно право<sup>3</sup> које произлази из сувласничког права својине и међусобног односа сувласника исте ствари“ [Gavella, Josipović, Gliha, Belaj, Stipković, 1998: 512]. Право да захтевају поделу наследства имају наследници, али и плодуживаоци и лични повериоци оставиоца.<sup>4</sup>

Наследници су слободни да своје право на деобу наследства остваре закључењем споразума о деоби. Споразумна деоба наследства јесте манифестација воље санаследника за оним начином деобе наследства којим санаследници на најбољи могући начин остварују своје интересе. Санаследници су слободни да манифестују своју вољу у границама одређеним законом.

### 3. Субјекти споразумне деобе наследства

Анализом упоредног законодавства, долазимо да закључка да наследници имају могућност да изврше споразумну деобу наследства. Уз мале разлике које произлазе из законских одредаба, закључујемо да у основи споразумне деобе наследства стоје правни сегменти који се морају повезати да би тај правни чин резултирао жељеним правним последицама. Споразумне деобе

---

3 О преображајним правима детаљније: Н. Петрушић, *Поступак за деобу заједничке ствари или имовине*, докторска дисертација, Ниш, 1995, стр. 43-45; С. Крнета, *Субјективна права*, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, том III, Београд, 1978, стр. 198-199.

4 У француском праву лични повериоци наследника имају право да покрену поступак деобе наслеђа и да у том поступку учествују. Иако лични повериоци имају права на покретање поступка деобе, они немају права да заплене део санаследника у недељивој својини. Видети: чл. 815-817 СС. Титулар плодуживања има право једино да захтева поделу плодуживања, а сувласник само поделу својине. Видети: чл. 817-818 СС. Опширније о томе: [Стојановић, 2009: 104]. У немачком праву власник и плодуживалац могу заједно да захтевају деобу наследства. Видети: пар. 1006, ст. 2 и пар. 1068, ст. 2 BGB.

наследства нема без постојања два или више наследника, споразума о томе ко све има право да захтева део наследства, о предмету и начину деобе.

У аустријском праву, пре судске поделе наследства, наследници могу да предају у записник судији или судском поверенику, нотару свој споразум о подели наследства или коришћењу предмета из заоставштине. Тако закључен споразум представља судско поравнање. Ако у поступку деобе учествују штићеници, онда је потребно да споразум одобри старатељски суд.<sup>5</sup>

У немачком праву, уколико оставилац за живота није извршио поделу наследства тестаментом, наследници могу слободним договором да поставе правила за регулисање поступка деобе наследства и да закључе одговарајући уговор о деоби наследства.<sup>6</sup> Уколико у наследничкој заједници има и малолетника који наслеђују заједно са својим родитељима или браћом и сестрама, родитељи не могу да заступају децу при закључивању уговора о расподели наследства. Родитељи морају да докажу старатељском суду да су за свако дете обезбедили посебног старатеља. Старатељу је за расподелу наследства, у сваком случају, неопходна дозвола старатељског суда.<sup>7</sup> Пар. 1629 BGB предвиђа да је старатељу неопходна дозвола старатељског суда само када договор о расподели наследства у себи садржи радње наведене у пар. 1643, ст. 1 BGB, из пар. 1821, ст. 1 BGB.<sup>8</sup> „Немачка судска пракса<sup>9</sup> је, у више случајева, потврдила као услове пуноважности споразумне деобе наследства учешће законских заступника пословно неспособних наследника и сагласност старатељског суда“ [Стојановић, 2009: 118].

---

5 Пар. 181 Закона о ванпарничном поступку Републике Аустрије [Auberstreitgesets, BGB1 2003/111, који је ступио на правну снагу: 13. 12. 2003. године]. Текст овог Закона може се наћи на сајту: <http://www.jusline.at>.

6 Пар. 2048 и пар. 2049 BGB.

7 Пар. 1822, ст. 2 BGB.

8 Пар. 1643, ст. 1, тач. 1 предвиђено је да је старатељу потребно одобрење старатељског суда у случајевима предвиђеним пар. 1821 BGB и пар. 1822 BGB у тачкама 1, 3, 5, 8 и 11. Пар. 1821 BGB, ст. 1, тач. 1 предвиђа да је старатељу потребно одобрење старатељског суда за располагање непокретном имовином штићеника. Пар. 1822, ст. 1, тач. 1 предвиђа да је овакво одобрење потребно старатељу за закључивање споразума о деоби имовине или наследства штићеника.

9 „Став немачке судске праксе да, само у случајевима када се деоба наследства остварује у складу са законском регулативом, дозвољено је заступање већег броја малолетне деце од једног законског заступника [видети: RGZ 93, 334; BGHZ 21, 229; LG Köln DnotZ 1951, 229], као и онда, када се већи број наследника договори, да деобу наследства спроведе тако да једном пунолетном наследнику пренесе целокупно наследство, а он наследне делове осталима, па и малолетним санаследницима, да исплати у новцу [видети: KG KG] 40, 1]“ [Наведено према: Стојановић, 2009: 118].

Расподела наследства може уследити и у виду преноса свих наследних делова на једног наследника, када се са таквом расподелом сагласе сви санаследници. На тај начин, наследничка заједница престаје да постоји [Klüsener, Walter, 2002: 134: 135].

У француском праву споразумна деоба наследства подразумева да су се сви санаследници, а не већина, договорили око деобе заоставштине, да су сви пословно способни и присутни.<sup>10</sup> Да ли се може извршити споразумна деоба наследства уколико је један од наследника нестао или је пословно неспособан? Француски законодавац предвиђа могућност пријатељске деобе наследства и у таквим случајевима, при чему је неопходно да интересе таквог наследника штити законски заступник, чију сагласност за деобу наследства потврђује породични савет или старатељски суд.<sup>11</sup> Старатељски суд може да констатује, на захтев заинтересованих страна и јавног тужилаштва, да постоји претпоставка да је лице nestало када је престало да се појављује у месту свог домицила или свог боравишта, и од њега није било новости.<sup>12</sup> У таквој ситуацији, судија ће констатовати да постоји претпоставка да је лице nestало и именовати неко лице које ће заступати његове интересе у вршењу његових права или у сваком правном акту у коме би ово лице учествовало.<sup>13</sup> Пунолетна лица под старатељством могу да поднесу захтев за деобу или да учествују у споразумној деоби само уз помоћ свог старатеља.<sup>14</sup> У таквим ситуацијама, судско одобрење<sup>15</sup> деобе није потребно [Delfosse, Peniguel, 2006: 96]. Пријатељска деоба је могућа и у ситуацији када постоји заједничар који се не одазива и који, не противећи се изричито деоби, не одговара на предлоге својих санаследника.<sup>16</sup> Сваки учесник у деоби може да позове, вансудским актом, заједничара који се

---

10 Чл. 835, ст. 1 СС.

11 Чл. 836, ст. 2, у вези чл. 116 СС.

12 Чл. 112 СС.

13 Чл. 113 СС.

14 Чл. 510, ст. 1 СС.

15 “Избор термина сагласност одговара напоменама неких аутора који сматрају да је одобрење само формална верификација акта, док ће у том случају судија за старатељство имати задатак да брине о поштовању интереса nestалог лица, посебно када је реч о добрима која му се додељују, на шта прецизно упућује сагласност. Осим тога, одобрење, насупрот сагласности, даје овереним актима извршност, док у оквиру деобе нотаријални акт даје извршност деоби, а не одлука старатељског суда, који је надлежан једино за контролу поштовања права nestалог лица, али не и за доношење одлуке о деоби“. Опширније о томе: Извештај Сената бр. 343, стр. 317. [Наведено према: Delfosse, Peniguel, 2006: 96].

16 Овакво решење је предвиђено изменама Грађанског законика из 2006. године. Пре измена у истоветеним ситуацијама прибегавало се судској деоби.

не одазива да обезбеди заступника у пријатељској деоби. Наследник има рок од три месеца, рачунајући од датума позива, да одреди заступника. Уколико то не учини, један санаследник може од судије да захтева да одреди било које квалификовано лице које ће представљати одсутног, све до комплетне реализације деобе.<sup>17</sup>

Хрватски законодавац предвиђа решење да сваки санаследник, сувласник има права на деобу споразумом са осталим санаследницима или посредством суда.<sup>18</sup> Санаследници могу споразумно да одреде лице које ће уместо њих одлучити о начину деобе.<sup>19</sup> Уколико су на наслеђе позвана малолетна, потпуно или ограничено способна лица, у њихово име и за њихов рачун споразум закључују њихови старатељи уз претходно одобрење органа старатељства.<sup>20</sup> Орган старатељства поставља штићеницима посебног старатеља у случајевима одређеним ОЗ.<sup>21</sup>

„Споразум о деоби сувласништва некретнине у чијем закључењу нису учествовали сви санаследници није апсолутно ништав,<sup>22</sup> али он не може бити од утицаја на сувласничка права оног сувласника, санаследника који није учествовао у закључењу“ [Маганић, 2008: 442]. Сувласник има право да захтева деобу ствари у свако доба, осим у невреме, не само у погледу свих ствари које су у сувласништву већ и у погледу појединих ствари.<sup>23</sup>

Бугарски законодавац предвиђа право санаследника да захтевају деобу наследства у свако доба, сем у невреме.<sup>24</sup> ЗНБ не регулише споразумну деобу наследства, међутим уколико постоји воља санаследника да изврше споразумну деобу наследства, они то могу учинити сходно правилима

---

17 Чл. 837 СС. Постало је факултативно именовање нотара које врши судија. Деоба наследства које не садржи непокретна добра не захтева позивање нотара. Опширније о томе: Извештај Сената, бр. 3434, стр. 317. [Наведено према: Delfosse, Peniguel, 2006: 96].

18 Чл. 47 *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske* [„Narodne novine“, бр. 91/1996, 68/1998, 137/1999, 22/2000, 114/2001, 79/2006, 141/2006]. Текст Закона може се наћи на сајту: [www.zakon.hr](http://www.zakon.hr). У наставку рада биће коришћена скраћеница ZVDSPH.

19 Чл. 49, ст. 3 ZVDSPH.

20 Видети: чл. 184, ст. 1 и чл. 186 *Obiteljskog zakona Republike Hrvatske* [„Narodne Novine“ бр. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13, 05/15]. Текст Закона може се наћи на сајту: [www.zakon.hr](http://www.zakon.hr). У наставку рада биће коришћена скраћеница ОЗ.

21 Чл. 167, ст. 1, тач. 3, тач. 4, тач. 6 ОЗ.

22 VSRH, Gr - 12/00 од 04. 05. 2000. године. [Наведена према: Маганић, 2008: 442].

23 Чл. 47, ст. 2, чл. 48, ст. 1 ZVDSPH.

24 Чл. 69, ст. 1 ЗНБ.

о деоби сусвојине.<sup>25</sup> Уколико у поступку деобе наследства учествују малолетници или лица која су пословно неспособна или ограничено пословно способна, за њихове акте потребно је одобрење обласног суда.<sup>26</sup> Према ЗНБ, споразум о деоби наследства је ништав уколико у закључењу нису учествовали сви санаследници.<sup>27</sup>

Законодавац Руске Федерације предвиђа могућност наследника да изврше споразумну деобу наследства.<sup>28</sup> Уколико је иза оставиоца остало његово нерођено дете, споразумна деоба наследства може да се изврши након његовог рођења.<sup>29</sup> Заштита интереса наследника који су малолетни, потпуно пословно неспособни или ограничено пословно способни, остварује се учешћем старатеља у поступку споразумне деобе.<sup>30</sup> Старатељ може да закључи споразум о деоби наследства у име и за рачун малолетног, потпуно пословно неспособног или ограничено пословно способног наследника, уз претходну сагласност органа старатељства.<sup>31</sup> „Тиме се овај орган стимулише на активније учешће у процесу деобе наследства, будући да он није, осим давања сагласности за закључење уговора о деоби наследства, и дужан да учествује у самој подели наследства“ [Стојановић, 2006: 117].

#### 4. Форма споразума о деоби наследства

На поступак споразумне деобе наследства аналогно се примењују одредбе АВГВ које се односе на сусвојину из пар. 830-832. Споразум о деоби наследства је, сагласно овим одредбама, неформалан уговор. Ако се ради о деоби покретних ствари, не постоје никакви захтеви у погледу форме коју споразум наследника мора да испуњава. За разлику од покретних ствари, имајући у виду значај непокретних добара, споразум о деоби наследства мора бити састављен у писаној форми и заведен у јавном регистру.<sup>32</sup> Садржину и исправност закљученог споразума потврђује јавни бележник.<sup>33</sup>

---

25 Чл. 35 ЗСБ.

26 Чл. 35, ст. 2 ЗСБ.

27 Чл. 75, ст. 2 ЗНБ.

28 Чл. 1165, ст. 1 ГКРФ.

29 Чл. 1166 ГКРФ.

30 Чл. 1167 ГКРФ, који упућује на примену чл. 37 ГКРФ.

31 Чл. 37, ст. 2 ГКРФ.

32 Пар. 846 АВГВ, који упућује на примену пар. 436 АВГВ.

33 Закон о обавезном учешћу јавних бележника Републике Аустрије [Notariatszwanggesetz, OGH 25. 06. 1976, 1 Ob 105/75]. Текст Закона може се наћи на сајту: <http://www.jusline.at>.



Немачки законодавац не предвиђа изричито да је закључење уговора о деоби наследства условљено посебном формом. Иако су наследници начелно слободни у одабиру форме, њихова слобода избора је условљена правним третманом ствари које улазе у састав наследства које се дели. Уговор о деоби непокретних ствари наследници морају да закључе у писаној форми. Оверу уговора врши нотар.<sup>34</sup>

У француском праву, ако су сви сувласници заједничке имовине присутни и способни, деоба се може извршити у виду и према модалитетима које одаберу заинтересоване стране. „Снага уговора о деоби наследства огледа се у усаглашавању воље заједничара, који слагањем чине лотове<sup>35</sup> (бирајући по вољи једнакост у натури, или, много чешће, једнакост у вредности)“ [Delfosse, Peniguel, 2006: 96]. Уколико су непокретне ствари предмет уговора о деоби наследства, онда уговор мора бити састављен у форми нотаријалног акта.<sup>36</sup>

Хрватски законодавац у ZNH не говори о форми споразума о деоби наследства. ZVDSPH, такође, не предвиђа у каквој форми сувласници закључују споразум о деоби сусвојине. Мишљења смо да је пуноважност споразума о деоби наследства условљена формом само у случају поделе непокретних ствари.<sup>37</sup> Наследници који врше споразумну деобу покретних ствари из заоставштине нису везани ни за какву форму.<sup>38</sup> Једна од функција деобе наследства је и стицање права својине на одређеним добрима из заоставштине, што нас наводи на закључак да се аналогно примењују одредбе о стицању права својине.<sup>39</sup> Уговор о деоби непокретности које улазе у састав заоставштине производиће правно дејство иако није закључен у писаној форми, под условом да је извршен у претежном делу.<sup>40</sup>

---

34 Пар. 311 BGB. „Тако, уговор који не задовољава услове форме није обавезујући за санаследнике (BGH LM, Nr. 22 према пар. 242). Расподела наследства не мора да буде договорена једним јединим документом, већ кроз више уговора. Различите изјаве санаследника морају да стоје једна поред друге у одговарајућем контексту (GR HRR 1930, Nr. 1466; 1934, Nr. 1485)“. [Наведено према: Soergel, Siebert, 1974: 223; 224].

35 Део заоставштине који се додељује једном од санаследника. Принцип једнакости у деоби представља једнакост у вредностима, чл. 826, ст. 1 СС. Сваки учесник у деоби добија део који је сразмеран његовим правима у заједничкој својини, чл. 826, ст. 2 СС.

36 Чл. 835, ст. 2 СС.

37 Мишљења смо да се на споразум о деоби непокретних ствари аналогно примењују одредбе о стицању права својине на непокретним стварима из чл. 119-125 ZVDSPH.

38 Видети: чл. 116 ZVDSPH.

39 О правном дејству деобе, видети: чл. 55, ст. 1 ZVDSPH.

40 Врховни суд Хрватске је становишта да нема конвалидације уговора о промету непокретности без увођења купца у посед, иако је исплаћена договорена цена и

У бугарском праву писана форма уговора о деоби наследства је форма *ad solemnitatem*, не само у случају деобе непокретности, већ и у случају деобе покретних ствари веће вредности.<sup>41</sup> „У бугарској судској пракси дозвољава се и закључење предуговора о деоби наследства, који треба да испуни одређене захтеве садржане у облигационоправним прописима“ [Стојановић, 2006: 120].

Руски законодавац не инсистира на посебној форми коју споразум о деоби наследства мора да има, међутим води се рачуна о томе да ли је за пренос појединих ствари потребна посебна форма.<sup>42</sup> Уколико споразум о деоби наследства има за предмет деобу непокретних добара која чине заоставштину, санаследници могу да закључе уговор о деоби наследства само уколико имају претходно утврђено право наследства. Уверење о праву наследства издаје нотар.<sup>43</sup>

## 5. Делимична деоба наследства

Имајући у виду да је наследничка заједница субјективно, али и објективно заједништво које настаје поводом ствари, поставља се питање да ли деоба наследства подразумева потпуну субјективну и објективну деобу или постоји могућност парцијалне, делимичне деобе. Потпуну субјективну деобу можемо дефинисати као деобу којом су обухваћени сви наследници, потпуна објективна деоба је деоба која се односи на све предмете заоставштине, без изузетка.

Полазећи од тога да суштинску карактеристику споразумне деобе наследства чини слободна воља наследника, начелно бисмо могли рећи да је потпуна или делимична деоба наследства резултат воље санаследника. Свакако воља наследника подразумева слободну вољу у границама одређеним законом. Делимична деоба наследства је у упоредном праву предвиђена као модалитет коме санаследници могу прибећи и користити

---

плаћен порез на промет. Видети одлуке: Рев. бр. 1441/1993-2, Рев. бр. 745/09-2. Одлуке преузете са сајта: [www.vsrh.hr](http://www.vsrh.hr).

41 Чл. 35 ЗСБ. „Тако се чл. 35, ст. 1 ЗСБ примењујена сваки уговор о деоби, независно од намере сувласника, за добијање тачно одређене ствари, новчане противвредности, друге противвредности, намере даривања или намере за избегавањем будућег спора...“ Из образложења Решења Врховног касационог суда Бугарске, № 172 Софија, 02. 03. 2010 године. Решење преузето са сајта: [www.vks.bg](http://www.vks.bg) Деоба покретних ствари, чија вредност прелази 50 лева, као и непокретних ствари, изискује закључење писаног уговора, а потписи уговарача морају бити оверени од стране нотара.

42 Чл.1165, ст.2 ГКРФ, у вези чл. 158-161 овог Кодекса.

43 Ibid.

се њиме у ситуацијама када није нужно укинути наследничку заједницу у свим њеним сегментима.

„У аустријском праву делимична деоба сувласништва могућа је само ако тиме није нарушена економска целовитост заједничке ствари“ [Maganić, 2008: 429]. Делимична деоба сувласништва могућа је у погледу ствари које се налазе у сувласништву и у погледу лица која чине наследничку заједницу.

Немачки законодавац предвиђа готово идентично решење аустријском. У немачком праву споразум о деоби може везивати само неке санаследнике. Споразумом о делимичној деоби наследници могу да изврше деобу само одређених предмета из заоставштине. Према пар. 2042, BGB ст. 1, право сваког наследника односи се на расподелу целокупног наследства. Делимичну деобу наследства која би се односила само на њега, санаследник не може да захтева, али је тако нешто могуће споразумним путем. Парцијална деоба наследства пружа две могућности: 1) да санаследник пренесе свој део на другог наследника, сходно пар. 2033, ст. 1 BGB; 2) да иступи из круга наследника (по правилу уз надокнаду), при чему целокупно наследство остаје преосталим наследницима. „Друга наведена могућност назива се и ‘издвајањем’ те може да буде договорена и без неопходне правне форме, у случају кад наследство припада земљиште и преостаје само један наследник, који ће на тај начин постати његов једини наследник“ [Leipold, 2002: 277]. Расподела се може искључити и у односу само на поједине ствари, припадајуће наследство. Уколико санаследници, у циљу наставка рада предузећа, оснују предузеће, а без да су извршили пренос земљишта оставиочевог предузећа на ново предузеће, треба претпоставити да је дошло до споразумног искључења расподеле наследства, макар што се тиче земљишта оставиочевог предузећа, пошто је од самог предузећа нераздвојиво. Таквим је договором везан и сваки од оснивача новог предузећа, те на тај начин не мора да покреће поступак за расподелу земљишта, које и даље припада имању оставиоца, односно заједници наследника [Soergel, Siebert, 1974: 221: 222]. У случају да делимична расподела наследства укључује само поједине предмете, наследничка заједница престаје да функционише у случају, нпр., неког банковног рачуна [Klüsener, Walter, 2002: 132].

Француско право познаје делимичну деобу наследства. Парцијална деоба наследства постоји када допушта опстанак заједничке имовине у погледу одређених добара или одређених лица.<sup>44</sup>

---

44 Чл. 838 СС.

У хрватском праву делимична деоба сувласништва регулисана је чл. 48 ZVDSPH. Реализацијом права на делимичну деобу наследства, наследничка заједница престаје да постоји у односу на одређене ствари и права из заоставштине, или између одређених наследника, док у осталом она наставља да егзистира.

Бугарски и руски законодавац не говоре о праву сувласника на делимичну деобу. Полазећи од правила *ad maiore ad minus*, могли бисмо закључити да нема места тумачењу које би искључивало могућност наследника да захтевају делимичну деобу. Ко може више, може и мање. Право на делимичну деобу наследства не може се доводити у питање и због карактера споразума којим се деоба врши. Имајући у виду слободну вољу санаследника да договоре деобу, то подразумева креирање и манифестовање воље санаследника у границама дозвољеног и могућег. Свакако, из разлога прецизности и правне сигурности, потребно је предвидети право наследника на делимичну деобу наследства.

## **6. Реализација споразума о деоби наследства**

Споразумна деоба наследства је резултат слободне и сагласне изјаве воља санаследника о предмету и начину деобе. Закључивање споразума о деоби наследства је једна етапа у деоби наследства. Постојање наследничке заједнице у времену протеже се онолико колико је неопходно да се споразум о деоби наследства реализује. Чином реализације споразума о деоби наследства, наследничка заједница престаје да постоји у односу на предмете и санаследнике, субјекте споразумне деобе. Сагласна изјава воље санаследника је конститутивни елемент, не само споразума о деоби наследства, већ је и услов реализације споразума. Нема споразумне реализације без сагласности санаследника, субјеката споразума о деоби.

У аустријском праву испуњење споразума о деоби може се остварити подношењем тужбе према пар. 830 ABGB.

У немачком праву санаследницима се гарантује право на подношење тужбе као инструмента за реализацију уговора о деоби наследства. „Сама тужба за спровођење у дело споразумне деобе наследства потребна је и у случају да санаследници оклевају да испуне слободном вољом склопљени уговор о расподели наследства“ [Soergel, Siebert, 1974: 222]. Санаследницима се пружа могућност да, поред споразума о деоби наследства, закључе и споразум о начину деобе наследства. Уколико се санаследници не договоре о начину деобе наследства, њима се омогућава да споразум о деоби наследства реализују принудним путем, подношењем кондемнаторне тужбе [Maganić, 2008: 436].

У француском праву пријатељска деоба је правило, а судска деоба изузетак. Споразум о деоби наследства се само изузетно принудно реализује. Сходно чл. 840-842СС, тужба за реализацију споразума о деоби наследства може се поднети уколико се појављују оспоравања у вези начина приступа или окончања пријатељске деобе [Delfosse, Peniguel, 2006: 98].

Хрватски законодавац не изјашњава се децидирано о принудној реализацији споразума о деоби наследства. Мишљења смо да има места примени одредаба чл. 161-194 Закона о обавезним односима Републике Хрватске,<sup>45</sup> којима се регулишу питања испуњења уговорних обавеза и последица неиспуњења. Сходно наведеним одредбама, сувласници могу да реализују споразум о деоби наследства подношењем кондемнаторне тужбе.

Закон о својини Републике Бугарске не садржи одредбе за случај неиспуњења уговорних обавеза из споразума о деоби сувојине. Споразум о деоби наследства је дужничко-поверилачки однос санаследника. Једина специфичност овог споразума јесте да он настаје између санаследника, а поводом деобе наследства. Имајући у виду да се споразум о деоби наследства по својим општим карактеристикама ни у чему не разликује од других уговора, мишљења смо да се, за случај неиспуњења обавеза преузетих споразумом о деоби, имају применити одредбе чл. 63-94 Закона о дуговима и споразумима Републике Бугарске.<sup>46</sup> На основу ових одредаба, санаследници имају права на подношење кондемнаторне тужбе за испуњење.

Одредбама о споразумној деоби наследства ГКРФ нису уређена питања реализације споразума о деоби наследства. Мишљења смо да се на испуњење, односно неиспуњење обавеза преузетих споразумом о деоби наследства, аналогно могу применити одредбе о не(испуњењу) уговорних обавеза ГКРФ.<sup>47</sup>

---

45 Закон о обавезним односима Републике Хрватске, [„Народне новине“, бр.35/05,41/08,125/11]. Текст овог закона може се наћи на сајту: <http://www.narodne-novine.nn.hr>.

46 Закон о обавезама и споразумима Републике Бугарске [Закон за задълженята и договорите на Република Българија. Обн. ДВ. бр. 2/1950, бр. 275/1950, 69/1951, 92/1952, 85/1963, 27/1973, 16/1977, 28/ 1982, 30/1990, 12/ 1993, 56/ 1993, 83/1996, 104/1996, 83/1999, 103/1999, 34/2000, 19/2003, 42/2005, 43/2005, 36/2006, 59/2007, 92/ 2007, 50/2008]. Текст Закона, може се наћи на сајту: <http://www.lex.bg>.

47 Видети: чл. 309-328 ГКРФ.

## 7. Закључак

Наследничка заједница, схваћена као заједница за коју важе правила о сусвојини или заједничкој својини наследника, настаје у тренутку делације и траје до деобе. Њено постојање у времену је ограничено тренутком деобе наследства. Деоба наследства је циљ коме наследници као заједничари теже. Споразумна деоба наследства је један од могућих начина деобе.

Уз поштовање специфичности које произлазе из законских решења која су предмет анализе овог рада, мишљења смо да, насупрот уоченим разликама, сличности у регулативи споразумне деобе наследства су заступљене у већем обиму. У аустријском, немачком, француском и руском праву споразумна деоба наследства је детаљно регулисана. Одређујући круг субјеката споразумне деобе наследства, запажамо да, поред пунолетних и пословно способних наследника, то могу бити и малолетна лица лица чије је боравиште непознато, пословно неспособна лица, лични повериоци наследника и плодуживаоци наслеђа. Заштита интереса ових лица обезбеђује се активним учешћем суда за старатељство, обласног суда и органа старатељства. Споразум о деоби наследства је, у начелу, неформалан правни посао, уз извесне изузетке који се односе на одређене категорије ствари, у погледу којих се захтева испуњење услова форме коју законодавац одређује као *adsolemnitatem*. Делимична деоба наследства у законодавству ових земаља је предвиђена као правна могућност која стоји у једној равни са потпуном деобом наследства. Споразум о деоби наследства реализује се добровољно. У случају да нема добровољности, наследницима стоје на располагању правна средства уз чији помоћ могу реализовати споразум.

Насупрот аустријском, немачком, француском и руском законодавцу који су били исцрпани у регулисању споразумне деобе наследства, из анализе хрватског и бугарског законодавства закључујемо да је споразумна деоба наследства само предвиђена. Законодавци ових земаља нису се бавили питањима субјеката, форме споразума, делимичном деобом, нити начинима за реализацију споразума. Напросто, дати одговор на сва ова питања значи заронити у море великог броја прописа, те у њима наћи по неку одредбу која се по принципу аналогije може применити када се пред нама постави питање споразумне деобе наследства.

## Литература

- Gavella, N. [1983]. *Pravni položaj nasljednika*, Zagreb
- Gavella, N, Josipović, T, Gliha, I, Belaj, V, Stipković, Z. [1998]. *Stvarno pravo*, Zagreb
- Delfosse, A –Peniguel, J. F. [2006]. *La réforme des successions et des libéralités*, Paris
- Klüsener, B–Walter, E. [2002]. *Erbern, Vererben und Nachlassplanung*, Recklinghausen ZAP-Verl
- Koziol, H–Welser, R. [2007]. *Grundriss des bürgerlichen Rechts, band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, Wien
- Крнета, С. [1978]. *Субјективна права*, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, том III, Београд
- Leipold, D. [2002]. *Erbercht*, Tübingen
- Maganić, A. [2008]. *Razvrgrnuće suvlasničke zajednice*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2008
- Петрушић, Н. [1995]. *Поступак за деобу заједничке ствари или имовине, докторска дисертација*, Ниш
- Soergel Hs.Th. – Siebert, W. [1974]. *Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, band 6, Erbercht*, Stuttgart
- Стојановић, Н. [2009]. *Наследничка заједница*, Ниш

## Правни прописи

- Грађански законик Републике Аустрије (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811 idF BGB1 I 58/2004, 77/2004, 43/2005, 113/2006)
- Грађански законик Републике Немачке (Bürgerliches Gesetzbuch, RGB1 I S. 195, закључно са изменама и допунама из 2008. године, BGB1. I S2399)
- Грађански законик Републике Француске (Code Civil, закључно са изменама и допунама из 2006. године, La loi No 2006-728 du Juin 2006)
- Грађански кодекс Руске Федерације (Гражданский кодекс Российской Федерации). Трећи део овог Закона објављен је у СЗРФ, N 49, от 03. 12. 2001)
- Закон о ванпарничном поступку Републике Аустрије (Auberstreitgesets, BGB1 2003/111)

Закон о обавезном учешћу јавних бележника Републике Аустрије (Notariatszwanggesetz, OGH 25. 06. 1976, 1 Ob 105/75 (LGZ Wien 45 R 242/74; BG Floridsdorf 4 C 418/72)

Закона о наслеђивању Републике Бугарске (Закон за наследството на Република Българија, Обн. ДВ. бр. 22/1949, 41/1949, 275/1950, 41/1950, 41/1985, 60/1992, 21/1996, 104/1996, 117/1997, 96/1999, 34/2000, 59/2007)

Закон о својини Републике Бугарске (Закон за сопственост на Република Българија, Обн. ДВ. бр. 92/1951, 12/1958, 90/1963, 26/1973, 54/1974, 87/1974, 55/1978, 36/1979, 19/1985, 14/1988, 91/1988, 38/1989, 31/2000, 46/2006, 105/2006, 24/2007, 59/2007, 113/2007)

Закон о обавезама и споразумима Републике Бугарске (Закон за задълженјата и договорите на Република Българија, Обн. ДВ. бр. 2/1950, бр. 275/1950, 69/1951, 92/1952, 85/1963, 27/1973, 16/1977, 28/ 1982, 30/1990, 12/ 1993, 56/ 1993, 83/1996, 104/1996, 83/1999, 103/1999, 34/2000, 19/2003, 42/2005, 43/2005, 36/2006, 59/2007, 92/ 2007, 50/2008)

Zakon o nasljeđivanju Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 48/2003, 163/2003)

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 91/1996, 68/1998, 137/1999, 22/2000, 114/2001, 79/2006, 141/2006)

Obiteljski zakon Republike Hrvatske („ Narodne novine“ br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13, 05/15)

Zakon o obaveznim odnosima Republike Hrvatske („Narodne novine“, br. 35/05, 41/08, 125/11)

### **Интернет странице**

1. <http://www.legifrance.gouv.fr>
2. <http://www.lex.bg>
3. <http://www.jusline.at>
4. <http://www.narodne-novine.nn.hr>
5. <http://www.corporativelow.ru>
6. <http://www.parlament.gov.rs>
7. <http://www.dejure.org>
8. <http://www.vks.bg>
9. <http://www.vsrh.hr>



*Ivana Evtimov, LL.B.*

**ON DISTRIBUTION OF INHERITANCE BY MUTUAL  
AGREEMENT IN THE COMPARATIVE LAW**

**Summary**

*The legislative provisions governing the distribution of succession estate by mutual agreement are comprehensively regulated in the Austrian, German, French and Russian succession law. Whereas the legislators in these countries have provided a thorough and comprehensive normative framework on the issue of distribution of succession estate by mutual consent, the author's analysis of the Croatian and Bulgarian legislation on this issue indicates that the distribution of succession estate by mutual consent is formally prescribed but underdeveloped. The legislators in these countries have not tackled the specific issues concerning the parties in this legal relation, the forms of mutual agreement, the issue of partial distribution of property assets and the manner of putting the agreement into effect.*

**Key words:** *succession estate, heirs, distribution, parties' agreement, form, implementation.*



## ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

### УПУТСТВО АУТОРИМА

<b>Опште напомене</b>	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), <b>величина фонта 12 pt</b> , размак између редова 1,5. Формат странице треба да
<b>Обим рада</b>	Један ауторски табак - рад не треба да има више од <b>40.000</b> карактера,
<b>Језик и писмо</b>	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
<b>Наслов рада</b>	<b>Наслов рада</b> куцати величином фонта <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman
<b>Аутор(и)</b>	Име и презиме аутора, назив и пуна адреса институције у којој аутор ради, контакт е-mail адреса (величина фонта 12 pt). Све податке о ауторима, титула и институција,
<b>Подаци о пројекту или програму*</b>	На дну прве странице текста, треба навести у фусноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
<b>Подаци о усеном саопштењу рада*</b>	Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усеног саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у
<b>Апстракт</b>	Апстракт садржи 100-250 речи.
<b>Кључне речи</b>	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
<b>Структура текста</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Увод</li> <li>2. Поднаслов 1 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Поднаслов 2 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Поднаслов 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Поднаслов 2</li> <li>4. Закључак</li> </ol> <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Литература (References)</b>	Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају упутства).
<b>Резиме (Summary)</b>	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера
<b>Табеле, графикони, слике</b>	Табеле урадити у Wordу или Excelу. Фотографије, графикони или слике доставити у формату jpg.
<b>Ауторска права</b>	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права. Изјаву преузети <a href="#">овде</a> .
<b>Достава радова</b>	Радови се достављају у електронском облику (као <i>attachment</i> ) на следећу адресу: <a href="mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs">zbornik@prafak.ni.ac.rs</a>
<b>Огледни примерак рада</b>	Овде можете преузети ОГЛЕДНИ ПРИМЕРАК РАДА

\* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)

## УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити у тексту, као што је наведено у упутству. **Фус ноте** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

**Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати.** Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превођења.

Врста рада	Референце – литература	Цитирање у тексту
Књига, 1 аутор	Келзен, Х. (2010). <i>Онима теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.	(Келзен, 2010: 56)
Књига, Више аутора	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права.	<b>Прво цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Наредно цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). <i>Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga</i> . U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). <i>Meiji constitution</i> . In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	<b>Фус нота:</b> Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Otojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IY-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	<b>Фус нота:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IY-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Навођење у тексту:</b> (Wallace, 2001)  <b>Фус нота:</b> European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>

# Journal of the Law Faculty, University of Niš (M51)

## GUIDELINES FOR AUTHORS

<b>General notes</b>	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font <b>Times New Roman (Serbian-Cyrillic)</b> , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
<b>Paper length</b>	The paper shall not exceed 16 pages. <b>An article</b> shall not exceed 40.000 characters (including spaces). <b>A review</b> shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
<b>Language and script</b>	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
<b>Paper Title</b>	<b>The paper title</b> shall be formatted in font <b>Times New Roman</b> , font size <b>14 pt, bold</b> . The title shall be submitted in English as well.
<b>Author(s)</b>	After the title, the paper shall include the name and surname of the author(s), the name and full address of the institution affiliation, and a contact e-mail address (font size 12 pt). The data on the author(s), academic title(s) and rank(s), and the institution shall be provided in English as well.
<b>Data on the project or program*(optional)</b>	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
<b>Data on the oral presentation of the paper*(optional)</b>	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
<b>Abstract</b>	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
<b>Key words</b>	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Text structure</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Introduction</li> <li>2. Chapter 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Section 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Subsection 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Chapter 2</li> <li>4. Conclusion</li> </ol> <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>References</b>	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the <b>Guidelines for Authors</b> .
<b>Summary</b>	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Tables, graphs, figures</b>	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in <b>jpg</b> format.
<b>Copyright</b>	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded <a href="#">here</a> .
<b>Paper submission</b>	The papers shall be submitted in electronic format (as an <b>attachment</b> ) to the following address: <a href="mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs">zbornik@prafak.ni.ac.rs</a>

\* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

## CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book, (single author)	Келзен, Х. (2010). <i>Општа теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду	(Келзен, 2010: 56)
Book, (a number of authors)	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права	<b>First in-text citation:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>A subsequent in-text citation:</b> (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Nolte, K. (2007). <i>Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga</i> . U V.Pavlović i S.Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Београд: Konrad Adenauer Stiftung	(Nolte, 2007: 280)
Article in a journal	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution as an author	Републички завод за статистику. <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11 (2011)	(Републички завод за статистику, 2011)
Legal acts and regulations	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62 (2004)	<b>Footnote:</b> Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Отојуди у УК</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IУ-197/2002, <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57 (2003)	<b>Footnote:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IУ-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15. November. 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24. May. 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>In-text citation:</b> (Wallace, 2001) <b>Footnote:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24. May. 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>