
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

UNIVERZITET U NIŠU
PRAVNI FAKULTET

**ZBORNİK RADOVA
PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU**

BROJ 69 | GODINA LIV | 2015

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

N^o 69 | YEAR LIV | 2015

NIŠ, 2015.

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU
Niš, 2015.

Izdavač
Pravni fakultet u Nišu

Za izdavača
Prof. dr Miroslav Lazić, dekan

Glavni i odgovorni urednik
Prof. dr Irena Pejić

**Članovi Redakcionog
odbora iz zemlje**

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

Članovi Redakcionog odbora iz inostranstva

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

Sekretar Redakcionog odbora: doc. dr Dušica Miladinović-Stefanović
Prevodi: Gordana Ignjatović
Lektura: Aleksandra Gojković
Tehnički urednik: Nenad Milošević
Štampa: Medinvest, Niš

Od 1. marta 2014. godine Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu
pod nazivom Collection of papers, Faculty of Law, Nis je u punom tekstu dostupan
u EBSCO bazi Legal Source.

CENTAR ZA PUBLIKACIJE Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu
18 000 Niš, Trg kralja Aleksandra 11, tel. +381 18 200 501,
zbornik@prafak.ni.ac.rs, www.prafak.ni.ac.rs

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

NIŠ, 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

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

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

SADRŽAJ

Uvodna reč.....9

I ČLANCI

U FOKUSU

SAVREMENO USTAVNO PRAVOSUĐE

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 crisis29

Predrag CVETKOVIĆ

Upravljanje relacionim karakterom ugovora
o javno-privatnom partnerstvu.....57

Dragan JOVAŠEVIĆ

Nasleđe Nirnberškog suda71

Aleksandar MOJAŠEVIĆ

(Judicial) Mediation in Italy and Serbia: Comparative
Legal and Economic Analysis..... 89

Dušica MILADINOVIĆ-STEFANOVIĆ

Juvenile Prison – Remarks on the Specific
Characteristics of Regular Sentencing..... 109

Darko DIMOVSKI

Prevenција kriminaliteta kroz bavljenje
sportom i fizičkom aktivnošću 129

Sava AKSIĆ

Monarhija ili republika..... 147

Slaviša KOVAČEVIĆ

Kriza funkcija političkih partija..... 157

Aleksandar JOSIMOVSKI, Vesna PENDOVSKA Implementacija Direktive 2011/7/EU o suzbijanju zakašnenih isplata u poslovnim transakcijama u Republici Makedoniji – Zakon o finansijskoj disciplini	173
--	-----

Vidoje SPASIĆ, Branko STEVANOVIĆ Dokazivanje digitalnih povreda prava intelektualne svojine – osvrt na anglosaksonski pravni sistem	191
--	-----

II SUDSKA PRAKSA

Miloš PRICA Zaključak Ustavnog suda o odbacivanju predloga za ocenu ustavnosti i zakonitosti parafiranog „Prvog sporazuma o principima koji regulišu normalizaciju odnosa“ između Vlade Republike Srbije i Privremenih institucija samouprave u Prištini – Prikaz i komentar	215
--	-----

III PRIKAZI

Sanja MARJANOVIĆ The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law A Commitment to Private International Law Essays in honor of Hans van Loon	229
Sanja ĐORĐEVIĆ Tribina ”Kada bi Srbija pristupila Konvenciji o kasetnoj municiji... “	2241

IV RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

Ivan ILIĆ Identitet presude i optužbe.....	247
Orde GJORGJIOSKI Legislation on Overdue Payments in the Republic of Macedonia and Recommendations for Business Entities	261
Klaudija BOROJEVIĆ Postupak dodjela koncesija prema Zakonu o koncesijama Republike Srpske	273
Ivana EVTIMOV O sporazumnoj podeli nasledstva u uporednom pravu	289
Uputstvo za autore.....	305

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 71

Aleksandar MOJAŠEVIĆ
(Judicial) Mediation in Italy and Serbia:
Comparative Legal and Economic Analysis 89

Dušica MILADINOVIĆ-STEFANOVIĆ
Juvenile Prison – Remarks on the Specific
Characteristics of Regular Sentencing 109

Darko DIMOVSKI
Crime Prevention through Sports and Physical Activity..... 129

Sava AKSIĆ
Monarchy or Republic 147

Slaviša KOVAČEVIĆ
The Functional Crisis of the Political Parties 157

Aleksandar JOSIMOVSKI,
Vesna PENDOVSKA
Implementation of Directive 2011/7/EU on Combating Late
Payment in Commercial Transactions in the Republic of
Macedonia: The Financial Discipline Act..... 173

Vidoje SPASIĆ,
Branko STEVANOVIĆ
Proving the Infringement of Digital Intellectual Property
Rights: Review of the Anglo-Saxon an legal system 191

II JUDICIAL PRACTICE

Miloš PRICA
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 215

III REVIEW

Sanja MARJANOVIĆ
The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private
International Law A Commitment to Private International
Law Essays in honor of Hans van Loon 229

Sanja ĐORĐEVIĆ
Public debate: “What if Serbia acceded to
the Convention on Cluster Munitions ...” 241

IV PHD STUDENTS’

PAPERS

Ivan ILIĆ
The Identity of Judgment and Indictment 247

Orde GJORGJIOSKI
Legislation on Overdue Payments in the Republic of
Macedonia and Recommendations for Business Entities 261

Klaudija BOROJEVIĆ
Granting a Concessions according to the
Concession Law of Republika Srpska 273

Ivana EVTIMOV
On Distribution of Inheritance by Mutual Agreement
in the Comparative Law 289

Guidelines for Authors..... 305

Uvodna reč

Poštovani čitaoci,

Pred vama je prva sveska Zbornika radova Pravnog fakulteta u Nišu za 2015. godinu od ukupno tri sveske koliko se godišnje objavljuje. Na poziv Redakcije časopisa da se radovi, osim na srpskom jeziku, objavljuju i na stranim jezicima javio se veći broj autora iz zemlje i inostranstva, a možemo očekivati i njihovu veću zastupljenost u narednim brojevima časopisa. S obzirom da je jedan od ciljeva uređivačke politike podizanje kvaliteta i naučne kategorizacije časopisa, nadamo se da će ovakav pristup u perspektivi omogućiti izlaženje posebnog broja na engleskom jeziku.

Zadovoljstvo nam je da vas obavestimo da je Pravni fakultet Univerziteta u Nišu zaključio ugovor sa HeinOnline bazom za pretraživanje. Nakon okončanja poslova oko digitalizacije časopisa od njegovog osnivanja, što znači da su svi brojevi dostupni u elektronskom obliku sa sadržajem na srpskom i engleskom jeziku, časopis će, pored EBSCO baze, biti vidljiv i u jednoj od najvećih svetskih zbirki pravnih izvora i literature - HeinOnline bazi podataka.

U Nišu, maj, 2015. godine

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

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

ČLANCI

**U FOKUSU
SAVREMENO USTAVNO
PRAVOSUĐE**

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*

NAUČNI ČLANAK

UDK: 342.565.2(4-672EU)

Rad primljen: 09.02.2015.

Rad prihvaćen: 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.¹ 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

1 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.² 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

2 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, Mayer, 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.³ 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

³ 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).⁴ 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

⁴ 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.⁵

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.⁶ 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.

6 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 function⁷, 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.⁸ 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.⁹

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 off* 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 off* without any preconditions or restraints.¹⁰

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 off* 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.¹¹ „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

Dr Olivera Vučić,

Redovni profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet u Beogradu

Sudija Ustavnog suda Republike Srbije

Dr Dragan Stojanović,

Redovni profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet u Nišu

Sudija Ustavnog suda Republike Srbije

EVROPSKI MODEL USTAVNOG PRAVOSUĐA

Rezime

Nema sumnje da su opšte premise, funkcije i kompetencije ustavnog pravosuđa u evropskom prostoru u značajnoj meri standardizovane, inter alia, u njenoj dimenziji normativne kontrole prava. Polazeći od zajedničkih nadležnosti ustavnih sudova, može se utvrditi dalja velika sličnost ustavnih rešenja u državama sa specijalnim ustavnim sudom, kako u pogledu predmeta ustavne kontrole (normativni i pojedinačni akti suverenih formi – odluke redovnog pravosuđa ili upravni akti), te načina njenog aktiviranja, tako i u samom postupku kontrole i pravnom dejstvu odluka ustavnih sudova. Zbog toga je moguće govoriti o postojanju jednog jedinstvenog modela ustavnog pravosuđa u Evropi koje se ponajviše oslanja na nemačko-austrijski model ustavnog sudstva.

Ustavno sudstvo u nizu država, uključujući Republiku Srbiju, zadobija ulogu opšteg kontrolora zakonodavstva, izvršenja i ordinarnog sudstva. Mada to znači da evropski ustavni sudovi sve više postaju „sudovi običnih ljudi“, ipak, oni zadržavaju karakter nezavisnih institucija, koje, rešavajući izuzetno ozbiljne, objektivne ustavne konflikte i nadalje zauzimaju mesto na „preseku prava i politike“. S druge strane, vanredno aktivna uloga ustavnog sudstva u kontroli prava dovela je do toga da

u doktini sve više pristalica nailazi stanovište da ustavno pravosuđe predstavlja svojevrsnu, specijalnu vlast ustavne kontrole, koja bi po svojoj prirodi bila posebna, „četvrta“ grana državne vlasti.

Za Ustavni sud Republike Srbije može se očekivati da će i nadalje njegovi prioriteti biti ocena ustavnosti zakona, ali sve više i ispitivanje njihove konformnosti sa međunarodnim ugovorima, u procesu harmonizacije domaćeg prava sa pravom EU, kao i neposredno odlučivanje o povredi osnovnih prava čoveka. Glavni zadatak, međutim, biće rešavanje problema hiperinflacije ustavnih žalbi koja preti da u potpunosti uruši funkcionalnu sposobnost Ustavnog suda i potpuno parališe njegov rad.

Ključne reči: *Ustavno pravosuđe, ustavni sud, kontrola ustavnosti, normativna kontrola.*

Dr Toma Birmontienė,*

Judge of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania

Professor, Mykolas Romeris University, Lithuania

NAUČNI ČLANAK

UDK: 342.565.2(474.5)

Rad primljen: 12.03.2015.

Rad prihvaćen: 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 rights¹. 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.² 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 Constitution³, *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).

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,⁴ 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)⁵, 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.⁶

In its ruling of 23 April 2002, the Constitutional Court, while investigating the criteria of calculation of one of the awarded state pensions,⁷ 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.⁸ 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.

⁸ 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 2006⁹ 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.¹⁰

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 well¹¹.

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 remunerations¹² 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;¹³

– 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;¹⁴ 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.¹⁵

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.¹⁶

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 2004.¹⁷

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.¹⁸

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.¹⁹

19 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 Latvia²⁰ 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.²¹

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 Ukraine²² 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.²³

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.²⁴ 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.²⁵

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.²⁶ 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.²⁷

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.²⁸

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.²⁹

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.³⁰ 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.³¹ 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 pensions³²)) 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 authority³³), 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.³⁴ 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 2006,³⁵ 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.³⁶

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.³⁷ 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.³⁸

On 12 December 2012, the Constitutional Tribunal of Poland adopted a ruling,³⁹ 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)

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 2013⁴⁰ 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
- 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
- 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.*)

Dr Toma Birmontienė

Sudija Ustavnog suda Republike Litvanije

IZAZOVI PRED USTAVNIM SUDOM LITVANIJE ZA VREME GLOBALNE EKONOMSKE KRIZE

Rezime

Ekonomski i finansijski problemi država, na koje se može gledati kao na ekonomsku krizu u kontinuitetu, izvršili su uticaj na ustavnu doktrinu o zajemčenim pravima iz oblasti socijalne zaštite koju formulišu ustavni sudovi. Oni su se suočili sa složenim zadatkom ocenjivanja da li su odluke koje su donele državne ustanove primerene i srazmerne zahtevima koji proističu iz ustava.

Ekonomska kriza je pokrenula brojna složena pitanja za ustavne sudove. Kao prvo, da li su ustavni sudovi, suočeni sa globalnom ekonomskom krizom, u stanju da se bave pitanjima povezanim sa ekonomijom, odnosno da odlučuju o ustavnosti hitnih mera štednje koje država donosi. U uslovima globalnih ekonomskih mera štednje, pogođena su najosetljivija područja, kao što su zajemčena prava iz oblasti socijalne zaštite, a pitanja penzija, zarada ili porodijskog odsustva postala su goruća pitanja.

Jurisprudencija Ustavnog suda Litvanije formulisala je doktrinu kojom se ograničavaju zajemčena prava iz oblasti socijalne zaštite za vreme ekonomske krize, a period u kome je ova doktrina nastajala može se podeliti u dve faze: od 2002. do 2006, kada je Ustavni sud odlučivao o ustavnosti pravnih akata kojima se sužavaju socijalne garancije, u situaciji nastaloj zbog uticaja tzv. „ruske krize“ na privredu Litvanije (u tom periodu je Ustavni sud usvojio nekoliko odluka koje su počele da formiraju doktrinu o smanjenju zajemčenih prava iz oblasti socijalne zaštite u vreme ekonomske krize); i od 2009. do danas, kada je Ustavni sud formirao ustavnu doktrinu o ograničenju prava iz oblasti socijalne zaštite u situaciji nastaloj zbog posledica globalne ekonomske krize po privredu države Litvanije.

Doktrina o ograničenju zajemčenih socijalnih prava za vreme ekonomske krize, koju je Ustavni sud formulisao u periodu između 2009. i 2013, a koja je nastavak prethodne doktrine, može se oceniti kao specijalna doktrina o ograničenju ljudskih prava, čiju suštinu čine opšteprihvaćeni principi ograničenja ljudskih prava. Aktima Ustavnog suda uspostavljene su i nezavisne osnove za smanjenje garancija samo socijalnih prava (penzija i zarada) za vreme ekonomske krize. One su, iako su utemeljene na opštim načelima doktrine o ljudskim pravima, dopunjene i dodatnim kriterijumima, kao na primer: zahtevom da se smanjenje zajemčenih prava iz oblasti socijalne zaštite (penzija i zarada) zasniva na okolnostima koje svedoče o prisustvu veoma teške ekonomske situacije u državi; zahtevom za postojanjem zvaničnog

saopštenja da u državi postoji veoma teška ekonomska i finasijska situacija koja nije kratkoročna; zahtevom da se zarade i penzije moraju smanjiti na period koji ne prelazi jednu budžetsku godinu, dok je prilikom odobravanja državnog budžeta za sledeću godinu normotvorac dužan da ponovo proceni ekonomsku situaciju u državi i da ponovo odluči u pogledu smanjenja pomenutih socijalnih garancija; da smanjenje mora biti privremeno i ne sme narušavati proporcionalni odnos plata i naknada koji je postojao pre krize; da zakonodavac može da uspostavi granicu ispod koje penzije (i plate) neće biti smanjivane čak ni za vreme ekonomske krize; da nije dozvoljeno u većoj meri smanjiti starosne penzije dodeljene osobama koje imaju posao ili vode privatni posao (ovaj važan kriterijum je uspostavljen u prethodnoj doktrini); da se starosne penzije koje su smanjene zbog ekonomske i finasijske krize moraju nadoknaditi, dok se smanjene državne penzije – samo ukoliko su smanjene u velikoj meri, mogu nadoknaditi, ali samo u manjoj meri. Ustavno načelo društvene solidarnosti, tumačeno u kontekstu ustavnog principa jednakih prava, podrazumeva dužnost zakonodavca da uspostavi nediskriminatorni stepen smanjenja zarada licima koja su za svoj posao plaćena iz fondova državnog ili opštinskog budžeta.

Trenutno je predmet pažnje i pitanje smanjenja zajemčenih prava iz oblasti socijalne zaštite sudija, odnosno smanjenje njihovih zarada. Formulšući doktrinu zajemčenih prava iz oblasti socijalne zaštite za sudije, Ustavni sud je istakao kao imperativne sudijske zarade i njihova zajemčena socijalna prava iz načela nezavisnosti sudija i sudova uspostavljenog u članu 109. Ustava. Sistem zajemčenih socijalnih prava sudija, formulisan u doktrini Ustavnog suda, treba oceniti kao važnu garanciju nezavisnosti sudija, što postaje pitanje od naročito značaja u uslovima ekonomske krize, kada zakonodavac postavlja ograničenja na moguću visinu zarada i penzija. Ustavni sud je u svojoj odluci od 1. jula 2013. dalje razradio doktrinarne odredbe zasnovane na opštoj doktrini smanjenja prava iz oblasti socijalne zaštite (plata i penzija) u uslovima ekonomske krize, formulisanom u odluci Ustavnog suda od 26. marta 2006, u kojoj je saopšten značaj poštovanja principa proporcionalnosti prilikom uspostavljanja konkretnih ograničenja na zajemčena socijalna prava.

Ključne reči: Ustavni sud, ustavna doktrina ograničenja, socijalna prava, ekonomska kriza.

UPRAVLJANJE RELACIONIM KARAKTEROM UGOVORA O JAVNO-PRIVATNOM PARTNERSTVU**

Apstrakt: Ugovorni osnov javno-privatnog partnerstva ima karakter relacionog ugovora. Relacioni ugovori su nekompletni sporazumi koji uređuju transakcije kod kojih su strane uzajamno saglasne da je nemoguće ili ekonomski neefikasno *ex ante* ugovorno definisanje mogućih teškoća i okolnosti realizacije ugovora, odnosno *ex post* kontrola ispunjenja ugovornih odredaba od strane trećih subjekata (suda ili arbitraže). Za metodologiju upravljanja relacionim ugovorima od značaja je da se teorija relacionih ugovora ne zalaže za ustanovljavanje relacionih ugovora kao posebne, imenovane kategorije ugovora. Njome se definiše relacioni ugovor kao kategorija kojom se legitimizuje „relacioni mod“ konkretnog ugovora. Metodologija relacionih ugovora od značaja je za ugovor o javno-privatnom partnerstvu: njome se obezbeđuje da ugovorni odnos tokom realizacije bude upodobljen izmenama u okruženju u kome ugovor o JPP funkcioniše. Opisano upodobljavanje ima dva aspekta. Prvi, *ex ante* aspekt ima za cilj da spreči da upodobljavanje ugovora ide na štetu javnog partnera. Ono je stoga parametar koji se uzima u obzir prilikom pripreme kriterijuma izbora najpovoljnijeg privatnog partnera, pri čemu se mora obezbediti verifikabilnost kriterijuma njegovog učinka u fazi realizacije JPP projekta. Opisano upodobljavanje obezbeđuje se definisanjem predmeta obaveze privatnog partnera, ustanovljavanjem prioriternih ciljeva projekta, uslovima podobnosti privatnog partnera da učestvuje u postupku dodele ugovora, konkretizacijom „vrednosti za novac“

* pepicvetkovic@gmail.com

** Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu od 2013. do 2018. godine. Istraživač na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (179046), koji se realizuje na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu, uz podršku Ministarstva za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije. Istraživač na projektu „Održivost identiteta Srba i nacionalnih manjina i pograničnim opštinama istočne i jugoistočne Srbije, (179013), koji se realizuje na Univerzitetu u Nišu – Mašinski fakultet, a finansira ga Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

koju javni partner dobija realizacijom projekta i odgovarajućim strukturiranjem ugovora. Drugi, *ex post* aspekt podrazumeva upodobljavanje ugovora promenama konteksta ugovora tokom njegove realizacije. Ključni principi u ovom smislu su načela solidarnosti i kooperacije.

Ključne reči: javno-privatno partnerstvo, relacioni ugovori, oportunitet ugovarača, „hold up“ problem, kooperacija, solidarnost.

1. Uvod

Ugovorni osnov javno-privatnog partnerstva u svetlu *sui generis* strukture odnosa javnog i privatnog partnera ima karakter relacionog ugovora. Izrasla iz empirijskih radova Maculay-a (Macaulay, 1963: 55), teoretski ju je zaokružio Macneil, koji je teoriju nazvao „teorijom relacionih ugovora“ (Macneil, 1978: 854).

Za razumevanje relacionih ugovora koristi se metod negativnog definisanja: oni nisu identični sa klasičnim ugovornim mehanizmima (u kontekstu teorije relacionih ugovora ovi se ugovori nazivaju „transakcionim“ ugovorima). Transakcioni ugovori su dizajnirani za singularne transakcije između dve strane. Karakteriše ih načelna irelevantnost identiteta ugovarača. Transakcija je ograničena vremenski (odvija se simultano), pri čemu se jedan tip transakcije odvija (ponavlja u svojim osnovnim karakteristikama) u većem broju između različitih učesnika na tržištu (tipičan primer je ugovor o prodaji). Transakcioni ugovori su kompletni pravni sporazumi u smislu da obe strane pregovaraju uz načelnu jednaku dostupnost informacija važnih za strukturiranje ugovora. One su stoga u poziciji da *ex ante* definišu uslove transakcije. Karakteristike transakcije i obaveze svake strane elaborirane do mere da su posledice izvršenja ili neizvršenja predvidljive u momentu zaključenja: stoga je moguća *ex post* procena stepena ispunjenja tih obaveza (ili kršenja ugovora). Opisana mogućnost *ex ante* elaboracije prava, obaveza i odgovornosti ugovarača, te rizika i uslova realizacije ugovora, praćena *ex post* kontrolom ispunjenja navedenih elemenata, naziva se transakcionim elementom. Transakcioni element sprečava konflikt oko sadržine posledica neispunjenja ugovornih odredaba. Konflikt postoji jedino u pogledu pitanja ispunjenosti uslova za nastupanje posledica povrede ugovora (sankcije) u konkretnom slučaju. Evaluaciju te ispunjenosti vrše sudovi ili arbitraže. U krajnjem, postoji sigurnost strana da će ugovorom zasnovana prava biti zaštićena od strane nezavisnog trećeg subjekta. Takvu zaštitu i sprovođenje omogućavaju gore navedene karakteristike klasičnih ugovora.

U opisanu konstrukciju transakcionih trgovačkih ugovora ne uklapaju se dugoročni sporazumi koji realizuju u uslovima podložnim promeni na način da se promena uslova (konteksta) ugovora razumno može očekivati; primer ovih

ugovora su ugovori o stranim ulaganjima ili ugovor o realizaciji projekta javno-privatnog partnerstva. Relacioni ugovori se razlikuju od klasičnih ugovornih transakcija u sledećim karakteristikama:

Prvo, relacioni ugovori su nekompletni sporazumi. Radi se o sporazumima koji definišu transakcije kod kojih su strane uzajamno saglasne da je nemoguće ili ekonomski neefikasno (do mere da obesmišljava ugovor) *ex ante* ugovorno definisanje mogućih teškoća i okolnosti ugovora, odnosno *ex post* kontrola ispunjenja ovih uslova od strane arbitraže ili suda. Relacioni ugovor je baziran na rezultatu koji strane (za razliku od klasičnih ugovora) ne mogu u potpunosti predvideti *ex ante*. Nasuprot tome, kod transakcionih kontraktualnih instrumenata, nameravani efekat ugovora je merljiv i razumno očekivan: kod ugovora o prodaji, na primer, ovaj efekat je isporuka robe kupcu i plaćanje cene prodavcu. U tom smislu, kauza obavezivanja kod relacionih ugovora je fleksibilnija u komparaciji sa transakcionim ugovorima. Stoga relacioni ugovori ostavljaju prostor da strane svoje novo znanje o konkretnoj situaciji adaptiraju u okvir sopstvenog ugovornog odnosa.

Drugo, strane relacionog sporazuma ne definišu detaljne planove delovanja. Fokus je pre svega na ciljevima i razlozima ugovora, te načelima koja su široko primenjiva u slučaju okolnosti koje imaju karakter „nepoznatih nepoznanica“. Da bi se takve okolnosti prevazišle a ugovor opstao, strane iz ugovora razvijaju odnos koji se zasniva na poverenju i solidarnosti kao karakteristikama koji idu daleko izvan granica originalnog sporazuma (Bird, 2005: 151). U krajnjem, odredbama relacionih ugovora utvrđuju se zajednička očekivanja, uz ustanovljavanje mehanizma koji će se koristiti da bi se donela odluka ili alocirali rizici, troškovi i koristi strana od realizacije ugovora.

Treće, postoje prazna polja u strukturi relacionih ugovora. Postojanje praznina rezultat je sledećeg pristupa ugovornih strana: umesto da koriste ugovorne tehnike koje stoje na ekstremnim polovima raspoloživih metoda (ostavljanje tih prostora neregulisanim, sa jedne, odnosno rigidno definisanje, sa druge strane, koje je, kao što je već rečeno, nemoguće, odnosno finansijski zahtevno do mere da obesmišljava ugovor), strane relacionog sporazuma teže da ustanove efikasne procedure koje će obezbediti fleksibilnost relacionih sporazuma (pregovaranje, zajedničke organe za praćenje sporazuma, utvrđivanje minimalnih i maksimalnih parametara za ocenu ispunjenosti ugovornih obaveza poput visine cene za proizvod ili uslugu koju isporučuje projekat javno-privatnog partnerstva).

Relacionalnost predstavlja opredeljujuću karakteristiku ugovora o javno-privatnom partnerstvu (JPP). Reč je o ugovorima koji su idiosinkratični – jedinstveni (za razliku od klasičnih ugovora koji mogu biti i tipski i formularni) (Ćirić, 2010: 83–85). Ugovori o javno-privatnom partnerstvu moraju uskladiti princip hije-

rarihije na koji se naslanja javni partner (visoki nivo administrativne kontrole i nepostojanje ekonomskog podsticaja) sa principom tržišnog poslovanja na kome počiva logika privatnog partnera. Za javno-privatno partnerstvo je važno da se sistem tržišnih podsticaja koji postoji u privatnom sektoru (kao elemenat koji nedostaje javnom sektoru) implementira u konkretan ugovor o JPP: u ovoj implementaciji leži ključ za realizaciju ciljeva projekta javno-privatnog partnerstva u pitanju (Cvetković, 2014: 641).

2. Upravljanje relacionim karakterom ugovora o javno-privatnom partnerstvu

Polazna tačka konkretizacije metodologije relacionih ugovora je da relacioni ugovor nije formalna pravna kategorija, niti se teorija relacionih ugovora zalaže za ustanovljavanje relacionih ugovora kao posebne, imenovane kategorije ugovora koja bi bila regulisana različito od transakcionih ugovora. Radi se pre svega o teoretskom konceptu upućenom stranama koje stupaju u ugovor sa relacionim karakteristikama. Relacioni ugovori nisu antipod transakcionim ugovorima: naime, svi ugovori imaju više ili manje izražen „relacioni pristup“. Čak i izrazito transakcioni ugovori, kao što je kupovina robe koja se realizuje jednokratno, delom su uslovljeni opštim okruženjem (kontekstom) u kome se ugovor zaključuje i realizuje. Zastupnici teorije relacionih ugovora zalažu se isključivo za odgovarajuće uvažavanje specifičnosti ugovora kod kojih je relacioni elemenat izražen: najpre njegovo prepoznavanje, a potom i odgovarajuće implementiranje u samom ugovoru. Ne postoji *ex ante* i *a priori* test za utvrđivanje razlike između relacionih i transakcionih ugovora. Ovaj test nije ni potreban, imajući u vidu razloge nastanka teorije relacionih ugovora: radi se o uvođenju relacionog ugovora kao analitičke kategorije fokusirane na praktičan kontekst i upućene ugovaračima. Legitimizacija „relacionog moda“ konkretnog ugovora funkcioniše u okviru klasičnih ugovornih instrumenata, pri čemu su struktura i karakter ovih ugovornih sredstava upodobljeni praktičnim okolnostima relacionog ugovora (*in concreto* pristup neophodan je s obzirom na to da je idiosinkratičnost jedna od njegovih karakteristika).

Pitanje metodologije sredstava koja stoje na raspolaganju stranama relacionih ugovora prepoznato je u literaturi (Campbell, 2005: 455). Potrebno je definisati pravne instrumente koji omogućavaju da ugovorne strane konstruktivno reaguju u slučaju promene konteksta ugovora, u vreme i u meri u kojoj je to potrebno da bi se očuvao ugovor kao okvir interesa strana relacionog sporazuma. Metodologija relacionih ugovora trebalo bi da omogući da strane definišu konkretne relacione aspekte ugovora, te da omoguće da sud ili arbitražna izvrše analizu tako definisanih aspekata i pitanja koja ih tvore. (Merz, 2000: 914–915).

Primenjena u funkciji upravljanja relacionim karakterom ugovora o javno-privatnom partnerstvu, metodologija relacionih ugovora partnerstvu mora da obezbedi da „poznate nepoznanice“ kao elementi sporazuma o JPP budu tretirane na odgovarajući način. Strane ugovora o JPP (kao relacinog ugovora) ulaze u ugovorni odnos sa svešću da će biti neophodno njegovo upodobljavanje kontekstu ugovora. Opisano upodobljavanje posmatrano u kontekstu ugovora o JPP i samog javno-privatnog partnerstva kao relacionog odnosa ima dva aspekta.

Prvi aspekt je da potreba upodobljavanja bude parametar u procesu pripreme ugovora (*ex ante* metodološki aspekt). Ovaj parametar, dakle, mora da bude element koji se uzima u obzir prilikom pripreme kriterijuma izbora najpovoljnijeg ponudioca: krajnji cilj primene opisanog parametra u pripremi i sprovođenju postupka izbora najpovoljnijeg privatnog partnera za realizaciju JPP projekta je da kriterijumi izbora i učinka privatnog partnera budu podobni za verifikaciju u fazi realizacije JPP projekta.

Drugi aspekt jeste da se u samom ugovoru obezbede elementi za fleksibilnost tokom njegove realizacije nakon zaključenja ugovora (*ex post* metodološki aspekt).

Oba aspekta predmet su izlaganja koje sledi.

2.1. Ex ante aspekt upravljanja relacionim karakterom ugovora o javno-privatnom partnerstvu

Suština metodologije *ex ante* jeste da u toku same pripreme ugovora javni partner mora da deluje imajući u vidu perspektivu njegove implementacije i uzimajući u obzir njegov relacioni karakter.

Metodologija *ex ante* zahteva da javni partner adekvatno:

- specifikuje predmet prestacije privatnog partnera;
- obezbedi kriterijume i mehanizme za verifikaciju ispunjenja prestacije privatnog partnera, uključujući i kriterijume za određivanje dobijene „vrednosti za novac“;
- definiše prioritet projekta, u slučaju tenzije između konkurentnih ciljeva koji se projektom ostvaruju (najčešće se radi o ekonomskoj efikasnosti, sa jedne, i zaštiti dostupnosti javnih usluga i socijalno ugroženim slojevima, sa druge strane);
- da obezbedi transparentnost;

Suštinski, *ex ante* metodologija trebalo bi da obezbedi instrumente za verifikaciju ispunjenja ugovora od strane privatnog partnera. Ukoliko takva verifikacija nije moguća ili je neracionalna, postoji sumnja da je javno-privatno partner-

stvo neadekvatan modalitet za projekat zaštite javnog interesa, te da bi javni partner trebalo da u cilju zaštite i unapređenja ovog interesa koristi sopstvena sredstva ili kreditni kapital. Na primer, ukoliko se radi o koncesiji za izgradnju i eksploataciju postrojenja za preradu otpada, nemogućnost da se utvrdi količina otpada koja se može potencijalno preraditi u postrojenju za upravljanje otpadom predstavlja razlog da se preispita odluka o ulasku u projekat. Naime, u odsustvu jasne verifikabilne informacije javni partner nema parametar za definisanje drugih elemenata JPP projekta (koncesione nadoknadu; visine nadoknade koju potencijalni koncesionar naplaćuje po toni i slično). Time je u nemogućnosti da na odgovarajući način utvrdi kriterijume za ocenjivanje ponude. U krajnjem, ulazak u javno-privatno partnerstvo bez opisane informacije bio bi spekulativan i rizičan bilo da je procena viša bilo da je niža u odnosu na raspoloživu količinu otpada (količinu koja nije verifikabilna), imajući u vidu sledeće:

- procena koja bi bila previsoka u odnosu na stvarno raspoloživu količinu otpada (koja je u realnosti manja) stvorila bi osnov odgovornosti javnog partnera zbog činjenice da je privatni partner zasnovao svoju ponudu na podacima javnog partnera za koje se ispostavilo da su netačni ili nepotpuni;
- procena količine otpada koja bi bila niža u odnosu na stvarno raspoloživu uslovlila bi da postrojenje ne vrši svoju primarnu funkciju: upravljanje otpadom na određenoj teritoriji. Naime, privatni partner bi izgradio postrojenje čiji kapaciteti ne bi bili dovoljni za stvarno raspoložive količine otpada.

U opisanom primeru moguće rešenje je da se rizik utvrđivanja količina prebaci na privatnog partnera. Sa druge strane, takvo alociranje rizika protivreči jednom od principa raspodele rizika u JPP projektima: rizike snosi strana koja je u poziciji da njima upravlja na najefikasniji način (Cvetković, 2012: 121). Jasno je da informacije o karakteristikama predmeta JPP spadaju u polje „znanja“ javnog partnera koji je u skladu sa tim u poziciji da efikasno upravlja rizikom neadekvatne procene količine otpada koja bi trebalo da bude predmet prerade.

Uspeh u definisanju parametara verifikacije uslovljen je i strukturom ugovora. Opisana uslovljenost ilustruje se praktičnim primerom projekta javno-privatnog partnerstva za održavanje metroa u Londonu. Javno-privatno partnerstvo bilo je ograničeno na održavanje infrastrukture, dok je upravljanje ostalo u polju odgovornosti javnog partnera. Projektom je predviđeno da tri privatna partnera održavaju metro pri čemu je svako od njih nadležan za određeno područje. Odvajanje segmenta održavanja (u nadležnosti privatnog sektora) i eksploatacije (faza koja je ostala u nadležnosti javnog sektora) lišilo je javni sektor mogućnosti da se koriste jednostavni kriterijumi učinka privatnog partnera, poput tačnosti i pouzdanosti usluga prevoza (što bi bilo moguće da je privatni partner dobio mogućnost i upravljanja i održavanja). Kako je javni partner odgovoran za

vršenje usluge prevoza, bilo je nužno definisati mere za verifikaciju ispunjenja obaveze privatnog partnera (obaveza održavanja) zasnovane na proceni uticaja održavanja na efikasnost prevoza metroom (efikasnost same eksploatacije, koju vrši javni partner). Opisane mere bile su složene kao koncept i kompleksne za kalkulaciju (Burnett, 2013: 217). Iz opisanog primera jasno je da bi kriterijumi verifikacije trebalo da budu vezani za učinak (rezultat; e. „*output based criteria*“), uz minimalne specifikacije ulaznih vrednosti. Time se, između ostalog, podstiče inovativnost privatnih partnera u postupku izbora najpovoljnijeg ponudioca.

Ugovorne odredbe takođe mogu da budu formulisane na način koji podstiče realizaciju JPP projekata u pravcu ostvarivanja tačno određenog cilja. Primer ovakvih odredaba je definisanje cene (tarife) koju privatni partner naplaćuje od korisnika infrastrukture za pružene usluge.

Tako, ukoliko je primarni cilj privatnog partnera da obnavlja postojeću infrastrukturu, ugovorom će biti predviđen metod određivanja cene na osnovu garantovane stope povraćaja investicije privatnom partneru (eng. *rate of return*). Stopa povraćaja dobija se na osnovu vrednosti investicije javnog partnera i roka trajanja projekta JPP. Po utvrđivanju stope povraćaja, formiraju se tarife koje mogu biti fiksirane za određeni period. Sporazumom o JPP može se predvideti mogućnost tzv. „regulatornog intervala“, odnosno vremena u kome se tarife ponovo utvrđuju, uzimajući u obzir okolnosti u kojima funkcioniše projekat javno-privatnog partnerstva. Po pravilu je privatni partner taj koji inicira pregovore o usklađivanju tarifa.

U slučaju da je za javnog partnera ključni cilj povećanje nivoa efikasnosti postojećih infrastrukturnih postrojenja (a ne obnova postojeće infrastrukture) koristiće sistem maksimalne cene (e. „*price cap*“) zasnovan na najvišem iznosu tarife koji definiše javno telo. Visina tarife je zasnovana na ceni isporučene usluge ili dobra (na primer, kod vodosnabdevanja osnov tarife je cena vode). Prilikom određivanja cena javni partner ulazi u sledeći rizik: ukoliko maksimalno određeni iznos bude previsok, privatni partner ostvaruje profit bez podsticaja da efikasno realizuje projekat JPP; ukoliko je maksimalno dopuštena cena preniska, ugrožava se finansijska održivost projekta JPP, što na prvi pogled šteti samo privatnom partneru, ali se dugoročne i političke posledice prenose i na javnog partnera, zbog izostanka odgovarajućeg kvaliteta i obima vršenja delatnosti od javnog interesa. U krajnjem, moguće je da se u postupku izbora najpovoljnijeg privatnog partnera jave ponudioci čije su ponude agresivne i oportune ponude, zasnovane na spekulisanju o mogućim naknadnim izmenama uslova utvrđenih u javnom pozivu (koji su osnov budućeg ugovora o realizaciji javno-privatnog partnerstva) (Ping, 2013: 178, 179).

Za razliku od tarife određene prema garantovanoj stopi povraćaja (zasnovanoj na proceni prethodnih, „istorijskih“ troškova investicije), tarifa određena utvrđivanjem maksimalno dopuštene cene bazirana je na proceni budućih troškova. Odgovarajuće utvrđena visina maksimalno dopuštene tarife podstičaj je privatnom partneru da smanji operativne troškove (jer mu tada veći procenat tarife ostaje kao prihod). Posle svakog regulatornog intervala usaglašavaju se iznosi maksimalnih cena. Važno je da ugovorom javni partner obezbedi pravo da se cene usaglašavaju na način koji štiti njegove interese. Značajan deo interesa javnog partnera obezbeđuje se određivanjem početne tarife za pružanje usluga od javnog interesa (tarife koju naplaćuje privatni partner): ukoliko je ona na odgovarajući način definisana, raste verovatnoća da će i njena usaglašavanja tokom kasnijeg perioda biti u skladu sa očekivanjima javnog partnera.

Posebno važno je *ex ante* definisanje podsticaja transparentnosti i saradnje u razmeni informacija. Princip je sledeći: teret obezbeđenja informacije i podsticaj njenog otkrivanja usmeren je ka akteru (privatnom ili javnom) koji informaciju poseduje ili je razumno očekivati da je može pribaviti. Primenjen na obavezu privatnog partnera da „podeli“ informacije sa javnim partnerom, princip deluje na sledeći način: ukoliko se radi o projektu koji je praćen dinamičnim razvojem tehnologije, privatni partner se ugovorom može obavezati da svoju tehnologiju u određenom roku upodobi tehnološkom napretku. Ovom obavezom prevenira se mogućnost da privatni partner kalkuliše predlogom za realizaciju projekta time što će predložiti korišćenje starijih tehnologija: mogućnost manipulacije je eliminisana time što bi privatni partner koji, mada svestan postojanja i raspoloživosti nove tehnologije, predlaže korišćenje zastarele, kasnije bio (u skladu sa ugovornom obavezom upodobljavanja) izložen visokim troškovima implementacije savremenih tehnologija na JPP projekat u pitanju. Opisani mehanizam opravdan je iz sledećeg razloga: informaciju o savremenim tehnologijama po pravilu ima privatni partner kome je posedovanje takvih informacija ključno za uspeh na tržištu. Pribavljanje ove informacije od strane javnog partnera bi bilo finansijski i logistički neodrživo i zahtevalo „projekat o projektu“. Stoga, u slučaju da pitanje upodobljavanja tehnologije savremenom razvoju ostane neregulisano, izostaje i podsticaj za privatnog partnera da obezbedi informaciju o načinu njegovog rešavanja: od izostanka takve informacije privatni partner ima samo korist (manja cena za zastarelu tehnologiju i viši nivo profita).

Takođe, opšte formulisani kriterijumi poput „kvaliteta usluga“ koje bi trebalo da budu rezultat realizacije projekta javno-privatnog partnerstva moraju da budu konkretizovani: u suprotnom, postoje teškoće u definisanju njihovog ispunjenja, čime se redukuje vrednost ovih kriterijuma za javnog partnera u postupku kontrole učinka privatnog partnera. Kod usluga sa karakterom delatnosti od opšteg interesa ima mesta stavu da je neophodno inkorporirati minimalne

standarde isporuke robe i vršenja usluga u sam ugovor: ovi standardi ne mogu biti predmet pregovora.

U *ex ante* metode upravljanja relacionim karakterom ugovora ubraja se i prethodno definisanje iskustva i finansijske solidnosti ponudioca. Ovi kriterijumi po pravilu su eliminatorni: ukoliko nisu ispunjeni, ponuda nije predmet daljeg razmatranja. Podobnost privatnog partnera podrazumeva dokaz o finansijskoj solidnosti. Tako podnosilac ponude treba da dokaže da ima pristup ili ima raspoloživa likvidna sredstva, nepokretnosti bez opterećenja, kreditne linije i druga sredstva. Navedena sredstva trebalo bi da zadovolje zahteve vezane za novčane tokove neophodne za realizaciju ugovora u slučaju zastoja ili odlaganja početka rada.

Važan element podobnosti privatnog ponudioca su i ljudski resursi. Potencijalni ponudilac dužan je da obezbedi opšte informacije o upravljačkoj strukturi i o raspoloživosti kvalifikovanog personala za određene ključne pozicije koje su navedene u javnom pozivu, za period implementacije ugovora.

Takođe, u cilju sticanja opšte slike o tržišnom profilu privatnog partnera, podnosilac ponude mora da obezbedi podatke o tekućim pravnim procesima sporovima u odnosu na okončane ili ugovore čije je izvršenje u toku, kao i ove podatke za određeni period koji prethodi započinjanju postupka dodele javnog ugovora.

Iz gore navedenog očigledno je da javno-privatno partnerstvo kao koncept uslovljeno prethodnim rešavanjem kompleksnih pitanja: ovo rešavanje pretpostavlja postojanje određenog nivoa ekspertize i znanja na strani javnog partnera. Ukoliko takve ekspertize nema, ulazak u javno-privatno partnerstvo nosi rizik prekida kontinuiteta zaštite javnog interesa kao temeljnog elementa u realizaciji projekata sa privatnim akterima u javnom sektoru.

2.2. *Ex post* aspekt upravljanja relacionim karakterom ugovora

Dok je ključni cilj *ex ante* metodologije upravljanja relacionim karakterom ugovora o javno-privatnom partnerstvu ostvarivanje pouzdanosti verifikacije učinka privatnog partnera, osnovno pitanje metodologije upravljanja realizacijom ugovora (u fazi nakon zaključenja ugovora) jeste obezbeđenje njegove fleksibilnosti. Ugovori o javno-privatnom partnerstvu kao relacioni ugovori trebalo bi da obezbede mehanizam upodobljavanja njegove sadržine izmenama konteksta. Pri tome, valja naglasiti da izmena ugovora u najvećem broju slučajeva remeti poziciju javnog partnera: primer ovakve situacije je ograničenje izbora javnog partnera („*hold up*“ problem).

Obezbeđenje fleksibilnosti počiva i na međusobnom poverenju strana i kooperaciji. Poverenje i kooperacija su elementi koji dolaze do izražaja u fazi realizacije

ugovora, s obzirom na to da u fazi pripreme javni partner (jednako kao i privatni) vode računa i štite sopstvene interese.

Kada se radi o fleksibilnosti ugovora, jasno je da pravni sistem ne može da odvrati strane od oportunističkog ponašanja u ugovornim odnosima. Ukoliko obaveza uzdržavanja od oportunizma nije predmet ugovorne saglasnosti ugovarača, treća strana (sud ili arbitraža) nema mogućnost da je sankcioniše (Posner, 2000: 749). U kontekstu JPP, treća strana (sud ili arbitraža) može imati znanje o postojanju određenih političkih ciljeva javnog partnera koji su razlog ulaska u projekt javno-privatnog partnerstva. Ovi su ciljevi razlog za JPP projekat, ali ne moraju biti izričito ugovorom definisani mimo generalne deskripcije (smanjenje siromaštva, dostupnost infrastrukture, zaštita javnog interesa u najširem smislu). Suprotan pristup koji bi podrazumevao da sud ili arbitraža tumače meru ostvarivanja opšte navedenih političkih ciljeva sadržanih u ugovoru (bez jasnih kriterijuma za utvrđivanje njihove ispunjenosti) značio bi da sudbina ugovora zavisi od opštih izjava ugovarača (slično kao kod preambula međunarodnih sporazuma) čime se potencijalno narušava integritet ugovornih obaveza. Ipak, na ovom je mestu važno naglasiti da sama činjenica raspoloživosti pravnih sredstava za rešavanje sporova ima značajan indirektan uticaj na kooperativno ponašanje strana (pri tome je reč o opštoj karakteristici ugovornog prava i ne može se isključivo vezati za relacioni kontekst; naime, poslovni ljudi načelno izbegavaju sporove). Raspoloživost pravnog puta za zaštitu sopstvenih prava čini „senku prava“ u kojoj strane pregovaraju o postojećim ili potencijalnim konfliktima proizišlim iz ugovora u pitanju.

Konačni cilj metodologije relacionog pristupa je da ugovor kao formalna struktura bude prožet principima solidarnosti i kooperacije: primarne obaveze iz ugovora smatraju se osnovom za dalje upodobljavanje ugovora varijacijama konteksta koji ga okružuje. Kooperacija bi trebalo bi da omogući da *lacunae* budu adekvatno ispunjene kroz saradnju ugovarača. Time se omogućava da određeni elementi razmene koji nisu utvrđeni u ugovoru (pa samim tim njihovu pravnu perfektnost ne može verifikovati treća strana – sud ili arbitraža) budu samoizvršive obaveze. Samoizvršivost je karakteristika postupanja strana koje izvršavaju obaveze ne zbog potencijalne odgovornosti za štetu, već zbog međuzavisnosti u izvršenju relacionog ugovora: javni partner pristaje na upodobljavanje ugovora o JPP kao forme relacionog ugovora jer tržište ne omogućava supstituciju postojećeg partnera novim partnerom koji će adekvatno realizovati projekat (javni partner je u problemu „ograničenja izbora“). Privatni partner će adaptirati ugovor kako bi očuvao poslovni ugled i sačuvao reputacionu vrednost neophodnu za dalje funkcionisanje na tržištu. Opisani balans ostvaruje se kroz dužnost kooperacije: u pravnom smislu, ova se dužnost reflektuje kroz ugovorom predviđenu dinamiku, sadržinu i institucionalni format pregovora, stalnu

razmenu informacija, transparentost podataka o efikasnosti funkcionisanja JPP projekta i slično.

Kooperacija i solidarnost kao noseći elementi metodologije relacionih sporazuma nisu opšte karakteristike ugovornih instrumenata. Čak i kada je to slučaj, krize u odnosu ugovorača su pratilac svakog ugovornog odnosa: postojeća solidarnost i saradnja erodiraju u prisustvu konflikta. U takvim slučajevima kooperacija mora biti zasnovana ne na altruizmu, već na uzajamnoj zavisnosti ugovorača. Međuzavisnost ima za rezultat da strana relacionog ugovora koja nije primila ugovorenu prestaciju ne koristi promptno mehanizam rešavanja sporova: umesto oportunog i netolerantnog ponašanja strana bira kooperaciju. Valja naglasiti da međuzavisnost nema isti intenzitet tokom trajanja ugovornog odnosa: međuzavisnost se smanjuje kako odmiče realizacija ugovora. U ovom kontekstu, sa smanjenjem međuzavisnosti, proporcionalno raste mogućnost da strane postupaju oportuno i da napuste relacioni pristup u korist ostvarenja sopstvenih interesa.

Literatura

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.

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 Р. 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.

Ćirić, A. (2010). Međunarodno trgovinsko pravo: opšti deo. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

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

Hviid, M. (2000). Long Term Contracts and Relational Contracts. Y B. 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.* Bp. 11. 455–483.

Cvetković, P. (2014). Teorija relacionih ugovora: osnovne karakteristike. *Pravna riječ*. God. 11, br. 39. 641–654.

Cvetković, P. (2012). Rizici javno-privatnih partnerstava: polazna razmatranja. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. Br. 63. 121–146.

Cvetković, P., Milenković-Kerković, T. (2011). Javno-privatno partnerstvo: polazna razmatranja. *Pravo i privreda*. Br. 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.*

Dr Dragan Jovašević,*
redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 341.49

Rad primljen: 09.02.2015.

Rad prihvaćen: 11.03.2015.

NASLEĐE NIRNBERŠKOG SUDA**

Apstrakt: Međunarodno krivično pravo kao sistem pravnih propisa sadržanih u aktima međunarodne zajednice, ali i u nacionalnom (internom) krivičnom zakonodavstvu pojedinih država, predviđa krivičnu odgovornost i kažnjivost za veći broj međunarodnih krivičnih dela. To su dela kojima se krše ratni zakoni i običaji rata (međunarodno humanitarno pravo) i kojima se povređuje ili ugrožava mir među narodima i bezbednost čovečanstva. Za ova krivična dela su u međunarodnom krivičnom pravu propisane najteže vrste i mere kazni koje uopšte poznaje krivično zakonodavstvo danas. Za učinioce ovih krivičnih dela u određenim slučajevima je primarna naležnost međunarodnih sudskih (nacionalnih) organa kao što je Međunarodni vojni sud u Nirnbergu. U ovom radu se analizira značaj Nirnberškog suda za razvoj međunarodnog krivičnog prava: pojam i karakteristike međunarodnih krivičnih dela i principi krivične odgovornosti.

Ključne reči: međunarodno krivično pravo, Međunarodni vojni sud, Nirnberška presuda, krivična dela, principi, odgovornost, kazne.

1. Uvodna razmatranja

Ove godine se navršava sedam decenija od okončanja najstrašnijeg rata u istoriji čovečanstva – Drugog svetskog rata. To je i prilika da se osvrnemo na pravne posledice brojnih međunarodnih krivičnih dela (zločina) koje su nacističke i fašističke zemlje izvršile na okupiranim teritorijama.

Devetnaesti vek donosi prekretnicu u razvoju međunarodnog ratnog (humanitarnog), odnosno međunarodnog krivičnog prava. Za vreme Američkog građanskog rata (1861–1865. godine) Opštom naredbom broj 100 američkog

* jovas@prafak.ni.ac.rs

** Ovaj rad je rezultat istraživanja na projektu: “Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru”, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

predsednika Abrahama Linkolna od 24. avgusta 1863. godine je proklamovan „Zakonik Frensis Libera“¹ koji je postavio pravila za postupanje vladinih snaga u ratu. Ovaj zakonik je zabranjivao pljačkanje, ubistva i porobljavanje civilnog stanovništva, vođenje borbe „bez preživelih“, nanošenje nepotrebnih patnji neprijatelju, upotrebu otrova i ubijanje ratnih zarobljenika koji bi pokušali bekstvo (Petrović, Jovašević, 2010: 51–61).

To je već vreme kada je sazrela ideja o humanizaciji rata, pa 19. vek u ovom pogledu donosi veliki napredak u daljem razvoju međunarodnog krivičnog prava (Jovašević, 2010: 178–184). Tako je prvo 1856. godine doneta Pariska deklaracija o pomorskom pravu koja je sadržala pravila o blokadi i zapleni na moru. Potom se 1864. godine, posle surovih iskustava Napoleonovih ratova i Krimskog rata 1859. godine, donosi Ženevska konvencija o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u ratu. Petrogradska deklaracija iz 1868. godine zabranjuje upotrebu u ratu sredstava koja nepotrebno povećavaju patnju ljudi, kao što su eksplozivna zrna težine manje od 400 grama. Nešto kasnije, 1874. godine, doneta je Brijelska deklaracija koja reguliše prava i običaje rata kojom se pozivaju države potpisnice da se uzdrže od nehumanih postupaka u slučaju vođenja rata, kao što su: upotreba otrova, ubijanje neprijatelja koji se predao, upotreba oružja kojim se nepotrebno prouzrokuju patnje ljudi, zloupotreba zastave za primirje ili amblema Crvenog krsta.

Haške konvencije iz 1899.² i 1907. godine predstavljaju prvi pokušaj da se izvrši kodifikacija prava i dužnosti zaraćenih strana i da se preciziraju pravila o vođenju suvozemnog rata, posebno da se ograniči naoružanje, zabrani upotreba određenih sredstava borbe i osigura mirno rešavanje sporova među državama. Na Prvoj haškoj konferenciji, održanoj 1899. godine, usvojeni su sledeći međunarodni dokumenti: 1) Konvencija o zakonima i običajima rata na kopnu, 2) Konvencija o primeni načela Ženevske konvencije od 22. avgusta 1864. godine o položaju ranjenika u ratu na ranjenike u pomorskim ratovima i 3) Konvencija o mirnim načinima rešavanja međunarodnih sporova. Ovom prilikom su donete i tri deklaracije: 1) Deklaracija o zabrani bacanja projektila i eksploziva iz balona i sličnih naprava, 2) Deklaracija o zagušljivim gasovima i 3) Deklaracija o zabrani upotrebe rasprskavajućih (dum-dum) metaka. Nedostatak donetih konvencija i deklaracija proizilazi iz činjenice da se one odnose samo na rat i vođenje rata, ali ne i na osiguranje mira.

1 Frensis Liber je bio profesor Kolumbija univerziteta. Pre toga je bio vojnik po profesiji koji se borio u bici kod Vaterloa, a kasnije je učestvovao i u borbama za oslobođenje Grčke.

2 Ruski car Nikolaj II je 1899. godine sazvaio mirovnu konferenciju u Hagu u prisustvu predstavnika 26 država sa sledećim ciljevima: a) stvaranje međunarodne organizacije, b) rešavanje problema razoružanja, v) mirno rešavanje međunarodnih sporova i g) kodifikacija pravila ratnog prava.

Na Drugoj haškoj konferenciji (Zlatarić, 1958: 296–301), održanoj od 15. juna do 18. oktobra 1907. godine, u prisustvu predstavnika četrdeset četiri države, doneto je čak trinaest konvencija i jedna deklaracija, među kojima se po svom značaju izdvaja Pravilnik o zakonima i običajima rata na kopnu (dodatak uz Četvrtu konvenciju). Ovaj Pravilnik sadrži sistem pravila o dopuštenim i nedopuštenim sredstvima za vođenje rata, o zabrani bombardovanja i napada na nebranjene gradove i sela, kao i o zaštiti civilnog stanovništva. Nažalost, te zabrane su bile lišene krivične sankcije kojom bi se obezbedilo njihovo poštovanje. Umesto krivične, predviđena je samo građanskopravna odgovornost za državu zbog štete koja bude naneta upotrebom nedozvoljenih sredstava borbe. Skup haških konvencija, sporazuma i deklaracija se naziva „haško pravo“. U njegovoj se osnovi nalazi običajno pravo – „zakoni i običaji ratovanja“. Ovo pravo određuje skup pravila o pravima i obavezama zaraćenih strana u vođenju ratnih dejstava kako bi se ograničio izbor načina i sredstava povređivanja neprijatelja u međunarodnom oružanom sukobu.

Period između dva svetska rata je, zapravo, vreme kada se pored „haškog prava“, sve češće govori i o postojanju „ženevskog“ prava. Njega čini skup međunarodnih konvencija donetih u Ženevi (1864. godine i 1919. godine). Ovo pravo određuje skup pravila koja štite žrtve rata i pokušava da postavi garancije u korist onesposobljenih pripadnika oružanih snaga, kao i lica koja ne učestvuju u neprijateljstvima. Radi se o sistemu pravnih pravila koja treba da zaštite određena lica, objekte ili dobra (Lopičić, 1998: 579–582).

2. Nastanak Međunarodnog vojnog (Nirnberškog) suda

Zločini koje su nacisti i fašisti sa svojim saveznicima izvršili za vreme Drugog svetskog rata prema ratnim zarobljenicima, ranjenicima i bolesnicima, a posebno prema civilnom stanovništvu okupiranih teritorija, prinudili su savezničke sile da se dogovore o preduzimanju mera za suđenje i kažnjavanje izvršilaca zločina protiv mira i svih vrsta ratnih zločina. Naime, savezničke sile su još 1942. godine potpisale sporazum u palati Sent Džejms u Londonu, kojim su ustanovile Komisiju UN za ratne zločine, sastavljenu od sedamnaest članova. Ova je Komisija sačinila 8.178 predmeta (dosijea) o licima koja su osumnjičena za najteže međunarodne zločine izvršene u ovom ratu, ali i listu od 750 italijanskih ratnih zločinaca koji su osumnjičeni za izvršene zločine upotrebom zabranjenih gasova, ubistva civila i zarobljenika u Etiopiji za vreme kratkotrajnog rata 1935. godine.

Potom je došlo do usvajanja „Deklaracije o zverstvima“ na konferenciji u Moskvi koja je održana od 19. do 30. oktobra 1943. godine, u prisustvu predstavnika vlade SAD, SSSR i Velike Britanije. Tom Deklaracijom je utvrđeno da će se ratnim zločincima suditi u državama na čijim su teritorijama izvršili zločine po zako-

nima tih država, dok će se zločincima čiji zločini nemaju posebnu geografsku opredeljenost suditi na osnovu posebne odluke savezničkih vlada. U Deklaraciji je, između ostalog, stajalo: „Ujedinjeno Kraljevstvo, Sjedinjene Američke Države i Sovjetski Savez primili su iz mnogih izvora dokaze o zverstvima, pokoljima i hladnokrvnim masovnim pogubljenjima koja se vrše od strane Hitlerovih snaga iz mnogih zemalja od njih pregaženih i iz kojih se oni sada postojano isteruju...“ (Ujedinjene nacije, 1948: 14–18).

Ova Deklaracija je dobila potvrdu na Konferenciji održanoj u Jalti 12. februara 1945. godine, kada je istaknuta „nepokolebljiva namera trojice šefova SAD, SSSR i Velike Britanije da se svi ratni zločinci podvrgnu pravednoj i brznoj kazni“, kao i kasnije na Potsdamskoj konferenciji, koja je održana u Berlinu avgusta 1945. godine, u prisustvu predstavnika SAD, SSSR, Velike Britanije i Francuske.

Realizacija ovih odluka ostvarena je zaključivanjem Sporazuma o sudskom gonjenju i kažnjavanju glavnih ratnih zločinaca evropske osovine, poznatijeg kao Londonski sporazum, između velikih sila pobednica od 8. avgusta 1945. godine (Prljeta, 1992: 35–46). Ovim sporazumom je usvojen Statut međunarodnog vojnog suda i ustanovljen Međunarodni vojni sud za suđenje ratnim zločincima čiji zločini nemaju posebnu geografsku određenost. U Statutu međunarodnog vojnog suda u članu 6. postavljeno je načelo individualne krivične odgovornosti i određeni zločini, tj. međunarodna krivična dela čiji se izvršioци kažnjavaju od strane međunarodnog vojnog suda ili sudova nacionalnih država na čijim su teritorijama oni i izvršeni.

Kao međunarodne zločine Statut je normirao: 1) zločin protiv mira, 2) ratne zločine i 3) zločin protiv čovečnosti. Pri tome je zauzet stav da zločine protiv međunarodnog prava vrše ljudi, a ne apstraktna bića i da samo kažnjavanjem pojedinaca koji vrše ovakve zločine mogu da se sprovedu odredbe međunarodnih zakona (Nirnberška presuda, 1948: 89–96).

Zločin protiv mira i ratni zločini imaju osnovu u Haškim (iz 1907. godine) i Ženevskim konvencijama (iz 1919. godine). Zločin protiv čovečnosti predstavlja novinu u pravnom regulisanju. On je rezultat pojave masovnog ubijanja pojedinih naroda i rasa za vreme Drugog svetskog rata: Rusa, Poljaka, Jevreja, Roma i Srba, i predstavlja najtežu vrstu zločina u međunarodnom krivičnom pravu koji može biti vršen u doba rata i u doba mira (Lemkin, 1944: 9)³. Ova reč označava uskraćivanje prava na opstanak i postojanje pojedinim ljudskim grupama kao nacionalnim, rasnim, političkim, etničkim ili verskim celinama.

3 Reč genocid je prvi upotrebio poljski profesor Rafael Lemkin.

3. Krivična dela u Statutu Međunarodnog vojnog suda

Statut Međunarodnog vojnog suda (Calvocaressi, 1947: 78–96), usvojen na osnovu Londonskog sporazuma savezničkih sila 8. avgusta 1945. godine, u članu 6. određuje međunarodna krivična dela čiji će učinioci kao pojedinci ili kao članovi organizacije biti suđeni od strane ovog suda. To su (Jovašević, 2011: 135–139):

1. zločini protiv mira,
2. ratni zločini i
3. zločini protiv čovečnosti.

Pored neposrednih izvršilaca ovih međunarodnih krivičnih dela (zločina), krivično su odgovorna i lica koja se javljaju u svojstvu vođe, organizatora, podstrekača ili drugog saučesnika, a koja su učestvovala u sastavljanju ili izvršenju nekog zajedničkog plana ili zavere (Merle, 1949: 56–71) radi izvršenja nekog od napred navedenih zločina. Ovde se, zapravo, radi o odgovornosti i kažnjavanju saučesnika za izvršena dela po principu subjektivne akcesorne krivične odgovornosti.

3.1. Zločin protiv mira

Zločin protiv mira (član 6. stav 2. tačka a.) predstavlja međunarodno krivično delo koje se sastoji u planiranju, pripremanju, započinjanju ili vođenju agresorskog rata ili rata kojim se krše međunarodni ugovori, sporazumi ili garancije, kao i u učestvovanju u nekom zajedničkom planu ili zaveri za izvršenje nekog od ovih dela.

Ovde se radi o krivičnom delu koje je upravljeno protiv međunarodnog mira, a kojim se izaziva, planira, započinje ili vodi napadački ili agresivni rat, koji je inače zabranjen odredbama međunarodnog ratnog prava – Brijan–Kelogovim paktom ili Pariskim paktom iz 1928. godine (Radojković, 1947: 41–49). Prema ovoj odredbi samostalno krivično delo predstavljaju i pripreme radnje, kao i samo započinjanje (pokušaj) ovog dela.

3.2. Ratni zločini

Ratni zločini (Vasilijević, 1977: 267–295) se mogu odrediti kao naročito teške povrede pravila ili običaja rata koje su kao takvo delo određene odgovarajućim međunarodnim pravnim aktom. Tako prema Statutu Međunarodnog vojnog suda (član 6. stav 2. tačka b), a potom i prema shvatanjima sadržanim u Nirnberškoj presudi, ratni zločini predstavljaju povrede ratnih zakona i običaja rata koje obuhvataju, ali se i ne ograničavaju samo na njih (Jackson, 1946: 18–32):

1. ubistvo, zlostavljanje ili odvođenje na prinudni rad ili na koji drugi cilj civilnog stanovništva okupirane teritorije ili u okupiranu teritoriju,
2. ubistvo ili zlostavljanje ratnih zarobljenika ili lica na moru,
3. ubijanje talaca,
4. pljačkanje javne ili privatne imovine i
5. namerno razaranje gradova, varoši ili sela ili pustošenje neopravdano vojnim potrebama.

Ovde se radi o delima kojima se krše odredbe ženevskih i haških konvencija (Neave, 1980: 54–69), a koja su upravljena prema civilnom, neboračkom stanovništvu okupirane teritorije (ratni zločin protiv civilnog stanovništva) ili prema ratnim zarobljenicima (ratni zločin protiv ratnih zarobljenika). Interesantno je da ovu krivičnopravnu zaštitu ne uživaju (izričito navedeni) ranjenici, bolesnici, sanitetsko ili versko osoblje.

3.3. Zločin protiv čovečnosti

Zločin protiv čovečnosti⁴ (član 6. stav 2. tačka c.) je po prvi put definisan upravo Statutom Međunarodnog vojnog suda. Tu spadaju sledeći akti :

1. ubistva,
2. istrebljenje,
3. porobljavanje,
4. deportacija i
5. ostala nečovečna dela.

Za postojanje zločina protiv čovečnosti bitno je ispunjenje još dva elementa. To su:

1. da je radnja izvršena protiv bilo kog civilnog stanovništva i
2. da se radnja preduzima u određeno vreme – pre ili za vreme trajanja rata.

4 Početak inkriminacije zločina protiv čovečnosti datira iz vremena Prvog svetskog rata kao reakcija savezničkih sila na zločine koje su izvršile turske vlasti u toku 1915. godine nad Jermenima. Velika Britanija i carska Rusija su u zajedničkoj noti optužile Portu za „zločine protiv čovečnosti i civilizacije“. Na Versajskoj mirovnoj konferenciji je 1919. godine najavljeno ustanovljenje međunarodnog krivičnog suda koji bi, između ostalog, bio nadležan i za „kršenje zakona čovečnosti“. Taj predlog je sprečen od strane SAD sa obrazloženjem da još uvek nema utvrđenih i univerzalnih standarda čovečnosti.

Pri tome se kao zločin protiv čovečnosti smatra i svako proganjanje na političkoj, rasnoj ili verskoj osnovi u izršenju ili u vezi bilo kojeg zločina u nadležnosti ovog suda, bez obzira na to da li se time vrše ili ne vrše povrede zakona one zemlje u kojoj su zločini izvršeni.

Ovim se krivičnim delom praktično celim ljudskim grupama (pripadnicima političke, rasne ili verske grupe) onemogućava ili otežava življenje, i to kako za vreme rata, tako i pre rata. Ovo je bilo jedino međunarodno krivično delo iz nadležnosti Međunarodnog vojnog suda koje se moglo izvršiti nezavisno od rata ili oružanog sukoba.

Ista međunarodna krivična dela poznaje i Zakon broj 10. Kontrolnog saveta za kažnjavanje lica odgovornih za ratne zločine, zločine protiv mira i zločine protiv čovečnosti u članu 2, s tim što pored navedene tri vrste zločina poznaje i posebno delo koje se sastoji u samom članstvu u zločinačkoj grupi ili organizaciji koje su od strane Međunarodnog vojnog suda proglašene zločinačkim (Prljeta, 1992: 47–53).

U stavu 2. ovog člana Zakon je izričito odredio da se za ove zločine mogu kazniti sledeća lica:

1. svako lice bez obzira na državljanstvo ili svojstvo u kome je delalo ako je bilo glavni učinilac ili saučesnik,
2. lice koje je naredilo ili podsticalo ili se saglasilo sa izvršenjem nekog od ovih krivičnih dela,
3. lice koje je bilo povezano sa planovima ili radnjama koje su dovele do izvršenja nekog dela,
4. lice koje je bilo član organizacije ili grupe za vršenje ovih krivičnih dela,
5. lice koje je imalo visoki politički, građanski ili vojni položaj u Nemačkoj ili u nekoj zemlji koja je bila njen saveznik ili zajedno sa njom ratovala ili je bila njen satelit i
6. lice koje je imalo visok položaj u finansijskom, industrijskom ili privrednom životu bilo koje od tih zemalja.

4. Nirnberški proces

Savezničke sile su Londonskim sporazumom o gonjenju i kažnjavanju glavnih ratnih zločinaca Evropske osovine od 8. avgusta 1945. godine usvojile Statut Međunarodnog vojnog suda (Degan, Pavišić, 2005: 10–11). Ovaj sud su sačinjavale četiri sudije i četiri zamenika koje su imenovalе vlade: SAD, SSSR, Velike Britanije i Francuske. Predsednik suda je biran naizmenično po državama. Presude

su donošene većinom glasova, a u slučaju jednakog broja glasova odlučivao je glas predsednika suda. Svaka od ovih država je takođe imenovala i po jednog javnog tužioca.

Sudski postupak i pravila dokazivanja su bila uređena delom odredbama ovog Statuta, a delom je sam sud u toku postupka donosio određena procesna pravila. Inače, sam se postupak sastojao iz sledećih faza: 1) prethodna izjava tužioca, 2) dokazna sredstva optužbe i odbrane, 3) saslušanje svedoka, 4) reči odbrane i optužbe, 5) izjava optuženog i 6) presuda (Calvocaressi, 1947: 78–96).

Pred Međunarodni vojni sud (Simović, Blagojević, Simović, 2013: 287–293) koji je zasedao u Nirnbergu su izvedena 22 optužena nemačka ratna zločinca⁵. Vojni sud⁶ koji je zasedao od 18. oktobra 1945. godine⁷ doneo je u sastavu: Laurens Džefrej, kao predsednik sudskog veća i članovi veća: Francis Bidl, Donedije de Vabre i I. T. Nikičenko „Nirnberšku presudu“ u kojoj su po prvi put u istoriji čovečanstva od strane međunarodnog sudskog nadnacionalnog organa izrečene krivične sankcije ratnim zločincima, a potom i izvršene.

Na sudskom procesu⁸ koji je, dakle, trajao duže od devet meseci, 1. oktobra 1946. godine od 22 optužena lica presudom je njih dvanaest osuđeno na smrt vešanjem, tri lica na doživotni zatvor, a četiri ratna zločinca su osuđena na vremenske kazne zatvora u trajanju od 10 do 20 godina. Osuđeni su kazne zatvora izdržavali u zatvoru Špandau nad kojim su zajedničku upravu imale sve četiri sile pobednice (Marković, 1973: 173–185). Ovom presudom su izrečene sledeće kazne :

1) na kaznu smrti vešanjem osuđeno je dvanaest visokih državnih i vojnih rukovodilaca Trećeg rajha i to: Herman Gering, Joahim von Ribentrop, Vilhelm Kajtel, Ernest Kaltenbruner, Alfred Rozenberg, Hans Frank, Vilhelm Frik, Julijus Štrajher, Fric Zaukel, Alfred Jodl, Zais Inkvart i Martin Borman (u odsustvu),

5 Interesantno je da iz političkih razloga već u to vreme nije bilo inicijative pobedničkih sila da na isti način sude najodgovornijim licima u fašističkoj Italiji, bilo pred međunarodnim, bilo pred nacionalnim sudovima i pored istaknutih zahteva Etiopije, Grčke i Jugoslavije.

6 Nirnberški i Tokijski sudovi kao prvi međunarodni krivični sudovi nisu imali „univerzalni“ karakter budući da su osnovani odlukama pobedničkih sila u Drugom svetskom ratu, te da su sprovodili „pravdu pobednica“, a nisu bili osnovani od strane međunarodne zajednice kao takve ili nekog njenog organa.

7 Sudski proces je započeo 18. oktobra 1945. godine u Berlinu da bi se ubrzo potom, 20. novembra 1945. godine, nastavio u Nirnbergu gde je i doneta istorijska Nirnberška presuda 1. oktobra 1946. godine.

8 Sudski proces u Nirnbergu je započeo 20. novembra 1945. godine i trajao je do 30. avgusta 1946. godine. Za vreme 218 radnih dana saslušano je oko 360 svedoka i pri tome je razmotreno više od 200.000 pisanih svedočenja koja su potvrđena zakletvom odsutnih svedoka iz raznih država.

2) na kaznu doživotnog zatvora ili zatvora u vremenskom trajanju osuđeno je sedam lica i to: Rudolf Hes, Valter Funk, Karl Denic, Erih Reder, Baldur von Širah, Albert Šper i Konstantin von Nojrat,

3) dok su trojica optuženih oslobođena od krivične odgovornosti i to: Hjalmar Šaht – ministar finansija, Franc von Papen – diplomata i Hans Friče – novinar.⁹

Ovaj sud (Gilbert, 1948: 67–81) je u donetoj presudi osudio ne samo najviše političke i vojne rukovodioce Trećeg rajha već je kao zločinačke osudio i sledeće organizacije (pravna lica) i to (Vasilijević, 1971: 305–334): a) vodstvo Nacionalso-cijalističke partije, b) Gestapo – Tajnu državnu policiju, v) SS jedinice – nezavi-sne jedinice nacističke partije i g) SD – obaveštajnu organizaciju Trećeg rajha (Neave, 1980: 54–67). Prema članu 10. Statuta Međunarodnoj vojnog suda iz 1945. godine svaki član grupe ili organizacije koja je proglašena za zločinačku mogao je biti izveden pred sud zbog samog članstva u toj organizaciji pri čemu se zločinački karakter te organizacije ili grupe smatrao dokazanim i nije mogao biti osporavan (dakle u ovom slučaju je postojala prezumcija krivice).

Iako je bilo upornih zahteva, posebno ruske strane, Nirnberški sud nije proglasio zločinačkim sledeća pravna lica i to: a) SA odrede – udarne odrede nacističke partije, b) Vladu Trećeg rajha i v) Generalštab i Vrhovnu komandu nemačke armije (Prljeta, 1992: 14–19).

5. „Postnirnberški“ procesi

Na osnovu odluka sa Potsdamske konferencije, Vrhovni komandant savezničkih snaga za Daleki istok, američki general Daglas Makartur je, Deklaracijom („Po-veljom“) od 19. januara 1946. godine, doneo Statut Međunarodnog vojnog suda sa sedištem u Tokiju, prema nacrtu Jozefa Kinana. Tom prilikom je imenovao i sudije Tokijskog suda. U sudskom procesu koji je vođen od 28. aprila 1946. godine do 12. novembra 1948. godine doneta je presuda japanskim ratnim zločincima kojom prilikom je izrečeno sedam smrtnih presuda, dok je šesnaest lica osuđeno na kaznu doživotnog zatvora, a dva lica na vremenske kazne zatvora u trajanju od sedam do 20 godina¹⁰ za izvršena međunarodna krivična dela na Dalekom istoku. Međunarodno krivično pravo se sa ovim realizacijama – suđenja, izricanja i izvršenja krivičnih sankcija – konačno rodilo kao grana prava.

9 Član sudskog veća iz SSSR Nikičenko je glasajući za Nirnberšku presudu izdvojio svoje mišljenje smatrajući da se i Rudolf Hes kao i trojica oslobođenih lica imaju oglasiti krivim za izvršene zločine i osuditi na najtežu kaznu.

10 Ovaj je sud vodio postupak protiv japanskih vojnih rukovodilaca, u prvom redu za izvršene ratne zločine protiv ratnih zarobljenika čije su žrtve bili pripadnici američkih snaga.

U cilju ujednačavanja principa za suđenje licima odgovornim za izvršene ratne zločine u Drugom svetskom ratu Kontrolni savet za Nemačku je 24. decembra 1945. godine doneo „Zakon broj 10“ koji je primenjivao i Međunarodni vojni sud, ali i drugi sudovi u okupacionim zonama Nemačke.

Na osnovu tog Zakona u Nirnbergu je održano više sudskih procesa (tzv. naknadni procesi) u periodu od oktobra 1946. godine do aprila 1949. godine, gde je od optuženih 185 političkih i vojnih rukovodilaca za ratne zločine i zločin protiv čovečnosti, 24 lica osuđeno na smrt, a veći broj lica na dugovremene zatvorske kazne (procesu Listu, Renduliću, Špajdelu, Bemeu i dr.). Slični sudski procesi su održani prvih posleratnih godina i u drugim nemačkim okupacionim zonama, kao i drugim državama: Sovjetskom Savezu, Poljskoj, SFR Jugoslaviji, Čehoslovačkoj, Francuskoj, Belgiji, Norveškoj, na Dalekom istoku itd.

Posle Drugog svetskog rata na oslobođenim teritorijama je osnovano više različitih sudova koji su vodili krivične postupke i sudili pojedinim ratnim zločincima, uglavnom za izvršena međunarodna krivična dela na njihovim teritorijama. Tako su osnovani: 1) saveznički okupacioni sudovi, 2) nacionalni sudovi savezničkih država (država pobednica) i 3) nacionalni sudovi pobeđenih država. Ovi sudski organi su sudili učinocima teških krivičnih dela protiv čovečnosti i međunarodnog prava koja su izvršena na određenim okupiranim teritorijama (Vajs, 1952 :15–16).

Na osnovu Zakona broj 10. Kontrolnog saveta za Nemačku, održano je u Nirnbergu još nekoliko sudskih procesa (tzv. naknadni procesi) u vremenu od oktobra 1946. godine do aprila 1949. godine. U ovim procesima je pred sudskim većem u dvanaest sudskih postupaka od strane tužioca Tejlora Telforda optuženo ukupno 185 političkih i vojnih rukovodilaca nemačkog Rajha od kojih je 24 lica osuđeno na smrt (to su procesi Listu, Renduliću, Bemeu, Špajdelu i dr.).

I u drugim državama (Jugoslaviji, SSSR, Čehoslovačkoj, Poljskoj, Belgiji, Francuskoj, Norveškoj) je u posleratnom periodu održano više sudskih procesa pred nacionalnim sudovima u kojima je utvrđivana krivična odgovornost za učinjene zločine u Drugom svetskom ratu.

Dakle, u periodu posle Drugog svetskog rata međunarodno krivično pravo se realizovalo na nekoliko nivoa i to:

1. najviši nivo je bio realizovan pred nirnberškim i tokijskim sudovima gde su postupci vođeni protiv najviših vojnih i političkih rukovodilaca. Ovi sudski procesi imaju međunarodni karakter. To je najviši nivo međunarodnih sudova,
2. suđenje pred vojnim sudovima država pobednica, najpre u okupacionim zonama u Nemačkoj i pred američkim vojnim sudovima na Dalekom istoku. Ovo je srednji nivo međunarodnih sudova i

3. suđenje pred nacionalnim sudovima pojedinih država gde su postupci vođeni protiv svih učinilaca krivičnih dela prema kriterijumu mesta gde je krivično delo izvršeno. Ovo je najniži nivo krivičnog pravosuđa za međunarodna krivična dela.

Dalji razvoj međunarodnog krivičnog prava odvija se u okviru i pod okriljem Organizacije ujedinjenih nacija (OUN). Prvo je Generalna skupština OUN na predlog Kube, Indije i Paname 11. decembra 1946. godine u Rezoluciji broj 96 (1) potvrdila principe Međunarodnog vojnog suda iz Nirnberga (tzv. nirnberške principe) proglašavajući ih kao opštevažeća načela međunarodnog prava.¹¹

6. Nirnberški principi

Principi predstavljaju osnovna, rukovodna načela na kojima se bazira celokupno međunarodno krivično pravo. Oni prožimaju sadržinu ove grane pozitivnog prava i daju mu specifične karakteristike. U pravnoj teoriji se kao principi međunarodnog krivičnog prava naročito ističu sledeći (Tomić, 2001: 15–32): 1) princip legitimnosti, 2) princip solidarnosti i saradnje među državama, 3) princip uzajamnog poverenja među državama, 4) princip eliminacije političke obojenosti, 5) princip organizovane borbe protiv kriminaliteta, 6) princip zaštite osnovnih prava čoveka, 7) princip humanosti, 8) princip pravednosti, 9) princip srazmernosti i 10) princip individualizacije i dr. (Stojanović, 2003: 5–14).

Statutom Međunarodnog vojnog suda koji predstavlja sastavni deo Londonskog sporazuma zaključenog 8. avgusta 1945. godine između savezničkih sila utvrđeno je više principa koji predstavljaju osnovna i rukovodna načela međunarodnog krivičnog prava, koja su svojstvena samo njemu i po kome se ova grana prava razlikuje od drugih grana krivičnog, ali i međunarodnog javnog prava uopšte. Na ovim principima je potom zasnovana Nirnberška presuda. Oni su kasnije potvrđeni od Generalne skupštine OUN. U teoriji su poznati kao „nirnberški principi“ i nalaze se u osnovi međunarodnog krivičnog prava (Marković, 1973, 173–185):

1. vođe, organizatori, podstrekači ili saučesnici koji su učestvovali u sastavljanju ili ostvarivanju nekog zajedničkog plana ili zavere radi izvršenja nekog od navedenih zločina (međunarodnih krivičnih dela) odgovorni su za sva dela koja su izvršena u izvođenju plana ma od kog lica,

11 Komisija za međunarodno pravo UN je 1950. godine formulisala sledeće principe međunarodnog krivičnog prava: 1) princip krivične odgovornosti pojedinaca, 2) princip prvenstva međunarodne inkriminacije u odnosu na onu prema unutrašnjem pravu, 3) princip kojim se otklanja izuzimanje od odgovornosti zasnovane na službenom položaju optuženog, 4) princip koji se otklanja opravdanje zasnovano na naređenju pretpostavljenog, 5) princip prava na pravično suđenje, 6) princip međunarodne inkriminacije kršenja zabrane pribegavanja sili, zakona i običaja rata i elementarnih ljudskih prava i 7) princip inkriminacije saučesništva u zločinima po međunarodnom pravu.

2. službeni položaj optuženih bilo kao šefova države ili kao odgovornih službenika u državnim nadležstvima ne smatra se razlogom za oslobođenje od odgovornosti ili pak za ublažavanje kazne,
3. činjenica da nacionalno zakonodavstvo ne kažnjava za neki akt koji predstavlja međunarodno krivično delo ne oslobađa od odgovornosti lice koje ga je učinilo,
4. činjenica da je učinilac radio po naređenju svoje vlade ili pretpostavljenog ne oslobađa ga od odgovornosti, ali je to razlog za ublažavanje kazne ako sud nađe da je to pravično,
5. ko god bio optužen za zločin u smislu međunarodnog prava ima pravo na pravičan sudski postupak, kako u pogledu činjenica, tako i u pogledu prava,
6. prilikom suđenja bilo kom članu grupe ili organizacije za vršenje međunarodnih krivičnih dela sud može proglasiti da je ta grupa ili organizacija kojoj on pripada kao član bila zločinačka organizacija,
7. u slučaju kada je sud neku grupu ili organizaciju proglasio za zločinačku može se zahtevati od svake države da izvede pred svoj nacionalni sud: građanski, vojni ili okupacioni, pojedinca zbog samog članstva u toj organizaciji. Tada se zločinački karakter organizacije smatra dokazanim i ne može biti osporavan, pretpostavka krivice (Trajnin, 1948: 78–103), i
8. sud može da vodi krivični postupak za neki od zločina utvrđenih ovim statutom i prema optuženom koji je u odsustvu ako je to nužno i u interesu pravde (Nirnberška presuda, 1948: 13–19).

Ove principe je potvrdila Generalna skupština OUN 11. decembra 1946. godine kao opštevažee principe međunarodnog krivičnog prava, pa je i Komisija za međunarodno pravo OUN bila u obavezi da ih unese u Nacrt Kodeksa zločina protiv mira i bezbednosti čovečanstva što je ona kasnije i učinila.

7. Saučesništvo u Nirnberškoj presudi

U ostvarenju krivičnog dela (u pripremnim radnjama, pokušaju ili izvršenju krivičnog dela u potpunosti) može da učestvuju jedno lice (izvršilac) ili više lica. U slučaju učešća više lica u procesu ostvarenja krivičnog dela, postoji institut saučesništva kao oblik kolektivnog izvršenja krivičnog dela. Svi učesnici u zajedničkoj kriminalnoj radnji snose istu krivičnu odgovornost ako su ispunjena dva uslova. To su (Jovašević, 2010: 173–183): 1) da više lica učestvuje u radnji, istoj ili različitoj, bez obzira na svoj položaj i veličinu svog doprinosa ostvarenom rezultatu i 2) sva lica nameravaju (svesna su i postupaju sa voljom) da učestvuju u zajedničkoj kriminalnoj radnji (Cassese, 2005: 210–212).

Upravo kada se radi o međunarodnom krivičnom delu u najvećem broju slučajeva se i radi o učešću većeg broja lica, čitave grupe, organizacije, pa čak i celih država

u izvršenju jednog ili većeg broja krivičnih dela. To je i logično jer se međunarodna krivična dela vrše kolektivno i sistematski u dužem vremenskom periodu, od strane više lica, najčešće kao rezultat prethodno ili naknadno zajednički donete odluke, plana ili cilja.

Prema Statutu Međunarodnog vojnog suda iz 1946. godine (i kasnije donetoj Nirnberškoj presudi), u članu 6. je izričito propisano da će pored neposrednog izvršioca za učinjeno međunarodno krivično delo odgovarati i sledeća lica:

1. vođe,
2. organizatori,
3. podstrekači i
4. saučesnici, koji su učestvovali u sastavljanju ili izvršenju nekog zajedničkog plana ili zavere radi izvršenja bilo koga od sledećih krivičnih dela (Petrović, Jovašević, 2010: 159–161): a) zločina protiv mira, b) ratnog zločina i v) zločina protiv čovečnosti.

To znači da je preduzimanje saučesničke radnje u potpunosti izjednačeno sa radnjom izvršenja krivičnog dela. Kasnije doneta Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine u članu 3. takođe reguliše pitanje kažnjavanja za neposredno ili javno podsticanje na vršenje genocida ili saučesništvo u genocidu.

I član 2. tačka 2. nemačkog Zakona broj 10. Kontrolnog saveta za kažnjavanje lica odgovornih za ratne zločine, zločine protiv mira i zločine protiv čovečnosti predviđa krivičnu odgovornost i kažnjivost za ova krivična dela i u odnosu na lica koja su saučesnici (pored glavnog izvršioca) u izvršenju svakog takvog zločina, ili koja su naredila ili podsticala ili se pak saglasila sa ovim delima ili su pak bila povezana sa planovima ili radnjama koje su dovele do izvršenja takvog međunarodnog krivičnog dela, ili su bila član neke organizacije povezane sa izvršenjem nekog ratnog zločina. Dakle, i ovom se odredbom međunarodnopravnog karaktera određuje izričito odgovornost saučesnika u vidu podstrekača, pomagača ili organizatora ili člana zločinačke organizacije ako se radi o izvršenju ili pokušaju izvršenja nekog od međunarodnih krivičnih dela iz nadležnosti ovog organa.

8. Krivične sankcije u Statutu Međunarodnog vojnog suda

Statut Međunarodnog vojnog suda iz 1946. godine u članu 27. predviđa samo jednu vrstu krivičnih sankcija za učinioce međunarodnih krivičnih dela. To su kazne. Ovom odredbom su propisane dve vrste glavnih kazni koje sudski organ izriče „kada nađe da je pravedno“. To su :

1. smrtna kazna i

2. druga kazna (kazna zatvora koja može biti doživotna, dakle trajna i vremenski ograničena).

Nirnberškom i Tokijskom presudom su optuženima izrečene sve vrste kazni.

U členu 28. ovog Statuta određeno je da sudski organ pored glavnih kazni može osuđenom licu izreći i sporednu kaznu koja se sastoji u oduzimanju svake ukradene imovine. To je konfiskacija krivičnim delom stečene imovine koja se predaje Kontrolnom savetu Nemačke (Jovašević, 2011: 195–197). U členu 29. Statuta je propisano da će izrečena kazna biti u potpunosti izvršena u saglasnosti sa naređenjima Kontrolnog saveta za Nemačku. No, ovaj je Savet takođe ovlašćen da u svako doba može izrečenu kaznu da smanji ili na drugi način izmeni osudu (to su posebni slučajevi ublažavanja kazne pravosnažno izrečene), ali ne može da pooštri izrečenu kaznu.

Zakon broj 10. Kontrolnog saveta za kažnjavanje lica odgovornih za ratne zločine, zločine protiv mira i zločine protiv čovečnosti za Nemačku iz 1945. godine takođe poznaje više vrsta kazni. U členu 2. stav 3. propisano je da će svako lice za koje se utvrdi da je krivično odgovorno za bilo koje međunarodno krivično delo presudom biti kažnjeno „kako to sud smatra pravednim“. Takvom učiniocu se može izreći jedna ili više zakonom određenih sledećih kazni (Petrović, Jovašević, 2010: 188):

1. smrtna kazna,

2. doživotni zatvor ili zatvor na određeni broj godina sa prinudnim radom ili bez njega,

3. novčana kazna i zatvor (kumulativno) sa ili bez prinudnog rada u slučaju neplaćanja novčane kazne,

4. konfiskacija imovine,

5. povraćaj nepravilno stečene imovine i

6. oduzimanje pojedinih ili svih građanskih prava.

Ovom zakonskom odredbom je predviđena čitava lepeza različitih vrsta kazni koje se mogu izricati samostalno ili kumulativno. Pri tome se imovina koju sud proglasi nepravično stečenom, pa je oduzme, predaje Kontrolnom savetu koji odlučuje o njenom daljem raspolaganju. Pri odmeravanju kazne učiniocu nekog od krivičnih dela iz nadležnosti krivičnog suda mora se voditi računa da zvanični položaj ma kog lica bez obzira da li je državni poglavar ili odgovorni službenik u vladinom nadležstvu može biti uzet u obzir kao osnov za ublažavanje kazne, kao i činjenica da je neko lice radilo na osnovu naređenja svoje vlade ili pretpo-

stavljenog. To su, dakle, okolnosti koje mogu uticati na ublažavanje kazne, ali ne i na oslobođenje učinioca od odgovornosti za učinjeno delo.

9. Zaključak

Završetak Drugog svetskog rata koji je trajao šest godina (1939–1945) pred međunarodnu zajednicu je nametnuo pitanje utvrđivanja krivične odgovornosti i kažnjavanja najodgovornijih političkih i vojnih rukovodilaca u agresorskim nacističkim i fašističkim zemljama za brojne izvršene zločine na okupiranim teritorijama. Sredinom rata, kada je već postalo izvesno da će se savezničke sile odupreti agresivnim težnjama Nemačke, Italije i Japana, stvorene su na međunarodnim konferencijama pravne pretpostavke za posleratne sudske procese u kojima bi se utvrđivala krivična odgovornost najodgovornijih lica za takve zločine. I zaista, donošenjem Statuta Međunarodnog vojnog suda u okviru Londonskog sporazuma 1945. godine, prvi put u istoriji ljudskog roda su izrečene i izvršene kazne učiniocima najtežih međunarodnih krivičnih dela od strane nadnacionalnog sudskog organa.

Na nirnberškom sudskom procesu su osuđena fizička i pravna lica nacističke Nemačke za brojne zločine koji nemaju posebnu geografsku opredeljenost. Tri su vrste međunarodnih krivičnih dela ove vrste: a) zločin protiv mira, b) ratni zločini i v) zločin protiv čovečnosti. Nirnberški sud, odnosno tužilaštvo činili su predstavnici savezničkih sila: SAD, Velike Britanije, SSSR i Francuske gde je, i pored izvesnih neslaganja, preovladalo uverenje da se najodgovornija fizička i pravna lica Nemačke (SS, Gestapo, Nacional-socijalistička partija) kazne za izvršene zločine širom Evrope. Pored Nirnberškog, kao glavnog procesa, iza koga su ostali principi međunarodnog krivičnog prava, sistem međunarodnih krivičnih dela i pravila za utvrđivanje odgovornosti njihovih učinilaca i saučesnika, naknadno je održano više sudskih procesa, ne samo u Nemačkoj (po Zakonu broj 10. Kontrolnog saveta za Nemačku), već i u drugim okupiranim zemljama gde su zločini i izvršeni (Poljskoj, Čehoslovačkoj, SSSR, Jugoslaviji), kao i u Japanu, na osnovu posebne odluke komandanta savezničkih snaga na Dalekom istoku, gde je u Tokijskoj presudi utvrđena krivična odgovornost i izrečena kazna najodgovornijim vojnim rukovodiocima Japana.

Literatura

- Vajs, A. (1952). Problemi međunarodnog krivičnog pravosuđa. *Međunarodna politika*. Beograd. 4. 15–16
- Vasilijević, V. (1971). Suđenje pred međunarodnim vojnim sudom u Nirnbergu i razvoj međunarodnog krivičnog prava. *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*. Beograd. 3. 305–334
- Vasilijević, V. (1977). Vraćanje jednom raskršću međunarodnog krivičnog prava. *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*. Beograd. 3. 267–295
- Gilbert, G.M. (1948). *Nuremberg Diary*. London.
- Degan, V.Đ., Pavišić, B. (2005). *Međunarodno kazneno pravo*. Rijeka: Golden marketing.
- Zlatarić, B. (1958). Haška konvencija iz 1907. godine i individualna krivična odgovornost za ratne zločine. *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*. Beograd. 2. 296–301
- Jackson, R.H. (1946). *The case the nazi war criminals*. New York: A.Knopf
- Jovašević, D. (2010). *Međunarodna krivična dela – odgovornost i kažnjivost*. Niš: Pravni fakultet
- Jovašević, D. (2010). *Krivično pravo. Opšti deo*. Beograd:Nomos
- Jovašević, D. (2011). *Međunarodno krivično pravo*. Niš:Pravni fakultet
- Lemkin, R. (1944). *Axis Rule in Occupied Europe*. Washington.
- Lopičić, J. (1998). Razvoj krivičnog dela ratnog zločina protiv civilnog stanovništva i ugrožavanje sloboda i prava. *Pravni život*. Beograd. 9. 579–582
- Marković, M. (1973). Nirnberško suđenje – primena novih načela u međunarodnom krivičnom pravu. *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*. Beograd. 2. 173–185
- Merle, M. (1949). *Le proces de Nuremberg et le chatiment des criminels de gurre*. 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
- Prljeta, Lj. (1992). *Zločin protiv čovečnosti i međunarodnog prava*. Beograd: Službeni list
- Radojković, M. (1947). *Rat i međunarodno pravo*. Beograd: Odbor za izdavanje udžbenika studenata prava

Simović, M, Blagojević, M., Simović, V. (2013). *Međunarodno krivično pravo*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet.

Stojanović, Z. (2003). *Međunarodno krivično pravo*. Beograd: Pravna knjiga.

Tomić, Z. (2001). *Nirnberška presuda*. Sarajevo: Magistrat

Trajnin, A. N. (1948). *Krivična odgovornost hitlerovaca*. Beograd: Sopstveno izanje

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

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

(1948). *Nirnberška presuda*. Beograd: Arhiv za pravne i društvene nauke

(1948). *Ujedinjene nacije – Zbirka dokumenata. 1941–1945. godine*. Beograd: Pravni fakultet

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

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.925:33](450:497.11)

Rad primljen: 23.03.2015.

Rad prihvaćen: 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

** Ovaj rad je rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije, br. projekta 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 Act¹ 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),² the Family Act (2005),³ the Act on Peaceful Resolution of Labor Disputes (2004)⁴ 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 2015.⁵ 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.⁶ Yet, the mediator has no authority to impose a binding agreement.⁷ 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.⁸ 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.⁹ 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.¹⁰ 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.¹¹ 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.¹² The court may refer the parties to mediation even at a later point until the judgment becomes final.¹³ 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.¹⁴ *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.¹⁵ *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.¹⁶ *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.¹⁷ 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.¹⁸

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.¹⁹ 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.²⁰ 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

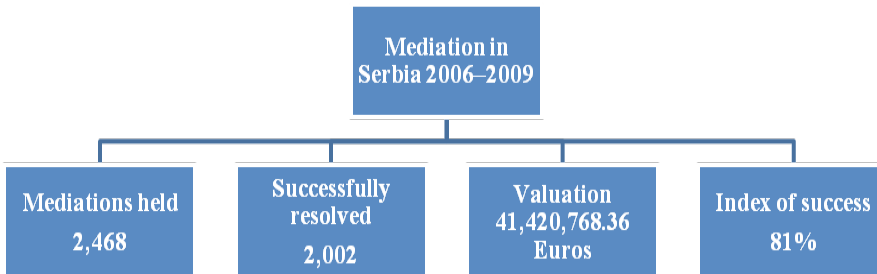
18 Art. 4 of the MA

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:²¹



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.²²

On the other hand, according to the Report of the Supreme Court of Serbia for the year 2012,²³ 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**),²⁴ 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

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

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 2010,²⁵ 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%).²⁶ 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

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,²⁷ *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 20th 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 28/2010²⁸ prescribes, in specified disputes,²⁹ 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.³⁰ 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.³¹

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).³² 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:³³ 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;³⁴ 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:³⁵ 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,³⁶ 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

36 <http://kluwermiationblog.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)³⁷ 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*.³⁸ 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 mediation³⁹ 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;⁴⁰ 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

⁴⁰ 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 solutions⁴¹ 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)⁴² 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.). *Primenjena 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

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

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

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.medijacija.rs/img/rezultati2009.pdf>

Dr Aleksandar Mojašević,
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

**(SUDSKA) MEDIJACIJA U ITALIJI I SRBIJI –
KOMPARATIVNA PRAVNO-EKONOMSKA ANALIZA**

Rezime

Predmet analize u ovom radu jeste (sudska) medijacija u Italiji i Srbiji, sa pravnog i ekonomskog aspekta. Polazeći od toga da Italija i Srbija pripadaju istom pravnom sistemu, da postoje brojni slični problemi u regulisanju i primeni medijacije u praksi, kao i od činjenice da je Italija otišla korak napred u regulisanju ove pravne ustanove, pre svega uvođenjem obavezne medijacije, cilj ovog rada je komparativno proučiti koncepte i institucionalne forme medijacije u dve zemlje i, konsekvntno, ustanoviti da li postoje određena pravna rešenja koja bi Srbija mogla da usvoji iz italijanskog pravnog sistema. Polazimo od toga da italijansko iskustvo u regulisanju i primeni medijacije, posebno njene obavezne forme, predstavlja solidnu osnovu za pronalaženje određenih pravnih rešenja koja bi eventualno mogla da doprinesu poboljšanju efikasnosti ove pravne ustanove u našoj zemlji. Glavni nalaz jeste da bi uvođenje obavezne medijacije u određenim sporovima, pre svega u građanskim i trgovinskim sporovima, poboljšalo efikasnost medijacije u Srbiji.

Ključne reči: *efikasnost, (sudska) medijacija, Italija, Srbija.*

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.,*

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 343.241-053.6

Rad primljen: 07.04.2015.

Rad prihvaćen: 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.¹ 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))². The most prominent characteristics of this Act are the selection and codification of the substantive juvenile criminal law³, 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.⁴ 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.⁵

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,⁶ the Republic of Srpska,⁷ Croatia⁸ and Slovenia⁹ 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.¹⁰ As for other countries, the German legal system (for example) includes the same penal framework as the one envisaged in Serbia.¹¹

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,¹² the new requirements for the application of parole,¹³ 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).¹⁴ 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*

14 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.¹⁵

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.¹⁶ 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.¹⁷ 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.¹⁸ 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.¹⁹ 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 2012²⁰; 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.²¹ 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.²²

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 7th 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

Dr Dušica Miladinović-Stefanović,
Docent Pravnog fakulteta, Univerzitet u Nišu

MALOLETNIČKI ZATVOR – NAPOMENE O SPECIFIČNOSTIMA REDOVNOG ODMERAVANJA

Rezime

Sistem maloletničkog krivičnog prava u Republici Srbiji sadrži različite mehanizme reagovanja na maloletničku delinkvenciju, počevši od vaspitnih naloga, preko vaspitnih mera, do maloletničkog zatvora. Ovaj rad je posvećen problemu redovnog odmeravanja jedine kazne predviđene za maloletnike. Zakonodavac je za odvijanje ovog procesa postavio nekoliko smernica: raspon kazne maloletničkog zatvora, svrhu kažnjavanja, stepen zrelosti maloletnika, vreme potrebno za njegovo vaspitanje i stručno osposobljavanje, ali i sve relevantne okolnosti iz čl. 54. Krivičnog zakonika. Pomenuta konstatacija otkriva i centralne teme i sistematiku daljeg izlaganja, pred kojim se nalaze dva zadatka – prvo, da se objasni dejstvo posebnih okolnosti iz Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, i drugo, da se ustanovi kako se opšte okolnosti iz Krivičnog zakonika primenjuju u ovom slučaju, sa posebnim osvrtom na njihove specifične manifestacije.

Ključne reči: *maloletnički zatvor, svrha kažnjavanja, olakšavajuće i otežavajuće okolnosti.*

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

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 343.85-053.6:796

Rad primljen: 31.03.2015.

Rad prihvaćen: 10.05.2015.

PREVENCIJA KRIMINALITETA KROZ BAVLJENJE SPORTOM I FIZIČKOM AKTIVNOŠĆU**

Apstrakt: Autor je, polazeći od određenja sporta, predstavio mogućnosti njegove primene u prevenciji kriminaliteta i delinkvencije. Analizirana je stopa maloletničke delinkvencije u određenim državama, poput Kanade, uz naglašavanje činjenica da klasične krivičnopravne mere ne daju adekvatne rezultate. Stoga je neophodno, kako ističe autor, primeniti neke druge mere prevencije koje se otelotvoruju u primeni sporta i fizičkih aktivnosti. Predstavljani su primeri dobre prakse u državama koje su najviše postigle u izgradnji ovakvih programa. Na kraju rada autor naglašava potrebu stvaranja ovakvih programa u Republici Srbiji, jer je broj prijavljenih krivičnih dela počinjenih od strane maloletnih i punoletnih lica povećan.

Ključne reči: sport, fizička aktivnost, prevencija, maloletnička delinkvencija, kriminalitet.

* darko@prafak.ni.ac.rs

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

1. Uvod

Jednoobrazna definicija sporta ne postoji, jer se prilikom njegovog određenja polazilo od različitih kriterijuma. Naime, kao kriterijumi za definisanje sporta navode se: zabava, igra, borba, nagon, strast kao institucionalna sfera koja je nastala industrijskom revolucijom.¹ Iako postoje različite polazne osnove određenja sporta, jedna od definicija može glasiti da je sport aktivnost koja uključuje fizički napor i veštinu u kojoj se pojedinac ili tim takmiče protiv drugog pojedinca ili tima radi zabave.² Specijalna agencija Ujedinjenih nacija UNESCO pod sportom označava „sve oblike fizičke aktivnosti, koji, kroz povremeno ili organizovano učešće, imaju za cilj izražavanje ili poboljšanje fizičke kondicije i mentalno blagostanje, formiranje društvenih odnosa ili ostvarivanje rezultata na svim nivoima“.³ Ujedno, UNESCO koristi jedno drugo određenje sporta, pod kojom se podrazumeva fizička aktivnost koja se preduzima radi poboljšanja ličnih sportskih performansi (Nicholson, Hoyer, Houlihan, 2011: 276). U državama u kojima su izrazito razvijene sportske aktivnosti, kao što je Kanada, prilikom jednog istraživanja sporta koristila se definicija sporta kao aktivnosti koja zahteva određeni stepen fizičkog napora i veštine, u kojoj postoji takmičenje dve strane, uz poštovanje određenih pravila.

Iako sport ima za cilj razvijanje navike za vežbanjem među omladinom, pri čemu se dolazi do stvaranja plemenitih osećanja, sport često može da generiše agresivnost, zbog pritiska kojim su izloženi sportisti, sve sa ciljem ostvarivanja konačne pobeđe. Upravo ispoljavanje agresivnosti dovodi do nasilja u sportu. U kriminologiji, u poslednjim decenijama, razvijen je koncept da sport može, pored toga što u određenim slučajevima rezultira nasiljem, da se koristi u prevenciji kriminaliteta. Drugim rečima, iako prevencija kriminaliteta nije primarni cilj bavljenja sportom, organizovana, ciljna fizička aktivnost može dovesti do sprečavanja devijantnosti kod dece i omladine.

2. Potreba i značaj prevencije kriminaliteta putem sporta

Generalni stav među sociolozima je da bavljenje sportom među omladinom dovodi do fizičkog i psihičkog razvitka, što u krajnjem slučaju ima pozitivne efekte na život omladinaca. Poslednjih decenija napravljeni su posebni programi koji treba da rezultiraju prevencijom kriminaliteta i njegovim smanjenjem među

1 Retrieved 22 December 2013 from 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

osobama koje se bave sportom. Razlog za okretanje kriminologa shvatanju da se sport iskoristi s ciljem prevencije kriminaliteta među omladinom nastao je nakon uvida u podatke da izricanje krivičnih sankcija maloletnim delinkventima ne daje uvek adekvatne rezultate. Dobar primer ovakve tvrdnje može se uočiti u američkoj saveznoj državi Ontario, u kojoj je više od decenije bila primenjivana nulta tolerancija na maloletničku delinkvenciju. Bez obzira na sav trud policijskih i pravosudnih organa, u periodu od 1989. do 1993. godine, obim maloletničke delinkvencije je utrostručen. Od ukupnih sredstava namenjenih za borbu protiv maloletničke delinkvencije u ovoj saveznoj državi, oko 70% biva potrošeno na kaznu maloletničkog zatvora (Carmicheal, 2008: 1–2). Situacija je dosta slična i u Kanadi. Došlo je do povećanja obima maloletničke delinkvencije u periodu od 1993. do 2008. godine za 30%. Slučajevi nasilja od strane maloletnika preplavili su kanadske gradove. U Vankuveru je, na primer, došlo do razračunavanja između maloletničkih bandi, a u gradu Halifax do slučaja u kojem je starija žena pretučena od strane maloletnika. Ilustrativno je da je u približno istom vremenskom periodu (1992–2005. godina) učešće maloletnika u različitim sportskim aktivnostima bilo u opadanju. Naime, angažovanost dečaka od 11 do 14 godina u sportskim aktivnostima pala je od 74% na 62%, dok je angažovanost devojčica istih godina smanjena sa 54% na 48% (Carmicheal, 2008: 4). Ujedno, istraživanje o stavu Kanađana o maloletničkoj delinkvenciji pokazalo je da 77% ispitanika smatra da osuđivanje maloletnika ne daje dobre rezultate (Carmicheal, 2008: 1).

Prikazani rezultati ilustruju neefikasnost klasičnih mera za borbu protiv maloletničke delinkvencije. Stoga su određeni kriminolozi predložili promenu pristupa, koja bi se ogledala u odvracanju maloletnika od negativnih društvenih aktivnosti, odnosno preddelinkventnog ponašanja, pre nego što budu uvučeni u vršenje krivičnih dela. Promena pristupa reakcije društva i države na maloletničku delinkvenciju otelotvoruje se u razvijanju socijalnih programa različitih sadržaja, kojima bi se omogućila međusobna interakcija mladih ljudi, uz obraćanje posebne pažnje na razvitak veština rešavanja problema (Gilliver, 2).

Bavljenje sportom smatra se jednim od najefikasnijih načina prevencije predelinkventnog i delinkventnog ponašanja maloletnika. Naime, istraživanja su pokazala postojanje veze između bavljenja sportom i fizičkim aktivnostima, sa jedne strane, i prevencije kriminaliteta, sa druge strane. Naime, kao razlozi za veće angažovanje maloletnika u različitim sportskim aktivnostima mogu se navesti sledeće činjenice: 1) držanje maloletnika koji se bave sportom zauzetim; 2) bavljenje sportom zadovoljava potrebu maloletnika za uzbuđenjima i izazovima; 3) dovodi do stvaranja osećaja povećanja snage; 4) povećava povezanost sa drugim maloletnicima; 5) razvija veštinu rešavanja problema na brz način, uz donošenje odgovarajućih odluka; 6) timski rad; 7) doprinosi razvoju fizičkih sposobnosti; 8) samopouzdanje se javlja kao posledica bavljenja spor-

tom; 9) razvija kognitivne sposobnosti; 10) obezbeđuje mogućnost ugledanja na sportske uzore; 11) doprinosi tome da se maloletnici osećaju posebno, i 12) u određenim slučajevima talentovanoj deci bavljenje sportom omogućava zaposlenje (Carmicheal, 2008: 3). Sličan stav ima i Wolfgang Bretšnajder (Wolfgang Brettschneider), koji ističe četiri benefita bavljenja sportom: 1) poboljšanje samopouzdanja; 2) stvaranje osnove za lakše prevazilaženje stresnih situacija; 3) povećanje uspeha u školi i 4) uspostavljanje boljih odnosa sa članovima porodice.⁴

Takođe, o značaju sporta u prevenciji delinkventnog ponašanja najbolje svedoči stav bivšeg generalnog sekretara Saveta Evrope, Danijela Taršajsa (Daniel Tarschys), koji je izjavio da se „skriveno lice sporta ogleda u nekoliko hiljada entuzijasta koji smatraju fudbal, veslanje, atletiku ili penjanje uz stene mestom za sastanke, ali pre svega mestom na kojem se razvija društveni život. U tom mikrokosmosu ljudi nauče da preuzmu odgovornost, da prate pravila, da prihvate jedni druge, da traže konsenzus, da prihvate demokratiju. Gledano iz ovog ugla, sport je par excellence idealna škola za demokratiju.“⁵

3. Dva mehanizma prevencije kriminaliteta putem sporta

Kriminolozi ističu da postoje dva mehanizma prevencije kriminaliteta putem sporta: prevencija premeštanjem (displacement prevention) i terapijska prevencija (therapeutic prevention). Suština teorije premeštanja je da do prevencije kriminaliteta dolazi zbog relokacije kriminaliteta sa određenog mesta (geographical displacement), vremena (temporal displacement), mete (target displacement). Takođe, do relokacije kriminaliteta može doći zamenom jednog načina njegovog izvršenja za drugi (tactical displacement), kao i zamenom jednog krivičnog dela za neko drugo krivično delo (crime type displacement).⁶ Iako prema shvatanju teorije premeštanja ne dolazi do sprečavanja i redukcije broja izvršenih krivičnih dela, ona je bitna, jer se kriminalitet pomera okolo, zbog promene situacije, ili prilike koja je pogodna za izvršenje krivičnog dela.⁷

4 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

5 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>

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

Terapeutska prevencija kriminaliteta ogleda se u shvatanju da učestvovanje određenih osoba u različitim sportskim aktivnostima dovodi do toga da oni sport posmatraju kao zabavu kojom otklanjaju dosadu u svojim životima. Zabavljanje kroz sportske aktivnosti vodi do prevencije kriminaliteta, jer period dokolice, koji nije ispunjen zabavom već dosadom, vodi do izvršenja krivičnih dela. Drugi kriminolozi smatraju da bavljenje sportom dovodi do povećanja samopoštovanja. Na taj način dolazi do prevencije kriminaliteta, jer nisko samopoštovanje, kako su pokazala istraživanja, rezultira vršenjem krivičnih dela (Johnson, Summers, 2005: 63). Međutim, ovakvom shvatanju kriminolog Krabe (Crabbe) zamera da je hipoteza o povećanju samopoštovanja među ljudima koji se bave sportom suviše pojednostavljena, jer u sportu uvek imamo pobednike i gubitnike. Drugim rečima, postavlja se pitanje da li se samopoštovanje razvija i kod gubitničke strane.⁸ Takođe, terapeutska prevencije kriminaliteta oslanja se i na tezu da bavljenje sportom može dovesti do razvitka tzv. kognitivnih veština kod pojedinaca, kao što su empatija i samodisciplina, što za posledicu ima manju sklonost ka kriminalnom ponašanju. Teorija diferencijalne asocijacije ima primenu u terapeutskoj prevenciji kriminaliteta. Kako je suština teorije diferencijalne asocijacije, koju je stvorio Edvin Saderlend (Edwin Sutherland), u tome da se ponašanje uči u interakciji sa drugim osobama, bavljenje sportom dovodi do usvajanja vrednosti i normi socijalnog okruženja, pri čemu dolazi do odbacivanja vrednosti delinkventnih grupa. Posredno na taj način dolazi do sprečavanja vršenja krivičnih dela od strane lica koja se bave sportom. Poslednje shvatanje u okviru terapeutske prevencije kriminaliteta usled bavljenja sportom odnosi se na interakciju sportiste ne sa svojim saigračima, već sa trenerima.

4. Primeri dobre prakse prevencije kriminaliteta putem sporta i fizičke aktivnosti

Brojna istraživanja ukazala su na efikasnost angažovanja maloletnika u sportu s ciljem prevencije delinkventnog ponašanja. Iako su istraživanja o uspešnosti bavljenja sportom s ciljem prevencije delinkventnog ponašanja počela da se sprovode tek u prošlom veku, još u XIX veku se primenjivalo shvatanje o uključivanju muških školaraca u različite sportske aktivnosti kako bi bili sprečeni da vrše krađe, da se nasilnički ponašaju, kao i da piju alkohol (Johnson et al., 2005: 63).⁹

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

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

Moderni sportski programi koji su za cilj imali sprečavanje maloletnika da se odaju kriminalnom ponašanju razvijani su u zemljama širom sveta. Tako je, na primer, u Kansas Sitiju (Kansas City), u saveznoj državi Misuri (Missouri), napravljen program igranja košarke u večernjim i ponoćnim terminima, što je dovelo do smanjenja obima maloletničke delinkvencije među pripadnicima Afroamerikanaca. Postignuti rezultati su bili više nego očekivani. Prema izveštaju policije Kansas Sitija došlo je do smanjenja od jedne do dve trećine u ukupnom obimu maloletničke delinkvencije u onim područjima gde se sprovodio ovaj program prevencije delinkvencije maloletnika od deset do dvadeset jedne godine starosti (Gilliver, 3). U Menhetnu (Manhattan) u Njujorku (New York) sproveden je sličan projekat – ponoćna košarkaška liga. Kao cilj ovog projekta postavljeno je smanjene obima kriminaliteta i remećenja javnog reda i mira od strane mladih ljudi, uz pružanje pomoći i davanje saveta o svim pitanjima sa kojima se mogu suočiti mladu ljudi (Gilliver, 4). U saveznoj državi Virdžinija (Virginia), u gradiću Aleksendrija (Alexendria), organizovane su trke za maloletnice koje su vršile krivična dela, od strane Road Runners Club of America. Rezultat je bio smanjenje stope učesća maloletnica u delinkvenciji. Tokom 2008. i 2009. godine pokrenut je pilot-projekat, pod nazivom Sport 4 All Youth, na reci Sl. Lawrence u Brokvilu (Brockville), u Ontariju (Ontario) u Kanadi. Suština projekta bila je omogućavanje delinkventnim mladim ljudima, posebno onima koji potiču iz porodica sa nižim socioekonomskim statusom, da skijaju na vodi uz pomoć žičare (wakeboarding). Rezultat je bio smanjenje obima maloletničke delinkvencije.¹⁰

Slični programi koji su se zasnivali na korišćenju sporta u prevenciji maloletničke delinkvencije postoje i u drugim državama. Tako je, na primer, Australija razvila rehabilitacioni program u kojem je, kroz sport, došlo do smanjenja delinkventnog ponašanja mladih iz populacije Aboridžina.¹¹ Neke zemlje, poput Australije, razvile su program pomoći mladim beskućnicima u gradu Adelejdu (Adelaide). Beskućnici, pored toga što su živeli u lošim uslovima, bez mogućnosti ispunjena osnovnih elementarnih potreba, bili su uključeni kao izvršioci ili kao žrtve u krug vršenja raznih krivičnih dela. Servis za pružanje pomoći mladim beskućnicima u Adelejdu izradio je jedinstven program podrške beskućnicima putem bavljenja sportom i fizičkim aktivnostima. Igranjem košarke kod mladih beskućnika stvoren je osećaj pripadnosti, uz stvaranje stava da košarkaški teren može biti mesto na kojem će generisati svoje potrebe. Osnovna zamerka jednom ovakvom programu je okolnost da nisu mereni efekti na stopu recidivizma mladih beskućnika (Cameron, MacDougall, 2000: 3).

10 Community Services Committe. Retrieved 28 December 2013 from http://www.huntsville.ca/en/documentuploads/Agendas/doc_634347663696986367.pdf

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

Kanada je, takođe, razvila odgovarajuće programe prevencije maloletničke delinkvencije kroz uključivanje mladih u sport. Tokom 1992. godine u Kanadi je podignuto 57.000 optužnih akata, od čega je 14% podignuto prema maloletnim delinkventima, pre svega pripadnicima muškog pola. Maloletna lica u domorodačkoj populaciji u Kanadi su imali dva puta veću stopu kriminaliteta u odnosu na generalnu populaciju. Stoga je u gradu Manibota (Manitoba) razvijen, od strane Northern Fly-In Sports Camps, poseban sportski program namenjen radu na uzrocima maloletničke delinkvencije, a ne na njenim posledicama. Programom je pokušano da se prevaziđe situacija u kojoj su mladi pripadnici domorodačkog stanovništva iskazuju učešće u maloletničkoj delinkvenciji, slaboj društvenoj kontroli, neadekvatnom provođenju slobodnog vremena, na taj način da su mladi uključeni u program čiji je cilj pravilan razvitak putem sporta. Šest maloletnika je bilo uključeno u ovaj program, pri čemu dobijeni rezultati opravdaju svrhu postojanja jednog ovakvog kampa. Naime, došlo je do povećanja osećaja sreće, zadovoljstva, opreznosti samih maloletnika, kao i smanjenja osećaja dosade. Maloletni delinkventi koji su imali više izvršenih krivičnih dela iza sebe ukazali su da su postali više društveni, imali su pozitivniji odnos prema dokolici. Oni maloletnici koji su izvršili manji broj krivičnih dela, isticali su da su postali srećniji, da uživaju više u aktivnostima i da se manje brinu za svoje prijatelje.¹²

Pored programa prevencije delinkvencije putem bavljenja sportom, postoje programi prevencije delinkventnog ponašanja bavljenjem određenim fizičkim aktivnostima. Za razliku od sporta koji je podvrgnut strogim pravilima, neki kriminolozi smatrali su da samo bavljenje određenom fizičkom aktivnošću, bez postojanja strogih pravila, predstavlja njenu komparativnu prednost u prevenciji delinkvencije (Cameron, MacDougall, 2000: 3). Primer za ovako koncipiran program poznat je pod nazivom Outward Bound program, čija suština nije samo u bavljenju fizičkim aktivnostima, već i u učenju osnovnih tehnika preživljavanja u divljini. Ujedno, obukom u okviru Outward Bound programa delinkventi uče kako da ispunjavaju određenje zadatke za kratak vremenski period, uz jačanje poverenja među njima samima, kao i sa odraslima (The National Society for the Study of Education Chicago, 1998: 144). Naime, Outward Bound program koncipiran je u Engleskoj tokom II svetskog rata, s ciljem obuke mornara na trgovačkim brodovima osnovama preživljavanja. Šezdesetih godina prošloga veka Outward Bound program doživeo je svoj puni procvat u Sjedinjenim Američkim Državama. Ovaj program treba da doprinese razvoju samokontrole i grupne kohezije i solidarnosti kod delinkventne populacije (Walters, 1992: 63). Pozitivni efekti Outward Bound programa mogu se najbolje videti na osnovu

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

studije koju su sproveli Keli (Kelly) i Bajer (Baer). Oni su poslali 60 maloletnih delinkvenata iz Masačusetsa na dvadesetšestodnevnu obuku u okviru Outward Bound programa, upoređujući ih sa kontrolnom grupom od 60 maloletnika koji su poslani u vaspitno-popravne ustanove. Dobijeni rezultati pokazali su da je 20% maloletnika iz eksperimentalne grupe delinkvenata koji su poslani na program obuke izvršilo novo krivično delo 9 meseci posle završetka obuke, dok se 34% maloletnika iz kontrolne grupe odalo vršenju novih krivičnih dela posle istog vremenskog perioda. Dalje praćenje istih grupa delinkvenata ukazuje da je posle godinu dana obim povrata kod eksperimentalne grupe delinkvenata i dalje bio 20%, dok je kod kontrolne grupe stopa povrata narasla na 40%. Nakon pet godina 38% maloletnika iz eksperimentalne grupe je počinilo novo krivično delo, dok 58% maloletnika koji pripadaju kontrolnoj grupi nastavilo sa vršenjem krivičnih dela (Walters, 1992: 63).

5. Potreba prevencije kriminaliteta putem sporta i fizičke aktivnosti u Republici Srbiji

Da bismo upotreбили sport i fizičku aktivnost kao način prevencije kriminaliteta potrebno je prvo da vidimo da li postoji potreba za tako nečim i to ustanovljavanjem obima krivičnih dela počinjenih od strane maloletnih i punoletnih lica. Naime, broj krivičnih prijava za počinjena krivična dela od strane maloletnika u periodu od 2003. do 2012. godine najmanji je bio 2003. godine – 2.415, a najveći 2011. godine – 4.323, što ukazuje indirektno na rast počinjenih krivičnih dela od strane maloletnika od preko 70%. Iako je broj prijavljenih krivičnih dela počinjenih od strane maloletnika tokom 2012. godine spao na 3.913, i dalje postoji veliki porast broja krivičnih dela počinjenih od strane maloletnika u odnosu na početnu godinu posmatranog vremenskog perioda (Republički zavod za statistiku, 2013). Iako je stopa povrata među maloletnicima drastično manja u odnosu na punoletna lica – 17% prema 65%, treba biti naročito oprezan, jer zbog kratkog trajanja maloletstva, a dugog trajanja krivičnih postupaka, stvara se privid da je stopa povrata kod maloletnika znatno manja, bez obzira na situaciju da primarni maloletni delinkvent učini krivično delo posle napunjenih 18 godina života. Drugim rečima, takvo lice se ne može smatrati maloletnim povratnikom, jer je naredno krivično delo izvršilo po sticanju punoletstva. Ukoliko bi se ova lica ipak posmatrala kao maloletni povratnici, stopa recidivizma maloletnika bi iznosila između 80 i 85%.¹³ Iz prikazanih rezultata jasno je da klasične krivičnopravne mere, poput izricanja krivičnih sankcija za suzbijanje maloletničke delinkvencije ne daju adekvatne rezultate. Ujedno, pretpostavka je da se postpenalni tretman, primenjen prema maloletnicima po proteku odgovarajuće krivične sankcije u

13 Retrieved 13 January 2014 from http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2008&mm=11&dd=17&nav_id=329257

penitencijarnim ustanovama, ne sprovodi na odgovarajući način, čim je procenjena stopa povrata maloletnika 80–85%.

Slična situacija postoji i kod punoletnih lica u vremenskom periodu od 2004. do 2012. godine. Od 2004. godine, kada je bilo 88.453 prijavljenih punoletnih lica, zabeležen je trend povećanja broja punoletnih lica za izvršena krivična dela, sve do 2010. godine. Naime, te godine prijavljeno je 74.279 punoletnih lica za različita izvršena krivična dela, dok je najviše punoletnih lica bilo prijavljeno 2006. godine – 105.701. Nakon 2010. godine dolazi do ponovnog povećanja broja prijavljenih punoletnih lica za počinjena krivična dela, s tim da je 2011. godine bilo 88.207 prijavljenih, a 2012. godine 92.879 (Republički zavod za statistiku (a), 2013). Iako je tokom određenih godina došlo do smanjivanja broja prijavljenih punoletnih lica, treba naglasiti da do toga nije došlo zbog mera prevencije koja je preduzimala država u saradnji sa nevladnim sektorom, već je to više posledica situacionih okolnosti. Takođe, bitno je napomenuti da stopa povrata punoletnih učinilaca krivičnih dela iznosi 65%.

Potreba reagovanja na maloletničku delinkvenciju i na kriminalitet punoletnih lica i dalje je nužnost, ali na novi način, čija suština treba da se ogleda, prevashodno, u prevenciji. Naime, države, koje su najviše odmakle u razvoju različitih mera prevencije, poput Sjedinjenih Američkih Država, Australije, Kanade i tako dalje, treba da predstavljaju uzor, s ciljem izgradnje sopstvenih mera prevencije delinkvencije maloletnike i kriminaliteta punoletnih lica.

U Srbiji, takođe, postoji razvijen sistem prevencije maloletničke delinkvencije, ne samo neformalnim organizovanjem, već i normativnim putem. Međutim, neki dokumenti, poput Polaznog okvira Nacionalne strategije prevencije kriminala¹⁴ (u daljem tekstu Polazni okvir), koji je donet 2009. godine u saradnji Ministarstva unutrašnjih poslova, Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, Fakulteta za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju u Beogradu i Centra za prava deteta, ni u jednoj odredbi se ne spominje mogućnost upotrebe sporta i fizičke aktivnosti u prevenciji maloletničke delinkvencije, iako su i same institucije saglasne u tome da fokus državnih organa samo na otkrivanje izvršenih krivičnih dela i njihovih učinilaca ima ograničen efekat na smanjenje stope kriminaliteta. Polazni okvir oslanja se u borbi protiv kriminaliteta i na određenju zakonsku regulativu.

Strategija razvoja zdravlja mladih ljudi u Republici Srbiji¹⁵ (u daljem tekstu Strategija) predstavlja jedan od dokumenata na kome se bazira Polazni okvir. U

14 Polazni okvir Nacionalne strategije prevencije kriminala, Ministarstvo unutrašnjih poslova, Beograd, 2009. Retrieved 13 January 2014 from http://www.bezbednost.org/upload/document/polazni_okvir_nacionalne_strategije.pdf

15 Strategija razvoja zdravlja mladih ljudi u Republici Srbiji, „Službeni glasnik RS”, broj 104/2006-51

samoj Strategiji može se, na jedan indirektan način, izvući zaključak da bavljenje sportom i fizičkim aktivnostima predstavlja jedan od njenih glavnih pravaca. Naime, kod kreiranja aktivnosti u oblasti promocije zdravlja, posebno onih čiji su nosioci mladi, i kod unapređenja i podrške individualnim i kolektivnim zdravim stilovima života, kao jednim od pravaca Strategije, moguće je na posredan način uvideti da različite sportske i fizičke aktivnosti predstavljaju jedan od načina ostvarivanja zdravlja mladih ljudi. Vlada Republike Srbije je, kao donosilac Strategije, prepoznala fizičku neaktivnost mladih kao jedan od aktuelnih zdravstvenih problema. Kao razlozi za fizičku neaktivnost, u Strategiji su navedeni nepostojanje adekvatnih terena i igrališta, njihova nebezbednost, kao i nedostatak dovoljnih novčanih sredstava za bavljenje određenim sportom. Stoja je Vlada Republike Srbije postavila, kao jedan od ciljeva Strategije, promociju zdravih stilova života, uz postavljanje ishoda da najmanje 50% mladih usvoji zdrave stilove života. Bitno je napomenuti da zdrav stil života obuhvata više komponenti: pravilnu ishranu, kontrolu stresa, opštu i ličnu higijenu, bezbedno seksualno ponašanje, zaštitu od povreda, biti slobodan od PAS (Parental Alienation Syndrome) i fizičku aktivnost.¹⁶

Na kraju teksta Strategije, nalazi se deo o njenim zadacima i aktivnostima, u kojem se izričito naglašava da, pored zdravstvenog obrazovanja, fizičko obrazovanje treba uključiti u obavezne školske programe. Iz navednog može se postaviti opravdano pitanje da li fizičko obrazovanje postoji u okviru osnovnog i srednjeg obrazovanja. Kako je odgovor potvrđan, dovodi se u pitanje svrsishodnost ovog cilja i aktivnosti.

U Strategiji razvoja sporta u Republici Srbiji za period od 2009. do 2013. godine,¹⁷ koji je donela Vlada Republike Srbije, konstatuje se smanjivanje broja realizovanih časova fizičkog vaspitanja i da je veliki broj ljudi prekinuo praksu vežbanja i bavljenja sportom u slobodno vreme, uz nedovoljan broj fiskulturnih sala. Manja fizička angažovanost maloletnika i punoletnih lica dovela je do povećanja broja obolelih od kardiovaskularnih i respiratornih bolesti, kao i do povećanja broja zavisnika od alkohola i opojnih droga.¹⁸ Upravo povećanje broja zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci može poslužiti kao argument povećanja sociopatoloških pojava i kriminaliteta. Ukoliko analiziramo podatke Republičkog zavoda za statistiku o broju prijavljenih punoletnih lica u periodu od 2004. do

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

17 Vlada Republike Srbije je najavila donošenje Strategije razvoja sporta od 2014. do 2018. godine na svom sajtu 15. oktobra 2013. godine.

18 Strategiju razvoja sporta u Republici Srbiji za period od 2009. do 2013. godine. Retrieved 19 January 2014 from http://www.srbija.gov.rs/extfile/sr/99206/strategija_razvoja_sporta0037_cyr.zip

2008. godine, možemo uočiti da je najmanji broj prijavljenih punoletnih lica za izvršena krivična dela 2004. godine, kada je bilo 88.453 prijavljenih, a najveći broj tokom 2006. godine – 105.701. Ukupno je tokom 2008. godine bilo 101.723 punoletnih osoba prijavljenih zbog učinjenog krivičnog dela (Republički zavod za statistiku (a), 2013). Ovaj period posmatran je kao namerni uzorak, jer je Vlada Republike Srbije donela Strategiju 27. novembra 2008. godine.

Istraživanje iz 2008. godine, urađeno za potrebe Strategije razvoja sporta, pokazalo je da 559 škola nema veliku salu, što predstavlja 36,5%. Blizu 50% (48,5%), što je u brojkama 744 škola, ima veliku salu površine manje od 450 m², dok 230 tj. 15% škola ima veliku salu površine veće od 450 m². Ujedno, istraživanje je pokazalo da 1.190 škola, odnosno 77,6%, nema malu salu. Malu salu površine ispod 150 m² poseduje 239 tj. 15,6% škola, dok 104 tj. 6,8% škola ima malu salu površine veće od 150 m².¹⁹ Bitno je napomenuti da je istraživanje CESID-a i Ministarstva omladine i sporta, koje je sprovedeno tokom 2007. godine, pokazalo da dve trećine građana Srbije ne upražnjava nikakve sportske aktivnosti.²⁰ Istraživanje o fizičkoj aktivnosti koje se odnosi na srednjoškolce sprovedeno je tokom 2007. godine. Po rezultatima istraživanja, najveći broj srednjoškolaca, njih 39%, ne bavi se uopšte sportom, 37% rekreativno se bavi nekim sportom, dok njih 24% trenira određeni sport.²¹ Rezultati istraživanja stranih kriminologa ne razlikuju se od rezultata dobijenih u istraživanjima sprovedenim od strane domaćih kriminologa. Naime, doktor Pedro Halal (Pedro Hallal), sa državnog univerziteta Pelotas iz Brazila, sproveo je, zajedno sa svojim saradnicima, istraživanje o fizičkoj aktivnosti građana u različitim državama sveta. Prema dobijenim rezultatima Republika Srbija je 119. država u svetu po broju građana koji upražnjavaju različite fizičke aktivnosti. Takođe, ovim istraživanjem potvrđen je rezultat ranijih istraživanja – da je dve trećine građana Srbije fizički neaktivno (68,3%).²²

Pored toga što Strategija razvoja sporta u Srbiji predstavlja krovni dokument, u kojem je predstavljen skup principa o upravljanju sportom i njegovom strateškom

19 Ibidem

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

21 Strategija razvoja školskog sporta u AP Vojvodini 2013-2017. godine, str. 24. Retrieved 22 January 2014 from 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>, Više o tome videti: 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

usmerenju u budućnosti, samo na jednom mestu se spominje značaj sporta kao konstruktivnog načina trošenja slobodnog vremena, što posredno upućuje na prepoznavanje sporta i različitih fizičkih aktivnosti kao mere za prevenciju maloletničke delinkvencije, jer su brojna istraživanja pokazala da se najveći broj krivičnih dela od strane maloletnika vrši u vreme dokolice (Konstantinović Vilić, Nikolić Ristanović, Kostić, 2009: 380–383).

Jedan od strateških ciljeva Strategije je razvoj i unapređenje fizičkog vežbanja dece u predškolskim ustanovama, jačanje školskog i univerzitetskog sporta i uspostavljanje funkcionalnog sistema školskih i univerzitetskih sportskih takmičenja. Takođe, kao strateški cilj navedeno je i uspostavljanje mehanizama za povećanje obima bavljenja sportom svih građana u okviru i van sportskih organizacija. Povećanjem broja građana uključenih u sportske aktivnosti, što maloletnih, što punoletnih, doći će do smanjenja sociopatoloških pojava, smanjenu rizičnih ponašanja, što na kraju vodi izvršenju krivičnih dela.

Pored Republike Srbije, i Autonomna Pokrajina Vojvodina usvojila je Strategiju razvoja školskog sporta u AP Vojvodini 2013–2017. godine, u kojoj je naglašeno da bavljenje školskim sportom može da redukuje izlaganje mladih okruženju koje može podsticati rizična ponašanja. U Strategiji je, takođe, istaknuto da je još veći broj građana Srbije, u odnosu na ranija istraživanja, fizički neaktivno – 74.3%.

Iako je fizičko vaspitanje obavezan predmet tokom osnovnog i srednjeg obrazovanja, a pritom jedini predmet koji sistematski i stručno tretira fizičku aktivnosti, kako je to konstatovano u Strategiji razvoja školskog sporta u AP Vojvodini 2013–2017. godine, nigde se u ovom dokumentu ne spominje mogućnost iskorišćavanja sporta i fizičke aktivnosti u svrhu prevencije delinkvencije, jer su nakon završetka školskog časa fizikog vaspitanja deca i maloletnici prepušteni ulici i svojim ličnim afinitetima i želi za bavljenjem sportom i fizičkim aktivnostima. Veći broj učenika, njih 54%, iz uzorka o istraživanju na teritoriji AP Vojvodine smatra da bi škola mogla da ponudi, radi kreativnog korišćenja slobodnog vremena, dodatne sadržaje u vidu sportskih aktivnosti. Ujedno, mladi u Vojvodini u najvećem procentu zainteresovani su za uključivanje u projekte u oblasti sporta (52%), što treba iskoristiti ako se imaju u vidu podaci dobijeni na uzorku 1.624 učenika, uzrasta od 7 do 15 godina, iz Novog Sada, Sombora, Bačke Palanke, Zrenjanina i Sremske Mitrovice, da se kod oba pola može uočiti trend opadanja broja učenika koji se svakodnevno bave fizičkom aktivnošću. Sa porastom broja godina života dečaka i devojčica smanjuje se procenat bavljenja sportom i fizičkim aktivnostima. Naime, dečaci uzrasta 12–13 godina bave se svakodnevno fizičkim aktivnostima najmanje 30 minuta u 52,7% slučajeva, dok se u svim ostalim starosnim grupama kreće 36–46%. Procenat bavljenja sportom i fizičkim aktivnostima kod devojčica je znatno manji. Kod devojčica

starosti 8–9 godina procenat bavljenja sportom je 38%, dok je najmanji procenat kod nastarije grupe iz uzorka – 13%.²³

Značaj osnovnih i srednjih škola u organizovanju sportskih aktivnosti van nastave ogleda su u članu 143 Zakona o sportu,²⁴ u kojem je propisano da školski sport obuhvata organizovane nastavne i vannastavne sportske aktivnosti u oblasti školskog fizičkog vaspitanja, uključujući i školska sportska takmičenja koja se sprovedu u okviru školskog sistema, u skladu sa nastavnim planom i programom, utvrđenim u skladu sa Zakonom. Organizovanjem sportskih sekcija od strane osnovnih i srednjih škola došlo bi do povećanja broja maloletnika uključenih u sportske aktivnosti, a samim tim bi došlo, kako smatra Ministarstvo omladine i sporta, do stvaranja radne navike, vaspitanja i obrazovanja, jačanja zdravstvenih kapaciteta dece (ali i odraslih), tolerancije i adaptacije na stres (psiho-fizički), timskog rad, posvećenosti, hrabrosti, sportskog duha i socijalizacije.²⁵

Ministarstvo omladine i sporta, kao nadležno za primenu Strategije razvoja sporta u Republici Srbiji, uočilo je značaj školskog i rekreativnog sporta. Partner Ministarstva za razvoj školskog sporta je Savez za školski sport Srbije, kojem je, počev od 2011. godine, dodeljivana suma od 22 miliona dinara prve godine, dok je naredne godine suma povećana na 31 milion, a 2013. godine na 40 miliona dinara. Rekreativni sport razvija se od strane organizacija, poput Saveza za rekreativni sport, Asocijacije sport za sve Srbije i Saveza za rekreaciju i fitnes Srbije. Njima je Ministarstvo transferisalo sledeću sumu novca: Savez za rekreativni sport – 2010. godine 1 milion dinara, 2011. godine 3 miliona dinara, 2012. godine 3 miliona dinara i 2013. godine 3 miliona dinara; Asocijacija sport za sve Srbije – 2010. godine 2.353.500 dinara, 2011. godine 5.200.000 dinara, 2012. godine 5 miliona dinara i 2013. godine 5 miliona dinara; Savez za rekreaciju i fitnes Srbije – 2011. godine 1 milion dinara, 2012. godine 1 milion dinara i 2013. godine 2 miliona dinara. Pored isticanja ovih podataka, potrebno je istaknuti da budžet Ministarstva omladine i sporta iznosi 0,34% ukupnog budžeta Republike Srbije.²⁶ Bez obzira što je došlo do povećanja pojedinačne i ukupne sume novca za razvoj školskog i rekreativnog sporta, obim prijavljenih punoletnih i maloletnih lica za izvršena krivična dela je povećan u periodu od 2010. do 2012. godine. Razlog tome treba tražiti u činjenici da je udeo budžeta Ministarstva omladine i sporta u ukupnom budžetu Republike Srbije mali, pa da je bilo koje povećanje sume novca za finansiranje školskog i rekreativnog sporta beznačajno da bi se uradilo

23 Strategija razvoja školskog sporta u AP Vojvodini 2013–2017. godine. str. 22–23.

24 Zakon o sportu, «Sl. glasnik RS», br. 24/2011 i 99/2011– dr. zakoni

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

26 Analiza programskog finansiranja nacionalnog sporta u periodu 2010/2013, str. 22. Retrieved 23 January 2014 from <http://www.mos.gov.rs/upload/ANALIZA%202010-2013.doc>

nešto više u povećanju broja punoletnih i maloletnih lica uključenih u različite sportske i fizičke aktivnosti.

Pored toga što postoje određene strategije, u kojima su njeni donosici na jedan posredan način uočili bavljenje sportom i fizičkim aktivnostima, kao jedan od komponenti zdravog stila života, neophodno je raditi na izgradnji posebnih programa povećanja fizičke aktivnosti maloletnika i mladih ljudi, kako bi se, između ostalog, uticalo na smanjenje obima maloletničke delinkvencije i kriminaliteta mladih ljudi. Kao primeri za izgradnju posebnih programa prevencije kriminaliteta putem sporta i fizičke aktivnosti mogu nam poslužiti primeri dobre prakse u Sjedinjenim Američkim Državama, Australiji i Engleskoj. Takođe, neophodno je značajno povećanje sume novca namenjene školskom i rekreativnom sportu, uz postavljenje kao cilja, između ostalih, i smanjenje stope kriminaliteta.

6. Zaključak

Savremena kriminološka misao prepoznala je značaj sporta i fizičke aktivnosti u prevenciji, pre svega, maloletničke delinkvencije, a samim tim i kriminaliteta punoletnih lica, jer se od maloletnih delinkvenata najčešće regrutuju punoletni kriminalci. Stoga su razvijeni posebni sportski programi, čiji su ciljevi da, pored poboljšanja samopouzdanja, povećanja fizičke spremnosti i tolerancije, socijalizacije, dođe da smanjenja delinkventnog ponašanja maloletnika. Dobijeni rezultati pokazuju znatno smanjenje obima delinkventnog ponašanja onih maloletnika uključenih u posebne sportske programe u odnosu na kontrolnu grupu maloletnih delinkvenata.

Mogućnosti primene ovih programa su neograničene. Naime, pored toga što ih je moguće primenjivati kod maloletnih i punoletnih lica koja su uslovno osuđena, postoje izgledi da se primenjuju kao poseban program u okviru organizovanja slobodnog vremena kao oblika tretmana. Takođe, primena ovih programa može se ogledati i u okviru postpenalne pomoći. Iako Republika Srbija u okviru penitencijarnih ustanova primenjuju različite sportske aktivnosti, koje su vrlo često stihijske, postoji još dosta prostora za njenu primenu. Neophodno je, stoga, formirati posebne timove stručnjaka koji će, ogledajući se na primere iz drugih zemalja, razviti posebne programe sportske i fizičke aktivnosti s ciljem prevencije kriminaliteta i delinkvencije. Republika Srbija mora da spozna značaj sporta i fizičke aktivnosti u prevenciji kriminaliteta i da ih unese u svoje strategije, jer će samo na taj način stvoriti normativnu osnovu za razvoj posebnih programa.

Literatura

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. godine Retrieved 25 December 2013 from 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

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 Insitute. 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.

Maloletni učinioci krivičnih dela – Prijave, optuženja i osude – 2012. Beograd, 2013. Republika Srbija, Republički zavod za statistiku. Retrieved 12 January 2014 from http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/01/24/97/SB-577_Maloletni_uciniociKD.pdf

Prijavljena i osuđena punoletna lica, prema krivičnom delu 2004–2012. Beograd, 2013. Republika Srbija, Republički zavod za statistiku (a). Retrieved 13 January 2014 from <http://webrzs.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

Polazni okvir Nacionalne strategije prevencije kriminala, Ministarstvo unutrašnjih poslova, Beograd, 2009. Retrieved 13 January 2014 from http://www.bezbednost.org/upload/document/polazni_okvir_nacionalne_strategije.pdf

Strategija razvoja zdravlja mladih ljudi u Republici Srbiji, „Službeni glasnik RS”, broj 104/2006-51

Strategiju razvoja sporta u Republici Srbiji za period od 2009. do 2013. godine. Retrieved 19 January 2014 from http://www.srbija.gov.rs/extfile/sr/99206/strategija_razvoja_sporta0037_cyr.zip

Prijavljena i osuđena punoletna lica, prema krivičnom delu 2004–2012. Beograd, 2013. Republika Srbija, Republički zavod za statistiku. Retrieved 19 January 2014 from <http://webrzs.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>

Strategija razvoja školskog sporta u AP Vojvodini 2013–2017. godine, str. 24. Retrieved 22 January 2014 from http://www.senta-zentasport.rs/doku/strategija_razvoja_skolskog_sporta_apv_2013-2017.pdf

Konstantinović Vilić, S., Nikolić Ristanović, V., Kostić, M., Kriminologija, Pelikant print, Niš, 2009. godina, str. 380–383.

Strategija razvoja školskog sporta u AP Vojvodini 2013-2017. godine. str. 22–23.

Zakon o sportu, “Sl. glasnik RS”, br. 24/2011 i 99/2011 – dr. zakoni

Analiza programskog finansiranja nacionalnog sporta u periodu 2010/2013, str. 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

Retrieved 22 December 2013 from 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

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/dg9o4em952a879f3.html>

Community Services Committe. Retrieved 28 December 2013 from 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

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,Više_o_tome_videti: 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

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.*

Dr Sava Aksić,*

*Docent Pravnog fakulteta u Prištini sa
privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici*

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 321.6/8

Rad primljen: 20.01.2015.

Rad prihvaćen: 02.04.2015.

MONARHIJA ILI REPUBLIKA

Apstrakt: *Ne postoji jedinstveno mišljenje o tome koji je oblik vladavine napredniji, celishodniji i praktičniji, pa je pitanje: republika ili monarhija, aktuelno još od antike. Sa druge strane, i monarhija i republika su pretrpele značajne izmene kroz istoriju. U svakom slučaju, u savremenim monarhijama danas monarh ima samo ceremonijalna ovlašćenja. Pored svih prednosti i nedostataka monarhije i republike, koje se u teoriji navode, smatramo da razliku između ova dva sistema, u pogledu samog njihovog funkcionisanja, treba tražiti u činjenici što u monarhiji postoji identitet privatnih i javnih interesa monarha, kao i u činjenici da se često, u sistemima gde postoji, monarhija ne posmatra samo kao oblik vladavine nego joj se pridaje i posebno, mitsko obeležje.*

Ključne reči: *Monarhija, republika, oblik vladavine, istorija, promene, ovlašćenje, smenljivost, izbornost, javni.*

Pitanje izbora oblika vladavine nikada nije bila dilema na koju je bilo jednostavno dati odgovor. Različiti događaji su uticali na pojedine narode, kao i države, da se opredeljuju za određeni oblik vladavine kao prosperitetniji, napredniji, odnosno kao oblik vladavine koji omogućava boljitak nacije, budući da su u određenim činjenicama pronađeni razlozi koji određeni oblik vladavine čine celishodnijim, praktičnijim u odnosu na drugi itd.

Drugi su polazili od kriterijuma da je određeni oblik vladavine stariji, pa je zbog toga, kao provereniji, bolji od ovog prvog oblika vladavine. Za razliku od njih, bilo je i onih koji su u činjenici da je određeni oblik stariji nalazili potvrdu da je kao takav zastareo i prevaziđen, pa ga zbog toga treba zameniti drugim, modernijim!

Ali se uvek, kroz svaku argumentaciju određenog oblika vladavine, kao dokaz njegove opravdanosti nastojao izneti i kriterijum demokratičnosti jednog ili drugog, odnosno autokratske forme ispoljavanja jednog ili drugog oblika u

* sava.aksic@gmail.com

pojednim fazama postojanja određenih država, koja je dokaz njihove nedemokracije ili demokracije.

Međutim, kako se pitanje oblika vladavine vezuje za razne činjenice, i s toga dosta široko postavlja, moguće je da su neke od činjenica, koje se iznose kao kriterijum oblika vladavine ili nedovoljno relevantne, ili uzete u razmatranje bez dovoljno istorijske potpore, ili, na kraju, da su tokom istorije izgubile značaj koji su nekada imale. "Najčešće se čuje mišljenje da se razlika sastoji u tome što u monarhiji vlada jedna osoba, a u republici vlada više njih ili svi" (Bernatzik, 1919: 5, preveo S.A.).

Prvo, što se tiče pitanja koji je oblik vladavine prvi nastao, teško da se može jedan od dva oblika vladavine smatrati starijim u odnosu na drugi.

Politička teorija starog veka nije razlikovala, kao što je to slučaj danas, oblike vladavine: monarhiju i republiku, nego je razlikovala tri oblika države: monarhiju, aristokratiju i demokratiju. Ova podela služila je kao kriterijum suverenosti. Kada vlast pripada jednom licu, onda je vlast monarhijska, a ako pripada nekolicini onda je vlast republikanska. Republikanska vlast se deli na aristokratiju ili demokratiju, zavisno od toga da li vlast pripada manjini ili većini (Kelzen, 1951: 271).

Na pitanje koji je oblik vladavine stariji: republika ili monarhija, teško je odgovoriti. Izgleda da su podjednako stara oba oblika vladavine, da su se uporedo pojavila i održavala kroz celu istoriju. Razne države su u toku istorije menjale oblik svoje vladavine, mada ima i onih koje su opstale sa oblikom vladavine sa kojim su i nastale (Jovanović, 1936: 222).

Na osnovu toga zaključujemo da je netačan svaki sud o naprednijem ili nazadnijem obliku vladavine sa aspekta vremena njegovog nastanka, odnosno zbog toga što je jedan moderniji, a drugi stariji, odnosno prevaziđen. Ako se ikakva zakonomernost po pitanju oblika vladavine može izvesti, onda bi jedina zakonomernost bila da se jedan isti oblik vladavine može manifestovati i kao napredniji i kao nazadniji, odnosno da oba oblika vladavine mogu imati formu, tj. ispoljiti se, kao napredni ili nazadni po nacionalne interese (upor. Bobio, 1995: 99).

Usled ovoga se dešavaju i mogu se desiti promene u pojedinim oblicima vladavine. Takav je bio slučaj, kada je u XVIII veku apsolutna monarhija, kao prevaziđena, zamenjena ustavnom monarhijom. Ali, takve promene često su nužne, i ne mora da znači da je usled određenih promena odnosni oblik vladavine prevaziđen, pa bi ga zbog toga trebalo zameniti drugim. Tako, ni monarhija, zbog toga što je izmenjena, nije nestala, niti je prevaziđena.

Ova činjenica, da apsolutna monarhija nije odgovarala nastajućim demokratskim težnjama, pa je zbog toga morala biti zamenjena ustavnom monarhijom, zaista

može biti argument u korist republike, što je činjenica koju pristalice monarhizma ne spore, ali i dokaz da je monarhija, ipak opstala (Jovanović, 1990: 360).

Međutim, ne treba zaboraviti činjenicu da nužne istorijske promene nije pretrpela samo monarhija, kako bi se u određenoj fazi istorije prilagodila aktuelnom političkom trenutku, nego ni republika nije mogla biti zaobiđena u tom smislu. Tako, republike koje danas postoje, nisu iste po položaju i ovlašćenjeima koja ima njen predsednik, kao one koje su postojale u državama kada je ona nastala, i dugo nakon toga. To znači da tokom istorijskog razvoja, nije samo monarhija pretrpela nužne izmene, odnosno da se nisu samo kod monarhije ispoljile njene negativne strane, nego da to isto važi i za republiku.

To ne znači ništa drugo nego da su oba oblika vladavine tokom istorije pretrpela nužne promene.

Takođe, veličina države i oblik vladavine, s obzirom na to da se i za tu činjenicu vezuje određeni oblik vladavine, ako nekada i jesu bili u direktnoj vezi u smislu zakonomernosti da od veličine države zavisi oblik vladavine, onda to danas nije slučaj. Naime, nekada su velike države bile organizovane kao monarhije, a male države, ili gradovi države, kao republike. Budući da vlast predsednika republike potiče od naroda, bilo je teško izvodljivo u velikoj državi organizovati biračko telo koje bi efikasno moglo da obavlja svoju funkciju u smislu izbora predsednika republike. Danas je taj problem prevaziđen kao posledica pronalaženja sredstava saobraćaja i pravnih izuma, kao što su savezna država i predstavnički sistem (Jovanović, 1990: 359).

Može se primetiti da danas taj kontakt, između šefa države i naroda, više nije ni najmanji problem, pa su i najveće države sveta, svaka nalazeći sopstvene razloge za postojanje šefa države, odnosno za uspostavljanje određenog oblika vladavine, upravo organizovane republikanski, kao što je slučaj sa Rusijom, Kinom, Indijom, Sjedinjenim Američkim Državama, Brazilom itd. Dakle, ono što se može primetiti je sledeće: ako su nekada postojali tehnički razlozi za organizaciju šefa države na određeni način, onda danas, na rešenje pitanja oblika vladavine takvi razlozi definitivno više ne utiču.

Između ostalih argumenata u prilog monarhiji ili republici, mogu se čuti i oni da je monarhija pogodnija zato jer je u njoj ličnost monarha visoko uzdignuta iznad stranačkih, parcijalnih i trenutnih političkih interesa u odnosu na republikansku vladu koja se oslanja na promenljivo javno mnjenje. Ističe se da samo monarh, kao objektivni i neutralan činilac može da zastupa opšte državne interese, nasuprot republici u kojoj nema autoriteta koji bi obuzdavao stranačku tiraniju, nego se naprotiv, redovno stavlja u službu najjače stranke. Uostalom, pristalice monarhijskoga uređenja smatraju da, s obzirom na to da je država u suštini vojna organizacija, ona mora da bude uređena na način kako je uređena

vojska, a to znači na monarhijskim načelima. U vojsci postoji hijerarhija nasuprot jednakosti, a hijerarhija je uslov postojanja i funkcionisanja vojske. Ukoliko bi iz vojske nestala pokornost prema starijima i umesto nje bila uvedena jednakost, takva vojska bi prestala da postoji. A, sa druge strane, država kao takva mora da odgovara vojsci, da bi uopšte i vojska mogla da opstane (Jovanović, 1990: 360).

Nasuprot ovim argumentima, republikanci ističu da je potpuna ravnopravnost uslov opšte volje, te pitaju po čemu je neko pametniji od ostalih da bi imao preimućstvo po rođenju u odnosu na ostale, na način da je ustavni činilac, a uz to još i pravno neodgovoran (upor. Jering, 1998: 149).

Pored toga, isti navode da pokoravanje volji jednog čoveka ponižava ostale ljude, srozava njihovo samopouzdanje i samopoštovanje. Što se tiče komparacija sa vojskom, te državom kao vojnom ustanovom, republikanci smatraju da je neprimereno svako upoređivanje jer su okolnosti drugačije od onih kada je vojskom trebalo osvojiti zemlju, i kada je bio neophodan vladalac kao vojskovođa. Danas je glavni cilj države blagostanje njenih pripadnika. Uz sve to, ističe se da moderna država počiva na ideji da ne treba poistovećivati državu sa ličnostima onih koji obavljaju državne poslove, i da stoga sve ličnosti, bez obzira na posao koji u državnoj hijerarhiji obavljaju, moraju biti stavljene pod pravni poredak, odnosno da svi moraju biti odgovorni, bez izuzetaka. U monarhiji, ovakav princip nije moguće sprovesti zbog monarhove neodgovornosti, pa je zbog toga odgovornost prebačena na ministra, koji je odgovoran s obzirom na to da je ovlašćen. Ministri su, dakle, jedini ovlašćeni i odgovorni, pa je njihovo postojanje zbog toga i realno i nužno, za razliku od monarha koji su u svemu ovome, smatraju isti, suvišni i nepotrebni, pa je i monarhija, zbog svega ovoga, necelishodna. (Jovanović, 1990: 361).

Ako se pokuša da se sa aspekta argumenta oblika političkog režima, izvede konačan sud o vezi ovoga sa oblikom vlade, smatramo da se na taj način, takođe ne mogu izvoditi nikakvi održivi zaključci. Moguće je da takve teorije samo naginju jednom ili drugom rešenju, ali su istinski lišene utemeljenja u istorijskim činjenicama, jer niti se monarhija može okarakterisati kao autokratski oblik političkog režima, odnosno takav oblik vladavine koji neminovno stvara ili održava atmosferu diktature pojedinca ili uže grupe ljudi, niti se republika može smatrati oblikom vladavine koji bi generisao ili održavao stanje u kojem vlada većina, bez obzira da li ta većina vlada posredno ili neposredno (Subotić, 1997: 238).

Monarhija koja danas postoji u savremenom svetu, odnosno država u kojoj postoji monarhijski oblik vladavine, s obzirom na to da su oblik vladavine i oblik političkog režima dva odsečna i odvojena pitanja, može, ali ne mora, u podjednako meri kao i republika, imati mehanizme i poluge vlasti koji su garancija postojanju i ostvarivanju demokratskih načela (Subotić, 1997: 239).

Smatramo da bi danas bilo nemoguće voditi raspravu u pravcu suprotstavljanja monarhove vlasti pravima naroda, kao što je to bio slučaj u periodu apsolutne monarhije. Ako postoje pomeranja u tome pravcu u smislu vrste, kao i veličine prava kojima jedan od ova subjekta raspolaže, onda je nesporno da se istorija odvija u pravcu stalnog osipanja ovlašćenja monarha (Subotić, 1997: 240).

Tako se, kao primer jednog novog tipa monarhije, navodi monarhija koja postoji u Norveškoj. U tom sistemu monarh, umesto da bude ravnopravan sa parlamentom, on je njemu potčinjen. Monarh tu nema pravo sankcije nego samo pravo veta, pa, i ako je za savlađivanje takvoga veta potrebno više vremena nego za savlađivanje veta predsednika republike, ipak je moguće da parlament odluči i mimo volje monarha. Takođe se u ovome sistemu parlament okuplja i raspušta bez odluke monarha, zbog čega je položaj ovakvoga monarha sličan položaju naslednog predsednika republike. Položaj ovakvoga monarha se razlikuje u odnosu na položaj monarha u Engleskoj po tome što u Engleskoj vlast monarha nije umanjena nego je prešla na ministre, dok je u Norveškoj ona umanjena (Jovanović, 1990: 256).

Tako se pokušaji određivanja jednog oblika vladavine kao savršenijeg u odnosu na drugi teško mogu potpuno i nesporno izvesti. Stav po kojem bi se jedan oblik vladavine smatrao potpuno i nesporno boljim u odnosu na drugi, smatramo teško održivim, jer prednosti koje jedan oblik vladavine sobom nosi, mogu biti prednosti u jednoj državi, ali ne i u drugoj. U drugoj državi je moguće da upravo takve karakteristike, koje bi u nekoj drugoj bile prednost, budu u stvari smetnja državnom jedinstvu i osećaju pripadnosti jednoj državi. Na primer, u višenacionalnoj državi teško da monarhija može biti najpogodniji način vladavine, s obzirom na to da bi se nacija kojoj monarh ne pripada osećala zapostavljenom, i pitanje je koliko bi pripadnici nacije kojoj monarh ne pripada, zaista mogle da takvu državu smatraju svojom, ili onoliko svojom kao kada bi monarh bio iste nacionalnosti kao i oni; mada ima i primera da su i neke od takvih država duže trajale, kao što je slučaj sa Austro-Ugarskom monarhijom. U svakom slučaju, oblik vladavine će zavisiti od nacionalnog sastava stanovništva, kulturnog nivoa njenih građana, privrednog razvoja, geografskog položaja i svega ostalog, ali se opet nikako ne bi mogla izvesti nekakva trajna definicija po kojoj bi državama, sa izvesnim egzaktno određenim parametrima privrednog, društvenog, kulturnog i svakog drugog razvoja, više odgovarao jedan, umesto drugog oblika vladavine (Subotić, 1997: 237).

Opšta karakteristika ideje monarhije bi bila u tome što preko pojedinca koji je na vlasti, ideja monarhije oličava jedinstvo nacije, sa njom i države, a činjenicom da je monarh doživotno na mestu šefa države, ideja monarhije oličava kontinuitet države i njeno trajanje (Subotić, 1997: 235). Jedinstvo države je u monarhiji

oličeno kroz jedinstvo subjekta šefa države u monarhiji (Jovanović, 1922: 376). Stalnost monarhove vlasti oličava stabilnost države, koja treba da bude brana svim brzim i nezrelim političkim i društvenim promenama, odnosno socijalnim kretanjima takve vrste od kojih društvo i država mogu imati više štete nego koristi. Monarhija ima zadatak da svojom tradicijom i trajanjem obuzda krajnosti, ma koje vrste, političke posebno, ekstremne aspiracije i stranačke strasti. U stanju političkih sukoba i borbi, kojima može svako društvo biti bremenito u pojedinim fazama postojanja, samo autoritet koji je iznad sukobljenih strana, može dovesti do održivog kompromisa (Subotić, 1997: 236).

Međutim, moguće je govoriti i o nekim slabostima, odnosno nedostacima monarhije, a od najznačajnijih koje se obično navode jesu da se monarh posmatra kao protivteža narodu, jer je izvorno subjekat iste političke snage kao i narod. Zatim, i činjenica, da monarh dolazi na presto nasleđem, bez obzira na njegove lične sposobnosti, koje nekada možda i ne mogu biti takve da će on biti u stanju da na najbolji način obavlja funkciju šefa države, a s obzirom na to da ne postoje legalne mogućnosti za njegovu smenu, on će kao takav doživotno ostati na mestu šefa države. Isto tako, monarhija se nekada može pojaviti i kao brana naprednim procesima, a u situaciji kada nedostaju legalne mogućnosti da bi se savladale brane koje takvim procesima postavlja monarhija, ona će se tada nesporno pojaviti kao snaga koja stoji na putu razvoja društva (Subotić, 1997: 236).

S druge strane, kada se radi o republici, ono što su slabosti monarhije, istovremeno mogu biti prednosti republike, ali sve to opet sa zadržkom. Naime, kao prednost republike se ističe demokratski oblik vladavine, koja se ogleda u činjenici da ličnost predsednika republike nije određena ustavom, tj. da se svako lice pod određenim uslovima može kandidovati za šefa države, a od narodne volje zavisi ko će biti izabran. Tako da postoji mogućnost da neko zbog svojih izuzetnih sposobnosti bude izabran na mesto predsednika republike, od čega bi i društvo kao celina onda imalo koristi. Ideja republike koja se ogleda u izbornosti, smenjivosti i nestalnosti ličnosti na mestu predsednika republike, omogućava stvaranje atmosfere u kojoj je društvo otvorenije za moderne i naprednije tokove, za promene koje su revolucionarnije i celishodnije za državu i društvo u celini (Subotić, 1997: 237).

Međutim, činjenice nestalnosti, smenjivosti i promene, koja karakterišu republiku, a usled kojih se kao neminovna posledica pojavljuje otvorenost za nove ideje, može se pretvoriti u svoju suprotnost, tako da u takvoj državi mogu da nastupe promene koje su štetne – promene usled kojih će društvo kao celina biti zaustavljeno u svom razvoju ili usmereno u pravcu koji ne vodi napretku, nego nazadovanju društva. Sve je to moguće s obzirom na to da u republici ne postoji institucija koja simbolizuje stalnost, konzervativizam i tradiciju i koja

bi zbog tih svojstava, sve promena usvajala polako i na duži vremenski period. Uz sve to, činilac koji se, u smislu autoriteta u slučaju političkih sukoba može uzdignuti iznad sukobljenih strana radi pronalaženja razumnog kompromisa, u republici ne postoji (Subotić, 1997: 237).

Tako da, imajući u vidu doživotnost monarhove vlasti, koja nesporno simbolizuje trajanje države i nacije u odnosu na efemernost političkih sukoba i društvenih kriza, koje se u određenim fazama života države kroz određene forme uvek i svugde pojavljuju, moguće je da je monarhija, sa pozicije ovih argumenata, u stanju da te sukobe lakše prebrodi. Ali, naravno, ova činjenica ne mora biti ključni razlog zahvaljujući kome će monarhija preživeti pre republike.

Nakon svih ovih argumenata, kao i relativnosti vrednosnih sudova o ovima, postavlja se pitanje, u čemu je zaista suštinska razlika u odnosima između monarhije i republike, i u čemu se mogu tražiti prednosti, odnosno nedostaci jednog ili drugog oblika vladavine?

Celokupna istorija država ukazuje da ne postoji idealan oblik vladavine, kao i da dobre ili loše osobine postoje u svakom obliku vladavine (Mihajlović, 1996: 217). Zato je pitanje monarhije ili republike još od antike aktuelno (Strohm, 1922: 1, preveo S.A.).

Ali, ako se ipak traže razlozi za ili protiv, onda, iz svega navedenog proizilazi da se svi razlozi u korist republike ili monarhije mogu podeliti u nekoliko grupa.

Prvu grupu čine oni argumenti koji se zasnivaju na činjenici trajanja jednog ili drugog oblika vladavine, pa se na osnovu toga izvodi zaključak o konzervativnijem ili naprednijem obliku vladavine. Međutim, oba oblika vladavine postoje dosta dugo, pitanje je koji je oblik pre nastao, te smatramo da bi bilo prilično površno određivanje prihvatljivijeg oblika vladavine po osnovu ovog kriterijuma.

Takođe, argumente protiv monarhije koji se svode na činjenicu da monarh ima veća ovlašćenja od ostalih, a da ta ovlašćenja dobija po rođenju, takođe ne možemo smatrati nedostatkom ili slabošću ideje monarhije u odnosu na ideju republike, jer u savremenim državama monarh ni formalno, ni faktički nema veliku vlast (vid. Lukić, 1995: 313). Kada se piše o pravima koja britanski suveren ima, navodi se da su to prava da bude konsultovan, pravo da hrabri i pravo da opominje, odnosno analizirajući prava koja britanska kruna ima po ustavu, u teoriji se navodi da britanska kruna i u stvarnosti i ne čini ništa više od toga. Zbog svega ovoga se ističe da je Britanija već republika (Martin, 1937: 46 – preveo S.A.).

Dakle, vlast koju monarh danas ima je takva da se ni u kom slučaju ne radi o vlasti koja bi, kao nekada, bila protivteža narodu, nego se radi o vlasti sa određenim ingerencijama uglavnom formalne prirode, koje kruni omogućavaju obavljanje

funkcije u najnužnijem obimu. Taj bi se prigovor mogao izneti za vreme apsolutne monarhije, ali od kada u savremenim državama takva forma monarhije više ne postoji, onda ni takav argumenat više ne stoji. Šta više, u savremenim državama predsedničkog sistema, predsednik republike ima mnogo veću vlast nego monarh. Ako se uporedi vlast predsednika republike u predsedničkim državama i vlast monarha u skandinavskim kraljevinama, pa i sa vlašću monarha u Velikoj Britaniji, videće se da je predsednik republike mnogo više uključen u stvarno funkcionisanje političkog života države, da mu je negde prepušteno pravo upravljanja snažnim polugama vlasti, kao i da u nekim sistemima ima prilično jak položaj u odnosu na ostale dve vlasti. Tako da se ni činjenica velikih ingerencija krune ne može više smatrati argumentom na osnovu kojeg bi se izvodili sudovi o prednosti jednog ili drugog oblika vladavine.

I na kraju, postoji treća grupa razloga, kod kojih se donekle i jedino može pronaći stvarna razlika između monarhije i republike. Jedna razlika se tiče suštine, dok se druga tiče forme.

Suštinska razlika je u tome što u monarhiji postoji priličan identitet javnih i privatnih interesa monarha. Dakle, javna vlast se nasleđuje, odnosno nasleđuje se položaj monarha sa svim privilegijama. Doduše, ovo nasleđivanje se ne može vršiti pojedinačnim aktima privatnopravnog raspolaganja nego je ono predviđeno samo ustavom i zakonom (Jovanović, 1936: 207).

Međutim, ono što treba u vezi sa ovim pomenuti je da taj identitet interesa ne znači apsolutnu slobodu, ni u načinu sticanja vlasti, ni u načinu odnosa prema toj vlasti, jer je način na koji se ta vlast stiče u potpunosti regulisan ustavom, a način njenog vršenja, kao i uopšte, položaj monarha koji proističe iz uloge nosioca vlasti, uopšte ne znači da on nije u obavezi da poštuje ustav i zakone, pošto se prilikom stupanja na presto i formalno obavezuje na poštovanje ustava i zakona. Sloboda koju monarh ima, znači samo da je on neodgovoran u krivično-pravnom i političkom smislu (Jovanović, 1936: 208 – 209).

Ova neodgovornost proizilazi iz činjenice da je monarh, pored naroda, jedini ustavni činilac, odnosno subjekat vršenja vlasti. Tako da bez obzira na razloge ove neodgovornosti, koja je u određenoj meri posledica nužnosti uslova vršenja vlasti monarha, a koja je uz sve to kroz istoriju bila mnogo veća (jer je nekada uključivala i neodgovornost u moralnom smislu), kada se radi o samom funkcionisanju oba oblika vladavine, identitet javnih i privatnih interesa, i formalno u monarhiji, u određenoj meri postoji, za razliku od republike, pa je pitanje da li je ovo štetno za državu, ili je čak iz određenih razloga dobro da u određenoj meri u ličnosti šefa države postoji ovakvo jedinstvo privatnih i javnih interesa (Jovanović, 1936: 207–209)?

Kakav će biti odnos šefa države prema državi i javnim interesima, i koliko će on stvarno biti u stanju i hteti da učini nešto korisno u tom smislu, u praksi je pitanje? U istoriji je bilo raznih slučajeva. Tako u određenim državama, nije pravljen baš najbolji izbor, u smislu da narod smatra da je jedna ličnost pogodna za tu funkciju, a da se nakon toga pokaže da ta ličnosti ili nema sposobnosti, ili nije motivisana da za javni interes učini sve najbolje. Sa ovim otpada i prigovor da monarhija nije dobar oblik vladavine zato što se narod u njoj ne pita kakva je ličnost monarh, i zbog toga na presto može stupiti i neko ko nema kvalitete za obavljanje te funkcije, jer je bilo slučajeva da i u republikama svi predsednici nisu podjednako uspešno obavljali tu funkciju, iako su birani od naroda, i nisu došli na vlast po osnovu činjenice rođenja! Sa druge strane, u monarhijama je nekada taj identitet javnih i privatnih interesa motivisao monarha da za državu uradi najbolje moguće, ali nekada to i nije bio slučaj. Tako da, izgleda, ono što je najbitnije, to nije sama činjenica sticaja javnog i privatnog interesa, nego upravo pitanje u kakvoj će se ličnosti monarha steći privatni i javni interes. Kao što ni republika, odnosno sama činjenica volje naroda, ne garantuje izbor najpogodnije ličnosti. Upravo najrazličitiji primeri kroz istoriju predstavljaju dokaz činjenice da sam politički položaj i formalno-pravne ingerencije nisu dovoljna garancija uspešnosti vođenja države od strane šefa države. Smatramo da ni ova suštinska razlika ne nudi odgovor na pitanje o prednostima jednog od ova dva oblika vladavine, nego ostaje, da možda ipak najviše zavisi od same ličnosti šefa države, bez obzira na oblik vladavine kojim je država organizovana.

Formalna razlika između ideje republike i monarhije bi bila u tome što se često instituciji monarhije pridaje mitsko, ili čak i versko obeležje. Ovo obeležje je u vezi sa činjenicom stalnosti i doživotnosti monarha, što se poistovećuje sa nečim večnim i neprolaznim. Uz to, u različitim fazama istorije, krunisanje monarha je često bio, a i danas negde jeste, verski obred koji se obavlja uz blagoslov verskih velikodostojnika, ili je vrlo često u nekim državama funkcija bogoslužjenja u najtešnjoj vezi sa položajem monarha. Svest o monarhiji kao ideji, posebno ako ona postoji, ili je postojala duže vreme u određenoj državi, može biti dosta snažna, prvenstveno u smislu njenog značaja, porekla, vezanosti za tradiciju, utemeljenja u veri (upor. Jovanović, 1936: 223).

Literatura

- Bernatzik, E. (1919). *Republik und Monarchie*, Tübingen,
Bobio, N. (1995). *Država, vladavina društvo*, Podgorica, Cetinje,
Jerin, fon R. (1998). *Cilj u pravu*, Beograd, Podgorica, Sremski Karlovci, Novi Sad,
Jovanović, S. (1936). *Država*, Beograd,
Jovanović, S. (1990). *O državi, Osnovi jedne pravne teorije*, Beograd,

- Kelzen, H. (1951). *Opšta teorija prava i države*, Beograd,
Lukić, R. (1995). *Teorija države i prava*, Beograd,
Martin, K. (1937). *The Magic of Monarchy*, London, Edinburg, Paris,
Mihajlović, V. (1996). *Slobodan Jovanović i građanska država*, Vrnjačka Banja,
Strohm, G. (1922). *Demos und Monarch, Untersuchungen über die Auflösung der Demokratie*, Stuttgart,
Subotić, D. (1997). *Srpski monarhizam u prošlosti i danas*, Beograd.

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.*

KRIZA FUNKCIJA POLITIČKIH PARTIJA**

Apstrakt: *Disfunkcionalno partijsko delovanje značajno utiče na sporost demokratske konsolidacije društva i ukupno usporavanje društveno-političkog razvoja. Autor polazi od smanjenog reprezentativno-upravljačkog kapaciteta političkih partija u tranzicionoj Srbiji i razmatra ga pomoću klasičnih, operativnih funkcija političkih partija. Kriza klasičnih funkcija političkih partija u Srbiji deli istu takvu sudbinu u savremenim višepartijskim političkim sistemima, ali partijska kriza kod nas je daleko izoštrenija i određena protivrečnim izazovima tranzicionog perioda. Delovanje političkih partija u Srbiji daleko je od očekivanih objektivnih standarda, a bez efektivnih postignuća u reprezentaciji interesa društva i ostvarivanju javnih politika.*

Ključne reči: *funkcije partija, reprezentacija, kriza funkcija.*

1. Uvod

Političke partije su osnovni, opšti, univerzalni, trajni i karakterističan oblik političkog organizovanja društva pomoću kojih se ostvaruje reprezentacija društvenih interesa i potreba i, na osnovu toga, formulacija i sprovođenje javnih politika. One su za sada osnovni i najvažniji politički subjekt pa se, stoga, bez njih ne može ni zamisliti pluralistička struktura društva niti kompetetivni karakter političkog i izbornog sistema. Aksiološki polarizovana razmatranja, bilo da su apriorno ili objektivno zasnovana, prenaplašavaju pozitivne, odnosno negativne doprinose političkih partija. Apriori negativan odnos prema političkim partijama apsolutizuje samo loša iskustva i regresivne funkcije političkih partija i na taj način izvodi pesimistički aksiološki zaključak. I pozitivne i negativne percepcije političkih partija su isključive jer ne sagledavaju objektivno društvenu i političku stvarnost u odnosu na uzor-model ili pretpostavljenu sliku demokratije. Kao što savaka pojava ima svoje dobre i loše strane ispoljavanja, tako se i političke

* slavisa@prafak.ni.ac.rs

** Rad je realizovan u okviru projekta "Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu od 2013-2018.

partije, kao i politika uopšte, patologizuju. Kao što se i političke institucije kvare i izopačuju u odnosu na svoj normativno-doktrinarni ideal, tako i političke partije imaju svoje systemske, ideološke aberacije. Višepartijski demokratski sistem je samo jedna od operativnih mogućnosti demokratskog uređenja, mogućnost koja je do sada pokazala veću legitimnost od ostalih modela i varijanti demokratije. Mojsije Ostrogorski je imao više apriorno negativni odnos prema političkim strankama jer je apsolutizovao samo loše empirijske nalaze i uopštio ih do apstraktne generalizacije (Ostrogorski, 1921: 36–38). Robert Michels je našao više negativnih nego pozitivnih strana političkih partija, ukazujući na tendenciju oligarhizacije i liderske personalizacije koja ne doprinosi demokratiji (Michels, 1990: 317–323).

U literaturi postoji veliki popis klasičnih funkcija političkih partija (Goati, 2007: 57–64) a osnov klasifikovanja funkcija je različit. Klasične funkcije u ovom radu su prilično značenjski redefinisane i pojedinačno analizirane mada ostaju u već postojećoj orbiti klasifikacija.

Klasične funkcije nastale su saobrazno prirodi i karakteru društva u kome su partije nastajale, ali savremene društvene promene pretpostavljaju redefiniciju njene uloge. Kriza političkih partija proizilazi ih dubljih promena koje su svojstvene društvenom i političkom životu. Promenio se lik društva i politike u odnosu na vreme njihovog nastajanja, dogodile su se društveno-strukturne promene i promene interesno-vrednosnih preferencija društvenih aktera. Nisu bez značaja ni promenljive okolnosti kako na unutrašnjem tako i na međunarodnom planu.

Funkcija političkih partija podrazumeva korisnu, uspešnu, potrebnu, interesnu delatnost koja služi nekom cilju koji ide ka demokratskoj responzivnosti političkog poretka društva. Ako se imaju u vidu efekti ili posledice delovanja političkih partija, onda treba imati u vidu rezultate, odnosno postignuća političkih partija u političkom životu države, koji mogu biti pozitivni ili negativni, koji su blizu ili daleko od postavljenih ciljeva političke zajednice, rezultati koji moraju biti merljivi i vidljivi. Osnovna uloga političkih partija sa stanovišta systemske teorije politike jeste manje-više uspešna transformacija društvenog interesa u državne javne politike. Sa stanovišta političkog inputa, političke partije artikulišu i reprezentuju zahteve koji dolaze iz formacije građanskog, političkog društva, a sa stanovišta političkog outputa, političke stranke treba da obezbede podršku realizaciji donetih političkih i državnih odluka.

2. Preispitivanje funkcija političkih partija

Ovde problematizujemo nekoliko posebnih funkcija koje proizilaze iz opšte reprezentativne funkcije u demokratskom političkom sistemu. Posebno ćemo utvrditi disfunkcionalnost funkcija socijalizacije, artikulacije i agregacije, ka-

drovske selekcije, kao i ideološke, organizacione, parlamentarne i pravnoregulatorne funkcije.

Funkcija **političke socijalizacije**, odnosno funkcija političkog opismenjavanja i oblikovanja racionalnog i odgovornog građanstva, kao osnovna i protpostavljena funkcija, posebno nije ni blizu ostvarenja svoje uloge ne samo u postkomunističkoj Srbiji. Ova funkcija se može smestiti u širu funkciju demokratske politizacije društva.

Partijski sistem i međupartijska kompeticija u Srbiji, u dosadašnjem pokušaju demokratske konsolidacije, nisu obezbedili forum demokratskog političkog suočavanja i promociju racionalnog, odgovornog, demokratskog, deliberativnog modela političkog mišljenja, verovanja i ponašanja, a time i određenog modela političkog života. Latentno socijalizacijsko dejstvo autoriteta partijskog vođstva više se izražava u iracionalnom obliku kao autoritarna primarna politička identifikacija.

Manipulativno oblikovanje mišljenja i stavova o najznačajnijim pitanjima političke zajednice stvorilo je simplifikovane poglede na stvarnost. Složeni svet politike i teškoće političkog upravljanja zahtevaju gotove odgovore na jednako složena vitalna pitanja. Zato su političke partije značajni posrednici za stvaranje i menjanje političkih stavova, na taj način pribavljajući, odnosno mobilisući sebi glasove bez stvarno delotvornih javnih politika. Ubeđivanje i politička propaganda su osnovni načini oblikovanja političkih stavova.

Socijalizacijska i obrazovna funkcija političkih partija nije napravila značajan iskorak u odnosu na ranija, nasleđena politička iskustva. Stečeni obrazac mišljenja, verovanja, znanja i ponašanja nije adekvatan i kompatibilan sa potrebom izgradnje novog političkog znanja i oblikovanja demokratskog političkog identiteta građana.

Političke partije su mobilisući faktori političkog ponašanja odnosno političke participacije. Učešće ljudi u političkom životu, posebno na izborima, zavisi ne samo od percipiranog programa političkih partija, već od veštine partijskog marketinga o potrebi što šireg učešća ljudi u politici. Izborna i postizborna politizacija političkog polja ima za cilj pozitivno modeliranje građanskih percepcija prema javnim politikama. Osnovne tehnike politizacije imaju za cilj autolegitimaciju, odnosno kvazilegitimaciju partijskih javnih politika.

Socijalizacijska funkcija političkog učenja preobrazila se u manipulativnu funkciju obezbeđenja političke podrške. Građani svoje stavove više formiraju na osnovu očekivanja i obećanja političkih partija, a manje na osnovu objektivnog iskustva ili ideološko-programskih refleksija. Funkcija socijalizacije i političkog opisme-

njavanja preobrazila se u funkciju manipulacije i izborne mobilizacije, u kojoj je bitniji «glas» nego stepen političke pismenosti i racionalnog političkog izbora.

Partijska identifikacija je rezultat socijalizacijske funkcije i podrazumeva osećanje pripadnosti određenoj političkoj partiji, prihvatanje njenih stavova, oblika političkog delovanja, uključivanje u njene aktivnosti, glasanje za njene kandidate i uspostavljanje jasne distance prema drugim političkim partijama. Partijska identifikacija podrazumeva političku naklonost glasača koji sebe dugoročnije vidi kao podržavaoca određane partije, a koja se zasniva na kumulativnim efektima socijalizirajućih uticaja. Međutim, partijska identifikacija u postsocijalističkim tranzicionim društvima, a posebno u Srbiji, po prirodi je emocionalno-iracionalne ili, usko percipirano, interesne prirode. S obzirom na liderski karakter partija, partijska identifikacija se supstituiše kao partijsko liderska identifikacija, odnosno identifikacija sa vođom odnosno personalnim vrhom političke partije. Ova vrsta identifikacije ustanovljena je kao emocionalno-iracionalna privrženost i difuzna lojalnost prema nadiskustvenom autoritetu partijskog vođe. Sa druge strane, perceptivno interesna identifikacija ogleda se kao očekivana materijalna korist, odnosno materijalno postignuće.

Artikulacija i agregacija društvenih interesa, potreba, stavova i očekivanja je uslovljena stepenom polarizacije, odnosno diferencijacije ili integracije društva, prirodom i dubinom problema društva, nasleđem, međunarodnim i geostrateškim položajem države, ekonomskom strukturom društva, mentalitetom i političkom kulturom društva. Artikulacija i agregacija interesa u tranzicionim društvima predstavlja poseban izazov imajući u vidu da se radi o prelaznim društvima u kojima još uvek opstaje raniji način mišljenja i naviknutog ponašanja i predstavlja otpor opredeljenim a neophodnim promenama. Političko društvo u postkomunističkim državama još uvek nije sposobno da izrazi i uobliči političke zahteve prema institucijama odlučivanja, niti poseduje racionalne kriterijume za ocenu legitimnosti takvih institucija. Ova društva još uvek se nalaze u okvirima predpolitičkih identifikacija tradicionalnog nasleđa daleko od modernog, racionalnog oblikovanja sopstvenog građanskog i interesnog identiteta. Osnovna protivrečnost i napetost unutar formacije građanskog društva koja koči jasne interesne agregacije i političke alternative izražava se kao ideološka polarizacija između nasleđene egalitarno-socijalne ideologije obezbeđenja beneficija i liberalno-kapitalističke orijentacije racionalne organizacije i tržišnih imperativa, između nacionalnog i građanskog, konfesionalnog i sekularnog. Zbog toga, mnoga postsocijalistička društva nisu ostvarila neophodne radikalne rezove u odnosu na raniji politički sistem i socijalističku ideologiju.

Društvo moralnog i vrednosnog relativizma, nerazvijeno i siromašno, interesno nediferencirano, ideološki difuzno i neprofilisano, društvo «infantilnog komodi-

teta» i povišenog indeksa nereálnih očekivanja - društvo je koje nije reflektivno i sposobno da izrazi ili usvoji dominantan individualni, grupni i kolektivni interes. Tako difuzno nerefleksivno društvo je neupravljivo društvo.

Ostvarivanje funkcije **organizacije vlasti** je logična funkcija političkih partija jer je njihov cilj osvajanje državne vlasti, odnosno deljenje vlasti u koalicionim vladama. Ova funkcija proizilazi iz ideologije i programa političkih stranaka. Svaka politička partija treba da organizuje državnu vlast u skladu sa principima vladavine prava i pravne države, principima racionalne i profesionalne državne uprave. Što se tiče opozicionih partija, one u okviru svoje programske orijentacije i strategije opozicionog delovanja formiraju „vladu u senci“, što predstavlja sastavni deo njihove spremnosti da u svakom trenutku prezume vladajući položaj. Političke partije Srbije nemaju za cilj upotrebu poluga vlasti radi ostvarivanja partijskog programa, već žele vlast po sebi u čemu se izražava njihova etatofilija, odnosno kratofilija. Partije nisu u funkciji državne racionalnosti, odnosno opšte umnosti nego se država parcijalno ili posesivno interesno instrumentalizuje. Na taj način se vrši stanovita inverzija partije i države koja se uklapa u fenomen tzv. partijske, personalizovane a često i privatizovane države.

Nasleđe jednopartijske države ima svoje protezanje i danas u liku partijske države odnosno identifikacije partije i države. Ova simbioza se izražava kao prevalencija partijskog, dakle partikularnog kriterijuma na uštrb državnog i opštedruštvenog interesa. Metaforično, može se reći – država to je vladajuća partija. Partijsko apsolutizovanje državnog razloga često se izražava kao manipulacija državnim i nacionalnim interesima, partijska (zlo)upotreba državnih, posebno pravosudnih funkcija. Partijska anestezija prava naročito se izražava kao autoritarna partijska kontrola nad radom pravosudnih institucija a «borba protiv organizovanog kriminala i korupcije» zadobija oblik partijskog pravnog populizma i spektakularne ekranizacije istražnih krivičnih postupaka često bez pravosnažnog sudskog epiloga.

Parlamentarna funkcija političkih partija može se proučavati, odnosno posmatrati u dva značenja. Prvo značenje se odnosi na nedostatak parlamentarne političke kulture kao oblika i načina političke komunikacije i argumentovanog dijaloga u areni političke javnosti koja doprinosi deliberativnoj prirodi političkih odluka. Parlamentarizam u ovom smislu pretpostavlja parlamentarni duh institucija, a posebno način i proces parlamentarnog dijaloga, raspravljanja, odlučivanja, posebno partnerski odnos između referenata i oponenta određene politike. Parlamentarizam u ovom smislu izražen je kao monokratsko odlučivanje, demagogija, populističko diskvalifikovanje stavova političkih protivnika, bez međusobnog poverenja vladajuće i opozicione partije.

U drugom smislu, parlamentarna funkcija političkih partija izražava se u percepciji pozicioniranja zakonodavne i kontrolne uloge u podeljenoj i balansiranoj horizontalnoj podeli vlasti. Umesto toga, političke stranke u parlamentu favorizuju ili tolerišu institucionalnu inverziju na taj način što izvršna vlast postaje dominantna u odnosu na druge grane vlasti umesto obrnuto.

Imajući u vidu parlamentarnu ulogu političke stranke, evidentno je da stranke u formi poslaničkih klubova i parlamentarnih odbora više zastupaju uže partijske interese stabilnosti vlasti ili interese pojedinih interesnih grupa nego opšti društveni i državni, odnosno nacionalni interes. Parlamentarna retorika preobrazila se u demagogiju i populizam.

Funkcija izbora i selekcije kadrova u partiji i državi predstavlja jednu od najvažnijih funkcija političkih partija. Ona proizilazi iz uloge političkih aktera i subjekata u političkom sistemu. A kao najvažniji aspekt ove funkcije treba istaći kriterijume i merila na osnovu kojih se vrši selekcija partijskih kadrova i evaluacija njihovih postignuća u partijskom i političkom životu države.

Kada su u pitanju tranzicione zemlje, a posebno Srbija, treba ukazati na nekoliko karakterističnih, učestalih i istrajnih procesa. Naime, kriterijumi izbora i selekcije partijskog kadra više su vezani za lojalnost, odnosno pokornost autoritetu partijskog vođe nego za sposobnost obavljanja funkcije. Sankcionisanje kadrovske odgovornosti nije određeno vidljivim i merljivim rezultatima u obavljanju funkcije, već više skrivenim razlozima unutarpartijske kvazilogike političkog delovanja. Tako, smenljivost političkih kadrova, partijskih i političkih elita nije uslovljena postignućima u odnosu na izborni program i izborna obećanja. Ako bi trebalo evaluirati sve postojeće funkcije političkih partija u tranzicionom periodu, onda treba reći da je funkcija izbora i selekcije partijskih kadrova najlošije ostvarena funkcija političkih partija. Ova činjenica opet dovodi do nesagledivih posledica. Nekompetentni i nedostojni nosioci partijskih i državnih funkcija, kako u profesionalnom tako i u moralnom smislu, nisu ni kadri da ostvare druge političke, odnosno partijske funkcije u političkom sistemu, a posebno opštu reprezentativnu, odnosno upravljačku funkciju.

Svaka politička partija se zasniva na određenoj **ideologiji** ili ideološkoj kompilaciji na osnovu koje izvire njen politički identitet. Bez obzira što danas nema čistih ideoloških programa i što je ideološki kriterijum postao rastegljiv i neodređen, ipak političke partije nemaju iole konzistentnu ideološku doslednost, često pribegavajući tehnikama socijalnog populizma.

Ne samo da je prošla era klasičnih totalitarnih partija, već je prošla i era klasične monoideološke funkcije partija bez obzira da li se radi o partijama liberalne ili socijaldemokratske orijentacije. Kako je i ideologija u savremenom svetu promenila lik, tako se i ideologija partije menjala. Sve više je na delu kompilacija

dominantnih ideologija koje postaju sastavni deo partijskog programa i državne politike. U postkomunističkim društvima ideološka funkcija političkih stranaka značila je promenu partijske ideologije, dakle napuštanje marksističko-komunističke ideologije i njenog monopola i institucionalno ustrojstvo i usvajanje pluralizma ideologija i stupanje na scenu danas u svetu dominantne ideologije liberalizma. Danas je u delovanju političkih partija više dominantna neoliberalna ideologija nego u izbornim programima. Neoliberalni model političkih partija više je vidljiv kroz javne politike nego što je izražen u izbornim kampanjama.

Iz ove ideološke pozicije proizilazi i programski karakter političkih partija. Politički programi partija kod nas su suviše deklarativno-normativističke, apstraktne, načelne prirode. U dosadašnjem tranzicionom iskustvu takvi programi su i bili malo ostvarivi, odnosno ostvareni. Još jedna izrazita karakteristika – stanovita tipizacija, odnosno sličnost partijskih programa, a eventualne razlike nisu suštinske prirode.

3. Pravno-regulativna nefunkcionalnost

Danas se gotovo i ne identifikuje *pravna funkcija* političkih partija u pravnom sistemu opšteg pravno normativnog regulisanja društvenih odnosa. Ako su političke partije osnovni politički subjekt vlasti, onda je neophodno istražiti kako će politička partija u okviru svog izbornog i partijskog programa formulisati pravne politike, posebno ako se ima u vidu nameravana promena koju treba učiniti sa pozicija vladajućeg položaja.

Pravna funkcija u širem smislu obuhvata četiri funkcionalna, sadržinski povezana nivoa, u okviru kojih se ostvaruje ukupan normativni proces državne vlasti. Prvi nivo je prednormativan (materijalni izvor pravnog sistema) i podrazumeva proces percepcije predmeta normiranja, odnosno utvrđivanje potrebe za pravnom regulacijom. Prednormativni proces je značajan koliko i naredni nivoi, jer poznavanje predmeta normiranja je jednako relevantno za ostvarivost ukupne normativne funkcije države. Ovu fazu, ne samo kod nas, karakteriše selektivni neoliberalni konstruktivizam koji previđa nasleđene karakteristike društva. Drugo obeležje ove faze je nedovoljno uvažavanje istrajnosti egalitarnog nasleđa socijalizma, što znači nepoznavanje stvarnosti koja se normira.

Drugi nivo normativnog procesa je konverzija interesne i vrednosne strukture društva u pravnu normu u okviru propisanog parlamentarnog procesa odlučivanja. Ova faza normativne delatnosti karakteristična je po odsustvu argumentovane deliberacije sa izrazitim autokratskim i autoritarnim motivacijama vladajuće partije/koalicije. Treći aspekt se izražava u obezbeđenju spoljašnjih uslova i okolnosti za nesmetano samostalno i nezavisno funkcionisanje pravosudnog sistema. Politička (partijska) kontrola pravosudnog sistema ima

negativne implikacije na logiku funkcionisanja pravosudnog sistema. Četvrti nivo konsekventno podrazumeva evaluaciju regulativne funkcije prava i početak ponovnog procesa normiranja, odnosno renormiranje. Ova faza pokazuje dve negativne karakteristike: prva je veoma često i brzo menjanje zakona a druga je pravna nesigurnost i nepredvidivost u ostvarivanju prava pojedinaca i grupa. Dve negativne implikacije normativne funkcije su: nepoznavanje prirode realnosti koja se normira, s jedne strane, i kalkulatorske taktike normiranja, s druge strane.

U ovom kontekstu treba razlikovati parlamentarnu pravnu funkciju političkih partija u odnosu na funkcionisanje pravnog sistema, posebno tumačenje i primenu prava. To je posebno značajno u uslovima dominacije izvršne vlasti u odnosu druge dve grane vlasti i tendencije partijske politizacije pravosudnog sistema. Diferenciranje pravnog sistema u užem smislu, posebno pravosudnog sistema, neophodno je zbog granica i limita nedopustive uloge političkih partija u tumačenju i primeni prava. Bez ove diferencijacije i bez postojanja nezavisnog i samostalnog pravosudnog sistema ova funkcija političkih partija svodi se na autoritarni pravni populizam. Nasleđe autoritarnog prava i pravni diskontinuitet predstavljaju prepreku za konstitucionalizaciju partijske politike.

4. Funkcija demokratizacije političkog društva

Kada je u pitanju uticaj unutarpartijskih odnosa na demokratičnost političkog sistema treba navesti dva suprotna stanovišta. Jedno je Sartorijevo gledište koje poriče značaj unutarpartijske demokratičnosti za spoljašnju demokratičnost političkog sistema (Sartori, 2001: 155–156). Ovoj tezi se suprostavlja stanovište o direktnoj određenosti unutarpartijske demokratije na demokratičnost društva i političkog sistema jer je teško pretpostaviti da nedemokratičnost unutar partije može ishodovati široj demokratičnosti (Kasapović, 1996: 122). Polazeći od ovog stanovišta moguće je ustanoviti funkciju unutar partijske demokratičnosti i šire eksterne demokratske funkcije političkih partija (Pavlović, 2006, 33–40).

Odnos demokratije i političkih stranaka ne može se apriori posmatrati kao pozitivan ili negativan, već funkciju političkih partija u demokratiji treba posmatrati s obzirom na to koliko one uzorno, odnosno egzemplarno doprinose razvoju demokratije društva i države. Njena delotvornost u demokratskom političkom procesu meri se pre svega po tome koliko su one same demokratske po prirodi i da li njihov učinak na vlasti odgovara preferencijama i očekivanjima birača i razvoju društva.¹

1 Posebne unutardemokratske aspekte političkih partija već su razmatrane u našoj literaturi. Posebno preporučujem: Pešić, V. (De)blokiranje tranzicije i unutarstranačka demokratija i

Unutarpartijsko uređenje s jedne strane, i političko uređenje države i društva, s druge strane, nagoveštavaju jasne korelacije jer je doista teško pretpostaviti da će nedemokratični odnosi unutar partije imati pozitivne implikacije na eksternu demokratsku političku društva, kao što nije moguće govoriti o demokratskom društvu bez demokratske kulture pojedinaca, građanina koji čine to društvo. Unutarpartijska demokratija je pretpostavka i preduslov za demokratsko društvo iz nekoliko relevantnih razloga: prvo, partije su nosioci i osnovni subjekti političkog procesa donošenja političkih odluka, te se stoga unutarpartijska priroda odnosa proteže i na širi politički i društveni plan; drugo, političke partije treba da budu politički sistem u malom sa demokratskim atribucijama, jer se svi bitni odnosi koji postoje unutar političkih partija događaju i na nivou opštosti društvenog i političkog sistema; treće, uočljiva je jasna analogija između unutarpartijske političke dinamike i širih relacija društva i države; četvrto, unutarpartijska organizacija i partijsko ponašanje predstavlja uzor za širi obrazac političkog delovanja najrazličitijih aktera društvenog života. Postoji još jedna, jednako ako ne i više bitna determinanta ili odrednica koja govori u prilog potrebi unutarpartijske demokratije i odgovornosti. Unutarpartijska politička organizacija pretpostavlja daleko veću političku svest i političko znanje, veći stepen racionalnosti i političke odgovornosti u odnosu na celinu političkog sistema. Političke partije su daleko koherentnije, organizovanije, ekspresivnije, ideološki doslednije u odnosu na politički nestrukturirane oblike društvenosti. Političko liderstvo stranke, aktivisti i članstvo su više politizovaniji članovi društva, motivisaniji za političko delovanje.

Kao posebne indikacije nepostojanja unutarpartijske demokratije treba navesti: degeneracija oponentne i kritičke komponente koja je vidljiva i u širokom javnom političkom polju; nejednake mogućnosti za partijsko pozicioniranje; neformalno jaka liderska pozicija; nepostojanje unutarpartijske odgovornosti i kriterijuma smenljivosti; unutarpartijski centrizam u odlučivanju. Stoga je neophodna temeljna izmena unutarpartijskih odnosa i dostizanje makar minimalnih demokratskih standarda u funkcionisanju unutrašnjih partijskih struktura, jer „kao što ima nečeg suštinski problematičnog u nedemokratskom nametanju demokratije, tako ostaje bazično nepoverenje prema partijama koje se zalažu za demokratiju u društvu, a da same nisu demokratske“ (Kasapović, 1996: 124).

5. Odrednice krize funkcija stranaka

Kriza funkcija političkih partija proizilazi iz same krize političkih partija kao institucija političkog života i sve veće nemoći političkih partija u procesu re-

Orlović, S. Nedemokratičnost partija i demokratizacija društva. U: Demokratija u političkim strankama Srbije, Lutovac, Z. (Ur). Beograd, 2006.

gulacije društvenog života i razvoja. Kriza partijske politike proizilazi iz krize moderne politike. Klasične modele političkih partija, pa prema tome i klasične funkcije političkih partija, evidentno je pregazilo vreme i nove zakonomernosti društvenog života kako na unutrašnjem tako i na spoljnom planu. Postmoderna društva zahtevaju drugačije političke partije koje će odgovoriti izazovima novog vremena. Drugačija interesna, slojna, kulturna i ekonomska osnova društva zahtevaju i promovisanje novog tipa političke partije koji bi odgovorio na očekivanja kompleksnog društva. Kriza funkcija političkih stranaka odnosi se na krizu reprezentativne funkcije političkih stranaka u najopštijem smislu, a posebno kriza njenih operativnih funkcija koje su ovde posebno istraživane. Osnovna pitanja koja se u ovom smislu postavljaju nisu samo retoričke prirode – da li partije reprezentuju interese države i birača, da li promovišu demokratiju, da li su u upotrebi pravi kriterijumi selekcije i izbora partijskog kadra, koji su razlozi, odnosno uzroci krize reprezentativne funkcije političkih partija. Stoga je neophodno ustanoviti odrednice ili mesta koja generišu krizu klasičnih funkcija.

Uzročne odrednice krize političkih partija mogu se primeniti i na Srbiju i svrstati u dve grupe.² Prvu grupu određuje organizaciono ustrojstvo političkih partija koje se najrečitije izražava u oligarhijskom sindromu, korupciji i klijentelizmu. Ovo su koliko stari toliko i novi uzroci koji se mogu odrediti kao političko-organizacioni i kao etički (Milardović, 2007: 9–20). Oligarhizacija, privatizacija i personalizacija partijske organizacije slabi reprezentativnu funkciju jer su opšta volja, opšti interes podređeni pojedinačnim i grupnim interesima moćnih interesnih društvenih grupa.

Etički, odnosno moralni razlozi proizilaze iz epohalne razdvojenosti morala i politike, odnosno u nemoralnosti politike kao oznake njenog karaktera. Korupcionaške afere, skandali, klijentelizam i nepotizam su izrazi moralne patologije politike koju građani i birači prepoznaju a koja se može označiti kao aberacija i ambivalencija partijskih elita. Nepoverenje u partije i političke elite proizilazi iz narušavanja bazične moralne obligacije o značaju izgovorene reči i obećanja.

Grupi novih odrednica krize političkih stranaka treba dodati i oslabljen kapacitet upravljanja i nemogućnosti vladanja kompleksnim izazovima moderanizacije i globalizacije. Stranački programi postaju apstraktni, neostvarivi, a rezultati partijske politike postaju predmet manipulacije. Fenomen neupravljivosti je karakterističan i verifikovan problem savremenih političkih poredaka koja se brže menjaju od samih pojedinaca i grupa.

2 Identifikovanje opštih mesta, odnosno odrednica (determinanti) krize koje ovde primenjujem, preuzeta je, ali kontekstualno nadograđena, dopunjena i proširena u odnosu na verziju koju nudi Milardović, A. (2007). Kriza i transformacija političkih stranaka, Zagreb, 8–22.

Osnovne posledice krize funkcija stranaka (smanjen reprezentativno-upravni kapacitet, neispunjavanje izbornih obećanja) izražavaju se kao negativna percepcija građana i otuđenost koji za posledicu ima gubitak poverenja u političke stranke kao aktere i institucije. Otušenje partija u odnosu na građane i neispunjavanje demokratske funkcije, zastupanje uskih interesa moćnih grupa i kapitala smanjuje supstancijalni legitimitet političkih stranaka. Sve to ima širu posledicu odustajanja od izbornog procesa ili desoluciju demokratije.

Partije ne mogu više po starom, a pošto još uvek nemaju alternativu one se nužno moraju transformisati. Klaus von Bojme je pokušao da u novim društvenim pokretima nađe alternativu partijama ali bez uspeha (Bojme, 2002). Kako se transformiše društvo, tako i partije moraju proći kroz promenu. Stranke su prošle kroz nekoliko faza pod uticajem odrednica društva i pod uticajem promena u društvu. Četvrta faza transformacije stranaka je era profesionalizovanih biračkih stranaka. To je ona faza transformacije stranaka u smislu promena cilja stranaka i u smislu policy orjentisanih stranaka. Bit transformacije stranaka je u konstrukciji snažno kapacitiranog aktera u globalizovanoj areni. Transformacija mora biti utemeljena na spoznaji novih premisa politike, odnosno na tranziciji nacionalno državno demokratskih u transnacionalno državno demokratske premise. Nova konfiguracija politike podstaknuta globalizacijom i globalizmom menja i okvir delovanja. Stoga, transformacija stranaka mora ići u pravcu poboljšanja organizacionog i programskog kapaciteta u bitno novim, promenjenim političkim uslovima i drugačije konfiguracije interesa i aktera.

6. Politička karakterologija partija

Nastanak, diskontinuitet, istorijske okolnosti, obnova i karakter političkih partija u Srbiji određuje i delotvornost funkcija u tranzicionom periodu, odnosno njihovu izrazitu disfunkcionalnost. Bitna i izrazito karakteristična obeležja političkih partija u Srbiji u procesu tranzicije su: privatizovani i personalizovani karakter, klijentelističko-patronske model odnosa, autoritarno-liderska priroda partija i smanjeni funkcionalni kapacitet. Pored kadrovskog deficita, sve ove karakteristike utiču na to da srpske političke partije imaju izrazito smanjen reprezentativni i upravljački kapacitet. Danas su partije više personalizovane a manje institucionalno strukturirane koje nepoštuju demokratske norme i ne afirmišu demokratske vrednosti. Partije se u Srbiji pretvaraju u organizacije za upotrebu vlasti, duboko ambivalentne i korumpirane.

Autoritarni sindrom u srpskim partijama reflektuje se kroz nedodirljivost pozicije partijskog šefa, ograničavanje slobode izražavanja i negativnu selekciju funkcionera, kojom se nagrađuje oportunistički, konformizam i bespogovorna poslušnost, a zanemaruje kreativnost, sposobnost i kritičko mišljenje.

Partokratska država sputava demokratski razvoj i obesmišljava proces konsolidacije demokratskih ustanova i institucija. Naime, „(p)artokratija se u Srbiji može pratiti u institucionalnoj ravni (Ustav, zakon, izborni sistem), u političkoj kulturi i tradiciji, ali i u razumevanju politike više kao zadovoljavanja parcijalnih i ličnih interesa, a manje kao oblikovanja javnog dobra“ (Orlović, 2002: 63). Izrazito kratološke motivacije partija dovode do stvaranja difuznih, heterogenih, personalizovanih koalicija čiji su programi divergentni a interesne aspiracije različite. Cilj nije opšte dobro ostvarivanjem partijskog programa, već posevno interesna kalkulacija kao podmirivanje partijskog kadra distribucijom „partijskog plena».

Patronsko-klijentelistički karakter političkih partija u Srbiji je izrazit. Dva paralelna procesa se odvijaju između partijskog (državnog) vrha i partijskih aktivista: jedan je redovan, institucionalni, a drugi je personalno-privatizovan, latentan. Ovaj drugi proces ili linija interesne sprege ima dva društvena uporišta: jedan je finansijsko-oligarhijski između partijskog vrha i ekonomsko-finansijskog lobija, a drugi je na liniji partijski vrh-aktivno partijsko članstvo u kome se potencijalnim biračima posebno aktivistima obećavaju različite beneficije i povlastice (najčešće u našim uslovima zapošljavanje) u zamenu za političku podršku i partijski aktivizam. To je klasičan odnos patron-klijent u kome se ustanovljava posebna vrsta kvaziobligacione razmene: za nekritičku podršku partijskom vrhu dobija se određena interesna, odnosno statusna privilegija.

Političke partije u Srbiji su razapete između dva protivrečna legitimacijska izazova: biračkog tela s jedne strane, i velikih globalnih političkih aktera, sa druge strane. Izazovi koji su različiti, kontradiktorni i međusobno isključivi a istovremeno imperativni. Ekonomske javne politike i finansijske javne politike se izuzimaju iz procesa odlučivanja – to je «tabu tema» za građane nacionalne države. Time je i funkcija političkih partija omeđena uticajem međunarodno političkih i ekonomskih faktora od čije podrške zavisi unutrašnja stabilnost vlasti nacionalne države.

Teza o krizi političkih stranaka prevazilazi se tezom o potrebi njene transformacije. Transformacija funkcija političkih stranaka proizilazi iz globalnih društvenih promena koje nalaži i promenu njihove osnovne reprezentativne funkcije. Stoga je potrebno govoriti i o drugačijem shvatanju i poimanju njegovih operativnih funkcija a s obzirom na bazične promene u strukturama društva i izazove međunarodnih okolnosti. Stoga, političke partije u svom efikasnom i delotvornom funkcionisanju moraju pratiti vreme i okolnosti koje se menjaju.

U analizi krize funkcija političkih partija posebna istraživačka pažnja treba da bude posvećena, s jedne strane, krizi unutarstranačke organizacije, a sa druge strane, moralno-profesionalnoj krizi političkog delovanja. Unutarstranački as-

pekt krize ogleda se na još jedan način, naime kao postojanje disfunkcionalnih, destruktivnih unutarstranačkih rivalstava oko sticanja pozicija i uticaja, što često ishoduje grupnim separacijama. Moralna kriza političkih partija izražava se kao korupcija, nepotizam, afere i sve veća kriminalizacija, dok se profesionalna kriza posebno izražava kao kriza upravljačke kompetencije i nemogućnosti efektivnog delovanja.

Proces partijske kartelizacije političke scene posebno se ogleda u „podržavljenju partija“ i „partifikaciji države“, sraslosti partije i države u liku partijske države, inverzije partijskih i državnih funkcija i položaja, i partijskoj kolonizaciji državnog aparata i korišćenju budžetskih beneficija Ravlić, 2007).

Kao poseban aspekt krize političkih partija treba naglasiti eroziju reprezentativne, odnosno upravljačke funkcije političkih partija. Ona proizilazi iz složene pluralističke strukture društva, interesne polarizacije i vrednosno-moralnog relativizma društva. U svojoj složenosti i kompleksnosti, društvo postaje neupravljivo ili sve teže upravljivo, jer se sistem očekivanja građana od državnih institucija povećava a institucije nisu u mogućnosti da u kratkom periodu odgovore na sve zahteve društva. Ovome treba dodati i fenomen tzv. „krnjeg suvereniteta“ klasične nacionalne države i sve veću zavisnost od međunarodnih ekonomskih i političkih činilaca. Ekonomska, a posebno finansijska zavisnost država u odnosu na određujuće faktore međunarodnih odnosa slabi inače oslabljen kapacitet upravljanja društvenim i državnim poslovima.

7. Zaključak

Od trenutka obnavljanja delovanja, političke partije u Srbiji nalaze se u stanovitoj krizi reprezentacije. Pored gore navedenih odrednica uzroka, dodatne uzroke i faktore krize treba tražiti kako u socijalističkom i autoritarnom političkom nasleđu, tako i u njihovoj strukturnoj i legitimacijskoj utemeljenosti u društvu. Sa druge strane, sve navedene i razmatrane operativne funkcije političkih partija su izrazito karakteristične za naše političke partije. Posebno treba naglasiti nedostojnost i nekompetentnost aktera partijskog delovanja da se suoče sa tranzicionim izazovima i potrebom stabilizacije i razvoja društva. Kao „deca komunizma“, nosioci partijskih aktivnosti, posebno vrhovi političkih partija, svoj primarni politički identitet stekli su u vreme ranijeg i drugačijeg političkog režima. Politička znanja i iskustva stečena u socijalističkom društvu nisu primenljiva u novim okolnostima, a psihologija njihovog političkog delovanja nije dovela do unutarpersonalne političke transformacije koja će obezbediti adaptivni potencijal delovanja.

Obnova i uvođenje višepartijskog sistema u Srbiji dolazi u najnepovoljnijem trenutku raspada države i vladajuće ideologije političkog sistema, a šire i u

kontekstu promene interesne i ideološke konstelacije međunarodnih globalnih odnosa, u trenutku kad je najpotrebnije političko znanje i razborito delovanje. U takvim okolnostima, političke partije u Srbiji od obnavljanja do danas, ostale su duboko oligarhijske partije vođe, korumpirane, sa niskim profesionalnim i upravljačkim kapacitetom, disfunkcionalne u procesu stabilizacije demokratije i političke odgovornosti.

Jačanje funkcionalnog kapaciteta političkih partija pretpostavlja: oblikovanje i stabilizaciju indeksa realnih očekivanja biračkog tela; formiranje i stabilizaciju racionalnih demokratskih kriterijuma odgovornosti prilikom izbora, selekcije i promocije partijskih delatnika; jačanje kontrolnih mehanizama moralne i profesionalne odgovornosti kao podizanje moralne i stručne kompetencije; jačanje upravljačke kompetencije i senzibilizacije za interese i potrebe društva; učvršćivanje unutarpartijskog demokratskog identiteta i profilisanje ideološko-programskog identiteta; neophodna postignuća na planu perceptivno-kognitivnog kapaciteta u shvatanju savremenih izazova i stalno učenje profesionalnih političkih uloga.

8. Literatura

- Beyme, K. (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.
- Jovanović, S. (1992). *O državi – osnovi jedne pravne teorije*, Beograd.
- Orlović, S. (2002). *Političke partije i moć*, Čigoja, Beograd.
- Ostrogorski, M. (1921). *Demokratija i političke partije*, Izdavačka knjižarica Napredak, Beograd.
- Pavlović, V. (2006). O demokratskom kapacitetu političkih partija. U Lutovac (Prir.). *Demokratija u političkim strankama Srbije*. Lutovac (Prir.), Friedrich Ebert Stiftung i IDN, Beograd, 2006, 31–43.
- Ravlić, S. (2007). Transformacija predstavničke funkcije političkih stranaka, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 6, 979–1004.
- Milardović, A. (2007). Kriza i transformacija političkih stranaka. U Matanović, A. Milardović, A. Pauković, D. i Vidović, D. (Prir.). *Kriza i transformacija političkih stranaka*, Zagreb, 7–155.

Michels, R. (1990), Sociologija partija u suvremenoj demokraciji, Informator, Fakultet političkih znanosti, Zagreb.

Čorbić, D. Kovačević, S. (2014). *Politički sistem*. Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu. Niš.

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.*

Mr Aleksandar Josimovski*
saradnik,
Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“
Pravni fakultet „Justinijan Prvi“,
Skoplje, R. Makedonija

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 336.7(4-672EU:497.7)

Rad primljen: 10.12.2014.

Rad prihvaćen: 24.03.2015.

Dr Vesna Pendovska**
redovni profesor,
Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“
Pravni fakultet „Justinijan Prvi“,
Skoplje, R. Makedonija

IMPLEMENTACIJA DIREKTIVE 2011/7/EU O SUZBIJANJU KAŠNENJA ISPLATA U POSLOVNIM TRANSAKCIJAMA U REPUBLICI MAKEDONIJI – ZAKON O FINANSIJSKOJ DISCIPLINI

Apstrakt: Kašnjenje u ispunjivanju novčanih obaveza u poslovnim transakcijama predstavlja veliki problem u Republici Makedoniji, ali i u velikom broju razvijenih država i država u razvoju na evropskom kontinentu, i doprinosi opštoj nelikvidnosti privrednog sektora. Evropska unija reguliše rokove izmirenja novčanih obaveza posebnom Direktivom iz 2011. godine, koju su države članice EU implementirale u svojim nacionalnim zakonodavstvima. Republika Makedonija, iako nije članica Evropske unije, odlučila je implementirati Direktivu o suzbijanju zakasnelih isplata Zakonom o finansijskoj disciplini. Ovaj rad sistematski prikazuje razlike u režimima Direktive i Zakona o finansijskoj disciplini i daje nekoliko predloga o izmenama određenih odredaba radi poboljšanja položaja ekonomskih operatera.

Ključne reči: poslovne transakcije, rokovi za izmirenje novčanih obaveza, Republika Makedonija, suzbijanje nelikvidnosti.

* aleksandar_josimovski@yahoo.com

** vpendovska@yahoo.com

1. Uvod

Nakon globalne ekonomske i finansijske krize sve veći broj ekonomista i pravnika zastupa stav da tržište ne može funkcionisati optimalno u uslovima značajne samoregulacije, već je potrebna državna intervencija radi održavanja minimalnih standarda i postavljanja osnovnih okvira poslovanja. U slučajevima kada podbacuje nevidljiva ruka tržišta, ugovorne strane u svojim transakcijama imaju povećan motiv da se ponašaju nekooperativno i, pritom, ne ispunjavaju ugovorne obaveze. „Takav problem za strane u transakcijama javlja se zato što oni nisu sigurni da bi se druga strana tokom transakcije ponašala u skladu sa obavezama koje su deo ugovora“ (Šterjov, 2013: 30).

Država donosi propise da bi ograničila mogućnosti neispunjenja ugovornih obaveza, i da zaštiti ekonomske operatere od štete zbog neispunjenja transakcija sa njihovim poslovnim partnerima, ali i da se ne bi uvećali troškovi samih ugovornih strana. Pre oktobra 2013. godine, Vlada Republike Makedonija (dalje RM) objavila je da će nakon Zakona o zadužnici biti donesen i Zakon o finansijskoj disciplini. Zakon o finansijskoj disciplini je podnet Sobraanju (Skupštini) RM nakon utvrđivanja od strane Vlade na sednici održanoj 12. 11. 2013. godine, i bio je usvojen na sednici Skupštine održanoj 27. 12. 2013. godine. Zakon je u većem delu u skladu sa evropskom direktivom, sa svrhom poboljšanja likvidnosti ekonomskih operatera i blagovremenim ispunjavanjem novčanih obaveza u njihovim međusobnim transakcijama i transakcijama između ekonomskih operatera i subjekata iz javnog sektora (kada je subjekt javnog sektora dužnik novčane obaveze). U transakcijama između ekonomskih operatera ili između ekonomskih operatera i subjekata javnog sektora često se dešava kašnjenje sa isplatom novčanih sredstava bez obzira na to što je druga ugovorna strana već izvršila svoju obavezu.

Postoji više razloga za kašnjenje pri isplati novčanih obaveza. Ponekad tržišna moć koju poseduje neki od ekonomskih operatera i strah da se ne naruše poslovni odnosi određuju da li poverilac novčanih obaveza prihvata ili ne prihvata odlaganje roka plaćanja. Ovakva zasnovanost dozvoljava velikim ekonomskim operaterima bolje uslove pri podmirivanju njihovih novčanih obaveza u poslovnim transakcijama.

Recesija doprinosi smanjenom profitu ekonomskih operatera i smanjenju raspoloživih novčanih sredstava. Zbog toga ekonomski operateri sve češće ne izmiruju svoje novčane obaveze pravovremeno u periodu recesije. Nekada i poboljšanje ekonomskog stanja izaziva kasno izmirenje novčanih obaveza u poslovnim transakcijama zbog uvećane mogućnosti investiranja ekonomskih operatera i veće potrebe za finansijskim sredstvima. Dužnici novčanih obaveza često koriste neplaćanje novčanih obaveza kao jeftin način finansiranja njihovih aktivnosti i

zamena za bankarske kredite. Subjekti javnog sektora preko kašnjenja isplate novčanih obaveza prekoračuju budžetska ograničenja odlaganjem određenih plaćanja za neki budući period.

Kasno izmirenje novčanih obaveza izaziva: značajne dodatne troškove poveriocima (poremećaj gotovinskih tokova, dodatne troškove za uzete kredite, ograničene mogućnosti investiranja i utiče na njihovu konkurentnost i profitabilnost); kašnjenje isplate poverioca prema njihovim dobavljačima, radnicima, kao i kašnjenje prilikom plaćanja javnih dažbina; bankrot stabilnih ekonomskih operatera – što kasnije dovodi do cele serije bankrota ili nelikvidnosti poverioca bankrotiranog ekonomskog operatera; suzdržavanje ekonomskih operatera da učestvuju u javnim nabavkama zbog čega je ograničena efikasnost u korišćenju državnog novca i maksimizaciji korisnosti novca poreskih obveznika (European Economic and Social Committee, 2010: 44).

U RM opšta likvidnost u privrednom sektoru je na nezadovoljavajućem nivou. U toku 2013. godine privredni nefinansijski sektor ispunjavao je obaveze prema dobavljačima za 174 dana, a naplaćivao je potraživanja za 125 dana (Narodna banka Republike Makedonije, 2014: 32). Zbog toga što je rok ispunjenja obaveza prema dobavljačima duži nego rok za naplatu potraživanja, možemo zaključiti da je privredni sektor kreditiran od njegovih poverilaca (Arsov, 2008: 58).

U Evropskoj uniji (dalje EU) problem sa kašnjenjem pri izmirenju novčanih obaveza davno je predmet regulisanja. EU je utvrdila da prosečno kašnjenje pri isplati novčanih obaveza 2009. godine u ugovorima o javnim nabavkama je 67 dana, a u ugovorima između ekonomskih operatera 57 dana sa varijacijom u pojedinim državama članicama. Na nivou EU, neplaćanja novčanih obaveza u roku izazivaju jedan od četiri bankrota i gubitak od oko 450 hiljada radnih mesta svake godine. Rezultat kašnjenja pri izmirenju novčanih obaveza je gubitak od skoro 290 milijardi evra 2009. godine ili 2,4% od BDP EU biznis zajednice EU (European Economic and Social Committee, 2010: 43).

Još 1995. godine Komisija je usvojila Preporuku o rokovima plaćanja u poslovnim transakcijama.¹ Kada se uočilo da Preporuka koja je neobavezujući akt ne izaziva očekivani efekat, Savet ministara i Evropski parlament 2000. godine je doneo prvu Direktivu o suzbijanju kašnjenja plaćanja u poslovnim transakcijama.² Nakon više od jedne decenije primene i izostanka očekivanog rezultata, institucije

1 Commission, Commissions Recommendation of 12 May 1995 on payment periods in commercial transactions, Official Journal of the European Union L 127, 19-22. Preuzeto 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

EU, da bi rešile problem sa kašnjenjem izmirivanja novčanih obaveza, donose novu Direktivu o suzbijanju kašnjenja plaćanja u poslovnim transakcijama³ 2011. godine koja ukida Direktivu sa identičnim nazivom iz 2000. godine, i uspostavlja tekući režim za ovu materiju u pravu EU.

2. Implementacija Direktive u pravu RM i analiza odredbe Zakona o finansijskoj disciplini

U sledećem delu rada detaljno predstavljamo rešenja propisana Zakonom o finansijskoj disciplini i njihovu postavljenost u odnosu na odgovarajuća pravila propisana Direktivom EU koja reguliše identičnu materiju.

Predmet regulacije ovog zakona je pravovremeno izmirenje novčanih obaveza koje proizilaze iz realizacije poslovnih transakcija – *ugovora (zabeleška autora)*, između ekonomskih operatera ili između subjekata iz javnog sektora i ekonomskih operatera. Ovaj zakon se primenjuje na sve ugovore u kojima se jedna strana obavezuje da isporuči robu, usluge ili obavi poslove, a druga strana se obavezuje da za to izmiri novčane obaveze koje proizilaze iz ugovora.

Efekat norma koje se odnose na rokove izmirenja novčanih obaveza biće *lex generalis*. Zakon daje mogućnost da se drugim zakonom utvrde različiti rokovi za izmirenje novčanih obaveza. Takođe, odredbe ovog zakona ne primenjuju se na ekonomske operatere iz privatnog sektora nad kojima je otvoren stečajni postupak.⁴

Za jasnije tumačenje Zakona o finansijskoj disciplini, član 4 sadrži definicije termina koji se koriste u zakonskim odredbama. Precizno postavljanje termina “poslovna transakcija”, “subjekat iz javnog sektora”, “ekonomski operateri privatnog sektora” i mnogih drugih termina koji se koriste u zakonskom tekstu, pojašnjava obuhvat ovog zakona.

Pod poslovnom transakcijom smatra se svaka transakcija između ekonomskih operatera privatnog sektora, odnosno između subjekata iz javnog sektora i ekonomskih operatera, koja se odnosi na isporuku robe, pružanje usluga i obavljanje poslova za određenu novčanu naknadu.⁵

L 200, 35-38. Preuzeto 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. Preuzeto 20.11.2013. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0007&rid=1>

4 Čl.3. Zakon o finansijskoj disciplini, *Službeni vesnik RM*, br. 187/13.

5 Čl.4 st.1. Ibid.

Da bi se primenio ovaj zakon, oba subjekta, ili bar jedan subjekt u transakciji, mora biti ekonomski operater iz privatnog sektora. Ekonomski operateri privatnog sektora su: trgovačka društva i pojedinačne trgovačke radnje, osnovani u skladu sa Zakonom o trgovačkim društvima i fizičkim i pravnim licima koja obavljaju neku profitabilnu delatnost.⁶

Kao subjekte javnog sektora zakon određuje: organe državne uprave i jedinice lokalne samouprave, fondove, agencije, direkcije, zavode i javne ustanove čiji je osnivač Republika Makedonija; javna preduzeća, trgovačka društva i ustanove čiji je osnivač Republika Makedonija, opštine, Grad Skoplje, društva u kojima prethodno navedeni subjekti imaju većinsko vlasništvo i direktni ili indirektni uticaj, javne ustanove koje su osnovale opštine i ostale institucije osnovane zakonom.⁷

Primitili smo da, isto kao i Direktiva, i Zakon o finansijskoj disciplini ne reguliše poslovne transakcije između ekonomskih operatera i subjekata iz javnog sektora kada je ekonomski operater dužnik novčane obaveze. Razlog za takvo rešenje vidimo u činjenici da država raspolaze prinudnim pravnim mehanizmima da naplati svoja potraživanja i da zaštiti svoje finansijske interese. Ipak, u Republici Srbiji u Zakonu o rokovima izmirenja novčanih obaveza je predviđeno da se za poslovne transakcije između ekonomskih operatera i subjekta javnog sektora, kada je ekonomski operater dužnik, primenjuju pravila ovog zakona koja važe za transakcije između ekonomskih operatera.⁸

2.1. Rokovi o izmirenju novčanih obaveza između ekonomskih operatera iz privatnog sektora

Zakon propisuje da se između ekonomskih operatera u privatnom sektoru ne može ugovoriti rok za izmirenje novčanih obaveza duži od 60 dana.⁹ Rok za izmirenje počinje da teče prvog narednog dana od: dana kada je dužnik primio fakturu ili drugi zahtev za plaćanje od strane poverioca; dana kada je poverilac ispunio svoju obavezu (isporučio ugovorenu robu, uslugu ili posao), a ne postoji mogućnost da se utvrdi dan prijema fakture; dana kada je poverilac ispunio svoju obavezu, a dužnik je primio fakturu pre nego što je poverilac ispunio svoju obavezu; ili dana isteka roka za pregled i potvrđivanje robe, usluga ili obavljenog posla ukoliko je zakonom ili ugovorom predviđen takav postupak, a dužnik je primio fakturu pre ili na dan potvrđivanja.

6 Čl.4 st.3. Ibid.

7 Č.4. st.2. Ibid.

8 Čl. 4, st.3 i 4. Zakon o rokovima izmirenja novčanih obaveza, *Službeni glasnik RS*, br. 119/2012.

9 Čl. 5 st.1. Zakon o finansijskoj disciplini, *Služben vesnik RM*, br. 187/13.

Ukoliko ekonomski operateri iz privatnog sektora ne utvrde rok za plaćanje novčanih obaveza ili ugovor sadrži ništavnu odredbu o roku plaćanja, dužnik treba da ispuni svoju novčanu obavezu u roku od 30 dana od: prijema fakture; ispunjenja obaveze od strane poverioca kada ne može da se utvrdi dan prijema fakture ili kada je poverilac predao fakturu dužniku pre nego što ispuni svoju obavezu; ili dana kada ističe rok za pregled i potvrđivanje robe, usluga ili obavljenog posla ukoliko je zakonom ili ugovorom predviđen takav postupak, a dužnik je primio fakturu pre ili na dan potvrđivanja.¹⁰

Prethodno navedena rešenja o izmirenju novčanih obaveza između ekonomskih operatera identična su rešenjima koja su propisana Direktivom EU. Razlika se primećuje u slučajevima kada strane ugovaraju duže rokove za ispunjenje novčanih obaveza.

Ukoliko postoji izričita pismena saglasnost obe strane, ekonomski operateri mogu da ugovore rok duži od 60 dana, ali ne duži od 120 dana za izmirenje novčanih obaveza.¹¹ Ovakvo uređenje rokova za izmirenje novčanih obaveza iz transakcija između poslovnih subjekata izaziva nedoslednost u odnosu Direktive EU.

Mada Direktiva sadrži odredbu kojom se poštuje sloboda utvrđivanja ugovornih obaveza, ona ipak ograničava tu slobodu. Produžetak roka za izmirenje novčane obaveze je dozvoljen ako je to izričito uređeno ugovorom između ekonomskih operatera, i ukoliko odredba koja uređuje rok za izmirenje novčane obaveze nije „značajno nepravična“ za poverioca.¹² To znači da zbog specifičnih okolnosti ili delatnosti ekonomskih operatera u nekim slučajevima može se dopustiti da se propišu duži rokovi za izmirenje novčanih obaveza. Prethodno mišljenje autora potvrđeno je odredbama propisanim u odgovarajućim zakonima koji su doneti u Srbiji i Hrvatskoj.¹³

Postojanje mogućnosti dogovora na duži rok radi izmirenja novčanih obaveza, može poslužiti kao dobrovoljno kreditiranje dužnika od strane poverioca, ali isto tako i kao mehanizam prinude, posebno za male i srednje ekonomske operatere

10 Detaljnije Čl. 7. Ibid.

11 Čl.5 st.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 L 148. Preuzeto 20.11.2013. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0007&rid=1>

13 Videti čl.3, st. 4,5,6 i 7. Zakon o rokovima izmirenja novčanih obaveza, *Službeni glasnik RS* br. 119/2012, i čl.11, st. 2. Zakon o finansijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, *Narodne novine*, br. 108/12, 144/12, 81/13 i 112/13.

da bi prihvatili ugovorne uslove koji odstupaju od principa savesnosti i poštenja ili od prirode samog ugovora.

Mali i srednji operateri su ranjivi prilikom dogovaranja zbog: njihovog nivoa konkurentnosti na određenom tržištu, straha da ne naruše odnose sa klijentima, ograničene mogućnosti da budu konkurentni ponudama na duži rok otplate svojim klijentima i nedovoljnog iskustva i ograničenih resursa u postupcima naplate novčanih obaveza (European Economic and Social Committee, 2010: 43). Potrebne su dopune Zakona o finansijskoj disciplini u ovom delu.

Direktiva EU dopušta i plaćanje novčanih obaveza iz poslovnih transakcija na rate, pri čemu se svaka rata tretira kao posebna novčana obaveza.¹⁴ U Hrvatskoj je takođe propisano da, ukoliko je tako ugovoreno, u poslovnim transakcijama između ekonomskih operatera, ili ekonomskog operatera i subjekta javnog sektora, dužnik može plaćati novčane obaveze na rate.¹⁵ Dodatno, ako subjekti žele ugovoriti duži rok izmirenja novčane obaveze od rokova koji su propisani zakonom mogu ugovoriti rok do 360 dana.¹⁶

U Srbiji je takođe predviđeno nekoliko povlastica za ekonomske operatere prilikom izmirenja novčanih obaveza.¹⁷

Zakonom o finansijskoj disciplini nisu obezbeđene dodatne mogućnosti ekonomskim operaterima kako bi uredili izmirenje novčanih obaveza, i nije predviđeno plaćanje u ratama.

Smatramo da mogućnost ugovaranja plaćanja na rate nije identična sa mogućnošću da se „svaka pojedina poslovna transakcija, koja kao predmet ima isporuku roba, pružanje usluga ili obavljanje poslova, tretira kao samostalna transakcija prilikom utvrđivanja rokova za izmirenje novčanih obaveza“ (Đorđioski, 2014: 4).

Mogućnost da svaka posebna poslovna transakcija bude osnova za utvrđivanje rokova za izmirenje novčanih obaveza, poboljšava stanje kada su ekonomski operateri svoje odnose uredili okvirnim ugovorima ili kada je predmet ugovora složen – sastavljen od različite i deljive transakcije za različite robe i usluge. Sa druge strane, ovakvo stanje izaziva veće poslovne troškove, pošto stimuliše

14 Ar. 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. Preuzeto 20.11.2013. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0007&rid=1>

15 Čl.14a. Zakon o finansijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, *Narodne novine*, br. 108/12, 144/12, 81/13 i 112/13.

16 Čl.11, st. 2. Ibid.

17 Videti čl. 3. Zakon o rokovima izmirenja novčanih obaveza, *Službeni glasnik RS*, br. 119/2012

subjekte da posebno određuju vrednosti pojedinih roba i usluga, koji su pre donošenja Zakona o finansijskoj disciplini bili integrisani u jedinstvenom predmetu ugovora. Postoji mogućnost da ovo stanje poveća troškove ugovaranja ekonomskih partnera, jer svaka pojedinačna transakcija mora imati posebnu ugovornu cenu.

Da bi se ograničile mogućnosti izigravanja Zakona o finansijskoj disciplini, predviđena je ništavnost ugovornih odredaba koje su značajno nepravedne i koje na nepravedan način određuju datum ili period plaćanja, kaznenu kamatu ili nadoknadu troškova za kasno plaćanje.¹⁸ Kao nepravedne i nefer ugovorne odredbe podrazumevaju se odredbe za utvrđivanje rokova dužih od zakonskih za plaćanje novčane obaveze od strane dužnika, određivanje datuma prijema fakture ili ograničenje i isključenje prava na kaznenu kamatu i nadoknadu za kašnjenje prilikom izmirenja novčane obaveze.¹⁹

Ekonomski operateri nekada nemaju dovoljno resursa da sami zatraže pravnu zaštitu zbog značajno nepravednih ugovornih uslova ili strahuju od narušavanja poslovnih odnosa sa drugom ugovornom stranom i ne podnose tužbu za utvrđivanje ništavnosti ugovornih odredbi. Zato, pravo na pokretanje tužbe za primenu ugovora između ekonomskih operatera koji je značajno nepravedan u odnosu na poverioca, imaju profesionalne komore, udruženja, klasteri i ostale nezavisne organizacije osnovane prema zakonu koje zastupaju interese ekonomskih operatera iz privatnog sektora.²⁰ Propisano rešenje ovlašćuje prethodno navedene subjekte da podnesu tužbu radi utvrđivanja ništavnosti ugovora kojim su ugroženi interesi ekonomskih operatera čije interese zastupaju.

Ovlašćenje za profesionalne komore, udruženja, klastere i ostale nezavisne organizacije osnovane prema zakonu koje zastupaju interese ekonomskih operatera iz privatnog sektora, u Zakonu o finansijskoj disciplini odstupa od propisanog rešenja u Direktivi.

U Direktivi, iako je definisanje značajno nepravednih odredbi skoro identično, navedeno je da „organizacije koje zastupaju interese ekonomskih operatera mogu da preduzmu radnje prema nacionalnom pravu ispred sudova ili nadležnih administrativnih organa radi ugovornih odredbi koje su značajno nepravedne, u svrhu primene odgovarajućih mera za sprečavanje njihovog daljeg ugovaranja.“²¹ Prili-

18 Detaljnije čl. 3. Zakon o finansijskoj disciplini, *Služben vesnik RM*, br. 187/13.

19 Čl. 10, st. 1 i 2. Ibid.

20 čl.10 st.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. Preuzeto 20. 11. 2013. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=C ELEX:32011L0007&rid=1>

kom analize prethodno navedenog stava Direktive primećuje se da je propisana tužba za zaštitu kolektivnih prava i interesi – action popularis (Šafranko, 2012: 1242). Ovom vrstom tužbe štite se ekonomski operateri od daljeg ugovaranja nepravednih odredbi od strane fizičkih i pravnih lica, a takva tužba predstavlja i osnovu za traženje nadoknade štete od subjekta koji je odgovoran za nepravedne odredbe u ugovorima sa drugim ekonomskim operaterima.

RM dosad nije uredila instituciju „tužbe za zaštitu kolektivnih prava i interesa“, ali ova institucija postoji u evropsko-kontinentalnom pravu. Zato je, radi kompletne primene Direktive, potrebno regulisanje ove tužbe u makedonskom pozitivnom pravu.

Sa druge strane, Komisija EU smatra da postoje nedostaci prilikom definisanja ove institucije i potencira moguću neefikasnost zbog nedostatka sredstava kojim raspolažu ove organizacije za administrativne troškove i učešće u sudskim postupcima i sukobu interesa u slučajevima kada su i poverilac i dužnik članovi iste komore, udruženja ili klastera (Commission of the European Communities, 2009a: 8).

2.2. Rokovi o izmirenju novčanih obaveza između ekonomskih operatera i subjekata iz javnog sektora

Zakon o finansijskoj disciplini uređuje i rokove o izmirenju novčanih obaveza između ekonomskih operatera i subjekata iz javnog sektora kada subjekti iz javnog sektora su dužnici novčanih obaveza. U Zakonu je propisano da se ne može predvideti rok duži od 60 dana da bi se izmirile novčane obaveze iz ugovora između subjekata iz javnog sektora i ekonomskih operatera. Rok počinje da se računa prema istim pravilima koja važe za ugovor između ekonomskih operatera. Propisana je obaveza da subjekti iz javnog sektora čiji su računi deo trezorskog računa Ministarstva finansija RM, zahtev za plaćanje dospelih faktura dostave trezoru zaključno sa tridesetim danom od dana kada počinje rok, a Ministarstvo finansija je dužno da isplati sredstva u roku od 30 dana.²²

Ako ekonomski operateri i subjekti iz javnog sektora nisu ugovorili rok za izmirenje novčane obaveze, primenjuju se ista pravila kao za ugovor između ekonomskih operatera iz privatnog sektora, i dužnik treba da ispuni svoju novčanu obavezu u roku od 30 dana od: prijema fakture; ispunjenja obaveze od strane poverioca kada ne može da se utvrdi dan prijema fakture ili kada je poverilac predao fakturu dužniku pre nego što ispuni svoju obavezu; dana kada ističe rok za pregled i potvrđivanje robe, usluga ili obavljenog posla ukoliko je zakonom ili ugovorom predviđen takav postupak, a dužnik je primio fakturu pre ili na dan

22 Čl. 6, st. 5 i 6. Zakon o finansijskoj disciplini, *Služben vesnik* RM, br. 187/13.

potvrđivanja (procedura za pregled i potvrdu i prema Direktivi i prema Zakonu o finansijskoj disciplini ne sme biti duža od 30 dana).²³

Zakonom o finansijskoj disciplini predviđeno je nekoliko izuzetaka koji stavljaju subjekte javnog sektora u privilegovan položaj.

Rok za izmirenje novčane obaveze subjekata iz javnog sektora predviđen ugovorom između ekonomskih operatera i subjekata javnog sektora može biti duži od 60 dana ukoliko je reč o višegodišnjoj javnoj nabavci.²⁴ Zakonom o finansijskoj disciplini nije ograničen maksimalni period za izmirenje novčane obaveze. Mada je sama realizacija višegodišnjih ugovora o javnim nabavkama kompleksna, smatramo da se u ovom slučaju može poboljšati pozicija poverioca ukoliko se predvidi plaćanje novčanih obaveza na rate za već isporučenu robu, usluge ili obavljeni posao iz višegodišnjeg ugovora, gde se svaka rata tretira kao posebna novčana obaveza na kojoj se primenjuju opšta pravila o rokovima za izmirenje novčanih obaveza.

Još jedna povlastica je napravljena u pogledu subjekata javnog sektora. Za Fond zdravstvenog osiguranja Makedonije, korisnike sredstava Fonda, javne zdravstvene ustanove i ostale javne ustanove iz oblasti zdravstva (klinike, zavodi, centri), javna preduzeća i trgovačka društva koje osniva Republika Makedonija, opština i grad Skoplje i ostala lica sa javnim ovlašćenjima, opšta pravila o rokovima koji su utvrđeni za izmirenje novčanih obaveza subjekata javnog sektora iz ovog zakona, primenjuju se od 1. 1. 2016. godine. Predviđeno je da će pokretanjem primene Zakona o finansijskoj disciplini, do 31. 12. 2014. godine, taksativno navedeni subjekti javnog sektora morati da izmire svoje novčane obaveze u roku ne dužem od 120 dana, a u periodu od 1. 1. 2015. do 31. 12. 2015. godine morati da izmire novčane obaveze u roku ne dužem od 90 dana.²⁵

Ova odredba dovešće do teškoća u poslovanju ekonomskih operatera koji saraduju sa subjektima javnog sektora za koje se primenjuje povlašćen režim. Primera radi, ekonomski operater će morati novčane obaveze prema svojim dobavljačima da ispuni u roku od 30 ili 60 dana, dok njegovi dužnici – subjekti javnog sektora, mogu novčana potraživanja da isplaćuju u dužim rokovima (120 dana odnosno 90 dana), što doprinosi smanjenju likvidnosti i povećanju troškova u poslovanju ekonomskih operatera.

Razumljiva je potreba da se obezbede duži rokovi za izvršenje obaveza Fonda zdravstvenog osiguranja Makedonije i subjekata koje on finansira, posebno u vremenu krize, opšteg starenja populacije i povećanja troškova zdravstvene

23 Čl. 7. Ibid.

24 Čl.6 st. 2. Ibid.

25 Ibid, čl. 18.

zaštite stanovništva. S druge strane, javna preduzeća i trgovačka društva koja su osnovana od strane države ili koja su u njenom dominantnom vlasništvu direktno obezbeđuju robu ili pružaju usluge građanima, i stoga su više izloženi riziku u poslovanju u odnosu na subjekte u javnom sektoru koji obavljaju samo administrativne funkcije.

Direktiva EU dopušta da države članice za zdravstvene institucije, javna preduzeća i trgovačka društva koja su potpuno ili delimično u državnom vlasništvu i obavljaju ekonomsku delatnost industrijske ili komercijalne prirode, propišu rok za izmirivanje novčanih obaveza ovih subjekata duži nego za ostale državne organe, ali najviše 60 dana.²⁶

Opšti rok za izmirenje novčanih obaveza subjekata u javnom sektoru prema Direktivi ne sme da bude duži od 30 dana od dana: prijema fakture; prijema robe ili usluge (kada ne može da se utvrdi dan prijema fakture od strane dužnika ili kada je faktura primljena pre nego što je roba dostavljena, usluge pružene ili obavljeni ugovoreni poslovi); ili od dana kada ističe rok za pregled i potvrđivanje robe, usluga ili obavljenog posla.²⁷

Evropski ekonomsko-socijalni komitet smatra da je mogućnost za ugovaranje dužih rokova za ispunjenje novčanih obaveza u nekim slučajevima za subjekte u javnom sektoru opravdano, ali da subjekti javnog sektora ni u jednom slučaju nisu u težoj situaciji od malih i srednjih ekonomskih operatera i zbog toga treba da izmire svoje novčane obaveze u roku koji nije duži od 60 dana (European Economic and Social Committee, 2010: 45).

Subjekti u javnom sektoru imaju stalne, predvidljive i sigurnije izvore sredstava nego ekonomski operateri i mogu dobiti finansijska sredstva po boljim uslovima nego subjekti u privatnom sektoru. Subjekti u javnom sektoru manje zavise od poslovne reputacije u odnosima sa njihovim poslovnim partnerima. Zbog navedenih karakteristika, subjektima u javnom sektoru ne treba omogućiti posebna olakšanja prilikom izmirivanja novčanih obaveza u poslovnim transakcijama.

3. Mere o obezbeđivanju ispunjenja novčanih obaveza u predviđenom roku

Ako ekonomski operateri ili subjekti iz javnog sektora ne izmire novčane obaveze u propisanim rokovima, dužni su platiti i kaznenu kamatu uz glavni dug

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 L 148. Preuzeto 20. 11. 2013. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0007&rid=1>

²⁷ Ar. 4, par. 3. Ibid.

(novčanu obavezu). Kaznena kamata se određuje prema Zakonu o obligacionim odnosima.²⁸ Visina kaznene kamate određuje se svakog polugođa po kamatnoj stopi osnovnog instrumenta operacija otvorenog tržišta Narodne banke RM (ova referentna stopa od 1. jula 2014. godine je 3,25%)²⁹ uvećana za 10 procenata za novčane obaveze obračunate u denarima između ekonomskih operatera i ekonomskih operatera i subjekata iz javnog sektora.³⁰

Kada dužnik zakasni sa izmirenjem novčane obaveze, poverilac ima pravo na nadoknadu za kašnjenje prilikom izmirenja od strane dužnika u iznosu od 3.000 denara bez prethodne opomene i upozorenja dužnika.³¹ Pravo na nadoknadu zbog kašnjenja ne isključuje pravo na nadoknadu: troškova poverioca na osnovu ugovora ili zakona, zakonske kaznene kamate i troškova za izvršenje. Naknada za kašnjenje prilikom izmirenja novčane obaveze služi kao kompenzacija poveriocima za troškove koji nastaju zbog naplate zakasnelog potraživanja. Ova nadoknada je predviđena kao fiksni iznos koji treba da ograniči administrativne troškove i lične troškove poverioca povezane naplatom.³² Za neke poverioce, posebno male i srednje ekonomske operatere, troškovi za pokretanje postupka protiv dužnika novčane obaveze su nesrazmerno opterećenje u odnosu na očekivani finansijski dobitak. Zbog toga poverioci, kako bi izbegli ove troškove, nekad uopšte ne pokreću postupke protiv dužnika novčanih obaveza ili za naplatu kaznene kamate. Naknada za kašnjenje izmirenja novčanih obaveza će doprineti povećanju broja procesuiranih novčanih potraživanja poverioca, s obzirom na to da direktno smanjuje njihove troškove naplate.

Da bi se unapredila pravovremena naplata novčanih obaveza i likvidnost privrede, Zakonom o finansijskoj disciplini predviđene su i prekršajne odredbe. Svi ekonomski operateri i subjekti u javnom sektoru će platiti globu ukoliko kasne prilikom izmirenja novčanih obaveza u poslovnim transakcijama.

Globa u visini od 5.000 do 10.000 evra biće izrečena ekonomskom operateru i subjektu javnog sektora koji neće platiti novčanu obavezu u rokovima koji su propisani ovim zakonom ili koristiti obligacione odnose na način koji izaziva odlaganje izmirenja novčanih obaveza u rokovima koji su određeni odredbama

28 *Služben vesnik RM*, br. 18/01, 4/02, 5/03, 84/08, 81/09 i 161/09 i Odluke Ustavnog suda RM objavljene u „*Služben vesnik RM*“ br. 78/01, 59/02.

29 Objava Narodne banke RM, 31. 12. 2013. godine.

30 Čl. 266 a. Zakon o obligacionim odnosima, *Služben vesnik RM*, br. 18/01, 4/02, 5/03, 84/08, 81/09 i 161/09 i Odluke Ustavnog suda RM objavljene u „*Služben vesnik RM*“ br. 78/01, 59/02.

31 Čl.8. Zakon o finansijskoj disciplini, *Služben vesnik RM*, br. 187/13.

32 Uvodni recital br. 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. Preuzeto 20. 11. 2013. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0007&rid=1>

ovog zakona.³³ Ova odredba je u koliziji sa Zakonom o prekršajima koji propisuje da Republika Makedonija, državni organi i organi lokalne samouprave nisu odgovorni za prekršaj.³⁴ Smatramo da primenom pozitivnog prava prekršajni sud neće izricati prekršajne sankcije subjektima iz javnog sektora.³⁵

Trgovcu pojedincu koji prekrši odredbe ovog zakona u pogledu rokova za izmirenje novčanih obaveza biće izrečena globa u visini od 1.500 do 3.000 evra u denarskoj protivvrednosti.³⁶ Odgovornoj osobi ekonomskih operatera i subjektima javnog sektora će biti izrečena globa u iznosu od 750 do 1.500 evra ukoliko ne izmiri novčane obaveze u rokovima koji su predviđeni ovim zakonom ili koristi obligacione odnose na način koji izaziva odlaganje izmirenja novčanih obaveza prema utvrđenim rokovima.³⁷

Takve prekršajne sankcije svakako doprinose efikasnijoj naplati novčanih obaveza, ali imajući u vidu da je reč o ugovornim odnosima, smatramo da se globe ne koriste za naknadu štete ili poboljšanje likvidnosti poslovnog sektora. Naime, moguće je da za neisplaćenu fakturu od 15.000 denara, ekonomski operater mora da plati kaznu od najmanje 5.000 evra (306.500 denara), što na neki način predstavlja preveliku sankciju u ovim privatno-pravnim odnosima. Visoke globe će doprineti da ekonomski operateri drže više gotovine na njihovim računima kako bi blagovremeno izmirili svoje novčane obaveze i time će njihov kapacitet za obavljanje delatnosti biti smanjen ili će nastojati da ugovore maksimalne rokove za izmirivanje novčanih obaveza.

Nadgledanje sprovođenja odredbi ovog zakona kada se subjekat iz javnog sektora javlja kao dužnik obavljaće Ministarstvo finansija, preko Finansijske inspekcije u javnom sektoru. Uprava javnih prihoda nadgledaće transakcije između ekonomskih operatera u svrhu utvrđivanja da li su prekršene odredbe ovog zakona od strane ekonomskog operatera.³⁸

Ako ekonomski operater podnese tužbu nadležnom sudu, predlog za izvršenje izvršitelju ili predlog o plaćenom nalogu notar, sud, izvršitelj i notar su obavezani da obaveste Finansijsku inspekciju u javnom sektoru – ukoliko je dužnik

33 Čl.17, st. 1 i 6. Zakon o finansijskoj disciplini, *Služben vesnik RM*, br. 187/13.

34 Čl.7 st.4. Zakon o prekršajima, *Služben vesnik RM*, br. 62/06, 69/06, 51/11 i Odluka Ustavnog suda objavljena u *Služben vesnik RM* br. 157/09.

35 Isti fenomen postoji i u pravu Republike Hrvatske. Videti 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 Čl. 17, st. 2. Zakon o finansijskoj disciplini, *Služben vesnik RM*, br. 187/13.

37 Videti čl. 17, st. 3, 4, 5 i 7. Ibid.

38 Čl.12. Ibid.

novčane obaveze subjekat iz javnog sektora, ili Upravu javnih prihoda – ukoliko je dužnik ekonomski operater.

Ukoliko dođe do bukvalne primene ove norme, postoji potencijalna mogućnost višestruke dostave informacija o identičnoj transakciji između istih strana, a to će izazvati velike troškove subjekata sa zakonskom obavezom za obaveštavanje.

Potrebno je utvrditi koji subjekat može uz najmanji trošak i najsvrsishodnije da sprovede prenos informacija Upravi javnih prihoda i Finansijskoj inspekciji u javnom sektoru bez uzrokovanja prekomernog opterećenja.

Finansijska inspekcija u javnom sektoru i Uprava javnih prihoda su dužni da utvrde da li su prekršene odredbe ovog zakona. Ova dva organa Ministarstva finansija dužni su u roku od 15 dana nakon prijema obaveštenja da izvrše kontrolu poslovne transakcije i da odluče dali će podneti prekršajnu prijavu nadležnom sudu ili utvrde da nema povreda zakona u roku od 15 dana od dana obavljenog nadzora.³⁹

Nesumnjivo je da ovo rešenje daje rezultate. Međutim, povećaće se administrativni troškovi Finansijske inspekcije i Uprave javnih prihoda zbog proširenja njihovih nadležnosti, a moguće je da se produži i vreme za naplatu nespornih novčanih obaveza iz ugovorenog odnosa. Finansijska inspekcija i Uprava javnih prihoda imaju dužnost da ispitaju suštinu građansko-pravnih odnosa koji odstupaju od funkcije koje imaju kao državni organi. Efikasnije rešenje predviđeno je zakonima Republike Srbije. Sud koji donese rešenje o izmirenju novčanog potraživanja iz poslovnih transakcija između privrednih subjekata, ima obavezu da dostavi rešenje organu koji nadgleda primenu Zakona o rokovima za izmirenje novčanih obaveza u poslovnim transakcijama radi pokretanja prekršajnog postupka.⁴⁰

Organ koji obavlja nadzor samo pokreće prekršajni postupak, ali ne utvrđuje činjenično stanje.

Autori u fazi izrade ovog rada primetili su alternativno rešenje za sankcionisanje subjekata koji kasne u izmirenju novčanih obaveza, koje je svojevremeno bilo previše futurističko za institucije EU. Komisija je u predlogu, odnosno Direktivi o sprečavanju kašnjenja isplata u poslovnim transakcijama, predložila plaćanje kompenzacije u visini od 5% od strane subjekata iz javnog sektora koji ne izmiruju blagovremeno svoje novčane obaveze (Commission of the European Communities, 2009b: 23). Ova kompenzacija ne ograničava pravo na zakonsku kaznenu kamatu za kašnjenje prilikom izmirivanja novčanih obaveza.

39 Čl. 13. Ibid.

40 Čl.10 st.4.Zakon o rokovima izmirenja novčanih obaveza, *Službeni glasnik RS*, br. 119/2012.

Ovo rešenje moglo bi se primeniti i u Zakonu o finansijskoj disciplini kao kompenzacijska taksa u odnosu na ekonomske operatere i subjekte iz javnog sektora koji kasne prilikom izmirivanja novčanih obaveza iz nekoliko razloga.

Prvo, postoji korelacija između novčane obaveze i same kompenzacijske takse. Zbog toga neće doći do preteranog opterećenja dužnika. Kako bi zakonodavac zaštitio poslovni sektor, kompenzaciju može ograničiti na maksimalni iznos od 5.000 ili 10.000 evra ukoliko 5% novčane obaveze nadmaši ovaj iznos.

Drugo, nema potrebe za dodatnim angažovanjem državnih organa za nadzor sprovođenja zakona. Kada poverilac podnese tužbu nadležnom sudu, odnosno predlog za platni nalog notaru, sud ili notar će utvrditi da li dužnik duguje kompenzacijsku taksu, kao što je definisano, i da li duguje zakonsku kaznenu kamatu (dužnik kasni sa izmirenjem novčane obaveze). Ove institucije utvrđuju da li je poverilac ispunio svoju obavezu i da li je dužnik zakasnio sa izmirivanjem novčane obaveze u ugovorenom roku ili u roku propisanom zakonom (osim ako strane nisu utvrdile rok za ispunjenje novčanih obaveza). Razlika je u tome što poverilac može da se odrekne prava na zateznu kamatu, ali kompenzacijska taksa od 5% svakako će biti naplaćena od dužnika. Sredstva prikupljena kompenzacijom će biti prihod budžeta RM.

Ova mera nije bila prihvaćena od strane Saveta ministara i Evropskog parlamenta, ali teoretski mogla bi biti dobra osnova za poboljšanje discipline prilikom izvršavanja novčanih obaveza.

Zakon o finansijskoj disciplini počeo je da se primenjuje od 1. maja 2014. godine. Objekat primene zakona biće poslovne transakcije između ekonomskih operatera i subjekata u javnom sektoru koje su nastale po danu početka primene ovog zakona. Pravni osnov za poslovne transakcije može postojati i pre 1. maja 2014. godine, ali ako se transakcija realizuje posle ovog datuma, Zakon će se primeniti na tu transakciju.

4. Zaključak

Notorna je činjenica da je likvidnost privrednog sektora u RM niska, i razumljiv je stav zakonodavca za donošenje rešenja koja će disciplinovati privredne subjekte – dužnike novčanih obaveza.

Zakon o finansijskoj disciplini je značajan početni korak ka poboljšanju ukupne likvidnosti nacionalne ekonomije i unapređenje pravnog okvira za ispunjenje novčanih obaveza, i opravdano se očekuju pozitivni efekti od njegove primene. Sa druge strane, sa ovim zakonom smanjuju se mogućnosti samostalnog donošenja odluka ekonomskih operatera i to će smanjiti njihove efikasnosti i profitabilnosti, i posredno će uticati njihove likvidnosti. Većina članova zakona su u skladu

sa Direktivom EU koja reguliše ista pitanja. Međutim, odredbe o rokovima za ispunjavanje novčanih obaveza, tužba koju mogu podneti organizacije koje štite interese ekonomskih operatera, i izostanak prekršajnih sankcija u Direktivi – povoljnije su za ekonomske operatere i postavljaju ih u bolji položaj nego Zakon o finansijskoj disciplini. Sa druge strane, država ovim zakonom dobija povlastice koji nisu propisane Direktivom EU.

Smatramo da je pravovremena naplata novčanih obaveza u poslovnim transakcijama predmet interesa za sve subjekte koji rade u RM i da je neophodno da Skupština prilagodi Zakon o finansijskoj disciplini kako bi doprineo poboljšanju opšteg stanja i likvidnosti u privredi, a da ipak ne ugrozi poslovanje ekonomskih operatera.

Literatura

Arsov S. (2008). *Finansiski menadžment*. Skopje: Univerzitet „Sv. Kiril i Metodij“ Ekonomski fakultet.

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. Preuzeto 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. Preuzeto 12. 08. 2014.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0035&rid=1>

ĀorĀioski O. (2014). Tendencija na finansisko discipliniranje na subjektite vo delovnite odnosi. *StruĀno spisanie Pravnik*. 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. Preuzeto 12.08.2014.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009AE1930&from=EN>

Zakon o rokovima izmirenja novĀanih obaveza. *SluĀbeni glasnik RS*. br. 119. 2012.

Zakon o obligacionim odnosima. *Služben vesnik RM*. br. 18. 2001, 78. 2001(Odluka Ustavnog suda), 4. 2002, 59. 2002(Odluka Ustavnog suda), 5. 2003, 84. 2008, 81. 2009 i 161. 2009.

Zakon o prekršajima. *Služben vesnik RM*. br. 62. 2006, 69. 2006, 157. 2009 (Odluka Ustavnog suda), 51. 2011.

Zakon o finansijskoj disciplini. *Službeni Vesnik RM*. br. 187. 2013.

Zakon o finansijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi. *Narodne novine*. br. 108. 2012, 144. 2012. 81. 2013 i 112. 2013.

Narodna banka na Republika Makedonija, Sektor za supervizija, bankarska regulativa i finansiska stabilnost, Direkcija za finansiska stabilnost i bankarska regulativa. (2014). Izveštaj za finansiskata stabilnost vo Republika Makedonija vo 2013 godina. Skopje: Narodna Banka na Republika Makedonija. Preuzemeno 14.08.2014.

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. Preuzeto 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. Preuzeto 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. Preuzeto 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.

Šterjov M. (2013). *Ekonomska analiza na dogovornoto pravo niz prizmata na dogovorot za prodazba – komparativen pregled* (magisterska teza). Skopje: Praven fakultet „Justinijan Prvi“.

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.*

Dr Vidoje Spasić,*
vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

STRUČNI ČLANAK

UDK: 347.78:004.738.5

Branko Stevanović,*
dipl. ing. elektronike, administrator mreže Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

Rad primljen: 03.04.2015.
Rad prihvaćen: 11.06.2015.

DOKAZIVANJE DIGITALNIH POVREDA PRAVA INTELEKTUALNE SVOJINE - OSVRT NA ANGLOSAKSONSKI PRAVNI SISTEM**

Apstrakt: Razvoj digitalne tehnologije doveo je do dramatičnog porasta sajber kriminala u raznim oblastima, a naročito na polju intelektualne svojine. Korisnici sve više koriste računare i druge elektronske uređaje za vršenje povreda intelektualne svojine. Pritom, mnogi počinioci ovakvih dela veruju da se mogu izgubiti u moru ličnih i mrežnih računara i da mogu izbeći odgovornost za učinjene radnje. Ipak, stvari ne stoje tako. Ukoliko je izvršena zloupotreba računara, on se može pretražiti i analizirati, pa je tako moguće utvrditi odgovornost počinioca dela. Ovo se vrši utvrđivanjem digitalnih dokaza, koji se od ostalih materijalnih dokaza razlikuju po formi u kojoj su inkorporisane informacije, a to je digitalna forma koja podrazumeva neki elektronski ili magnetni uređaj.

Postupak utvrđivanja digitalnih dokaza sprovode sertifikovani računarski forenzičari, upotrebom različitih tehnika i alata, poštujući odgovarajuće procedure, jer se podaci tokom prikupljanja mogu izgubiti ili oštetiti.

U radu su obrađeni najvažniji aspekti dokazivanja digitalnih povreda intelektualne svojine, kao i problemi koji se pojavljuju u vezi sa tim, sa posebnim osvrtom na anglosaksonsko pravo.

Ključne reči: digitalni dokaz, kompjuterska forenzika, digitalna tehnologija, intelektualna svojina.

* vidza@prafak.ni.ac.rs

* bane@prafak.ni.ac.rs

** Članak je rezultat rada na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

1. Uvod

U današnje vreme čak 90% svih postojećih informacija nalazi se u digitalnom formatu.¹ Razvoj digitalne tehnologije, pored mnogih pogodnosti, doneo je i određene neželjene, pa i štetne posledice. Pre svega, nastao je novi oblik kriminala – tzv. sajber kriminal u različitim sferama. Pored toga, privatnost pojedinca ozbiljno je dovedena u pitanje. Najzad, informatička tehnologija stavila je prava intelektualne svojine pred velike izazove i iskušenja, time što je znatno olakšala njihovo kršenje. Pri svemu tome, nova tehnologija je otežala dokazivanje digitalnih povreda, čime je, na neki način, stavila počiniocima povreda u relativno komforniji i zaštićeniji položaj u odnosu na legalne nosioce prava.

Počinci digitalnih povreda prava intelektualne svojine obično misle da neće biti otkriveni i da se lako mogu izgubiti i sakriti u moru ličnih i mrežnih računara. Međutim, stvari ne stoje baš tako. Tehnički, postoji samo par metoda za brisanje, a mnogo načina za skrivanje podataka. Zahvaljujući digitalnoj ili mrežnoj forenzici moguće je otkrivanje i prezentovanje verodostojnih dokaza o digitalnim povredama intelektualne svojine. Ovakve dokaze moguće je otkriti čak i kada je počinitelj obrisao podatke s računara. To čine računarski forenzičari različitim alatima za obnovu podataka, uz poštovanje stroge procedure kako bi dokazi bili verodostojni.

Kompjuterska (računarska) forenzika predstavlja primenu kompjuterske istrage i tehnika analize u cilju utvrđivanja relevantnih digitalnih dokaza. Osnovni cilj računarske forenzike je objasniti trenutno stanje digitalnog artefakta. Pojam digitalni artefakt uključuje računarski sistem, medijum za smeštaj podataka, kao što su čvrsti disk ili DVD medijum, elektronski dokument (poruka elektronske pošte, digitalna fotografija) ili niz mrežnih paketa. Pri sprovođenju forenzičke istrage neophodno je preduzeti posebne mere da bi dokazi bili validni i prihvatljivi na sudu. Jedna od najvažnijih mera je osiguravanje da je dokaz prikupljen na ispravan način i da se poštuje lanac poseda dokaza od mesta povrede do laboratorija i, konačno, do suda.

2. Internet piraterija

Pod digitalnom piraterijom, u najširem smislu, podrazumeva se izrada nelegalnih kopija digitalnih proizvoda i informacija zaštićenih pravom intelektualne svojine. Preciznije, pod piraterijom digitalnog sadržaja na Internetu podrazumeva se nezakonito korišćenje ili distribucija autorizovanog digitalnog sadržaja koji se distribuira preko Interneta.

1 TV koji nas špijunira, smart aparati za domaćinstvo koji se aktiviraju putem SMS poruka, 3D štampači ljudskih organa, kozmetičkih proizvoda, automobilskih delova i građevinskih elemenata – samo su neki od proizvoda nove tehnologije.

Internet piraterija predstavlja nezakonitu reprodukciju i/ili distribuciju zaštićenog digitalnog materijala putem računarske mreže. Generalno, u oblasti informaciono-komunikacionih tehnologija dva najznačajnija oblika i predmeta potencijalnih povreda intelektualne svojine su softver i multimedijalni sadržaji u digitalnom obliku.

Pod digitalnim sadržajem najčešće se podrazumevaju: audio sadržaji (kompakt diskovi muzičkih kuća), televizijske serije, igrani i dokumentarni filmovi, komercijalni softver, elektronske i audio knjige, komercijalni multimedijalni tutorijali i drugi sadržaji koji se masovno distribuiraju preko Interneta, a zaštićeni su autorskim pravima.

Elektronski sadržaji različite vrste i prirode mogu se prenositi putem mreža za razmenu fajlova, piratskih servera, veb-sajtova ili hakovanih računara.

Deljenje datoteka (engl. *file sharing*) se definiše kao proces slanja datoteka na Internet tako da se one kasnije mogu preuzeti i reprodukovati. Softveri koji se za to koriste nisu nelegalni per se, ali je njihova upotreba za pribavljanje datoteka zaštićenih autorskim pravima protivzakonita. Posebni distribicioni kanali za deljenje datoteka su P2P (engl. *peer-to-peer*) **servisi** koji omogućavaju računarima direktno povezivanje sa drugima u cilju razmene i kopiranja datoteka putem decentralizovanih mreža. U ovim mrežama računari su međusobno direktno povezani bez posredovanja centralnog servera.

Prvi popularni servis za distribuciju muzike koji je korisnicima omogućio pristup velikoj mreži muzičkih datoteka bio je Napster, koji se pojavio krajem 20. veka.² Nakon Napster-a, pojavili su se novi programi koji su po funkciji bili slični njemu, kao npr. Kazaa, Grokster, Morpheus, eDonkey i sl., koji su razvili modifikovane servise koji nisu mogli biti direktno odgovorni za distribuciju piratskog sadržaja, već su tu odgovornost prebacivali na pojedince, tj. korisnike. I ovi servisi su doživeli istu sudbinu, pa su neki ubrzo bili ugašeni, dok su drugi nastavili da funkcionišu po legalnim principima.³

Softverska piraterija odnosi se na izradu i upotrebu nelegalnih kopija računarskog programa. Korisnik kupovinom softvera kupuje samo licencu, odnosno

2 Softver je omogućavao korisnicima da pretražuju muzičke datoteke na čvrstim diskovima drugih korisnika i preuzmu ih besplatno. Iako Napster nije čuvao piratske sadržaje na sopstvenim serverima, ubrzo je naišao na optužbe da deljenje fajlova između korisnika predstavlja pirateriju. Organizacija za zaštitu prava muzičkih izdavača u Sjedinjenim Američkim Državama – RIAA tužila je Napster zbog povrede autorskih prava. Sudskom odlukom iz 2002. godine naloženo je gašenje servisa i isplaćivanje milionskih odšteta muzičkim stvaraocima i vlasnicima autorskih i srodnih prava.

3 Zbog svega iznetog, pirati su kreirali novi protokol koji će onemogućiti krivično gonjenje lica koje učestvuje u razmeni datoteka – BitTorrent.

pravo korišćenja softvera, ali ne i pravo njegove dalje distribucije.⁴ Prilikom kupovine i instalacije softvera, korisnik „potpisuje ugovor“ sa proizvođačem, kojim se obavezuje na poštovanje svih obaveza u vezi sa upotrebom softvera. Ovaj ugovor poznat je pod nazivom ugovor krajnjeg korisnika o korišćenju licence (EULA – End User Licence Agreement).

Iako nijedan od postojećih metoda ne garantuje potpunu zaštitu, danas se u svetu najčešće primenjuju sledeće metode borbe protiv softverske piraterije: zaštita po osnovu autorskih prava, zaštita od kopiranja i licenciranje po mestu upotrebe.

Tehnike zaštite od kopiranja sastoje se u primeni hardverskih i softverskih karakteristika koje sprečavaju pokušaje kopiranja ili kopirani softver čine nepouzdanim. Iako su do sada korišćene mnoge tehnike zaštite (npr. DVD diskovi se zaštićuju digitalnim „omotačima“ – wrappers), pokazalo se da nijedna od njih ne daje potpunu sigurnost. Zbog toga većina proizvođača odustaje od ove metode i više se oslanja na preostale dve.

Za potrebe kompanija i institucija sa velikim brojem korisnika, a u cilju suzbijanja piraterije, neki proizvođači softvera nude mogućnost mrežnog licenciranja (site licencing).⁵ Osim toga, neke softverske kompanije, u cilju svog propagiranja, često svoje proizvode ustupaju potpuno besplatno za nekomercijalne svrhe (npr. univerzitetima ili fakultetima). U tom smislu, poslednjih godina u sponu je i tzv. koncept otvorenog kôda (Open Source), po kome proizvođači softvera ustupaju besplatno na korišćenje svoje proizvode.⁶ Problem piraterije se povećao sa razvojem novih tehnologija koje omogućavaju lakše i efikasnije neovlašćeno kopiranje muzike (i drugih sadržaja) i njene distribucije.⁷

Generalno, postoje četiri dominantna vida piratizacije digitalnih proizvoda, što se može ostvariti:

- kupovinom legalne kopije filma, muzike, video-igrice, knjige ili softvera nakon čega sledi kreiranje ilegalnih kopija;

4 Prema nekim procenama, danas oko 40% svih personalnih računara u svetu radi pomoću ilegalnog softvera (u SAD oko 25%, u Evropi oko 35%). Kao zemlje sa najvećim procentom ilegalnog softvera ističu se Vijetnam, Kina, Indonezija, Ukrajina i Rusija, u kojima više od 85% softvera predstavljaju nelegalne kopije.

5 U ovom slučaju, korisnik na osnovu ugovora sa proizvođačem, dobija jedan primerak instalacionog diska i prateće dokumentacije, a dobija dozvolu za instalaciju softvera na onoliko računara za koliko je licenca plaćena.

6 Primeri za ovaj koncept su operativni sistem Linux, softverski paket OpenOffice.org, veb server Apache, itd.

7 Prema jednom istraživanju, godišnja šteta u Sjedinjenim Američkim Državama prouzrokovana muzičkom piraterijom procenjuje se na blizu 15 milijardi dolara, više od 70.000 izgubljenih radnih mesta i ukupnim gubitkom plata od 2 milijarde dolara.

- direktno od izvora, od strane insajdera, iz sfere filmske i muzičke industrije koje najnovija ostvarenja redovno dele sa svetom putem torenata;
- snimanjem sadržaja koji se emituje na televiziji na svojim računarima;
- neke vrste TV emisija, kao što su prenosi sportskih utakmica zahtevaju trenutnu dostupnost sadržaja, pa nema govora o snimanju i naknadnom aploudovanju. Umesto toga, korisnici koji imaju plaćene kanale na kojima se pomenuti sadržaj emituje pomoću brze mreže uspostavljaju kanal za strim i World Series – koji inače možda ne bi mogli da gledaju.

Drugi značajan segment u procesu piraterije predstavlja distribucija kreiranog digitalnog sadržaja. Tehnički, ona se može realizovati na više načina.

2.1. BitTorrent

Korisnik koji je sačinio nelegalnu kopiju sadržaja zaštićenog autorskim pravom, pomoću svima dostupnog softvera kreira torrent fajl koji zatim aplouduje na jedan (ili na sve) od veb-sajtova (PirateBay, Kickass.to, nekada Demonoid, Mini-Nova...), koji služe kao baze za njihovo skladištenje. Pirat je obično registrovan pod prepoznatljivim nadimkom, pa oni koji od njega “skidaju” mogu da budu uvereni u kvalitet njegovog ripa.

Za razliku od prethodnih varijanti P2P tehnologije, torrent sam po sebi nije nelegalan sadržaj već običan fajl koji sadrži izvesnu grupu informacija o većem fajlu, koji ne mora sam po sebi da bude zaštićen autorskim pravom.⁸ Zainteresovani korisnik sa bilo kog mesta u svetu sa sajta “skida” torrent fajl, pokreće ga putem jednog od brojnih BitTorrent programa i preuzima film koji se nalazi na piratovom računaru. Već tokom “skidanja” filma, korisnik postaje i sam pirat pošto do tog trenutka preuzete informacije već deli sa trećom, četvrtom, n-tom osobom. Na kraju, film je preuzeo toliki broj ljudi da pirat od koga je sve počelo može bez problema da prestane sa deljenjem: film je u suštini svuda i nigde (u virtuelnom prostoru) i njegova distribucija više ne može biti zaustavljena. Mreža bazirana na ovom protokolu je decentralizovana, a pretraga za datotekama se svodi na pretragu .torrent datoteka u kojima se nalazi spisak računara sa željenim datotekama.

2.2. Direktno preuzimanje sa servera

Relativna sporost “skidanja” putem torenata, uzrokovana i zavisnošću od drugih korisnika, dovela je do **direktnog preuzimanja sa sajtova koji služe za skladištenje**

⁸ Sud američke države Ajova odbio je 2014. godine masovnu tužbu protiv korisnika BitTorrent programa kao neosnovanu, jer ne dokazuje saradnju između internet pirata. <http://torrentfreak.com/judge-understands-bittorrent-kills-mass-piracy-lawsuits-140130/>

podataka.⁹ Sistem funkcioniše tako što se piratizovani film “pakuje” obično u .rar format, a potom deli na više jednakih delova i podiže na servere tih sajtova. Pirati to obično rade sakrivajući svoje IP adrese korišćenjem proksi servera, nakon čega dobijene linkove ostavljaju na specijalizovanim forumima, kako bi svako zainteresovano lice moglo da dođe do piratizovanog sadržaja.¹⁰

2.3. Onlajn gledanje ili slušanje sadržaja

Za korisnike koji ne žele da čekaju “skidanje” sadržaja, a imaju dovoljno brze internet konekcije, najbolje rešenje jeste onlajn pristup sadržaju. Na Internetu postoje brojni sajtovi na kojima se filmovi, serije i druge emisije mogu gledati bez prethodnog daunloda. Kod nas je ovaj način manje popularan, jer većina ovakvih sajtova ne omogućava učitavanje titlova, dok je u svetu ravnopravni kanal sa ostalima. U pitanju su sajtovi koji su obično registrovani u državama u kojima borba protiv piraterije nije uzela maha, pa se kršenje intelektualne svojine toleriše.¹¹

2.4. “Skidanje” u kladu

Poslednji i najnoviji trend u distribuciji piratizovanog sadržaja do krajnjih korisnika predstavljaju tzv. kladu servisi. Servisi kao što su Wuala, uTorrent i Tribler omogućavaju “skidanje” sadržaja i držanje u kladu, i da se njemu može pristupiti na željenom mestu, npr. putem telefona tokom vožnje ili na bilo kom drugom mestu. Ova tehnologija se popularno naziva “računarstvo u oblaku” (engl. “Cloud computing”), a obezbeđuje fleksibilan, od lokacije nezavisan pristup računarskim resursima koji se brzo i neprimetno alociraju i dealociraju prema potražnji.

Važno je istaći da sajtovi na kojima se mogu “skidati” torenti nemaju na svojim serverima filmove ili muziku: takvi sadržaji “skidaju” se od drugih korisnika sa njihovih računara, a torent samo služi za povezivanje sa njima. Teoretski, torent u imenu može da tvrdi da sadrži film, a da sadrži nešto potpuno drugo. Zbog toga je bilo jako teško sudski dokazati da se putem ovih sajtova krše zakoni, mada presude u tom smislu ipak postoje.

9 Najpopularniji je bio MegaUpload.com (sada na adresi Mega.co.nz).

10 Preuzimanje fajlova od strane krajnjeg korisnika može biti jednostavno obavljeno putem browser-a (svaki fajl skida se posebno, za svaki se mora ukucati kod, na svaki mora da se čeka odbrojavanje), ali postoji i mnogo programa koji sve to rade automatski.

11 Jedan on trenutno najpoznatijih je meksički sportski sajt: www.rojadirecta.me

3. Digitalna (računarska) forenzika

Termin kompjuterska ili digitalna forenzika označava primenu naučnih metoda u cilju identifikacije, prikupljanja i analiziranja podataka uz očuvanje integriteta originalnog dokaza, kao i lanca nadležnosti. Drugim rečima, kompjuterska forenzika se bavi prikupljanjem, oporavkom obrisanih, kriptovanih ili oštećenih podataka i njihovim prezentovanjem pred nadležnim državnim organima. Svi digitalni uređaji ostavljaju deliće informacija. Ovi delići predstavljaju veoma značajan dokaz u različitim vrstama istraga. Pritom, alati i tehnike koje ova disciplina zahteva su relativno lako dostupni svakome ko želi da sprovede forenzičku analizu.

Cilj metodologije i tehnologije računarske forenzičke analize jeste obezbediti pouzdano čuvanje digitalnih podataka, oporavak izbrisanih podataka, rekonstrukciju računarskih događaja, odvratanje napadača, generisanje dobrih forenzičkih alata i procedura (Trivić, 2011: 300-311).

Digitalnim dokazima se bavi kompjuterska forenzika. Ona se bazira na sledećim principima: *zakonitosti; lanca istrage; očuvanja digitalnog dokaza; identifikacije potencijalnog dokaznog materijala i integriteta dokaznog materijala*.

U Krivičnom pravu postoji tzv. Lokarov „princip razmene“, koji je zasnovan na postulatu da pri svakom kontaktu dve stvari dolazi do razmene.¹² Takva je situacija i prilikom kontakta dva elektronska uređaja.

Računarska forenzika deli se na četiri osnovne grane:

- forenzika zaštitnog zida (eng. *firewall forensics*);
- mrežna forenzika (eng. *network forensics*);
- forenzika baza podataka (eng. *database forensics*) i
- forenzika mobilnih uređaja (eng. *mobile device forensics*).

Forenzika zaštitnog zida se bavi mehanizmima zaštite od neovlašćenog pristupa blokiranjem pristupa potencijalno štetnim programima ili informacijama (Spasić, 2010: 91).

Mrežna forenzika se bavi upotrebom naučno dokazanih tehnika za prikupljanje digitalnih dokaza i postupanje sa njima, a sve u cilju otkrivanja činjenica vezanih za inkriminisane ranje. Bazira se na praćenju mrežnog prometa i otkrivanju anomalija, odnosno incidenata na njemu. Računarski sigurnosni incident

12 Edmond Lokart (1877–1966) bio je prvi direktor Kriminalističke laboratorije u Lionu (Francuska) – Lokarova teorija ili Lokarov zakon – više videti: Chisum, W.J., & Turvey, B. „Evidence Dynamics: Locard’s Exchange Principle & Crime Reconstruction, *Journal of Behavioral Profiling*, January, 2000, Vol. 1, No. 1.

predstavlja svaki događaj koji ugrožava bilo koji aspekt računarske sigurnosti, odnosno koji za posledicu ima gubitak poverljivosti, integriteta i raspoloživosti podataka, zloupotrebu ili oštećenje informacija ili informacijskog sistema, kao i svaku nezakonitu radnju čiji se dokazi mogu smestiti na računarski medijum. Forenzički specijalisti uvidom u prikupljene dokaze mogu odgovoriti na sigurnosni incident. Sistemi mrežne forenzike mogu biti različiti.¹³

Forenzika baza podataka se bavi pretragom i analizom baza podataka ili posebnih transakcija i relacija (eng. *Tables transactions end relations*) izvučenih iz baze, ne dirajući u integritet podataka u cilju rekonstrukcije podataka ili činjenica koji su se dogodili u sistemu.

Forenzika mobilnih uređaja uključuje skup metoda pretraživanja dokaza s mobilnih uređaja. Ovi multifunkcionalni uređaji koriste drugačije tipove memorije i interfejsa od ličnih računara, pa su i tehnike stvaranja forenzičke slike medija drugačije. Na ovim aparatima se nalaze brojni podaci kao što su kontakti (brojevi telefona, adrese), fotografije, kalendari, beleške i sl., pa oni imaju sve veću ulogu u istražnom procesu. Najnovije generacije mobilnih uređaja imaju fantastične performanse, pa stoga oni mogu poslužiti kao dragoceno sredstvo za utvrđivanje dokaza i počinitelaca različitih nezakonitosti, pa tako i povreda prava intelektualne svojine.

4. Digitalni dokazi

4.1. Pojam

Digitalni dokaz je vrsta dokaza koji se od ostalih materijalnih dokaza razlikuje po formi u kojoj su inkorporisane informacije, a to je digitalna forma koja podrazumeva neki elektronski ili magnetni uređaj (podaci u operativnoj memoriji, na hard disku, fleš karticama, ali i podaci koji se nalaze u transmisiji) (Lukić, 2012: 182). Dokazi digitalnih povreda intelektualne svojine dele se na lične i materijalne, a kriterijum za podelu je sama njihova priroda. Lični dokazi predstavljaju čulnim opažanjem saznate činjenice koje pružaju određeni zapis o događaju, a materijalni dokazi su fizički dokazi i tragovi. U krivičnom postupku se odluke u najvećem delu oslanjaju na lične dokaze, a materijalnim dokazima se najčešće samo potkrepljuju lični dokazi, i otklanja ili potvrđuje sumnja da je određeno lice izvršilo određeno delo. (Lukić, 2012: 179).

13 Sistemi mrežne forenzike mogu biti tzv.: „ulovi-to-na-bilo koji-način“ sistemi (eng. „*Catch-it-as-you-can*“ systems) – svi paketi informacija koji prolaze kroz određenu prometnu tačku se presreću i spremaju za daljnju analizu; „stani, pogledaj i poslušaj“ sistemi (eng. „*Stop, look and listen*“ systems) – svaki paket se analizira na rudimentaran način u memoriji i samo se određeni podaci čuvaju za buduću analizu.

Digitalni dokazi mogu biti trojaki. **Originalni digitalni dokaz** (eng. evidence media) čine fizički predmet i/ili podaci sadržani u tom predmetu u vreme akvizicije (otkrivanja, prepoznavanja, izvlačenja) ili zaplene predmeta koje treba istražiti. To mogu biti podaci snimljeni na računaru koji je fizički privremeno oduzet dok istraga traje sa ciljem dostavljanja tog dokaza sudu, po iniciranju sudskog postupka.

Duplikat digitalnog dokaza (eng. target media) je precizna digitalna reprodukcija svih objekata podataka sadržanih u originalnom fizičkom predmetu (HD, CD ROM, FD, itd.).

Kopija digitalnog dokaza je precizna reprodukcija informacija koje su sadržane na originalnom fizičkom predmetu, nezavisno od originalnog fizičkog predmeta.

Veoma značajan datum za digitalnu forenziku kao mladu naučnu disciplinu predstavlja 1991. godina. Naime, te godine je u Portlandu (država Oregon) održano zasedanje Međunarodne asocijacije računarskih naučnika IACIS (International Association of Computer Specialist), kojom prilikom je konstatovano i odlučeno da su „digitalni dokazi“ ravnopravni sa dokazima prikupljenim na tradicionalan način, odnosno fizičkim predmetima.

Američko udruženje direktora laboratorije za zločine (American Society of Crime Laboratory Directors / Laboratory Accreditation Board (ASCLD/LAB) je 2003. godine, potvrdilo je gore izneti stav. Uporedo sa prihvatanjem kompjuterske forenzike kao legitimnog postupka analize dokaza dolazi i do povećanog interesovanja za obučavanje i edukaciju na ovom polju.¹⁴

Prema *National Institute of Justice SAD* od 2008. godine, digitalni dokaz je definisan kao informacija ili podatak od značaja za istragu koji je uskladišten, primljen ili poslat preko elektronskog uređaja. Prema drugoj definiciji predloženoj od strane *Scientific Working Group on Digital Evidence* od 2009. godine, digitalni dokaz je svaka informacija koja ima dokazujuću vrednost, a koja je uskladištena ili se prenosi u digitalnom obliku. Digitalni dokaz je bilo koja informacija generisana, obrađena, uskladištena, ili prenesena u digitalnom obliku na koju se sud može osloniti kao validnu.¹⁵ To je svaka binarna informacija uskladištena ili prenesena u digitalnoj formi koja ima dokazujuću vrednost i na koju se sud može osloniti, u kontekstu forenzičke akvizicije, analize i prezentacije (Petrović, 2004).

14 Više videti: The American Society of Crime Laboratory Directors/Laboratory Accreditation Board <http://www.ascl-d-lab.org/>. Trenutno postoji više od trideset koledža i univerziteta samo u Americi koji obavljaju edukaciju na ovom polju.

15 To je svaka binarna informacija, sastavljena od digitalnih 1 i 0, uskladištena ili prenesena u digitalnom formatu. Obuhvata kompjuterski uskladištene i generisane dokaze, digitalni audio i video signal, zapis sa mobilnog telefona, zapis sa digitalne faks mašine ili drugih uređaja.

Digitalni dokazi moraju biti čvrsti i koherentni i ne smeju imati takozvane pukotine za donošenje nespornih zaključaka. Za razliku od fizičkih dokaza koji su robustni, digitalni dokazi su krhke prirode i lako mogu biti modifikovani, uništeni ili izgubljeni.

Validni digitalni dokaz treba da potkrepi činjenice iznete na sudu. On mora biti pouzdan i doprinositi istrazi. Da bi se neki forenzički alat koristio u istrazi, potrebno je da bude sertifikovan i priznat od državnih organa, kako bi digitalni dokazi bili validni u određenom postupku. Ovo utoliko pre jer se integritet i egzaktnost digitalnih dokaza lako mogu kompromitovati i njihova validnost dovesti u pitanje.

U kompjuterskom incidentu postoje tri osnovne kategorije digitalnih podataka koji mogu činiti digitalni dokaz:

- promenljivi podaci ili informacije koje se gube nakon isključivanja računara, kao npr. podaci o radnoj memoriji (RAM), rezidentni memorijski programi i sl.;
- osetljivi podaci ili podaci uskladišteni na čvrstom disku (HD), koji se lako mogu izmeniti, kao što je npr. poslednje vreme pristupa log datoteci itd.;
- privremeno dostupni podaci ili podaci uskladišteni na HD kojima se može pristupiti samo u određeno vreme (npr. šifrovani podaci).

Kompromitovani računar podrazumeva napadnuti računar (žrtvu), ali za potrebe računarsko forenzičke analize (RFA), zavisno od konkretnog konteksta, može obuhvatiti i osumnjičeni izvorni ili posredni računar (npr. onaj preko čijeg naloga je napadač ušao u sistem). Pojavom smart mobilnih telefona i uređaja sa operativnim sistemima Android i Apple iOS, sve više se pojavljuje kao kompromitovani računar i ovakva vrsta uređaja pa će se, sledstveno tome, ovakvi uređaji sve više biti predmet RFA.

4.2. Karakteristike digitalnog dokaza

Utvrdjivanje digitalnih dokaza karakteriše, pre svega, **veliki broj osumnjičenih lica**, jer su korisnici Interneta najčešće anonimni, pa je krug potencijalnih počinitelaca veliki. **Identifikacija prestupa** se kod digitalnih povreda intelektualne svojine često vrši vremenski mnogo kasnije u odnosu na izvršeno delo. **Veliki broj potencijalnih dokaza** se na samom početku istrage eliminiše da bi se mogla postaviti početna hipoteza istražitelja, što se vrši u zavisnosti od same prirode prestupa. **Podložnost kontaminaciji** podrazumeva njihovu veliku osetljivost na promenu stanja, pa se moraju preduzeti sve mere za očuvanje zatečenog stanja i to strogom procedurom aktivnosti. **Lakoća gubitka dokaza** je prisutna onda

kada je čovek sam faktor toga, u smislu da je lice koje postupa nestručno, ali i onda kada nije znalo da je dokaz prisutan (Lukić, 2012: 184).

Pored navedenog, digitalni dokaz karakterišu i: tehnološka naprednost; fleksibilnost; mogućnost umnožavanja i modifikovanja; nevidljivost; transnacionalni karakter.

Pošto kompjuterski kriminalitet tangira zemlje sa različitim suverenitetom, Međunarodna organizacija za kompjuterske dokaze (International Organization of Computer Evidence – IOCE) je, marta 1998. godine, formulisala međunarodne principe za postupke kojima bi se garantovalo korišćenje digitalnih dokaza prikupljenih od strane jedne države u sudu druge države (Vukoman, 2010). Da bi se digitalni dokazi što efikasnije razmenjivali, moraju biti zadovoljeni osnovni principi (Grubor, 2004):

- konzistentnost sa pravosudnim sistemima u svakoj državi;
- upotreba uobičajenog i razumljivog jezika;
- posedovanje trajne vrednosti;
- međunarodna prihvatljivost i priznavanje;
- ulivanje poverenja i zaštita integriteta digitalnih dokaza;
- primenljivost na sve digitalne dokaze;
- primenljivost na pojedinca, zvanične agencije i najviši nacionalni nivo.

Henry Lee, profesor Forenzičke nauke na univerzitetu New Have i direktor “Forensic Research and Training Center” ističe da paralelno sa istražnim fazama, digitalni dokazi prolaze kroz svoje faze (Lee’s, 2001: 272-276).

Prva faza je faza prepoznavanja (eng. recognition) odnosno izjednačavanje mesta pronalaženja dokaza sa mestom izvršenja radnje. Navedeno prepoznavanje vrši se tokom izvođenja istražnih radnji prikupljanja dokaza (faza istraživanja i pretraživanja).

Druga faza je identifikacija (eng. identification) u kojoj se pregledaju i upoređuju klasne karakteristike dokaza sa poznatim uzorcima da bi se utvrdila klasa konkretnog dokaza.

Sledeća faza je individualizacija (eng. individualization), u kojoj se pregledaju individualne karakteristike predmetnog dokaza da bi se odredilo da li je predmetni dokaz jedinstven u odnosu na druge dokaze u okviru klase ili da utvrdi da li predmetni dokaz potiče iz predmetnog izvora izvršenja dela kao i ostali dokazi. Kada su računari u pitanju, teško je izvršiti individualizaciju digitalnog dokaza u istoj meri kao što se to može uraditi sa fizičkim dokazom, zato što su

digitalni objekti generisani instrukcijama kod kojih se može javiti i element slučajnosti. Najzad, poslednja faza je rekonstrukcija (eng. reconstruction), koja predstavlja krunu svih prethodnih faza.

Iako je IOCE propisala opšte principe i procedure u vezi digitalnih dokaza, još uvek nigde u svetu **ne postoji verifikacija zvaničnih istražnih organa, forenzičkih analitičara i pravosudnih organa**, podjednako kvalifikovanih u svojim oblastima, da objektivno i tačno vode istragu, forenzičku akviziciju, analizu, dokazni postupak i prezentaciju digitalnih dokaza na sudu.¹⁶

4.3. Prihvatanje dokaza

Određeni dokazi, kao što su DNK analiza ili otisci prstiju, opšteprihvaćeni su u svetu. Za neke druge dokaze nije tako. U dugom periodu prihvatanja i osporavanja određenih metoda kao sudskih dokaza izdvaja se tzv. Daubertovo pravilo (Daubert rule or rule 702), koje je sud u Daubertu predložio 1973. godine. Po ovom pravilu da bi metod prikupljanja dokaza bio validan potrebno je sledeće:

- a. da je metod koji su naučnici (forenzičari) koristili testiran u teorijskom i tehničkom smislu;
- b. da je teorija koja stoji iza metoda bila prezentovana naučnoj javnosti na preispitivanje;
- v. da je teorija i tehnika prihvaćena u naučnoj javnosti;
- g. da su poznata statistička odstupanja pri primeni ove metode, i
- d. da su prilikom izvođenja dokaza primenjeni standardi koje metoda nalaže.

Prilikom prikupljanja digitalnih dokaza nastao je veliki problem u primeni ovog pravila. Pre svega, teškoće se ogledaju u tome što ne postoje opšteprihvaćene naučne teorije za određene pojave u digitalnom svetu. Ovo zbog same prirode digitalnih informacija. U zavisnosti od načina na koji su binarne cifre raspoređene u fajlu, računarski programi interpretiraju fajl kao tekst, sliku, audio, ili video snimak, program ili slično. Postoji ogroman broj vrsta fajlova, od kojih su neki formati fajlova poznati samo proizvođačima softvera za te fajlove, neki su opštepoznati, neki podložni konstantnoj promeni, a neki, iako formalno standardizovani, zbog nedovoljno čvrstih standarda različito interpretirani od različitih programa.¹⁷ Pored toga, i kod poznatih vrsta fajlova postoje tzv. rez-

¹⁶ Seminar "Specifičnosti veštačenja u oblasti zloupotrebe IT", Udruženje IT veštak, 15.11.2011. Preuzeto 20. 01. 2015. http://www.itvestak.org.rs/skupovi/Seminar_saopstenje.htm

¹⁷ Tipičan primer za to je html fajl format, tako da isti fajl može da bude različito prikazan u zavisnosti koji pretraživač se koristi (internet explorer, google chrome, mozilla firefox ili neki drugi).

visani bajtovi koji su ostavljeni za dalju nadgradnju formata fajla, koji su razne programerske kuće koristile svaka na svoj način. Pritom, i u istoj programerskoj kući postoje određeni problemi.¹⁸ U takvom haosu nije moguće govoriti o opšte prihvaćenoj teoriji ili standardu.

Da bi se digitalni dokazi kako-tako prihvatili, došlo je do proširenja Daubertovog pravila povodom jednog sudskog spora.¹⁹ Vrhovni sud SAD (United States Supreme Court) je u tom slučaju uspostavio princip da se dokazi mogu prihvatiti ako su deo svedočenja eksperata bez obzira da li su zasnovani na naučnom, inženjerskom ili drugom specijalizovanom znanju. Iako je ovaj princip dao rešenje za konkretan slučaj, on je, s druge strane, otvorio mnoga druga pitanja.

Još jedan problem koji se javlja u priznavanju dokaza ogleda se u tome što je većina digitalnih informacija u suštini podložna promenama. Digitalne informacije se moraju u postupku pribavljanja dokaza očitati preko određenih uređaja koji mogu izmeniti te informacije.²⁰ Da bi se izbegli ovi i slični problemi na Međunarodnoj konferenciji o visokotehnološkom kriminalu (International HighTech Crime Conference) 1999. godine, usvojeni su sledeći principi:

- aktivnosti u prikupljanju digitalnih dokaza ne smeju menjati te dokaze;
- svaka osoba koja pristupa digitalnim dokazima mora biti forenzički kompetentna;
- svako prikupljane, pristup, čuvanje ili transfer digitalnih dokaza mora biti dokumentovano, objašnjeno i podložno proveri;
- pojedinac u čijem su posedu digitalni dokazi odgovoran je za njihovo čuvanje sve vreme posedovanja;
- svaka agencija ili pojedinac koji se bavi pribavljanjem, pristupom, čuvanjem ili transferom digitalnih dokaza mora se ponašati u skladu sa ovim pravilima.

18 Poznato je priznanje programera zaposlenih u Microsoft-u koji su nasledili posao od ranije zaposlenih programera da za određene delove programa uopšte nisu znali čemu služe, ali su ih ostavili u finalnom proizvodu iz straha da nešto ne poremete.

19 KUMHO TIRE CO. V. CARMICHAEL (97-1709) 526 U.S. 137 (1999)

20 Tako, na primer, ako istražitelj priključi zaplenjeni hard disk za koji se sumnja da sadrži određene dokaze na računar na kome je instaliran Windows operativni sistem i zatim uključi računar, sadržaj hard diska će biti promenjen – neće biti u potpunosti identičan originalu koji je zaplenjen. Samim tim se i validnost tako izvedenih dokaza dovodi u pitanje iako obično te promene nisu bitne i ne utiču na dokaze.

5. Proces računarske forenzike

Proces računarske forenzike sprovodi se u više faza. Saglasno tome, postoje četiri osnovna koraka na području računarske forenzike:

a) prikupljanje; b) pretraživanje; v) analiza i g) prezentacija.

5.1. Prikupljanje

Prikupljanje (dokumentovanje) činjenica (podataka) predstavlja početnu fazu RFA. Ona počinje kada se informacija i/ili fizički objekt prikupe ili uskladište u očekivanju ispitivanja. Ova faza treba da započne što pre po izvršenju inkriminirane radnje. Čim forenzički stručnjak dođe na mesto izvršenja, mora odmah započeti s dokumentovanjem, tj. fotografisanjem zatečenog stanja, snimanjem, zapisivanjem relevantnih odrednica i sl. Bitno je konstatovati da li je sredstvo izvršenja (računar) uključen i, ukoliko jeste, obavezno ga treba ostaviti u tom stanju. Isključivanje bi za posledicu imalo izmenu više stotina datoteka na koje deluje operativni sistem pri gašenju. Važno je uočiti i pod kojim operativnim sistemom računar radi i kojim hard diskom je opremljen.

Najčešći izvori prikupljanja digitalnih dokaza su: a) lični računari; b) mobilni telefoni; v) digitalne kamere; g) hard diskovi; d) optički mediji; đ) USB memorijski uređaji i drugo.

Pored navedenog, dokazi se mogu prikupiti i iz postavki digitalnih termometara, crnih kutija automobila (ako ih ima), veb-stranica i slično. Tehnologija RFID (skraćenica od radio-frequency identification) predstavlja prenos podataka putem radio talasa sa elektronske oznake preko RFID čitača do računara ili drugog uređaja koji je u stanju da primi i obradi te podatke.

U prikupljanju digitalnih dokaza pored načela hitnosti važno je primenjivati i načelo povećane pažnje, pošto je većina digitalnih podataka veoma podložna izmenama. Jednom promenjeni, oni teško da mogu biti vraćeni u izvorno stanje. Zbog toga se kreira forenzička kopija diska (eng. *bit-stream image, forensic image*). Ona nije obična logička kopija zato što ne sadrži samo podatke vidljive korisniku i koji se trenutno nalaze na disku, nego i podatke koji su bili izbrisani. Nakon stvaranja forenzičke kopije diska, proverava se autentičnost kopije uz pomoć kriptografskog sažetka, u cilju potvrde ispravnosti kopije, kao i integriteta podataka, odnosno dokaznog materijala.

Osim navedenog, u prikupljanju podataka primenjuju se metode rukovanja digitalnim dokazima koje uključuju:

- stvaranje slika (eng. *image*) računarskog medija upotrebom alata koji sprečava izmenu ili brisanje sa uređaja podataka koji su prikupljeni kao dokazni materijal;
- uspostavljanje i održavanje lanca poseda dokaza;
- dokumentovanje postupanja sa dokaznim materijalom i
- upotrebu alata i metoda koje su proverene i čiju je tačnost moguće izraziti u procentima.

U ovoj fazi neke od najdragocenijih podataka moguće je dobiti od korisnika računara. U razgovoru s njim mogu se saznati vredni podaci o postavkama sistema, programskim paketima, korišćenju enkripciji i slično. U istrazi u kojoj vlasnik digitalnog uređaja, koji je uveden kao dokazni materijal, nije pristao na saradnju forenzički istražitelj mora imati nalog za kopiranje i pretraživanje podataka.

5.2. Pretraživanje

Pretraživanje digitalnih zapisa predstavlja drugu fazu RFA, koja sledi nakon prikupljanja dokaza. Ova faza mora se sprovesti efikasno i celishodno. Početna radnja je izdvajanje relevantnih podataka i eliminisanje nebitnih. Izdvajanje podataka može započeti analizom kriptografskog sažetka.²¹

Sledeći korak uključuje proveru zaglavlja datoteke (eng. *file signature*). Potpis datoteke se koristi za identifikaciju formata ili proveru sadržaja datoteke.²² Ovaj metod je vrlo koristan kada se proverava da li je korisnik računara promenio ime ili ekstenziju datoteke kako bi prikrrio njen pravi sadržaj. Forenzički stručnjak će datoteku provesti kroz poseban alat, i, ukoliko se pokaže da trenutna ekstenzija ne odgovara njenom stvarnom formatu, preći će se na detaljniju analizu datoteke.

Nadalje, pretraga se može nastaviti prema ključnoj reči (eng. *keyword analysis*).²³ Datoteka se može izdvojiti i po: tipu, veličini i datumu nastanka.

21 Primera radi, neka je disk koji se pregledava jedan od diskova iz velike kompanije u kojoj se dogodilo curenje podataka. Vlasnici sumnjaju da je zaposlenik odao neke važne informacije konkurentskoj firmi. Ona forenzičkom timu daje sve kritične podatke za koje se sumnja da su mogli biti prosleđeni pa ih oni pomoću algoritma kriptografskih sažetaka upoređuju s podacima na disku. Ukoliko algoritam pronade podudarne datoteke, ispisaće ih na ekranu računara.

22 Svaka datoteka ima svoj potpis koji se sastoji od magičnog broja (kratkog niza bajtova, obično 2-4 smeštenih na početak datoteke) i on govori u kojem je programskom alatu nastala.

23 Stvara se tekstualna datoteka u koju se upisuju ključne reči. Pomoću posebnih alata mogu se pronaći sva pojavljivanja reči iz tekstualne datoteke i na taj način izdvojiti datoteke prema sadržaju.

Nakon izdvajanja, odnosno selekcije svih dostupnih datoteka prelazi se na pregledavanje obrisanih podataka, datoteke za razmenu (eng. *swap file*) i neiskorišćenih sektora na disku.

Sledeće mesto koje je potrebno pregledati je *recycle bin* (prostor na disku, posebna datoteka, u koju se spremaju datoteke pre konačnog brisanja s diska).²⁴

Relevantni dokazi se mogu otkriti i u privremenim datotekama (eng. *temporary Internet files*). Različite aplikacije ih stvaraju tokom svoga rada i po završetku ih brišu.²⁵ To znači da će forenzički stručnjak videti kada i kako se menjao dokument i saznati kako je nastala određena datoteka.

Sledeći izvor podataka može predstavljati in-box. Pregledom njegovog sadržaja, može se saznati s kime je i kada osoba komunicirala i kakve su podatke razmenjivali. Takođe, tu je moguće pronaći i brojne podatke o svim aktivnostima na Internetu.²⁶

Podaci vezani za aktivnosti na Internetu nalaze se i u *cookies* (tzv. "kolačići") datotekama. Pomoću njih moguće je pratiti koje stranice korisnik posećuje. Izuzetno važne su i dnevničke datoteke koje se nalaze na serveru. One mogu sadržavati informacije o sistemskim sredstvima, procesima i aktivnostima korisnika. Sve opisane metode odnose se na pretraživanje diska kojeg je bilo moguće isključiti s mreže, poneti u laboratoriju i tamo sprovesti dalje korake istrage.

5.3. Analiza

Analiza predstavlja proces tumačenja dokaza prikupljenih pretraživanjem. Putem analize istražitelj supsumira sve raspoložive činjenice i dolazi do krajnjih rezultata istrage. Postoji nekoliko vrsta analiza:

-vremenska analiza – stvaranje slike o hronološkom nastajanju podataka, odnosno razvoju inkriminiranih radnji korak po korak (step by step). Ova analiza se sprovodi pregledom vremenskih metapodataka (vreme nastanka, poslednja

24 Počinilac je možda u strahu pokušao brzo prikriti dokaze i odlučio ih izbrisati. Međutim, obrisani podaci nisu u potpunosti uklonjeni iz sistema, čak i kada su izbrisani iz *recycle bin-a*. Ako korisnik nije izbrisao datoteke iz *recycle bin-a* te je datoteke vrlo lako vratiti, jer će one još neko vreme biti na disku. Uz to, moguće je pročitati i njihove metapodatke (podatke o podacima) koji sadrže ime, vreme nastajanja, vreme izmene, ime autora i slično.

25 Microsoft Word, na primer, stvara privremenu datoteku svaki put kada se snimaju izmene na dokumentu s kojim korisnik radi.

26 Ponekad se korisnici služe *webmail* uslugom, pa se prilikom preuzimanja poruka elektronske pošte s interneta one spremaju u privremene datoteke (eng. *Temporary Internet files*).

izmena, poslednji pristup i sl.) ili dnevničke datoteke (kada se korisnik prijavio na sistem ili odjavio sa njega);

- **analiza skrivenih podataka** – značajna je u rekonstrukciji skrivenih podataka i može ukazivati na vlasništvo, veštinu ili nameru. Dohvat kriptovanih, komprimiranih podataka i podataka zaštićenih lozinkama upućuje na skrivanje podataka od strane zlonamernih korisnika. Takođe, nailaženje na podatke ili fajlove koji imaju izmenjenu ekstenziju indicira na namerno skrivanje ili preinačenje podataka;
- **analiza datoteka i aplikacija** – izvođenje zaključaka o sistemu i veštini korisnika. Postignuti rezultati ukazuju na nužnost preduzimanja sledećih mera u cilju uspešnog okončanja ove faze. To mogu biti: pregledavanje sadržaja datoteka; identifikovanje broja i vrsta operativnih sistema; utvrđivanje povezanosti datoteka i pregledavanje korisničkih postavki.

Krajnji korak analize je njen zaključak. U njemu se svi do tada prikupljeni i analizirani podaci povezuju u jednu logičku i koherentnu celinu, materijalizovani u formi izveštaja.

5.4. Prezentacija rezultata istrage

Stvaranje izveštaja je najvažnija faza računarske forenzike. Izveštaj predstavlja krunu celokupnog istražnog postupka. On povezuje zaključke analize, detaljan opis rezultata, sve relevantne dokaze i dokumentaciju koja sve to potkrepljuje. Izveštaj treba da sadrži detaljnu dokumentaciju alata, procesa i metodologije. Složenost izveštaja, njegov konkretan oblik i sadržaj zavise od njegove namene. Kada je istraga zaključena, rezultati istrage se prezentiraju pravosudnim organima. Forenzički stručnjak mora biti u stanju na jednostavan i argumentovan način obrazložiti rezultate računarsko forenzičke analize kako bi isti bili verodostojni i kao takvi prihvaćeni u sudskom procesu.

6. Forenzički alati

Uspešno sprovođenje RFA nezamislivo je bez upotrebe forenzičkih alata. Izbor adekvatnog alata koji će biti korišćen za digitalnu forenzičku istragu u velikoj meri utiče na ishod sudskog postupka. Iako je cilj jasan – dobijanje validnih digitalnih dokaza prihvatljivih na sudu, u praksi se pokazuje da do toga nije nimalo lako doći. Postoji više vrsta forenzičkih alata i oni se generalno dele na alate za analizu programa, odnosno programskih komponenti i alate za analizu fizičkih komponenti. Pritom, neki od njih su besplatni dok su drugi komercijalne prirode.

6.1. Alati za analizu programa

Postoje brojni tehnički alati koji stručnjacima pomažu u pregledavanju, pretraživanju i analizi dokaza. Najpoznatiji i najprimenjivaniji su sledeći programski alati za upravljanje podacima na čvrstom disku:

- *DriveSpy* – alat baziran na operativnom sistemu DOS sa interfejsom sličnim istom, koji omogućuje stvaranje forenzičke kopije diska, obnavljanje obrisanih podataka i neiskorišćenih delova sektora i analizu upotrebom kriptografskog sažetka;
- *SnapBack Exact* – alat firme SnapBack koji služi za forenzičko kopiranje diska; *-MediaMerge* – alat firme Computer Conversions namenjen obnavljanju podataka s optičkih medija i tvrdih diskova.²⁷

Pored navedenog, postoji i nekoliko preglednika binarnih datoteka, kao i višenamenskih programskih paketa.²⁸

6.2. Alati za analizu diska

Na hard disku se obično nalazi operativni sistem koji sadrži različite programske pakete. Većina forenzičkih alata može se pokrenuti s jednog takvog sistema. Međutim, ako je potrebno zasebno analizirati delove računara, kao što su hard diskovi, optički mediji, USB memorijske kartice, mobilni uređaji i slično, potrebna je posebna oprema.²⁹ Dokazi prikupljeni forenzičkim metodama mogu se koristiti u raznim vrstama istraga i u različite svrhe.

7. Zaključni osvrt na probleme u dokazivanju digitalnih povreda intelektualne svojine

Intelektualna svojina je i u tzv. analognom okruženju izložena ozbiljnim nasrtajima i iskušenjima. Sa tog razloga, pitanje njene zaštite oduvek je bilo aktuelno i suštinsko. Što bi rekao Džek Valenti “Ako ne možete da zaštitite ono što posedujete, onda ništa ne posedujete.” (Ganc, Dž. Ročester, B. Dž, 2007: 13). Dakle, intelektualna svojina je predmet različitih povreda i u analognom okruženju i teško ju je zaštititi.

27 Postoje i mnogi drugi alati: Forensic Replicator, PDBlock, FTK Imager, GetFree, Ontrack, AcoDisk, DiskSig i dr.

28 Preglednici binarnih datoteka: *010 Hex editor*, *Hex Workshop*. Takođe i višenamenski programski paketi: *EnCase*, *Maresware*, *Access Data*.

29 Postoji nekoliko proizvođača takvih forenzičkih uređaja za analizu dokaznog materijala (delova računara za smeštaj podataka) i najvažniji među njima su *Digital Intelligence* i *Vogon International*.

U informatičkom društvu, odnosno u digitalnom okruženju problemi u vezi sa intelektualnom svojinom su još izraženiji i daleko ozbiljniji. Nove tehnologije, s jedne strane, omogućavaju mnogo lakše, brže i jeftinije iskorišćavanje, a time i povređivanje intelektualne svojine, a sa druge strane, otežavaju utvrđivanje i dokazivanje takvih povreda. Iz iznetih razloga, pitanje dokazivanja digitalnih povreda postaje sve aktuelnije i pojavljuje se kao ozbiljan problem koji treba u što većoj meri rešiti.

Fantastičan i permanentan razvitak nauke i tehnike izvršio je značajan uticaj i na oblike i metode suzbijanja kriminaliteta, dok je ekspanzija razvoja informacionih tehnologija i telekomunikacija omogućila korišćenje dokaza u elektronskoj formi.

U sagledavanju i rešavanju navedenog problema najdalje se otišlo u anglosaksonskom pravnom sistemu, posebno u SAD-u. Tamo je dosta učinjeno na donošenju brojnih pravnih pravila i ustanovljavanju brojnih tehničkih standarda u pribavljanju, čuvanju i primeni digitalnih dokaza.

Ipak, uprkos svim naporima i nastojanjima, problem dokazivanja digitalnih povreda još uvek nije adekvatno i sveobuhvatno rešen. Na putu ka rešenju navedenog problema pojavljuju se mnoge prepreke. Sve se one, generalno, mogu svesti na dve najvažnije kategorije: pravne i tehničke. Pre svega, legislativa (nacionalna i međunarodna) u ovoj oblasti nije zadovoljavajuća, odnosno permanentno zaostaje za razvojem informatičke tehnologije. Takođe, postoje i razlike u zakonodavstvima, čak i u pojedinim državama SAD. Kad se tome doda činjenica da povrede intelektualne svojine skoro uvek sadrže element inostranosti, odnosno tangiraju različite suverenitete, onda problem postaje još složeniji.

Iako je Međunarodna organizacija za kompjuterske dokaze (IOCE) propisala opšte principe i procedure za usaglašavanje metoda i praktičnih rešenja u vezi digitalnih dokaza, još uvek nigde u svetu ne postoji verifikacija zvaničnih istražnih organa, forenzičkih analitičara i pravosudnih organa, podjednako kvalifikovanih u svojim oblastima da objektivno i tačno vode istragu, forenzičku akviziciju, analizu, dokazni postupak i prezentaciju digitalnih dokaza pred nadležnim organom.

Osim pravnih prisutni su i tehnički problemi. Uprkos postojanju različitih forenzičkih metoda i tehničkih alata, nekada je veoma teško doći do digitalnih dokaza o povredi prava intelektualne svojine, zbog same prirode mrežnog okruženja. Najzad, ne postoji standardizovana i unifikovana tehnologija u ovoj oblasti koja bi omogućavala jedinstveno postupanje i kvalifikovanje digitalnih povreda intelektualne svojine.

Na osnovu svega rečenog, možemo izneti zaključak da intelektualni stvaraoци imaju razloga da budu zabrinuti za budućnost svojih prava, ali i realnu nadu

da će društvo naći načine i mehanizme da iz ove situacije izađe kao pobednik i povrede prava intelektualne svojine svede na razumnu i prihvatljivu meru.

Literatura

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.

Đokić, Z. Živanović, S. (2004). „Problemi pribavljanja, obezbeđivanja i korišćenja dokaza u elektronskoj formi, od značaja za krivični postupak“, *Teški oblici kriminala* (zbornik), IKSI; VŠUP, Budva, str. 305–318.

Ganc, Dž. Ročester, B. Dž. (2007). *Pirati digitalnog doba*, Clio, Beograd, str.13.

Grubor, G. (2004). „Funkcionalni model istrage kompjuterskog događaja“, savetovanje Ziteh`04, pristup 20. 01. 2015. sa: <http://www.singipedia.com/content/971-Funkcionalni-model-istrage-kompjuterskog-kriminala>

Jerković, R. (2009). „Visokotehnološki kriminal – akteri i žrtve“, *Revija za bezbednost*, br. 3/2009, str. 27–34.

Komlen Nikolić, L. i dr. (2010). *Suzbijanje visokotehnološkog kriminala*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd.

Krstić, J. (2004). „Standardi u postupanju tužilaca u borbi protiv kompjuterskog kriminala“, : ZITEH (zbornik), Udruženje IT veštaka, Tara.

Lee's, H. Palmbach, T. and Miller, M. (2001). *Henry Lee's Crime Scene Handbook*, San Diego: Academic Press.

Lukić, T. (2012). *Digitalni dokazi*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/12, str. 177–192.

Petrović, L. (2004). „Digitalni dokazi“, savetovanje Ziteh`04, pristup 15. 01. 2015. sa: <http://www.singipedia.com/content/986-Digitalni-dokazi>

Radulović, S. (2008). „Pretnje visokotehnološkog kriminala i domaća zakonska regulativa“, *Revija za bezbednost*, br. 8/2008, str. 18–24.

Spasić, V. (2010). *Onlajn bezbednost*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 56, 2010, str. 77–102.

Spasić, V. (2011). Digitalni dokazi, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Kosovskoj Mitrovici, sa međunarodne naučne konferencije, sv. 1, str. 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. r.256.

Trivić, S. (2011). Virtuelni zločin i njegovo sankcionisanje, Strani pravni život, br 3/2011, str. 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, pristup 20. 02. 2015. sa: <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 SUDSKA PRAKSA

Miloš Prica*, MA
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

KOMENTAR SUDSKE ODLUKE

UDK: 342.565.2:340.142(497.11)

Rad primljen: 14.04.2015.

Rad prihvaćen: 04.05.2015.

ZAKLJUČAK USTAVNOG SUDA O ODBACIVANJU PREDLOGA
ZA OCENU USTAVNOSTI I ZAKONITOSTI PARAFIRANOG
„PRVOG SPORAZUMA O PRINCIPIMA KOJI REGULIŠU
NORMALIZACIJU ODNOSA“ IZMEĐU VLADE REPUBLIKE SRBIJE
I PRIVREMENIH INSTITUCIJA SAMOUPRAVE U PRIŠTINI

„Ustav je ono što je postojano u reci onoga što je istorijski promenljivo, čvrsto korito koje reci nacionalne istorije propisuje njen put – a koje istorija, opet polako produbljuje, proširuje i menja, kao što ga je negda iskopala.“

Gustav Radbruch

Ovaj tekst predstavlja prikaz i komentar Zaključka (u daljem tekstu: Odluke) Ustavnog suda Republike Srbije (nadalje: Ustavnog suda) o odbacivanju predloga za ocenu ustavnosti i zakonitosti parafiranog „Prvog sporazuma o principima koji regulišu normalizaciju odnosa“ između Vlade Republike Srbije i Privremenih institucija samouprave u Prištini, od 19. aprila 2013. godine (u nastavku: „Briselskog sporazuma“).

Nekoliko je razloga da se pristupi proučavanju ovog ustavnosudskog predmeta, a svi ti razlozi zajedno daju za pravo da se ustavni spor o kojem ovde govorimo odredi kao jedan od najvažnijih u povesti Ustavnog suda.

Značaj ovog predmeta naoko se vidi kao refleksija političkog i državotvornog značaja „Briselskog sporazuma“, o čemu je ipak bilo razloga više govoriti pre nego što je Odluka Ustavnog suda donesena, imajući u vidu da „samoograničavanje nadležnosti“, kojem je Ustavni sud pribegao u ovom slučaju, ne zaustavlja politički vodotok proistekao iz „Briselskog sporazuma“, do čega bi svakako došlo da je Ustavni sud zaustavio talas (ne)prava koji je „Briselski sporazum“ podigao.

Značaj spora o ustavnosti „Briselskog sporazuma“ mogao bi se staviti i u kontekst gore navedene Radbruhove misli, da bi se videlo u kojoj meri postojeći Ustav Republike Srbije doista jeste „čvrsto korito“ koje propisuje put srpske nacionalne istorije na početku 21. veka. No i o tome bi se moglo govoriti više da je Ustavni sud meritorno rešavao, pa bi i drugačija odluka Ustavnog suda u izvesnoj meri predstavljala putokaz na putu eventualnih budućih ustavnih promena. Bili toga svesni ili ne, pravni značaj ovoga spora što je u stvari značaj koji Ustav po sebi ima za vladavinu prava i parlamentarnu demokratiju, i te kako premaša okvir „Briselskog sporazuma“ kao predmeta ustavnog spora. Jer, pravna pitanja koja su razmatrana u ovom predmetu i stanovište koje naspram tih pitanja Ustavni sud zauzeo, stavljaju u izgled mogućnost da Odluka Ustavnog suda nadalje bude osnov (u širem smislu) za pravno nedopuštenu samovolju najviših državnih organa, a ta samovolja jeste „smrtna bolest“ pravne države. Imajući to u vidu, krajnji ishod ovoga spora povod je da se postavi pitanje legitimiteta pravne države i uloge ustavnoga pravosuđa u odnosu na granicu koja u pravnoj državi deli visokopolitičku ocenu celishodnosti najviših državnih organa od faktičke samovolje tih istih organa, o čemu ćemo nešto više reći u završnom delu ove rasprave.

Osnovna pobuda za nastanak ove rasprave jesu izdvojena mišljenja četvero sudija Ustavnog suda: prof. dr Olivera Vučić, prof. dr Dragana Stojanovića, prof. dr Bose Nenadić i Katarine Manojlović-Andrić, i ta mišljenja jesu ključna za tok našeg izlaganja. Premda se u pravnoj književnosti uobičajilo da izdvojena mišljenja – osobito u sudskim predmetima ovakvog formata – bacaju jako svetlo na tokove misli poslanika pravne nauke, u ovom slučaju naročitu težinu izdvojenim mišljenjima daje činjenica da su potpisnici tih mišljenja glasoviti predstavnici pravne nauke.

U jednoj kratkoj raspravi, kao što je ova, ne možemo pretendovati na iscrpnost izlaganja o svim pitanjima koja se pojavljuju u ovom ustavnosudskom predmetu. Na nama je, prevashodno, da sažeto prikažemo vidove pravnog razumevanja spora o ustavnosti „Briselskog sporazuma“, u sledstvu kojih bismo naučnoj javnosti predstavili znakovita mesta u shvatanjima iznesenim u obrazloženju Odluke Ustavnog suda i u izdvojenim mišljenjima imenovanih sudija Ustavnog suda.

„Briselski sporazum“ – predmet ocene ustavnosti u ovom predmetu, zaključen je 19. aprila 2013. godine kao rezultat desete runde pregovora između Ivica Dačića – predsednika Vlade Republike Srbije, Hašima Tačija – predsednika Vlade tzv. države Kosovo, uz posredovanje Ketrin Ešton – visoke predstavnice Evropske unije za spoljnu politiku i bezbednost. Posle tri dana od zaključenja „Briselskog sporazuma“, Vlada Republike Srbije je (22. aprila 2013) donela Zaključak

o prihvatanju „Briselskog sporazuma“ (nadalje: Zaključak Vlade) na način da je „Briselski sporazum“ postao sastavni deo tog zaključka, s tim da Zaključak Vlade nije objavljen u „Službenom glasniku Republike Srbije“. Nedugo zatim, Narodna skupština Republike Srbije je (26. aprila 2013) po hitnom postupku donela Odluku o prihvatanju Izveštaja o dosadašnjem procesu političkog i tehničkog dijaloga sa Privremenim institucijama samouprave u Prištini uz posredovanje Evropske unije, uključujući proces implementacije postignutih dogovora, koja je objavljena u „Službenom glasniku RS“ (br. 38/13), ali bez teksta Izveštaja sa „Briselskim sporazumom“ kao svojim sastavnim delom.

„Briselski sporazum“ zaključen je u jednoj neuobičajenoj formi, parafiranjem dva istovetna primerka teksta na engleskom jeziku, tako što su jedan primerak parafirali Ivica Dačić, predsednik Vlade Republike Srbije i Ketrin Ešton, visoka predstavnica Evropske unije za spoljnu politiku i bezbednost, a drugu kopiju – Hašim Tači, predsednik Vlade tzv. države Kosovo i Ketrin Ešton. Uz to, kao što se već naoko da zaključiti, krajnje je netipičan i način uvođenja „Briselskog sporazuma“ u pravni poredak Republike Srbije, imajući u vidu izostajanje ratifikacije kao obaveznog pravnog puta za osnaženje međunarodnog ugovora, sledstveno čemu se u središtu pažnje našlo pitanje pravne kvalifikacije „Briselskog sporazuma“. U kojoj je meri osoben slučaj o kojem ovde govorimo, belodano ukazuje činjenica posve različitog zvaničnog označavanja subjekata „Briselskog sporazuma“ od strane samih učesnika u pregovorima, s napomenom da je u samom tekstu „Briselskog sporazuma“ izostalo navođenje strana između kojih je sporazum zaključen. Prema stanovištu Evropske unije, „Briselski sporazum“ je zaključen između „Beograda i Prištine“, za državne organe Republike Srbije u pitanju je sporazum između Vlade Republike Srbije i Privremenih institucija u Prištini, dok organi tzv. države Kosovo drže da je reč o međudržavnom sporazumu koji su zaključile Vlada Republike Srbije i Vlada Kosova!

Podnosilac predloga za ocenu ustavnosti „Briselskog sporazuma“ smatrao je da osporeni akt ima karakter simulovanog međunarodnog ugovora odn. da je osporeni akt – čak i da se zanemari poimanje o međunarodnom ugovoru – u pravni poredak Republike Srbije uveden kao opšti pravni akt, pa se i u prvom i u drugom slučaju otvara pravni put za ocenu materijalne ustavnosti „Briselskog sporazuma“, a ta ocena, prema stanovištu predlagača, utvrdila bi da je „Briselski sporazum“ očevidno i grubo nesaglasan Preambuli Ustava Republike Srbije (u daljem tekstu: Ustava) i ne malom broju odredaba iz normativnog dela Ustava.

Iako je u toku postupka pred Ustavnim sudom izneseno nekoliko gledišta o „Briselskom sporazumu“ kao pravnom aktu koji podleže ustavnosudskoj kontroli, Ustavni sud je uprkos tome stao na stanovište da je „Briselski sporazum“ politički (pravno neobavezujući) akt, odričući time postojanje osnova za us-

postavljanje ustavnosudske nadležnosti. Imajući to u vidu, najopštije i najtemeljnije pitanje koje bi se naspram pravne i činjenične građe ovog ustavnosudskog predmeta moglo postaviti, glasilo bi: da li je „Briselski sporazum“ pravni ili politički akt?

Na pitanje da li je „Briselski sporazum“ međunarodni ugovor, Ustavni sud odgovara odrečno, tvrdeći da Kosovo nije suverena država u odnosu na Republiku Srbiju, te da se, saglasno međunarodnom i unutardržavnom pravu, ugovorni odnos ne može uspostaviti između države i nepriznatog entiteta, sledstveno čemu iščekava potreba za sagledavanjem ustavnosti samog načina zaključivanja i ratifikacije „Briselskog sporazuma“. Dodajmo da navedenoj oceni Ustavnog suda prethodi obrazloženje Odluke u kojem su sadržana detaljna izlaganja o pojmu međunarodnog ugovora, pravnom položaju Kosova u međunarodnom pravu, te o tome da Republika Srbija nije ni eksplicitno ni implicitno priznala Kosovo kao suverenu državu, a time ni njegovu ugovornu sposobnost.“

Izneto rasuđivanje Ustavnog suda ocenjeno je u izdvojenim mišljenjima kao nepotpuno, sa obrazloženjem da Ustavni sud nije uzeo u razmatranje sva moguća razumevanja „Briselskog sporazuma“ kao međunarodnog ugovora, posebno u odnosu na shvatanja koja su iznesena u toku javne rasprave. S tim u vezi, sudija Katarina Manojlović Andrić veli: „Pri tome, nije ni pomenuto, a kamoli razmotreno stanovište dr Vladimira Đurića da se Evropska unija može smatrati jednom od strana sporazuma. Ovo se stanovište obrazlaže time da „većina odredbi sporazuma predstavlja paralelno, na prvi pogled unilateralno, ali načelno istovetna obavezivanja dve strane prema Evropskoj uniji koja se, u tom smislu, pojavljuje u ulozi nosioca prava prema stranama u sporazumu, da prema tački 15. Sporazuma ima jednu obavezu – da pomogne stranama u sporu u osnivanju Odbora za implementaciju, te da je Sporazum parafirao i predstavnik Evropske unije, koja ima aktivnu ulogu u procesu sprovođenja Sporazuma. Isto tako, pre konačne ustavnopravne ocene da „Briselski sporazum“ nije međunarodni ugovor, valjalo je razmotriti i stanovište dr Vladimira Đurića u kome se ističe da ovaj sporazum ima mnogo elemenata međunarodnog ugovora, da čak i ako ne znači eksplicitno priznavanje nezavisnosti „Kosova“, „Briselski sporazum“ se, posredstvom priznavanja ugovornog kapaciteta „Kosova“ i prepuštanja tom entitetu vršenja državnih (zakonodavne i sudske) funkcija i nadležnosti uređivanja pojedinih oblasti društvenog života koje su prema Ustavu u isključivoj nadležnosti Republike, može smatrati aktom kojim se, uz posredovanje EU i pod njenim patronatom, menja državno uređenje Republike Srbije i država iz unitarne pretvara u federalno uređenu zemlju.“ Ustavnosudski smisao predočenih shvatanja dr Vladimira Đurića očituje se u sledećem: „Ako bi se, međutim, prihvatila tvrdnja Vladimira Đurića da je Evropska unija „pozajmila“ Kosovu ugovornu sposobnost, onda bi se formalna neustavnost zaustavila na postupku potvrđivanja Briselskog

sporazuma, koji, imajući u vidu njegovu sadržinu, može biti ratifikovan jedino zakonom, i to zakonom donetim po postupku promene Ustava.“

Drugo pitanje koje je Ustavni sud bio dužan da razmotri ticalo se Zaključka Vlade i Odluke Narodne skupštine, a naime da li je pomenutim aktima „Briselski sporazum“ „uveden“ u pravni poredak Republike Srbije kao opšti akt. Ustavni sud na postavljeno pitanje odgovara takođe odrečno, samo bez dubljeg obrazloženja i sa veoma nejasnom argumentacijom: „... sam po sebi osporeni akt ne predstavlja opšti pravni akt unutrašnjeg prava, već samo političku „podlogu“ za donošenje odgovarajućih opštih pravnih akata od strane nadležnih organa i u propisanoj proceduri, kao i da akti Vlade – Zaključak o prihvatanju „Prvog sporazuma“ i Izveštaj Narodnoj skupštini i Odluka Narodne skupštine o prihvatanju Izveštaja po svojoj prirodi nisu opšti pravni akti, te zato nisu ni mogli biti osnov da se osporeni „Prvi sporazum“ njihovim donošenjem „uvede“ u pravni poredak kao opšti pravni akt. Sve u svemu, zaključivanje Ustavnog suda svodi se na to da politički dokument ne može da bude predmet ocene ustavnosti, da je „Briselski sporazum“ u stvari politička pogodba koja predstavlja jednu fazu u političkom procesu koja će se dalje razrađivati kroz političke pregovore i koja će na kraju celokupnog tog procesa rezultirati donošenjem opšteg akta u pravom smislu reči, a to je ustavni zakon o suštinskoj autonomiji Kosova i Metohije“.

Pre nego što predočimo argumentaciju sadržanu u izdvojenim mišljenjima o „Briselskom sporazumu“ kao opštem pravnom aktu, osobito je važno skrenuti pažnju na činjenicu da se u izdvojenim mišljenjima oštro kritikuje postupanje i ustavnopravno rasuđivanje Ustavnog suda u ovom predmetu, kako u odnosu na prikupljanje činjenične i pravne građe tako i u pogledu strukture i sadržine obrazloženja Odluke, a jezgro te kritike sadržano je u kazivanju sudije Stojanovića: „Po mom sudu odluka se može pobijati iz najmanje tri načelna razloga. Prvo, može se prigovoriti da je jednostrano prikupljena i tendenciozno izložena činjenična i pravna građa koja je poslužila kao podloga usvojene odluke. Drugo, posmatrano sa stanovišta primenjene interpretacione tehnike, ne može se izbeći zaključak da je najvećim delom obrazloženje odluke takvo da se ne može smatrati samostalnom ustavnopravnom interpretacijom Ustavnog suda, jer se u njemu doslovno preuzimaju kako sav činjenični i pravni materijal tako i ustavnopravno mišljenje jednog od eksperata pozvanih na javnu raspravu. Treće, po mom sudu, potpuno je neodrživ ključni stav iz odluke, a time i sva pravna argumentacija iz centralnog dela njenog obrazloženja koja ga prati, naime, tvrdnja da je Briselski sporazum navodno politički, a ne pravni akt.“

Naša vezanost obimom teksta ne dopušta nam da predstavimo sve primedbe koje smo uočili u izdvojenim mišljenjima, ali uprkos tome ipak moramo izdvojiti dva znakovita zapažanja o postupanju Ustavnog suda u ovom predmetu jer

ta zapažanja predstavljaju priziv logike na ustavnosudsko rasuđivanje koji je Ustavni sud sledio. Prvo, pada u oči podatak da je Vlada Republike Srbije u ovom predmetu zauzela dva dijametralno različita stanovišta. U odgovoru na predlog ovlašćenog predlagача, Vlada Republike Srbije je isprva (dopisom 05 broj 010-10232/2013 od 18. decembra 2013.) uputila predlog da Ustavni sud zastane sa postupkom razmatranja podnetog predloga za ocenu ustavnosti „Briselskog sporazuma“ do donošenja posebnog zakona kojim će se urediti suštinska autonomija autonomne pokrajine Kosovo i Metohija – što je Ustavni sud odbio, da bi naposljetku predstavnik Vlade Republike Srbije u javnoj raspravi izašao sa tvrdnjom da je „Briselski sporazum“ politički akt koji ne podleže ustavnosudskoj kontroli. S tim u vezi bilo bi važno pažljivo pročitati jedno inteligentno zapažanje sudije Vučić, koje glasi: „Može se razumeti da je upućivanjem ovog predloga Vlada pokazala da prihvata ustavnosudsku nadležnost za rešavanje pravne usklađenosti akata koje je donela u odnosu na važeći Ustav, te se isti postupak može smatrati i argumentom u prilog teze suprotne onoj za koju se opredelio Ustavni sud. Međutim, značajnije od uzimanja predloga o zastoju kao argumenta u prilog teze suprotne onoj koja je pobedila, jeste navod Ustavnog suda koji prati ovaj podatak. Ustavni sud saopštava da „nije prihvatio da se u ovoj fazi postupka izjašnjava o predloženom zastoju, imajući u vidu da je smisao odredbe Zakona o Ustavnom sudu o zastoju postupka da pruži mogućnost donosiocu akta da otkloni neustavnost i nezakonitost akta, a što ima smisla samo u slučaju da ocena Ustavnog suda u pogledu pravne prirode akta vodi ka meritornom odlučivanju.“ Dakle, pisac predloga zaključka – ove procesne odluke, je već decembra 2013. godine znao da ocena Ustavnog suda u pogledu pravne prirode osporenog akta ne vodi ka meritornom odlučivanju, odnosno, već tada, decembra 2013. je odlučio, ili znao da će na kraju odlučiti, da meritornog odlučivanja neće biti, da meritorne odluke neće biti, jer je iz tog razloga, po sopstvenoj izjavi, odbio da prihvati predlog Vlade da Sud zastane sa postupkom. Da li je puka nesmotrenost u pisanju ovog obrazloženja moguće opravdanje što se u njemu našao ovakav iskaz Ustavnog suda iz koga neupitno sledi zaključak da su i potonja, druga pripremna sednica i javna rasprava i sledeće sednice Suda bile samo isprazna upinjanja oponentata ovoga stava, jer je on bio „donet“ mnogo ranije, još decembra 2013. godine?

U vezi sa kritikovanim rezonovanjem Ustavnog suda stoji i činjenica da je „presuđenje“ spora o ustavnosti „Briselskog sporazuma“ prešlo put od Malog veća, preko Velikog veća, do sednice Ustavnog suda, a budući da je u ovom postupku održana javna rasprava, sudija Vučić izrečno navodi da saglasno Zakonu o ustavnom sudu ne postoji druga mogućnost doli da odluku donese svih 15 sudija Ustavnog suda: „Ozbiljnost spornog pitanja, njegov značaj u smislu poremećaja saopravnosti koji izaziva, težina teorijskih razilaženja, nepostojeća

ili neujednačena praksa, težina posledica koje mogu nastupiti zavisno od ishoda ustavnosudskog postupanja, konačnost tih posledica i njihovo dejstvo na veliki broj građana, na samu državu, njen integritet i njenu budućnost, bili su razlog što je predmet zavredeo organizovanje javne rasprave, a samim tim, i „presuđenje“ učešćem i glasom svih sudija Ustavnog suda.“

Da sada vidimo na kojim činjenicama se zasniva stav, koji je očitovan u svim izdvojenim mišljenjima, da „Briselski sporazum“ predstavlja opšti pravni akt koji podleže kontroli ustavnosti i zakonitosti.

Prvo, Vlada je donošenjem Zaključka (05 broj 02-3570/2013 od 22. aprila 2013) izričito prihvatila „Briselski sporazum“ kao sastavni deo ovog Zaključka, čime je „Briselski sporazum“ uveden u pravni poredak Republike Srbije.

Drugo, Vlada je istim Zaključkom naložila svim ministarstvima, posebnim organizacijama i drugim službama Vlade da preduzmu potrebne mere i aktivnosti radi primene „Briselskog sporazuma“, kao i da nastave sa primenom već postignutih dogovora i sporazuma sa predstavnicima privremenih institucija na Kosovu i Metohiji.

Treće, Vlada je odmah po donošenju Zaključka diplomatskim putem obavestila Evropsku uniju o prihvatanju „Briselskog sporazuma“, čime je izvršena obaveza preuzeta prilikom parafiranja „Briselskog sporazuma“, a naime da će Vlada Republike Srbije dostaviti odluku o prihvatanju ili odbijanju „Briselskog sporazuma“.

Četvrto, „Briselski sporazum“ je nedugo nakon prihvatanja od strane Vlade postao i sastavni deo Odluke Narodne skupštine Republike Srbije (objavljena u „Službenom glasniku RS“, br. 38/13), a kojom je prihvaćen Izveštaj o dosadašnjem procesu političkog i tehničkog dijaloga sa Privremenim institucijama samouprave u Prištini uz posredovanje Evropske unije, uključujući proces implementacije postignutih dogovora, koji je sadržavao i tekst „Briselskog sporazuma“ (na srpskom i engleskom jeziku).

Peto, Vlada Republike Srbije je 26. maja 2013. godine prihvatila Plan primene „Briselskog sporazuma“, čiji su tekst prethodno parafirali Ivica Dačić, Hašim Tači i Ketrin Ešton, a obrazovan je i Odbor za implementaciju „Briselskog sporazuma“.

Šesto, „Briselski sporazum“ je u najvećem delu stipulisan kao akt sa normativnom pravno-obavezujućom sadržinom, iz čega proishodi da su u „Briselskom sporazumu“ sadržane opšte pravne norme sa dejstvom erga omnes, kojima su, pored ostalog, uređena pitanja: postojanja i pravnog ustrojstva zajednice opština sa većinskim srpskim stanovništvom, funkcionisanja policijskih snaga na severu Kosova i Metohije, delovanja sudske vlasti, organizacije i sprovođenja lokalnih izbora i dr.

Sedmo, „Briselski sporazum“ je neposredno primenjen, tako što su raspuštene skupštine opština u severnom delu Kosova i Metohije, sprovedeni lokalni izbori, a predstavnička tela u tim opštinama konstituisana su saglasno „Briselskom sporazumu“, odnosno kosovskom zakonu, na čiju primenu Sporazum upućuje, doneti su u većem broju slučajeva pojedinačni akti za pripadnike policije i pravosuđa. „Ovi primeri su više nego dovoljni za konstataciju da je Briselski sporazum neposredno primenjen, i da su njegovom primenom već nastupile dalekosežne pravne posledice. Ne samo političko, nego i pravno stanje na Severu Kosova, odnosno u svim onim opštinama gde su Srbi u većini, više nije isto. Kako su ove promene, koje u suštini znače ukidanje preostalih institucija države Srbije na Kosovu i Metohiji, izvršene suprotno Ustavu Republike Srbije, jedini način da se uspostavi stanje saglasno Ustavu jeste kasacija Briselskog sporazuma.“

Osmo, Odluka u ovom slučaju odstupa u odnosu na dosadašnju judikaturu Ustavnog suda u odlukama u kojima su predmet ocene ustavnosti bili zaključci Vlade. S tim u vezi, sudija Nenadić kaže: „O tome kako opredeliti pravnu prirodu jednog akta, Ustavni sud po tom pitanju ima dobru i konzistentnu praksu. Naime, u više svojih odluka Ustavni sud se rukovodio stavom da ne treba samo polaziti od naziva, odnosno forme osporenog akta, već da treba ući i u analizu njegove sadržine, te je na osnovu te analize Ustavni sud zaključivao da li se radi o opštem pravnom aktu ili ne. Ustavni sud je to činio i u slučaju akata koji su nosili naziv karakterističan i za pojedine pravne akte, ili koji nisu imali uobičajenu formu opštih akata (i koji takođe nisu bili objavljeni). Ukoliko je Ustavni sud smatrao da su njihove odredbe (sve ili samo pojedine), po svojoj prirodi opšte pravne norme, ti akti podlegali su ustavnosudskoj kontroli.“

Imajući sve ovo u vidu, naš znameniti konstitucionalista i egzegeta, prof. dr Ratko Marković, o pravnom karakteru „Briselskog sporazuma“ pravoslavi ubedljivo i jasno: „Sporazum nije politički akt, iako mu je sadržina čisto politička, jer on nije pojedinačan akt“. Sporazum je nastao kao neformalni pisani politički dogovor učesnika dijaloga u Briselu Dačić, Ešton, Tači, a onda je njegova sadržina dobila spoljašnju formu opšteg akta Vlade, pod imenom „zaključak“ i opšteg akta Narodne skupštine, pod imenom „odluka“. Tako je sporazum postao sastavni deo ova dva opšta akta iz nomenklature opštih akata pozitivnog prava, a to znači da je Sporazum postao opšti akt pozitivnog prava Republike Srbije, koji ima opšte dejstvo. Jer, da nema opšte dejstvo, po njemu ne bi trebalo ni postupiti, tj. ne bi ga uopšte trebalo primenjivati u neodređenom broju slučajeva. Jednokratnom primenom preostalo bi njegovo važenje. Čim se primenjuje u množini slučajeva, a primenjivao se, Sporazum samim tim ima opšte dejstvo. Iz njega izvire pravo, tačnije nepravo. Sporazum je opšti akt Vlade (zaključak), koji je svojim opštim aktom potvrdila i prihvatila Narodna skupština (odluka).“

Uzimajući u obzir celinu prethodnih izlaganja, veliki nedostatak obrazloženja Odluke u ovom predmetu jeste izostanak gledišta Ustavnog suda o pojmu političkog akta, a Ustavni sud je, po našem mišljenju, bio dužan da povuče liniju razdvajanja između pravnih i političkih akata, odn. da ukaže gde je granica koja deli pravnu vezanost, političku ocenu celishodnosti i faktičku samovolju najviših državnih organa. Mi bismo, s tim u vezi, u najkraće izdvojili nekoliko situacija.

Prva situacija, posve nesporna, tiče se akata koje u sledstvu vođenja politike donose parlament ili vlada, utvrđujući politička načela, političke stavove i mišljenja, sledstveno čemu dotični (politički) akti (deklaracije, rezolucije, preporuke, strategije i dr.) nemaju normativnu sadržinu i ne proizvode obavezujuće pravno dejstvo u pravnom poretku.

Drugo, u pravnoj književnosti široku poznatost stekla su tzv. politička pitanja koja ne podležu oceni ustavnosti, što je u stvari karakteristika sistema decentralizovane kontrole ustavnosti. Reč je o tome da Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država u pojedinim slučajevima odbija da uspostavi ustavnosudsku nadležnost, ne negirajući pritom osporavanom aktu svojstvo opšteg pravnog akta, iz čega proishodi zaključak da pojedini opšti pravni akti mogu biti odlučeni iz domašaja ustavnosudske kontrole. Teško je u jednoj misli dati objašnjenje tog odlučanja, ali se čini da razlog ipak leži duboko u podeli vlasti između „jednakih grana vlasti“ pa bi zadiranje Vrhovnog suda moglo da izazove pomeranje tase političke moći samo na jednu stranu (Đurić, 2006: 1185–1191).

Nasuprot navedenom gledištu, sistem centralizovane kontrole ustavnosti odriče mogućnost da opšti pravni akt bude stavljen van ustavnosudske kontrole vlastite ustavnosti i zakonitosti jer bi se u protivnom obesmislio razlog postojanja ustavnog suda: da bude „čuvar ustava“. Pa ipak i u poretku pravne države postoje akti najviših državnih organa koji ne podležu sudskoj kontroli ili je sudska kontrola u pogledu tih akata jako ograničena. No za razliku od tzv. političkih pitanja iz prakse Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država, ovde su u pitanju pojedinačni akti (tzv. „akti vlade“) koje najviši državni organi izdaju u vršenju „visokopolitičke ocene celishodnosti“, kao „neminovnost delovanja i reagovanja na novo, nepredviđeno i nepredvidljivo“ u institucionalnom poretku države (Petrović, 1981: 49–99). Odavde proizlazi da se „akti vlade“ u pravnom poretku pojavljuju kao pojedinačni akti najviših državnih organa, a sadržinu tih akata oblikuje ocena (celishodnosti) tih organa o ciljevima koje treba ostvariti u jednoj konkretnoj i neprenosivoj situaciji. Sledstveno tome, „akti vlade“ predstavljaju izraz pravne slobode koja pripada najvišim državnim organima da po svojoj oceni uredi određene individualne situacije, sledstveno čemu razlog za isključenje ili jako ograničenje sudske kontrole materijalne pravovaljanosti „akata vlade“, po prirodi stvari, dolazi u sledstvu činjenice da sadržina tih akata

nije pravom određena, odn. da je sadržina tih akata politička pa ih je utoliko primereno nazvati političkim aktima, kao što ih je zbog pravnog dejstva opravdano smatrati pravnim aktima. Ovde se uočava okolnost od ključnog značaja za ustavnosudsku ocenu ustavnosti, a naime da „akt vlade“ ni u kom slučaju ne može zadobiti svojstvo izvora prava (pravnog vrela): da „akt vlade“ nije opšti pravni akt. Suština je upravo u tome da politička ocena celishodnosti najviših državnih organa ne može sama da oblikuje sadržinu opšteg pravnog akta, pri čemu je politička ocena celishodnosti, više ili manje, ukorenjena u normativnoj delatnosti najviših državnih organa, u granicama koje postavlja ustav i drugi u datom slučaju opšti pravni akti jače pravne snage. Drugačije kazano, normativna delatnost državnih organa čedo je i pravne slobode i pravne vezanosti, a na Ustavnom sudu je da pravnu vezanost sačuva od nedopuštenih zahvata pravne slobode najviših državnih organa. Tako gledano, zaključivanje međunarodnog ugovora i te kako je postignuće pravne slobode sa kojom istupa nadležni državni organ, ali ta sloboda („ustavnopolitička ocena celishodnosti“) se u formalnom i materijalnom smislu u svemu ostvaruje saobrazno slovu i duhu ustava, naposljetku i kada je reč o pravnom osnaženju međunarodnog ugovora u postupku tzv. prethodne ustavne revizije – u pravima koja takvu mogućnost dopuštaju (vidi o tome: Pejić, 2010: 27–43). Sve u svemu, ustavnosudsko rasuđivanje o pravnoj prirodi jednog opšteg akta ne rukovodi se poglavito formom i procedurom, ne vodi se, dakle, samo jezičkim tumačenjem, već pre svega počiva na objektivno-teleološkoj interpretaciji sadržine i dejstva osporenog akta. U protivnom, ako bi se pitanjima pristupalo samo u okvirima čisto jezičkog tumačenja, ustav se ne bi mogao sačuvati od „izigravanja prava“ od strane najviših državnih organa jer to „izigravanje“ bira sporedne puteve i uvijenu formu. Imajući to u vidu, legitimitet pravne države meri se u odnosu na stepen zbiljski mogućeg „izigravanja prava“ od strane najviših državnih organa, a na ustavnom sudu je da svojom postojanom i u pogledu pravnih shvatanja „zračecom“ judikaturom razvija pravnu svest i principe vezanosti državne vlasti ustavom. To dalje znači da je ocena o ulozi ustavnog suda kao „čuvara ustava“ gradirana u zavisnosti od nivoa izgrađenosti zbiljskog autoriteta ustavnog suda u pravnom poretku, dočim se ocena o legitimitetu vladavine prava daje u odnosu na to šta je u razmatranom pravnom poretku pretežnije: autoritet ustavnog suda kao „čuvara ustava“ ili mogućnost najviših državnih organa da vlastitu samovolju stave iznad ustava!

Iz svih gornjih razmatranja može se zaključiti da „Briselski sporazum“ nije politički akt, iz dva razloga: 1) „Briselski sporazum“ nije politički akt jer je opšti akt sa normativnom sadržinom koji proizvodi obavezujuće pravno dejstvo i 2) budući da je opšti akt, na „Briselski sporazum“ se ne može primeniti doktrina o „aktu vlade“ - pojedinačnom aktu najviših državnih organa koji usled političke sadržine izmiče sudskoj kontroli. Moglo bi se zato na kraju zaključiti da se

Ustavni sud, neuspostavljanjem ustavnosudske nadležnosti u ovom slučaju, u stvari povukao pred faktičkom samovoljom najviših državnih organa.

Teško je reći koliko će ovaj slučaj nadahnuti poslenike pravne nauke na razmišljanje o potrebi eventualnog menjanja institucionalnog ustrojstva ustavnog pravosuđa i parlamentarne predstavničke demokratije, kao i njihovog međusobnog odnosa, što je pitanje koje je ipak po svojoj prirodi determinisano shvatanjem o materijalnim izvorima prava. Jer, pravno regulisanje odnosa prava i politike, odn. između pravne vezanosti i političke ocene celishodnosti – naročito ako se ima u vidu istorijsko-politička situacija savremene pravne države – opredeljeno je materijalnim izvorima prava. Saobrazno tome, bilo bi veoma važno ukoliko bi se tok pravničke misli usmerio u pravcu definisanja jednog pravnog poimanja o materijalnim izvorima prava, u pogledu kojih pravna nauka nije odmakla dalje od najopštijih razmatranja. Naše shvatanje o tom pitanju seže u dubinu kružno zamišljenog pravnog poretka, a materijalni izvor prava vidimo kao trojstvo pravnih tipova, pravnih načela i pravne svesti, što je neophodan uslov za potpuno ostvarivanje svih ideala vladavine prava.

Literatura

1. Đurić, V. (2006). *Ustavni postupak zaključenja i izvršenja međunarodnih ugovora*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.
2. Đurić, V. (2006). „*Politička pitanja*“ u *sudskoj kontroli ustavnosti*, Pravni život, br. 12, str. 1185–1196.
3. Zaključak Ustavnog suda o odbacivanju predloga za ocenu ustavnosti i zakonitosti parafiranog „Prvog sporazuma o principima koji regulišu normalizaciju odnosa“ između Vlade Republike Srbije i Privremenih institucija samouprave u Prištini, od 19. aprila 2013. godine, „Službeni glasnik RS“, br. 13/15, str. 9–23.
4. Izdvojeno mišljenje sudije dr Dragana M. Stojanovića na odluku Ustavnog suda IUo-247/2013, „Službeni glasnik RS“, str. 23–26.
5. Izdvojeno mišljenje sudije dr Bose Nenadić u predmetu IUo-247/2013, „Službeni glasnik RS“, str. 26–30.
6. Izdvojeno mišljenje sudije dr Olivere Vučić u odnosu na Zaključak Ustavnog suda IUo-247/2013. od 10. decembra 2014. godine, „Službeni glasnik RS“, str. 30–34.
7. Izdvojeno mišljenje sudije Katarine Manojlović Andrić u odnosu na Zaključak Ustavnog suda IUo-247/2013. od 10. decembra 2014. godine, „Službeni glasnik RS“, str. 34–38.

8. Lobačevski, M. A. (2011). *Politička ponerologija – naučna studija o prirodi zla prilagođenog za političke svrhe*, Pravni fakultet u Beogradu.
9. Marković, R. (2014). *Ustavno pravo*, Beograd, Pravni fakultet u Beogradu.
10. Marković, R. (1980). *Politički akti*, Glasnik Pravnog fakulteta u Kragujevcu, str. 7–22.
11. Marković, S. (2013). *Manifest protiv imperije*, Sremski Karlovci–Novi Sad, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića.
12. Pejić, I. (2010). *Prethodna i naknadna kontrola ustavnosti: ocena ustavnosti međunarodnih ugovora*, Pravo na pristup pravosuđu: instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije: tematski zbornik radova, Pravni fakultet u Nišu, str. 27–43.
13. Petrović, M. (2014). *O legitimitetu ustavnoga sudstva i institucionalizaciji prava na otpor, s dodatkom o legitimitetu crkvenih vlasti*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 68, str. 19–44.
14. Petrović, M. (2011). *Takozvani „akti vlade“ i pravni pojam politike*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, str. 71–84.
15. Petrović, M. (1981). *Pravna vezanost i ocena celishodnosti državnih vlasti i organa*, Beograd, Savremena administracija.
16. Prica, M. (2014). *O pojmu i pravnom karakteru održivog razvoja: da li postoji ekološko pravo*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 67, str. 291–317.
17. Radbruh, G. (2007). *Pravni i drugi aforizmi*, Beograd, Dosije.
18. Stojanović, D. (2013). *Ustavno pravo*, Niš, Sven.
19. Troper, M. (2014). *Pravna teorija države*, Beograd, Pravni fakultet u Beogradu i Službeni glasnik.

III PRIKAZI

Dr Sanja Marjanović,*
Pravni fakultet,
Univerzitet u Nišu

PRIKAZ

Rad primljen: 08.04.2015.
Rad prihvaćen: 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

Zbornik radova *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*¹ priredili su članovi Stalnog biroa Haške konferencije za međunarodno privatno pravo povodom odlaska u penziju njenog tadašnjeg generalnog sekretara Hansa van Lona (*Hans van Loon*), koji je sedamnaest godina bio na čelu ove prestižne međunarodne organizacije (od 1996. do 2013. godine). U tom periodu Haška konferencija skoro udvostručuje broj svojih članica (od 41 države do 71 države članice), a nakon izmene Statuta Konferencije (2007. godine) pridružuje joj se i Evropska unija, kao prva međunarodna organizacija-članica Haške konferencije. Hans van Lon ostaće upamćen i po tome što je i pre izbora za generalnog sekretara, dok je obavljao funkciju prvog sekretara Konferencije, prepoznao potrebu da se vrata ove stalne međunarodne organizacije otvore i za države koje nisu njene članice. Na taj način, one su dobile priliku da *ad hoc* učestvuju u radu na donošenju pojedinih haških konvencija. Rezultat ove nesvakidašnje saradnje je Haška konvencija o zaštiti dece i saradnji u oblasti međunarodnog usvojenja (1993), koja, bez sumnje, svoj veliki uspeh duguje upravo promeni politike Haške konferencije.² Pored toga, za vreme dok je Hans van Lon bio generalni sekretar Haške konferencije, otvorena su i njena dva regionalna centra – u Buenos Ajresu i Hongkongu.

O izuzetnoj posvećenosti Hansa van Lona materiji međunarodnog privatnog prava i velikom doprinosu u unapređenju rada Haške konferencije svedoči i činjenica da je ovaj zbornik okupio ukupno 64 autora. Premda radovi u samom zborniku

*sanja@prafak.ni.ac.rs

Zbornik je objavljen u izdanju Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, ISBN 978-1-78068-150-4.

2 U vreme penzionisanja Hansa van Lona ova konvencija je imala 89 država ugovornica, da bi 2015. godine uspela da okupi ukupno 93 države ugovornice.

nisu tematski razvrstani, za potrebe ovog prikaza biće podeljeni na radove posvećene međunarodnom porodičnom pravu (1), međunarodnom procesnom pravu (2), prorogacionim sporazumima i priznanju i izvršenju odluka (*Judgment Project*) (3), korelaciji Haške konferencije i EU (4) i *varie* (5). No, pre toga, o samoj Haškoj konferenciji i ulozi Tobiasa Asera (*Tobias M.C. Asser*), dobitnika Nobelove nagrade, u njenom osnivanju može se saznati više u Adair Dyer, *Strategic Vision and Common Sense in the Hague Conventions since 1950 (Mid-Twentieth Century)*, rr. 157–168 a ulozi Hansa van Lona u radu Haše konferencije u A. (Teun) V.M. Struycken, *Reconnaissance et hommage*, pp. 561–568 i The Rt. Hon. Lord Justice Thorpe, *A Word of Gratitude*, pp. 595–596. Značaj međunarodnog privatnog prava generalno razmatran je u David P. Stewart, *The Many Perspectives of Private International Law*, pp. 541–554.

1. Međunarodno porodično pravo

1.1. Nezakonito odvođenje i zadržavanje dece

Kada je reč o materiji međunarodnog porodičnog prava, nekoliko radova posvećeno je problemu međunarodne otmice dece. Tako se prof. Bomon (*Paul Beaumont*) i Lara Voker (*Lara Walker*) u članku *Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Child Abduction Convention* (rr. 17–30) fokusiraju na pitanje odnosa međunarodnog porodičnog prava i zaštite ljudskih prava. Naime, oni konstatuju da skorašnje odluke Evropskog suda za ljudska prava donete u slučajevima primene Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece (*Neulinger and Shuruk v Switzerland*) ukazuju na opasnost obesmišljavanja haškog mehanizma. Takođe, u radu autori analiziraju i slučajeve *X v. Latvia*, *MR and LR v Estonia*, *B v Belgium*, *Karrer v Romania*, *Shaw v Hungary* i nedoslednosti samog Suda za ljudska prava u pogledu primene testa najboljeg interesa deteta u slučajevima međunarodne otmice.

Iz sličnog ugla primenu ove haške konvencije razmatra i sudija Apelacionog suda Kvebeka (*Jacques Chamberland*), koji je svoj rad *La Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et les droits de l'enfant* (rr. 113–121) posvetio pitanju utvrđivanja najboljeg interesa deteta u slučajevima međunarodne otmice kroz zakonodavstvo i praksu Kvebeka, ali i odluke Suda za ljudska prava. Pored toga, on se bavi i pitanjem prava deteta na mišljenje u svetlu izuzetaka iz članova 12 i 13(b) Haške konvencije.

Značaj ove haške konvencije iz drugog ugla sagledava Dankan (*William Duncan*) u radu *Reflections on the Malta Process* (rr. 135–142). Nekadašnji zamenik generalnog sekretara Haške konferencije razmatra značaj medijacije i drugih metoda mirnog rešavanja sporova u slučajevima primene Konvencije o gra-

đanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, ali i Haške konvencije o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju i saradnji u materiji roditeljske odgovornosti i mera za zaštitu dece (1996).

Sa svoje strane, iskustvo Japana u pogledu implementacije Konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, izneto u radu *A Japanese Implementation Bill for the 1980 Child Abduction Convention* (rr. 661–672) profesora Jokojame (*Jun Yokoyama*) može biti zanimljivo za Srbiju budući da je još uvek u toku rad na Nacrtu zakona o građanskopravnoj zaštiti dece od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja.

1.2. Međunarodno usvojenje

Kada je reč o materiji međunarodnog usvojenja, članak *The 1993 Intercountry Adoption Convention and Subsidiarity: Is the Subsidiarity Principle Still „Fit for Purpose“* (rr. 343–356) autora Laure Martinez-More (*Laura Martínez-Mora*), Hane Bejker (*Hannah Baker*) i Emanuele Aran (*Emmanuelle Harang*) na veoma zanimljiv način oživljava polemiku o opravdanosti principa supsidijarnosti u materiji međunarodnog usvojenja. Takođe, autorke ukazuju na važnu razliku u principu supsidijarnosti koji uvodi Konvencija o pravima deteta i onom na kome se zasniva Haška konvencija o zaštiti dece i saradnji u oblasti međunarodnog usvojenja (1993).

Pored toga, međunarodno usvojenje se katkada (neopravdano) poistovećuje sa ustanovom kafale, karakterističnom za islamske države, o čemu prof. Boras (*Alegría Borrás*) detaljno piše u radu *The Protection of the Rights of Children and the Recognition of Kafala* (rr. 77–87). Ona analizira pitanje priznanja kafale u svetlu ne samo Konvencije UN o pravima deteta, već i Haške konvencije o zaštiti dece i saradnji u oblasti međunarodnog usvojenja (koja inače isključuje ustanovu kafale iz svog polja primene) i Haške konvencije o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju i saradnji u materiji roditeljske odgovornosti i mera za zaštitu dece (1996). Naime, ova poslednja konvencija izričito uključuje ustanovu kafale u svoje polje promene *ratione materiae*. Uprkos tome, često se dešava da muslimanska porodica koja živi u Evropi (ili se u nju doseljava nakon donošenja odluke o kafali) traži konverziju kafale u usvojenje, te se autorka bavi odnosom kafale i usvojenja u zakonodavstvu i praksi u Španiji, Francuskoj i Belgiji.

Efikasna zaštita dece tema je i rada *Building an International Cooperation System for the Civil Protection of Children* (Ignacio Goicoechea & Florencia Castro, rr. 207–219). Autori ističu da nacionalni sistemi ne mogu da pruže adekvatnu zaštitu deci usled brojnih ograničenja, kako proceduralnih, tako i onih koji su vezani za nedovoljno poznavanje materije, te da zaštita dece u prekograničnim slučajevima često zahteva jačanje saradnje država. Pri tome posebno ističu primer Haške

konvencije o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju i saradnji u materiji roditeljske odgovornosti i mera za zaštitu dece, ali i izazove sa kojima se države ugovornice suočavaju prilikom uspostavljanja saradnje.

Isti problem, ali iz ugla uspostavljanja neposredne komunikacije između sudija, razmatra prof. Kessedan (*Catherine Kessedjian*) u radu *Le dialogue des juges dans le contentieux privé international* (rr. 253–258), ističući značaj direktne saradnje sudija kako za potrebe Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, tako i kao neophodnog mehanizma u različitim oblastima međunarodnog privatnog prava. Ovaj stav autorka argumentuje poznatim primerom *West Carribean Airways* i teorije *forum non conveniens*.

Naposletku, imajući u vidu da se poslednjih godina pažnja Haške konferencije okreće ka unifikaciji delikatnih pitanja surogat materinstva i priznanja i izvršenja mera za zaštitu od nasilja u porodici, njima su posvećena dva rada. Najpre, kada je reč o surogat materinstvu, članak (*Cross-Border*) *Surrogate Motherhood: We Need to Take Action Now!* (Katharina Boele-Woelki, pp. 47–58) detaljno razrađuje pitanje surogat materinstva kao nacionalnog, regionalnog i međunarodnog problema na primerima zakonodavstva pojedinih evropskih država (Francuska i Holandija), komparativne studije Evropskog parlamenta i rada Haške konferencije na budućoj konvenciji posvećenoj ovoj ustanovi.

Priznanje i izvršenje mera za zaštitu od nasilja u porodici i sugestije za dalji rad Haške konferencije tema je rada *Recognition and Enforcement of Foreign Civil Protection Orders – A Topic for the Hague Conference?* (Dorothea Van Iterson, rr. 609–620). Autorka najpre navodi relevantne propise Holandije kojima se štite žrtve nasilja, potom razmatra regionalni pristup ovom problemu (u okviru Saveta Evrope i EU) da bi konačno ukazala na značaj koji ovo pitanje ima u okviru Haške konferencije, povezujući ga posebno sa Haškom konvencijom o međunarodnoj zaštiti odraslih lica (2000), Haškom konvencijom o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece i Haškom konvencijom o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju i saradnji u materiji roditeljske odgovornosti i mera za zaštitu dece.

2. Međunarodno procesno pravo

Kada je reč o međunarodnom procesnom pravu, novi generalni sekretar Konferencije Kristof Bernaskoni (*Christophe Bernasconi*) zajedno sa Majelom Selis (*Mayela Celis*) i Aleksandrom Kunzelmanom (*Alexander Kunzelmann*) razmatra pitanje unapređenja primene procesnih haških konvencija putem modernih tehnologija u radu *Of Luddites and Luminaries: The Use of Modern Technologies under the Hague Legal Co-operation Conventions* (rr. 31–45). Pri tome, u fokusu imaju tri haške konvencije – Konvenciju o dostavljanju u inostranstvu akata

u građanskoj i trgovačkoj materiji (1965), Konvenciju o izvođenju dokaza u inostranstvu u građanskoj i trgovačkoj materiji (1970) i Konvenciju o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava (1961). Kada je reč o Konvenciji „Dostavljanje“, autori ukazuju na mogućnost elektronskog slanja akata centralnim organima država ugovornica, odnosno direktnog dostavljanja putem elektronske pošte ili faksa. Takođe, autori se bave pitanjem da li se adresa elektronske pošte može smatrati adresom primaoca u smislu Konvencije „Dostavljanje“. U pogledu Konvencije „Izvođenje dokaza“, ima se u vidu značaj izvođenja dokaza u inostranstvu putem video-linka. Sa svoje strane, uvođenje elektronskog apostila (tzv. „e-App“ sistem) treba dodatno da olakša upotrebu javnih isprava u inostranstvu, budući da se pečat apostil može obezbediti i u elektronskoj formi.

Imajući u vidu probleme u primeni Haške konvencije o ukidanju potrebe legalizacije, zanimljiv je primer Venecuele, čiji sudovi zahtevaju punu legalizaciju i u slučajevima kada je država porekla isprave ugovornica ove konvencije te bi trebalo dokument snabdeti samo pečatom apostilom. Ovaj problem je razmatran u članku *Application of the 1961 Apostille Convention in Venezuelan Exequatur Proceedings* (Gonzalo Parra-Aranguren, rr. 433–441).

3. Prorogacioni sporazumi i priznanje i izvršenje stranih odluka (Judgment Project)

Do sada najambicioznija ideja Haške konferencije na čijem se ostvarenju i dalje radi odnosi se na donošenje konvencije koja bi unifikovala norme o nadležnosti, priznanju i izvršenju stranih odluka u građanskoj i trgovačkoj materiji (*Judgment Project*). Značajan broj radova posvećen je upravo ovoj temi, budući da je za sada doneta samo Konvencija o sporazumima o izabranom sudu (2005). Tako se u člancima *Jurisdictional Developments and the New Hague Judgment Project* (Ronald A. Brand, rr. 89–99) i *The Fruits of the Judgment Project* (David Goddard, rr. 195–205) daje pregled dosadašnjeg rada Haške konferencije u okviru *Judgment Project* i posebno analizira odnos sa Haškom konvencijom o sporazumima o izabranom sudu (2005) i relevantnim regulativama EU.

Zanimljivo pitanje odnosa *Judgment Project* i ljudskih prava s aspekta prava na pravično suđenje tema je rada *The Right to a Fair Trial, Forum Non Conveniens and the Limits of the Possible* (David McClean, pp. 357–370). U tom smislu, autor razmatra uticaj odredbe člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima na teoriju *forum non conveniens* i njihovu međusobnu (ne)usklađenost u engleskom, australskom i američkom pravu.

Problem litispendencije u slučajevima postojanja sporazuma o isključivoj nadležnosti izabranog suda iznet je u *Exclusive Choice of Courts Agreements and Parallel*

Proceedings (Peter Arnt Nielsen, rr. 409–420) na primerima Haške konvencije o sporazumima o izabranom sudu, Regulative 44/2001 o nadležnosti, priznanju i izvršenju presuda u građanskoj i trgovačkoj materiji (Brisel I) i nove Regulative 1215/2012 o nadležnosti, priznanju i izvršenju presuda u građanskoj i trgovačkoj materiji (Brisel Irecast). Polazeći od činjenice da Haška konvencija ne sadrži pravilo o tome koji sud treba da odluči o punovažnosti sporazuma, a da Brisel Irecast prednost daje izabranom sudu ako je postupak pred njim i pokrenut, autor smatra da bi takvu odredbu trebalo uneti i u Hašku konvenciju ako se bude vršila njena revizija.

Članak *Prospects for the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements* (Marta Pertegás & Louise Ellen Teitz, rr. 465–476) analizira razloge kašnjenja EU sa ratifikacijom Haške konvencije o sporazumima o izabranom sudu. Pored toga, autorke su se bavile i stavovima koje je tim povodom zauzeo Državni savetodavni komitet za međunarodno privatno pravo (ACPIL). Isto pitanje je tema i rada *Federalism and U.S. Implementation of PIL Conventions – Implementing the Hague Convention on Choice of Courts Agreements* (Peter H. Pfund, pp. 477–485) u kome autor daje detaljan prikaz postupka koji SAD mora da preduzme prilikom ratifikacije konvencija i posebno se bavi značajem ratifikacije Konvencije za SAD.

Nedavno usvojeni principi Haške konferencije o izboru merodavnog prava za međunarodne ugovore analizirani su u *The Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts and Rome I* (Ole Lando, rr. 299–310). U vreme kada je članak objavljen, Principi su još uvek bili u fazi izrade, ali to ne umanjuje njegov značaj. Prof. Lando pojašnjava zašto se Haška konferencija odlučila za donošenje principa koji prvenstveno treba da prate Hašku konvenciju o sporazumima o izabranom sudu, kao i njihov odnos sa relevantnim regulativama EU. On iznosi ideju da Principi ne bi morali nužno da se odnose samo na slučajeve kada je merodavno pravo izabrano voljom strana, već bi trebalo da sadrže i kolizione norme u odsustvu izbora.

4. Evropska unija i Haška konferencija

Kada je reč o radovima koji su posvećeni međunarodnom privatnom pravu EU i njenom odnosu prema haškim konvencijama, trebalo bi poći od rada *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), u kome se ističe izuzetna uloga koju je Hans van Lon imao u prevazilaženju problema spoljne nadležnosti EU i daljeg nesmetanog funkcionisanja Haške konferencije. S tim u vezi, uloga Evropske komisije u procesu nastanka međunarodnog privatnog prava Unije predmet je detaljne analize u *The European Private International Law and the Charter of*

Fundamental Rights (Salla Sastamoinen, pp. 503–514). Ujedno, autorka pruža uvid u načine na koji se Evropska komisija stara o valjanoj primeni člana 81 Ugovora o funkcionisanju EU, kao i o poštovanju odredaba Povelje EU o osnovnim pravima. Pored toga, ona daje pregled onih osnovnih prava (iz Povelje EU) koja su najčešće predmet regulisanja i nacionalnih sistema međunarodnog privatnog prava, kao što su pravo na efikasan pravni lek, pravo na pravično suđenje, pravo svojine, jednakost pred zakonom i prava deteta.

Odnos Haške konferencije i EU tema je i članka *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), posvećenog značaju Haške konferencije u stvaranju tzv. zajednice prava država. Autor konstatuje da je Haška konferencija neophodna institucija, bez obzira što EU ima svoj metod za postizanje regionalne unifikacije.

Potreba stvaranja sudske saradnje u građanskoj i trgovačkoj materiji, na primerima Haške konferencije i EU tema je rada *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, rr. 443–452). U tom smislu, autor analizira Hašku konvenciju o sporazumima o izabranom sudu, Hašku konvenciju o međunarodnom ostvarivanju izdržavanja dece i drugih oblika porodičnog izdržavanja (2007), Haški protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja (2007) i Hašku konvenciju o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju i saradnji u materiji roditeljske odgovornosti i mera za zaštitu dece. Takođe, istaknut je značaj uspostavljanja sistema *e-Justice* u okviru EU i sistema *iChild* i *e-App* u okviru Haške konferencije.

Baveći se takođe pitanjem odnosa Unije i Haške konferencije, prof. Godme-Tolon (*Hélène Gaudemet-Tallon*) u radu *Individualisme et mondialisation: aspects de droit international privé de la famille* (rr. 181–194) fokusira se na materiju porodičnog i naslednog prava. Ona razmatra pitanje uticaja koji, s jedne strane, ima autonomija volje u materiji međunarodnog porodičnog prava, i uticaja ljudskih prava na ovu materiju, s druge strane. Autorka polazi od kritike državljanstva i njegovog odnosa prema uobičajenom boravištu kao tački vezivanja (koje takođe nije lišeno kritike) i sve većem uticaju autonomije volje kroz odredbe Haškog protokola o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja (2007), Haške konvencije o nasleđivanju zaostavštine umrlih lica (1989), Regulative 1259/2010 o pojačanoj saradnji u materiji merodavnog prava za razvod i rastavu (Rim III) i Regulative EU 4/2009 o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i saradnji u materiji izdržavanja.

Imajući u vidu sličnu temu, članak *Conférence de La Haye et Union européenne – Synergie dans le domaine du droit des successions* (pp. 69–76) prof. Bonomija (*Andrea*

Bonomi) ukazuje na rešenja Regulative 650/2012 o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i prihvatanju i izvršenju verodostojnih isprava u materiji nasleđivanja i stvaranju Evropskog sertifikata o nasleđivanju i povezuje ih sa odredbama haških konvencija u ovoj materiji. Istovremeno, autor ukazuje da navedena Regiativa EU može da posluži kao model za buduću hašku konvenciju.

Ista Regiativa EU tema je i članka *The EU Maintenance Regulation and the Hague Maintenance Protocol of 2007. Recognition of Foreign Judgments and the Public Policy Defence* (pp. 529–540) u kome prof. Zir (*Kurt Siehr*) iznosi nedoumice o primeni klauzule javnog poretka u materiji izdržavanja i utvrđivanja vanbračnog očinstva u slučaju razmatranom pred nemačkim Federalnim sudom (BGH) povodom priznanja poljske odluke.

Još jedno sporno pitanje u okviru evropskog porodičnog prava je i pravo na razvod. Ono je predmet analize u članku *Divorce – A Fundamental Right?* (Harry Duintjer Tebbens, pp. 123–134) u kome se objašnjava na primerima zakonodavstva Holandije i sekundarnog zakonodavstva EU. Autor razmatra i domašaj ustanove javnog poretka u ovoj materiji i ukazuje na problem fragmentacije međunarodnog uređenja pitanja razvoda braka.

Materiji evropskog porodičnog prava, ali u drugačijem kontekstu, okreće se i prof. Dutoa (*Bernard Dutoit*), koji u radu *Le droit international privé de la famille et les droits fondamentaux de l'enfant: le choc qui fait le chic* (rr. 143–156) razmatra problem zaštite prava deteta u odnosu na različite celine međunarodnog privatnog prava, kao i odnos međunarodnog privatnog prava i materije ljudskih prava. On upoređuje odredbe švajcarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu i regulativa EU, posebno ističući značaj kriterijuma uobičajenog boravišta deteta, a ima u vidu i praksu Suda za ljudska prava (slučajevi *Zaunegger*, *Sporer*, *Barrehab*, *Rozanski*, *Shofman*, *Nylind*, *Hoffman*, *Bronda*, *Scozzari*, *Salguario da Silva Monta*).

U članku *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) ukazuje se na značaj slučaja *Pellegrini vs. Italy*, koji je razmatran 2001. godine pred Sudom pravde EU, na pitanje o obavezi države izvršenja odluke da propisno oceni da li je postupak meritornog odlučivanja u državi porekla bio u skladu sa garancijama iz člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima kada država porekla odluke nije njena ugovornica.

Pored zaštite dece, u Evropskoj uniji se postavlja i pitanje zaštite imigranata, kao još jedne posebno ugrožene kategorije fizičkih lica. Rad *Some Reflections on Multiculturalism, Application of Islamic Law, Legal Pluralism and the new EU Succession Regulation* (pp. 59–68) prof. Bogdana (*Michael Bogdan*) ima za temu probleme sa kojima se, u materiji međunarodnog porodičnog i naslednog prava,

suočava prva i druga generacija imigranata islamske veroispovesti u Evropi. Prof. Bogdan izdvaja pitanje (ne)mogućnosti primene islamskog porodičnog i naslednog prava u državama EU i navodi slučajeve kada ne bi trebalo posezati za klauzulom javnog poretka, bez obzira što se na prvi pogled odredbe ovog prava čine šokantnim, argumentujući svoj stav primerima iz porodičnog prava (sklapanje braka) i naslednog prava (manji nasledni deo ćerki). Teškoćama sa kojima se suočava veliki broj imigranata posvećen je i rad *La migration de l'état civil* (pp. 101–112) u kome prof. Buher (*Andreas Bucher*) ističe značaj njihove zaštite u sferi statusnih odnosa i u tom smislu navodi da bi Haška konferencija morala da se posveti rešavanju ovih pitanja i van materije zaštite dece.

Pitanje bračnoimovinskog režima s aspekta autonomije volje tema je rada *L'autonomie de la volonté dans les relations de famille internationales: regards sur les récents instruments internationaux* (Mariel Revillard, pp. 487–502). U njemu su analizirane sličnosti i razlike u uređenju ovih pitanja u okviru sekundarnog zakonodavstva EU i haških konvencija, ne samo u oblasti porodičnog već i naslednog prava.

Pored ovih problema, pažnju u međunarodnom privatnom pravu EU pobuđuju su i ugovorne i vanugovorne obaveze, odnosno pitanje nesmetanog funkcionisanja zajedničkog tržišta. Ovoj temi posvećen je rad *Hermeneutic Dialogue between Rome I and Rome II: General Principles and Argumentative Rules* (Francisco J. Garcimartín Alférez, pp. 169–180) u kome se analizira mogućnost ostvarivanja harmonije u odlučivanju u državama EU povodom ugovornih i vanugovornih obaveza, iz ugla principa komplementarnosti, autonomnosti i hermeneutičke uzajamnosti (koja se bavi problemom neusaglašenosti regulativa).

Kolizione norme o odgovornosti za delikte i naknadu štete u fokusu su i članka *Substance and Procedure: Aspects of Damages in Tort in the Conflict of Laws* (Robin Morse, pp. 389–396) koji se odnosi na Regulativu EU 864/2007 o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze i engleski Zakon o međunarodnom privatnom pravu (1995), čija paralelna primena vodi cepanju deliktneog statuta i dilemi o kvalifikaciji procene štete kao procesnog odnosno materijalnog pitanja u slučajevima *Harding v Wealands* i *Cox v Ergo Versicherung AG*. Istoj materiji, ali iz ugla uticaja interneta na opštu i posebnu nadležnost za vanugovornu odgovornost za štetu, posvećen je članak *Beginning to Rethink Personal Jurisdiction* (Peter D. Trooboff, pp. 597–608). U njemu autor poredi evropski pristup problemu kvalifikacije mesta delikta na osnovu predvidljivosti mesta nastanka štete u slučaju *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace* i američkog pristupa u slučaju kada je ona povezana s oglašavanjem na internetu.

U radu *The Lugano Convention and the International Court of Justice* (Gustaf Möller, pp. 381–388) analiziraju se pitanja postavljena Sudu pravde EU u slučaju *Belgium*

v. *Switzerland*, koji se tiče primene Luganske konvencije o nadležnosti, priznanju i izvršenju presuda u građanskoj i trgovačkoj materiji.

Evropsko pravo prodaje tema je rada *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). Autor se usredsređuje na predlog Evropske komisije o donošenju nove regulative koja bi ustanovila evropsko pravo prodaje, pri čemu analizira koordinaciju sa postojećim kolizionim normama Regulative 593/2008 o merodavnom pravu za ugovorne obaveze i odredbama Ugovora o funkcionisanju EU.

Domašaj procesnog i materijalnog javnog poretka u sekundarnom zakonodavstvu EU na primeru presude Suda pravde EU u slučaju *Krombach* razmatra se u članku *Public Policy in Private International Law and Its Continuing Importance* (Paul Vlas, pp. 621–630). Autor takođe ima u vidu domašaj ove klauzule u relevantnim haškim konvencijama na primeru presude Vrhovnog suda Holandije u slučaju iz 1999. godine koji se ticao priznanja i izvršenja dve argentinske odluke i dva sporna pitanja – povrede prava na odbranu i prekomerne naknade koju je holandska strana morala da isplati argentinskim ekspertima.

Naposletku, prof. Lagard (*Paul Lagarde*) u radu *Instrument optionnel international et droit international privé – Subordination ou indépendance?* (pp. 287–298) ponovo aktuelizuje pitanje odnosa fakultativnih međunarodnih instrumenta i međunarodnog privatnog prava, iznoseći dilemu o tome da li je primena fakultativnih instrumenta zaista podređena izborom prava jedne države na osnovu kolizionih normi međunarodnog privatnog prava. Iako je u suštini odgovor potvrđan, on ukazuje na pojedine probleme koji mogu nastati zbog neunifikovanih kolizionih normi na primeru bračnoimovinskog režima (prvenstveno u okviru EU). Isti problem autor analizira i s aspekta evropskog prava prodaje. Drugu dilemu o tome da li je izbor fakultativnog instrumenta zapravo izbor međunarodnog privatnog prava iznosi na primeru odredbe člana 3 nekadašnjeg Predloga Regulative EZ o merodavnom pravu za ugovorne obaveze, kojim bi strankama bila data sloboda izbora i principa evropskog ugovornog prava i *Unidroit* principa kao merodavnog prava za ugovor.

5. Varie

U ovu grupu spadaju radovi posvećeni dostignućima drugih međunarodnih organizacija sa kojima Haška konferencija blisko saraduje, kao što su **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), **Interamerička konferencija o međunarodnom privatnom pravu** (Didier Opertti Badán, *The Relationships between Latin America and the Hague Conference Regarding the Recent Developments of Private International Law*, pp. 421–432), **WTO i MERCOSUR** (Claudia Lima Marques, *The Need for a Global Cooperation Network to Protect Foreign Tourists/Consumers and the Comeback of Private International Law*, rr. 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). Takođe, treba pomenuti i radove koji su posvećeni **nacionalnim sistemima međunarodnog privatnog prava** (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 Pereznieto Castro, *The Revolution of Private International Law in the World at Present, Regarding Mexican Case*, pp. 453–464), odnosno **arbitraži** (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), kao i one posvećene **saznanju stranog prava i upotrebi interneta** (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)*, rr. 325–342), **pravu na hartijama od vrednosti koje drže posrednici** (Karl Kreuzer, *Innovative Features of the Hague Securities Convention*, rr. 271–286), **Međunarodnom centru za pravne studije i tehničku pomoć pri Haškoj konferenciji** (Frederike E. M. Stikkelbroeck, *Because It Takes Two to Tango*, pp. 555–560) i pitanju **sudskog i izvršnog imuniteta strane države u slučajevima naknade štete žrtvama Drugog svetskog rata** (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).

Kao što se može zaključiti, zbornik radova *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, usled raznovrsnosti tema kojima je posvećen nije namenjen isključivo poznavacima međunarodnog privatnog prava. Naprotiv, vredan je pažnje šire akademske zajednice, pre svega stručnjaka iz oblasti građanskog procesnog prava, obligacionog prava, porodičnog prava, naslednog prava, trgovinskog prava, međunarodnog trgovinskog prava, međunarodnog javnog prava i prava EU.

Sanja Đorđević,*
*Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu*

PRIKAZ

*Rad primljen: 17.04.2015.
Rad prihvaćen: 29.04.2015.*

TRIBINA: KADA BI SRBIJA PRISTUPILA KONVENCIJI O KASETNOJ MUNICIJI...

Udruženje građana „Akcija i pomoć“ i *Ban Advocates of Handicap International*, uz podršku Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu i *Media&Reform* centra Niš, dana 28. januara 2015. godine održali su na Pravnom fakultetu u Nišu tribinu na temu *„Kada bi Srbija pristupila Konvenciji o kasetnoj municiji...“*. Na tribini su govorili Slađan Vučković – predsednik udruženja građana „Akcija i pomoć“, dr Nebojša Raičević – profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, Dragana Rodić – predsednica Udruženja „Dragana Rodić“ i stručni saradnik Univerziteta u Nišu i Alma Al Osta – menadžerica zagovaranja zabrane naoružanja u *Handicap International*-u.

Tribinu je svojim izlaganjem otvorio Slađan Vučković, govoreći kao profesionalni vojni deminer, ali i kao direktna žrtva kasetne municije. On je najpre objasnio mehanizam delovanja kasetne municije i ukazao na opasnost koju ona stvara za civilno stanovništvo. Kako je rekao, kasetna municija jeste neselektivno, neprecizno i neodbrambeno ubojno sredstvo, koje se ne može usmeriti na željeni vojni cilj. Kao primer za to naveo je pad kasetnih bombi na područje niškog naselja Duvanište, koje je 1999. godine greškom pogođeno kada je gađan vojni aerodrom udaljen 6,5 km od tog naselja. Vučković je naveo da oko 90% ukupnog broja žrtava kasetne municije čine civili, od kojih su najveći broj deca. Opasnost od kasetne municije se ogleda i u činjenici da ona ne ubija i osakaćuje samo tokom napada, već i godinama nakon toga. Zaostala neeksplozirana kasetna municija ne postoji samo u dalekim zemljama poput Vijetnama, Laosa, Avganistana, već, nažalost, i u našoj državi kao posledica NATO bombardovanja. Kao primere za to, govornik je naveo kasetne bombe pronađene u dvorištu porodične kuće u naselju Šljaka, na krovu škole „Čele kula“ u Nišu, na krovu sportske hale „Čair“, u šumi kod Kuršumlje, na poljoprivrednom imanju kod Stare Pazove itd. On je podsetio da je bilo je i fatalnih ishoda od zaostale kasetne municije, kao što je stradanje osobe u voćnjaku u naselju Duvanište ili smrt dvojice vrhunskih pirotehničara prilikom čišćenja terena na Kopaoniku.

* djordjevics@prafak.ni.ac.rs

Na kraju svog izlaganja, Slađan Vučković je ukazao na koristi koje bi Srbiji donelo pristupanje Konvenciji o kasetnoj municiji (KKM). Pošto je nemalo područje naše države ugroženo zaostalom kasetnom municijom (za 2,36 km² je potvrđena kontaminacija i određeno je čišćenje, a sumnja se da ugrožena površina iznosi čak 6,65 km²), Srbiji su potrebna značajna sredstva za čišćenje ugroženih terena (cena čišćenja kvadratnog metra kontaminirane teritorije kreće se od 0,8 do 2 eura). Pristupanjem Konvenciji Srbija bi mogla koristiti međunarodne fondove i tehničku i kadrovsku pomoć za čišćenje kontaminiranih područja i uništavanje postojećih zaliha kasetnih bombi. Pored benefita na planu lične sigurnosti građana, čišćenje ugroženih područja imalo bi i pozitivne ekonomske efekte u oblasti poljoprivrede, šumarstva, turizma, rečne plovidbe ... I ono što je najvažnije, u našoj zemlji bila bi ostvarena medicinska i sociološka zbrinutost direktnih i indirektnih žrtava kasetne municije.

Drugi govornik, prof. dr. Nebojša Raičević, predstavio je kratak istorijat usvajanja KKM i dao sumaran prikaz njenih najvažnijih odredbi. Na početku izlaganja ukazao je na razloge aktuelizacije zabrane kasetne municije, među kojima je posebno istakao upotrebu kasetnih bombi u Iraku 2003. i Libanu 2006. godine. Kako je prof. Raičević rekao, zbog protivljenja velikih vojnih sila i država proizvođača kasetne municije, nije prihvaćena inicijativa da se kasetna municija zabrani u okviru Konvencije o konvencionalnom oružju, što je uticalo da Norveška zvanično pozove zainteresovane države, MKCK i relevantne NVO radi usvajanja obavezujućeg instrumenta o kasetnoj municiji izvan tog okvira. Taj alternativni put (tzv. „proces iz Osla“) uspešno je okončan u Dablinu 2008. godine, kada je usvojen tekst KKM, koji je otvoren za potpisivanje u Oslu krajem te godine. Prof. Raičević je upoznao prisutne da je do kraja 2014. godine Konvencija imala 89 država ugovornica i 27 potpisnica.

Nakon pojašnjenja definicije kasetne municije date u Konvenciji, govornik je analizirao osnovne obaveze država sadržane u tom ugovoru. Započeo je sa zabranom upotrebe kasetne municije, objašnjavajući da države ugovornice ne smeju koristiti kasetnu municiju tokom bilo kog oružanog sukoba (kako protiv drugih ugovornica, tako i protiv država neugovornica ili nedržavnih entiteta), ali ni u doba mira (nemiri i tenzije, vojne vežbe i dr.). Govoreći o obavezama uništavanja postojećih zaliha kasetne municije, predočio je da su države ugovornice dužne da te zalihe unište što je pre moguće, a najkasnije u roku od osam godina po stupanju Konvencije na snagu za tu državu. Kako je istakao prof. Raičević, pošto zabrana buduće upotrebe kasetne municije ne rešava sve štetne humanitarne posledice vezane za ovo oružje, Konvencija je nametnula i obavezu čišćenja i uništavanja eksplozivnih ostataka rata nastalih upotrebom kasetne municije. Konvencija krajnju odgovornost za čišćenje i uništavanje ostataka kasetne municije nameće državi na čijoj teritoriji se ti ostaci nalaze, ali se od države koja

je tu municiju upotrebila zahteva pružanje potrebne pomoći. Deo izlaganja o obavezama država okončan je predstavljanjem pravila o pružanju pomoći žrtvama upotrebe kasetne municije. Istaknuto je da pored lica koja su ubijena ili su pretrpela povrede, Konvencija žrtvama smatra i porodice i zajednice tih osoba (tzv. indirektno žrtve). Države ugovornice imaju obavezu da žrtvama obezbede medicinsku negu, rehabilitaciju i psihološku podršku i da osiguraju njihovu društvenu i ekonomsku inkluziju.

Prof. Raičević je ukratko predstavio i odredbe Konvencije koje regulišu međunarodnu pomoć i saradnju. Naročito se zadržao na čl. 6 u kojem je predviđeno da svaka država ugovornica ima pravo da traži i dobije pomoć, objašnjavajući da to znači da svaka država ugovornica ima nesporno pravo da zatraži stranu pomoć za rešavanje problema kasetne municije, ali da to nikako ne znači postojanje obaveze država ili međunarodnih organizacija da traženu pomoć pruže.

Poslednji deo svog izlaganja prof. Raičević je posvetio odnosu Srbije prema KKM. Tom prilikom je podsetio da je Srbija podržala početne inicijative za usvajanje ugovora o zabrani kasetne municije, ali je kasnije istupila iz „Oslo procesa“ i nije ratifikovala niti potpisila KKM. Prilikom procene da li Srbija treba da postane strana ugovornica te Konvencije, Raičević smatra da se u obzir moraju uzeti humanitarni, finansijski i vojni činioci. On smatra da humanitarni razlozi nesporno govore u prilog pristupanja Konvenciji, jer bi to onemogućilo Srbiju da koristi kasetnu municiju u eventualnim budućim ratovima, a doprinelo bi i boljem zbrinjavanju naših građana koji su žrtve kasetne municije. Ni finansijske obaveze koje donosi članstvo u Konvenciji ne bi trebalo da budu prepreka za pristupanje tom ugovoru. Iako bi uništavanje postojećih zaliha kasetne municije, čišćenje oblasti u kojima se nalaze eksplozivni ostaci i pružanje pomoći žrtvama zahtevalo određene finansijske izdatke, te obaveze čekaju Srbiju i bez njenog pristupanja Konvenciji. Pristupanjem Konvenciji Srbija čak može biti na dobitku, jer za obavljanje navedenih aktivnosti može dobiti stranu pomoć. Prof. Raičević je zaključio da će odlučujući faktor kod donošenja odluke o pristupanju Srbije Konvenciji biti procena vojnih implikacija odricanja od kasetne municije. Tom prilikom ceniće se vojna korist koju našim oružanim snagama donosi to oružje, kao i mogućnost njegove supstitucije drugim sredstvima.

Dragana Rodić, dugogodišnji borac za prava osoba sa invaliditetom, ovom prilikom je istakla važnost brige o ljudima kojima je potrebna pomoć drugih i neophodnost da svaki pojedinac razume njihove potrebe. Zato, smatra ona, nužno je ukloniti barijere u svima kako bi lakše zajedno živeli i funkcionisali. Ona je, takođe, istakla da su osobe sa invaliditetom u veoma lošem položaju jer mnogi nemaju novca da kupe potrebne lekove, posebno u ruralnim područjima gde ima slučajeva da nemaju invalidska kolica već se prevoze u građevinskim kolicima.

Čak i kada neko ima invalidska kolica, ne postoje arhitektonski prilazi, i tu leži potencijalna opasnost. Na primer, ja sam prinuđena da idem ulicom zajedno sa svim automobilima u saobraćaju. Najbanalnija stvar koja može da se desi jeste da kamenčić od automobila poleti i pogodi mene ili osobu koja me vozi – rekla je Dragana koja je pre 15 godina doživela saobraćajnu nesreću zbog koje je ostala nepokretna.

Dragana Rodić je, takođe, naglasila da je za nju uspeh i kada svako jutro ustane i sama se obuče, kao i da je rad na svojoj svesti, ali i na svesti drugih neophodan za bolje međusobno razumevanje i funkcionisanje u društvu. Zajedno sa Slađanom Vučkovićem istakla je neophodnost bolje pristupačnosti u gradu za osobe za invaliditetom pošto su im mnoga mesta nedostupna, među kojima su i neke javne institucije.

Poslednja na tribini je govorila Alma Al Osta, menadžerica zagovaranja zabrane naoružanja u *Handicap International*-u, koja se učesnicima tribine obratila putem video-linka iz Brisela. Pokazujući modele kasetnih bombi, uz mnoštvo praktičnih primera objasnila je značaj Konvencije i benefite njene primene. Al Osta je iznela probleme sa kojima se *Handicap International* suočava širom sveta, ističući da najveće prepreke stvaraju velike vojne sile koje zarađuju mnogo novca od prodaje kasetne municije.

Ona je ovom prilikom rekla da je iznenađuje što Srbija ne potpisuje Konvenciju, jer bi tako mogla doći do fondova koji bi joj pomogli da očisti svoju teritoriju od ovog „zla“, a i da deo novca iz međunarodnih fondova iskoristi za rešavanje problema direktnih i indirektnih žrtava kasetne municije.

Alma Al Osta je svoje izlaganje završila konstatacijom da je cilj Konvencije nestanak kasetne municije sa lica zemlje, ali da među 89 država ugovornica nema Srbije, iako je *Handicap International* od početka procesa Srbiju prepoznao kao jednu od vodećih država u zabrani kasetne municije.

IV RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

IDENTITET PRESUDE I OPTUŽBE**

Apstrakt: Autor se u radu bavi jednim od najsloženijih pitanja teorije krivičnog procesnog prava i sudske prakse. Identitet presude i optužbe prizlazi iz načela akuzatornosti, ali se njime takođe štiti pravo okrivljenog na odbranu. Sa druge strane, dosledno sprovedeno, ovo načelo predstavlja značajno ograničenje načela istine. Prekoračenje optužbe predstavlja dilemu koja se često javlja u judikaturi, i stavovi sudova, po tom pitanju, često su oprečni. Autor polazi od stavova teorije, navodeći nešto stariju teoriju „drugog“ i „drugačijeg“ dela i noviju teoriju činjeničnih skupova. Nakon toga su predstavljeni stavovi, zauzeti u praksi sudova nekadašnje Jugoslavije. Autor zaključuje da je za rešavanje pitanja identiteta presude i optužbe od krucijalnog značaja delotvorno ostvarivanje prava na odbranu, kao i premisa vezanosti suda isključivo činjeničnim fundusom optužbe, ne i pravnom kvalifikacijom.

Gljučne reči: vezanost presude optužbom, prekoračenje optužbe, pravo na odbranu, činjenična i pravna pitanja.

1. Uvodne napomene

Predmet krivičnog postupka (krivična stvar) determinisana je optužnim aktom ovlašćenog tužioca. To je direktna posledica važenja optužnog načela, čija je suština u staroj latinskoj maksimi – *nemo iudex sine actore*. Između krivične presude i optužbe mora postojati subjektivni i objektivni identitet (Knežević, 1999: 170–179). Subjektivni identitet znači da se presudom mogu obuhvatiti samo lica, koja su označena u optužnom aktu. Pri tome, ni promene u obliku

* ivan@prafak.ni.ac.rs

** Članak predstavlja rezultat rada na projektu «Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru», pod rednim brojem 179046, koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

krivice (umišljaj, nehat), kao ni promene u utvrđenom doprinosu okrivljenog izvršenju krivičnog dela (izvršilac, saučesnik, u užem smislu) ne utiču na promenu subjektivnog identiteta. Objektivni identitet označava postojanje podudarnosti između činjeničnog opisa optužnog akta i krivične presude. Reč je o materijalnom identitetu presude i optužbe, koji se odnosi na činjeničnu osnovu, dok formalni identitet ne mora postojati, jer sud nije vezan pravnom kvalifikacijom tužioca (Petrić, 1980: 13). Objektivni identitet zapravo postoji ako postoji istovetnost odlučnih činjenica. Potrebno je da postoji poklapanje u pogledu osnovnih obeležja koja konstituišu određeno krivično delo, a naročito u odnosu na zaštitni objekat. Suština same krivične stvari ne sme biti izmenjena u odnosu na optužni akt. To znači da se u krivičnom postupku mogu utvrđivati samo činjenice koje se odnose na krivično delo i okrivljenog, označenih u optužnici (Garačić, 2004). Sud doduše može utvrđivati i druge činjenice koje doprinose svestranom i potpunom rasvetljenju krivičnog dela, a ne predstavljaju elemente bića konkretnog krivičnog dela, ali s ciljem utvrđivanja pravno relevantnih činjenica predmeta optužbe. Sud, takođe, nije vezan pravnom kvalifikacijom tužioca, te je može izmeniti ako na osnovu činjeničnog opisa optužnog akta proizlazi da je reč o nekom drugom krivičnom delu u odnosu na delo koje je označeno u optužbi. To znači da sud, za razliku od činjeničnog identiteta optužnog akta, nije ograničen pravnim identitetom optužbe (Radulović, 2014: 71).

2. Normativna osnova: identitet presude i optužbe

Zakonodavac postavlja jasna ograničenja tvrdnjom da se presuda može odnositi samo na lice i na delo, koje je obuhvaćeno podnetim, ili na glavnom pretresu izmenjenim optužnim aktom (član 420. stav 1. Zakonika o krivičnom postupku¹). Ako se u toku postupka utvrdi da je okrivljeni izvršio drugo krivično delo, a ne ono koje mu se optužbom stavlja na teret ovlašćeni tužilac u skladu sa načelom mutabiliteta ima ovlašćenje da izmeni optužni akt. U skladu sa odredbom iz člana 409. stav 1. ZKP, javni tužilac u toku glavnog pretresa ima pravo da proširi optužnicu ako bude utvrđeno da je okrivljeni ranije izvršio neko drugo krivično delo koje nije bilo obuhvaćeno prvobitnom optužbom. U tom slučaju sud će biti vezan činjeničnim opisom iz tako izmenjenog optužnog akta. Ako sud ne izmeni optužni akt kojim će ga upodobiti utvrđenom činjeničnom stanju, sud mora doneti oslobađajuću presudu, primenom člana 423. tačka 2, jer nije utvrđeno da je okrivljeni izvršio krivično delo za koje je optužen.

Odredba po kojoj javni tužilac ima ovlašćenje da na glavnom pretresu izmeni optužnicu u teoriji i praksi je dvojako tumačena. Prema jednom shvatanju,

1 «Sl. glasnik RS», br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014, u daljem tekstu: ZKP.

subjektivno shvatanje tužioca da je činjenično stanje utvrđeno na glavnom pretresu drugačije u odnosu na činjenični opis iz optužnog akta ne mora da dovede do izmene optužnice.² Prema drugom shvatanju, subjektivno shvatanje tužioca da je činjenično stanje drugačije u odnosu na optužbu dovoljan je razlog da dođe do izmene optužnog akta.³ Smatramo da, prema dikciji odredbe člana 409. stav 1. ZKP, prema kojoj tužilac može izmeniti optužni akt „ako *oceni* da je činjenično stanje drugačije...” jedino moguće tumačenje da je subjektivan stav tužioca odlučujući i dovoljan. Takvo tumačenje u skladu je sa načelom mutabiliteta krivičnog gonjenja.

Ako se na glavnom pretresu utvrdi da je krivično delo izvršeno od strane drugog lica, ovlašćeni tužilac ne može proširiti optužbu u subjektivnom smislu. On može odustati od optužbe, usled čega će sud doneti odbijajuću presudu, te nakon toga, podići optužbu, kojom će to lice označiti kao okrivljenog. Donošenje presude kojom je narušen identitet između presude i optužnog akta predstavlja prekoračenje optužbe. To je, ujedno, jedna od apsolutno bitnih povreda odredaba krivičnog postupka i predstavlja osnov za izjavljivanje žalbe (član 438. stav 1. tačka 9. ZKP). U slučaju da sud pravnog leka utvrdi da je presudom optužba prekoračena, dužan je da ukine prvostepenu presudu i predmet vrati na ponovno suđenje.

Od vezanosti presude optužbom postoji jedno značajno odstupanje. Naime, u postupku prema maloletnicima ovo pravilo ne važi. Pokretanje postupka prema maloletnicima inicira se zahtevom za pokretanje pripremnog postupka. Prema članu 74. stav 4. Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica,⁴ sudu za maloletnike dato je ovlašćenje da donese odluku na osnovu činjeničnog stanja, utvrđenog na glavnom pretresu, bez obzira na predlog⁵ javnog tužioca. Vezanost suda za maloletnike za činjeničnu osnovu inicijalnog akta javnog tužioca u postupku prema maloletnicima relativizovana je izostankom preciziranja posebne forme, tj. elemenata obavezne sadržine zahteva za pokretanje pripremnog postupka. U teoriji se kao jedno od mogućih rešenja navodila analogija sa zahtevom za sprovođenje istrage (Knežević, 2010: 192) predlaganjem da zahtev za pokretanje pripremnog postupka treba da sadrži elemente koji su bili propisani za inicijalni akt tužioca u redovnom krivičnom postupku. Uvođenjem tužilačke istrage zahtev za pokretanje istrage ne postoji više kao inicijalni optužni akt, te nema mesta pravljenju analogije sa

2 Odluka Vrhovnog suda Hrvatske Kž. 2112/77.

3 Odluka Brhovnog suda Makedonije, Kž br. 48/86.

4 «Sl. glasnik RS», br. 85/2005, (u daljem tekstu: ZM).

5 U postupku prema maloletnicima, umesto optužnog akta figuriraju predlog za izricanje vaspitnih mera i predlog za kažnjavanje maloletnika. Pokretanje postupka prema maloletnicima inicira se zahtevom za pokretanje pripremnog postupka.

njim. U teoriji je zastupljeno i shvatanje da zahtev za pokretanje pripremnog postupka prema maloletnicima ne treba da sadrži ni činjenični opis, ni pravnu kvalifikaciju. Ovaj stav se argumentuje izostankom obaveze suda da o pokretanju pripremnog postupka donese formalnu odluku, kao i relativizacijom vezanosti presude optužbom (Hirjan, Singer, 1987: 401–402).

Sa navedenim shvatanjem se ne možemo saglasiti. Bez obzira na nevezanost suda za činjeničnu podlogu optužbe, u inicijalnom aktu javnog tužioca moraju postojati činjenice koje predstavljaju elemente bića krivičnog dela, a maloletniku se stavljaju na teret. Iz njih je izveden zaključak javnog tužioca o postojanju osnovna sumnje, na osnovu čega javni tužilac upućuje zahtev sudu da pokrene postupak prema maloletniku. U suprotnom, inicijalni akt javnog tužioca, bez činjeničnog opisa i pravne kvalifikacije, bio bi *zahtev* samo u nominalnom smislu, dok u suštinskom smislu ne bi sadržao taj krucijalni element po kome se određuju optužni akti. Zbog toga smatramo da zahtev za pokretanje pripremnog postupka treba da sadrži činjenični opis i pravnu kvalifikaciju, kao što je to propisano za predlog za izricanje sankcije („opis i zakonski naziv dela“, član 69. stav 2. ZM).

3. Teorijska shvatanja o identitetu presude i optužbe

Pitanje identiteta optužbe i presude predstavlja jedno od najsloženijih pitanja krivičnog postupka, za teoriju, ali i za sudsku praksu. Prema starijem teorijskom shvatanju identitet postoji ako se presuda odnosi na isti *događaj iz prošlosti*. Presuda se mora odnositi na delo iz optužnice, i ona se donosi na temelju činjenica, utvrđenih na glavnom pretresu (Brkić, 2004). Na osnovu tog shvatanja sud može presudom obuhvatiti sve radnje izvršenja (kod produženog krivičnog dela), iako nisu obuhvaćene optužbom. Takođe, može se presuditi za dovršeno krivično delo, bez obzira što je okrivljeni optužen za pokušaj. Izmene činjeničnog opisa optužnog akta mogu ići i u korist i na štetu okrivljenog, zavisno od onoga što bude utvrđeno na glavnom pretresu. Ovo shvatanje je zasnovano na načelu materijalne istine.

Uže shvatanje identiteta presude i optužbe, dominantno u teoriji od druge polovine 20. veka, zasnovano je na doslednom sprovođenju načela akuzatornosti. Prema pristalicama užeg shvatanja, istovetnost postoji ako je predmet presude *drukčije delo* u odnosu na optužbu, a ne postoji ako je reč o *drugom* delu. Prema teoriji, delo je drukčije ako je u suštini ostalo isto. Izmene se mogu kretati u opsegu drugog vida krivičnog dela. Primera radi, teška telesna povreda i laka telesna povreda, teško ubistvo i ubistvo, razbojništvo i krađa predstavljaju drukčija dela (Grubiša, 1960: 601–618). To podrazumeva mogućnost izmena u pogledu nekih okolnosti pod kojima je delo izvršeno, kao što su mesto, vreme, sredstvo izvršenja, ukoliko to nisu elementi bića samog krivičnog dela. Ne pred-

stavlja prekoračenje optužbe ni ako je u presudi optužba samo precizirana, ili dodatno konkretizovana, ili ako je utvrđeno da je reč o delu u sticaju. Pritom, delo koje je obuhvaćeno presudom ne sme biti teže po okrivljenog. Suprotno, sud može presudu zasnovati na blažem, drukčijem delu, u odnosu na činjenični opis iz optužnog akta. Ako nije dokazano postojanje neke kvalifikatorne okolnosti, može se presuditi za osnovni oblik, umesto za kvalifikovani oblik krivičnog dela. Isto se odnosi na utvrđenu lakšu posledicu, ili za manji iznos pribavljene imovinske koristi (Bajović, 2013: 204).

Navedene izmene ne predstavljaju prekoračenje optužbe ako ne predstavljaju *drugo* krivično delo. O drugom delu je reč ako se ono suštinski razlikuje od dela koje se okrivljenom stavlja na teret, na primer pomoć učiniocu nakon izvršenog krivičnog dela i držanje opojne droge.⁶ Pritom, prekoračenje optužbe postoji, bez obzira da li je reč o lakšem ili težem krivičnom delu. Uža koncepcija favorizuje načelo optužbe na uštrb apsolutnog važenja načela istine.

Uže i šire shvatanje vezanosti presude optužbom dolazi do izražaja u uporednom pravu. Jedno od najužih shvatanja zastupljeno je u procesnom zakonu Italije. Prema odredbi iz člana 477, drugo delo postoji i kada sud utvrdi činjenice, koje preciziraju optužbu, poput sredstva, načina, mesta ili vremena izvršenja krivičnog dela. Na drugoj strani, nemački procesni kodeks usvaja najširu koncepciju. Predmet presude može biti krivično delo iz optužnice, onako kako je utvrđeno izvođenjem dokaza na glavnom pretresu (član 264. stav 1). Iz navedene odredbe proizlazi da je modifikacija činjeničnog opisa iz optužnog akta moguća i u pogledu odlučnih činjenica, nezavisno od toga da li je to povoljnije po okrivljenog (Pfeiffer, 2002: 700).

U novijoj procesnoj teoriji pojavila se teorija činjeničnih skupova (Majić, 2011: 85–105). Ova teorija predstavlja najrigidnije tumačenje vezanosti presude optužbom. Tužilac u činjeničnom opisu optužnog akta postavlja činjenični skup koji u presudi mora ostati isti. Činjenični skup optužbe sastoji se iz podskupova koje čine obeležja bića krivičnog dela, zatim kvalifikatorne i privilegujuće okolnosti, kao i ostali elementi, poput vremena, mesta, zatim sredstvo kojim je izvršeno krivično delo. Modifikacije elemenata koji čine obeležje bića krivičnog dela su moguće samo ako predstavljaju užu kategoriju (podskup), u odnosu na činjenični skup iz optužnog akta.⁷ Izmene su, takođe, moguće, ako predstavljaju umanjeње nastupele posledice izvršenja krivičnog dela, po kvantitetu. Prema ovom principu moguće su modifikacije u stepenu krivice. Uračunljivost se može, u presudi, zameniti smanjenom računljivošću, a direktni umišljaj eventualnim

6 Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Kž.1 1267/05 od 3. 11. 2005.

7 Tipičan primer je odnos između teške krađe i krađe, jer se u svakoj teškoj krađi sadrže svi elementi krađe.

umišljajem. Nasuprot tome, eventualni umišljaj iz optužbe nije moguće zameniti svesnim nehatom u presudi, jer nisu u odnosu skupa i podskupa, već delimično ukršteni skupovi. Kvalifikatorne okolnosti iz optužbe sud može izostaviti, ili ih umanjiti po kvantitetu, ali ne može dodavati, niti menjati jedne, drugim kvalifikatornim okolnostima. Privilegujuće okolnosti, prema ovoj teoriji, sud može dodavati, iako nisu navedene u optužnom aktu. Modifikacije su, takođe, moguće po pitanju ostalih elemenata, poput vremena, mesta i sredstva.

Sud, prema ovom shvatanju, takođe može okrivljenog osuditi za lakše krivično delo, obuhvaćeno činjeničnim opisom iz optužbe, ako je to utvrđeno na glavnom pretresu. Suprotno nije moguće, te se činjenični skup iz optužnog akta ne sme proširivati na štetu okrivljenog ako tužilac ne izmeni ili dopuni optužni akt. Razlika između teorije koja pravi razliku između drukčijeg i drugog dela i ove teorije sastoji se u mogućnosti dopune činjeničnog opisa optužbe, ako to ne dovodi do drugačije pravne kvalifikacije. To bi bila pitanja vrednosti oduzete stvari ili iznosa pribavljene imovinske koristi. Dok su, prema prvoj teoriji takve modifikacije moguće, teorija činjeničnih skupova ih ne dopušta, jer predstavljaju prekoračenje činjeničnog skupa optužbe.

Smatramo da teorija činjeničnih skupova na suviše rigidan način postavlja mogućnosti modifikacija optužbe. Ako se tokom dokaznog postupka iznos pribavljene imovinske koristi utvrdi u iznosu koji se razlikuje od iznosa navedenog u optužnom aktu, time ne dolazi do prekoračenja optužbe. Do toga bi jedino moglo doći ako bi time delo dobilo kvalifikovani oblik, umesto osnovnog, te samim tim, težu pravnu kvalifikaciju po okrivljenog. Isto se odnosi na druge moguće modifikacije posledice izvršenja krivičnog dela. Teorija činjeničnih skupova ne dopušta činjenične modifikacije izvan skupa definisanog optužbom, što predstavlja previsoku branu utvrđivanja istine u krivičnom postupku. Stoga se u pogledu činjeničnih modifikacija priklanjamo teoriji drugog i drukčijeg dela. Izmene u činjeničnom opisu iz optužnog akta su moguće sve dok ne dovode do drugog dela, kao i do teže pravne kvalifikacije po okrivljenog.

4. Prekoračenje optužbe u sudskoj praksi

U praksi sudova su se iskristalisale situacije koje predstavljaju prekoračenje optužbe, i samim tim, bitnu povredu odredaba krivičnog postupka (Majić, 2011: 85–105). Sud će prekoračiti predmet optužbe ako okrivljenog osudi za krivično delo čiji je individualni i grupni zaštitni objekt različit od krivičnog dela koje je definisano činjeničnim opisom optužnog akta. Primera radi, ako je okrivljeni umesto ubistva u pokušaju osuđen za izazivanje opšte opasnosti. Kod krivičnog dela ubistva je grupni zaštitni objekt život i telo čoveka, a pojedinačni život čoveka, za razliku od opšte sigurnosti ljudi i imovine, odnosno sigurnosti čoveka

i imovine kod krivičnog dela izazivanje opšte opasnosti. Identitet presude i optužbe je prekoračen ako je okrivljeni osuđen za krivično delo izazivanje opšte opasnosti, a bio je optužen za izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti stoga što ova dva krivična dela imaju različit zaštitni objekt.⁸

Prekoračenje predmeta optužbe je moguće i u slučaju ako je grupni zaštitni objekt isti, ali se razlikuje individualni zaštitni objekt. Prema judikaturi hrvatskih sudova, ako se okrivljenom stavlja na teret izvršenje krivičnog dela razbojništvo, a oglašen je krivim za krivično delo nasilničko ponašanje, došlo je do povrede identiteta presude i optužbe. Iako je grupni zaštitni objekt ovih dela, prema Kaznenom zakonu Hrvatske, javni red i pravni saobraćaj, individualni zaštitni objekt je u prvom slučaju život, telo i imovina, a u drugom slučaju spokojstvo građana.⁹ Praksa sudova u Hrvatskoj nema jedinstveni stav u slučaju optuženja za krivično delo teške telesne povrede a presuđenja za krivično delo učestvovanja u tuči. Jedan stav je da učestvovanje u tuči predstavlja neodređeno nanošenje telesne povrede u subjektivnom smislu, te ne bi postojalo prekoračenje optužbe.¹⁰ Suprotan stav je da u ovom slučaju postoji prekoračenje.¹¹

U pojedinim slučajevima se prekoračenje optužbe obrazlaže primenom teorijskog koncepta „drugog dela“. Sud je prekoračio optužbu ako je okrivljenog koji je bio optužen za krivično delo pomoći učiniocu posle izvršenog krivičnog dela osudio za neovlašćeno držanje opojnih droga, jer je reč o drugom delu.¹² Sudska praksa „drugim delom“ smatra izmenu blanketne norme, na koju se tužilac pozvao u optužnom aktu drugom blanketnom normom, posebno kod povrede saobraćajnih propisa.¹³ Do prekoračenja optužbe, takođe, može doći kad sud izmeni oblik krivice, za koji se optužbom tereti okrivljeni, ako takva modifikacija ide na štetu okrivljenog. To bi bilo preinačenje eventualnog umišljaja iz optužnog akta u direktni umišljaj, u presudi suda. Suprotno, preinačenje oblika krivice iz težeg u lakši oblik ne predstavlja prekoračenje optužbe. Shodno tome, optužba nije prekoračena time što je u presudi navedeno da je okrivljeni krivično delo nepružanja pomoći izvršio iz nehata, iako je u optužnici stajalo da je reč o umišljajnom izvršenju krivičnog dela.¹⁴ Ako sud osudi okrivljenog za teže krivično delo od onoga koje mu se optužbom stavljalalo na teret, dolazi do povrede identiteta presude i optužbe. Na primer, ako je umesto teške telesne povrede, za koju

8 Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Kž. 1. br. 149/12 od 8. 2. 2012.

9 Odluka VSH, Kž-624/88 od 8. 11. 1989. godine.

10 Odluka VSRH, I Kž-593/95 od 27. 9. 1995.

11 Odluka VSH, Kž-315/89 od 6. 12. 1990.

12 Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Kž. 1 1267/05 od 3. 11. 2005.

13 Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Kž. 1 555/06 od 28. 12. 2006.

14 Presuda Vrhovnog Suda Srbije, Kž. 1 950/08 od 22. 5. 2008.

je okrivljeni optužen, osuđen za krivično delo ubistvo u pokušaju. Pri tome, reč je o težem krivičnom delu ako sud u presudu unese neku činjenicu koja predstavlja kvalifikatornu okolnost, te zbog toga delo postaje teže. Proširenje činjeničnog opisa optužbe u subjektivnom smislu, tako da je krivično delo razbojništvo izvršeno od strane tri, umesto dva lica, predstavlja povredu identiteta presude i optužbe, stoga što na taj način delo dobija kvalifikovani oblik.¹⁵

Po pitanju oblika saučesništva, praksa nema jedinstveni stav. U delu sudske prakse je zauzet stav da se okrivljeni koji je optužen za izvršenje krivičnog dela može oglasiti krivim za pomaganje.¹⁶ Takav stav se temelji na shvatanju da je saučesništvo u užem smislu lakši oblik učešća u izvršenju krivičnog dela od (sa)izvršilaštva. Drugačije shvatanje koje nalazimo u sudskoj praksi je da se okrivljeni može oglasiti krivim za (sa)izvršilaštvo, bez obzira što je optužen za saučesništvo, u bilo kom obliku.¹⁷ Praksa sudova stoji na stanovištu da je reč o prekoračenju optužbe ako je okrivljeni oglašen krivim za svršeno krivično delo, a bio je optužen za pokušaj izvršenja krivičnog dela.¹⁸

Nekonzistentnost sudske prakse dolazi do izražaja po pitanju modifikacija nekih sporednih elemenata krivičnog dela, poput mesta, ili vremena. U nekim slučajevima je utvrđeno prekoračenje optužbe time što je sud izmenio vreme izvršenja krivičnog dela u odnosu na optužni predlog,¹⁹ dok u drugim odlukama prekoračenje optužbe nije utvrđeno, iako je u presudi izmenjeno vreme i mesto izvršenja krivičnog dela u odnosu na optužnicu.²⁰ Sudska praksa nema jedinstven stav ni po pitanju izmena nekih sporednih elemenata, kao što su količina ili vrednost oštećenih ili oduzetih stvari.²¹ Identitet presude i optužbe postoji kada je sud okrivljenog oglasio krivim što je dao svoje vozilo na upravljanje drugom licu koje je bilo pod uticajem alkohola, a bio je optužen da je sam izazvao saobraćajnu nezgodu upravljajući motornim vozilom pod dejstvom alkohola.²² Preinačenje namere (pribavljanje protivpravne imovinske koristi za sebe i saoptužene), sa kojom je okrivljeni preduzeo radnju izvršenja krivičnog dela iz optužnog akta,

15 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 1940/02, od 7. 10. 2003.

16 Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž. 374/05, od 7. 3. 2005.

17 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kzz. 20/02, od 12. 11. 2003.

18 Presuda Prvog opštinskog suda u Beogradu, K. br. 859/06, od 6. 6. 2006.

19 Rešenje Višeg privrednog suda, Pkž. 768/99 od 17. 2. 2000.

20 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. I-607/04/1 od 9. 9. 2004.

21 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 2346/03, od 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-prekrasajno%2Fidentitet-presude-i-optuzbe.doc&ei=izSyVJT0KoeCzAPA64HoCg&usg=AFQjCNEdzSP5l_QkKeuB6EvKNLbC_IK68g&bvm=bv.83339334,d.bGQ (preuzeto: 10.01.2015.godine).

u nameri da se pribavi imovinska korist za pravno lice, u presudi takođe prema stavu sudske prakse predstavlja prekoračenje optužbe.²³ Najzad, do prekoračenja optužbe dolazi ako je sud u presudi dodao značajnu kriminalnu količinu, čime je izmenio suštinu činjeničnog opisa iz optužnog akta. Ako je sud izostavio činjenice koje predstavljaju elemente bića krivičnog dela pronevere (prisvajanje pokretnih stvari koje su poverene okrivljenom u službi), a dodao činjenice koje predstavljaju elemente bića krivičnog dela nesavesnog rada u službi (propuštanje dužnog nadzora), prekoračio je optužbu.²⁴

5. Situacije u kojima prema judikaturi nema prekoračenja optužbe

Iz prakse sudova, na drugoj strani, mogu se klasifikovati pojedini slučajevi u kojima nema povrede identiteta presude i optužbe. Najčešće je reč o blažoj kvalifikaciji. Nema povrede identiteta presude i optužbe ako je okrivljeni osuđen za ubistvo, nasuprot optužbi za ubistvo iz bezobzirne osvete.²⁵ Optužba nije prekoračena ako sud okrivljenog oglasi krivim za blaže krivično delo u odnosu na optužbu. Delo je kvalifikovano po blažem zakonu, ako je umesto razbojništva delo kvalifikovano kao iznuda.²⁶ Do povrede identiteta presude i optužbe, takođe, ne dovodi detaljniji opis radnje izvršenja krivičnog dela, kao i posledica nastalih po oštećenog.²⁷ To ne utiče na pravnu ocenu dela, već služi utvrđivanju krivice okrivljenog i koristi se prilikom odmeravanja kazne. Ni izostavljanje pojedinih, nebitnih činjenica koje nisu dokazane na glavnom pretresu ne dovodi do prekoračenja optužbe ako je delo ostalo isto.²⁸ U nekim odlukama sudova ističe se da nema prekoračenja optužbe ako je sud u presudi drugačije označio uzrok saobraćajne nezgode u odnosu na optužni akt.²⁹ Do istog zaključka sudska praksa je došla kada je sud u presudi naveo drugu, alternativno propisanu radnju izvršenja istog krivičnog dela.³⁰

23 Presuda Vrhovnog suda Hrvatske br. 1 KŽ-386/00 – 3.

24 Presuda VSRH, KŽ-27/97 od 4. 5. 1999. godine.

25 Presuda Okružnog suda u Banjaluci, broj K-16/03 od 27. 10. 2008.

26 Presuda Vrhovnog suda Srbije, KŽ. 1 621/05 od 6. 9. 2005.

27 Presuda Četvrtog opštinskog suda u Beogradu K.828/01 od 3.6.2003 i Presuda Vrhovnog suda Srbije, KŽ. 1 2236/03 od 4. 2. 2004.

28 Presuda Okružnog suda u Banjaluci, broj 011-0-KŽ-K-07-000015 od 29. 8. 2007. U konkretnom slučaju je sud izostavio iz činjeničnog opisa krivičnog dela nasilje u porodici činjenice da je okrivljeni oštećenu uhvatio za ruku, izgurao iz kuće i udario jedanput otvorenim dlanom.

29 Presuda Okružnog suda u Beogradu KŽ. 529/05 od 9. 3. 2005.

30 Presuda Drugog opštinskog suda u Beogradu K. 1261/02 od 12. 9. 2006.

Sasvim opravdano, sudska praksa je na stanovištu da nema povrede identiteta presude i optužbe ako su u presudi dodate činjenice koje ukazuju da je okrivljeni izvršio krivično delo u prekoračenju nužne odbrane.³¹ Na istom kursu je stav prakse da nema prekoračenja optužbe ako je činjenično stanje upodobljeno u delu koji se odnosi na psihičko stanje okrivljenog u vreme izvršenja krivičnog dela.³² Čest slučaj u praksi predstavlja situacija kada na osnovu činjenica, utvrđenih na glavnom pretresu, proizlaze elementi bića krivičnog dela učestvovanje u tuči, umesto optužbe za krivično delo teška telesna povreda, stoga što nije moguće utvrditi ko je od učesnika u tuči naneo povrede oštećenom. Slična je situacija kada bude utvrđen umišljaj da se nanese teška telesna povreda umesto umišljaja da se liši života, što je konstitutivni element krivičnog dela ubistvo.³³ U navedena dva slučaja, razume se, ne postoji prekoračenje optužbe. Nema prekoračenja optužbe ni ako sud nije doneo odluku o troškovima postupka, jer se o tome može odlučiti posebnim rešenjem. U pogledu imovinskopravnog zahteva nema povrede identiteta ako sud nije rešio o ovom zahtevu oštećenog, stoga što sud nema obavezu da rešava o tome, već oštećenog može uputiti na parnicu. Do bitne povrede odredaba postupka došlo bi jedino u situaciji ako je imovinskopravni zahtev jedno od bitnih obeležja krivičnog dela (Garačić, 2004).

Sudska praksa je stala na stanovište da nema povrede identiteta presude i optužbe, u subjektivnom smislu, kada je neko lice optuženo da je krivično delo izvršilo, u svojstvu saučesnika, a sud ga oglasi krivim kao izvršioca.³⁴ Ukoliko se posmatra kao subjektivni identitet, stav suda može biti prihvatljiv, stoga što je lice koje je oglašeno krivim prethodno obuhvaćeno optužnim aktom. U suprotnom, ako se problem posmatra sa objektivne strane, reč je o prekoračenju optužbe. Radnja izvršenja krivičnog dela koju preduzimaju saučesnici (podstrekači, pomagači), suštinski se razlikuje od delatnosti koju preduzimaju (sa)izvršiooci. Stoga je, u konkretnom slučaju, okrivljeni oglašen krivim za preduzimanje delatnosti koja nije obuhvaćena optužbom, te okrivljeni nije imao mogućnost da se od takve optužbe brani. Povrh svega, preinačenje saučesništva u saizvršilaštvo je, nesporno, teža kvalifikacija, s obzirom na propisane teže sankcije za izvršioce. Iz navedenog proizlazi da je ovakve slučajeve, u praksi sudova, potrebno tumačiti iz ugla objektivnog, a ne subjektivnog identiteta.

31 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž.1 812/04 od 6. 10. 2004.

32 Presuda Osnovnog suda u Somboru broj K.1581/12 od 12. 7. 2013. godine i presuda Apelacionog suda u Novom Sadu broj Kž. 1-1685/13 od 12. 7. 2013. godine. U konkretnom slučaju, sud je u presudi naveo da je okrivljeni, u vreme izvršenja krivičnog dela postupao u stanju smanjene računljivosti do stepena bitnog, ali ne i bitno, usled alkoholisanosti.

33 Presuda Okružnog suda u Banjaluci, broj 011-0-K-07-000 004 od 22.10.2007.

34 Presuda Vrhovnog suda Srbije Kžž 20/02, od 12. 11. 2003. godine.

6. Zaključak

Vežanošću presude optužbom omogućava se delotvorno ostvarivanje prava okrivljenog na odbranu. U suprotnom, pravna sigurnost okrivljenog bila bi ozbiljno narušena ako bi sud imao pravo da menja činjenični opis iz optužnog akta. To bi, takođe, predstavljalo prekoračenje pravila da nema suđenja bez tužbe, kao i narušavanje načela monofunkcionalnosti. Upravo je pravo na odbranu ključ rešavanja dilema oko prekoračenja optužbe. Do prekoračenja optužbe dolazi kada sud u presudi izmeni činjenično stanje iz optužbe na način da je time pravo da odbranu dovedeno u pitanje. Navođenje u presudi onih činjenica koje odbrani okrivljenog nisu bile predočene, predstavlja, samim tim, i prekoračenje optužbe. Prema tome, Rubikon prekoračenja optužbe nalazi se između prava okrivljenog na odbranu, sa jedne strane, i načela istine, sa druge strane. Neograničena težnja za istinom, u krivičnom postupku, predstavlja prelazak Rubikona, čime se narušava osnovno pravo okrivljenog. Prilikom rešavanja dileme da li je optužba prekoračena, treba se takođe rukovoditi premisom da je sud vezan za činjeničnu osnovu optužbe. Sve što spada u pravnu kvalifikaciju ne veže sud. Treba imati u vidu da tu nije reč isključivo o zakonskom nazivu krivičnog dela, već i o svim drugim krivičnopravnim institutima (umišljaj, nehat, saučesništvo, pokušaj itd.). Razmatranje prekoračenja optužbe, uzimajući u obzir dve osnovne uporišne tačke na koje smo skrenuli pažnju, umnogome bi olakšalo donošenje odluke o ovom pitanju, koje predstavlja kamen spoticanja sudske prakse. Na taj način bi došlo do ujednačavanja sudske prakse, što do sada nije bio slučaj.

Literatura

Bajović, V, (2013), Objektivni identitet presude i optužbe, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1, str. 198–222.

Brkić, B, (2004), Identitet između presude i optužbe, Hrvatska pravna revija, broj 4, tekst dostupan na: http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/BrkicB_Identitet-izmedju-presude-optuzbe_2004.pdf, pristup: 3.1.2015. godine.

Garačić, A, (2004), Zahvati suda u činjenični opis optužbe, Odvjetnik, broj 9–10, tekst dostupan na: http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/AGaracic-Zahvati_suda_u_cinjenicni_opis_optuz.PDF, pristup: 22.12.2014. godine.

Grubiša, M, (1960), Pravila za praktično rešavanje pitanja objektivnog identiteta presude i optužbe, Naša zakonitost, br. 11–12, str. 601–618.

Knežević, S, (2010), Maloletničko krivično pravo – materijalno, procesno i izvršno, Niš

Knežević, S, (1999), Vežanost presude optužbom, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 38–39, str. 170–179.

Majić, M, (2011), Činjenični identit presude i optužbe: preispitivanje granica dozvoljenog odstupanja, Bilten Vrhovnog kasacionog suda, br. 2, str. 85–105.

Petrić, B, (1980), Identitet optužbe i presude u krivičnom postupku, Pravni život, br. 6–7, str. 13–27.

Pfeiffer, G, (2002), StPO, Kommentar 4. Auflage, München

Radulović, D, (2014), Identitet presude i optužbe i kaznena politika sudova, Kaznena politika kao instrument državne politike i kriminalitet, Banja Luka, str. 71–79.

Hirjan, F, Singer, M, (1987), Maloljetnici u krivičnom pravu, Zagreb.

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 Act¹; the 2012 Promissory Note Act²; the Financial Discipline Act³, the Act amending the Promissory Note Act⁴, the Act on Extrajudicial settlement⁵, 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 legislations⁶ and some other EU membership aspiring countries⁷ 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 times of economic crisis when the access to financing sources is more difficult. Therefore, by adopting multiple legal decisions, the public authority justifies

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).

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 corporate 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 corporate 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 corporate sector claim was on average charged within 125 days⁸.

We should not forget that the preamble of the Directive 2011/7/EU⁹ underscores the protection of business subjects, particularly small and medium-sized business entities. The protection is twofold: (1) protection of business entities from other business entities, and (2) protection of business entities from public law entities (Shafranko, 2012, 1231). This means that the Directive does not envisage

8 It is not clear why the Report on financial stability in the Republic of Macedonia in 2012 states that claims within the corporate sector were charged in 125 days on the average, while the Report of 2013 states that corporate 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

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 sector¹⁰; 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 defined¹¹ 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.

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

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

amount of 300.000 denars and more, if legal conditions are met¹². Any breach of this obligation resulted in infringements as well as criminal liability¹³. 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 illiquidity¹⁴ or insolvency¹⁵, 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 settlement¹⁶. 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 1st May 2014. It is a relatively brief legal text but it is very important both for "private sector economic operators"¹⁷ and "public sector subjects"¹⁸ 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 Act¹⁹)? 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 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

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

acceptance of fulfillment by the creditor²⁰. 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 invoice²¹. Another disputable issue is *when the creditor will be considered 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 invoi-

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

ces 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 contract²² 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 7²³ 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 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*

22 It refers to the private sector economic operators.

23 Article 3 (5) of the Directive 2011/7/EU

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 Act²⁴*, 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."

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*

24 Official Gazette of RM, 136/2007

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 1st 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*. Ppeyzero 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>

Mr. Sci. Orde Gjorgjioski

Zakonodavstvo o sprečavanju kasnog plaćanja u Republici Makedoniji i preporuke za delovanje privrednih subjekata

Sažetak

Cilj ovog rada je analiza novog Zakona o finansijskoj disciplini Republike Makedonije, koji je stupio na snagu 1. maja 2014. godine, i stepena usklađenosti ovog zakona sa Direktivom 2011/7/EU o sprečavanju kasnog plaćanja u poslovnim transakcijama. Na osnovu identifikovanih nedostaka ovog zakona, autor ukazuje na neophodnost donošenja boljih zakonskih rešenja u okviru nacionalnog zakonodavstva o sprečavanju kasnog plaćanja dospelih obaveza u poslovnim transakcijama. Pored primene novog zakonodavstva kojim se reguliše kasno plaćanje dospelih obaveza u poslovnim transakcijama, autor naglašava potrebu da se u regulisanju obligacionih odnosa strankama garantuje princip slobode dogovaranja, tj. takozvani princip autonomije volje. U Republici Makedoniji često nema dovoljno fleksibilnosti u regulisanju rokova za ispunjenje finansijskih obaveza. Princip autonomije volje ugrožava se pokretanjem postupaka o finansijskoj disciplini, uprkos činjenici da osnovni cilj ovog zakona nije zaštita subjekata iz javnog sektora već zaštita privrednih subjekata, prvenstveno malih i srednjih preduzeća. U tom kontekstu, nastojanje autora da sprovede detaljno istraživanje na ovu temu je više nego opravdano s obzirom da se radi o relativno novom načinu regulisanja rokova za ispunjenje finansijskih obaveza u poslovnim transakcijama, koji je sadržan u zakonodavstvu Evropske unije kao i u nacionalnim zakonodavstvima država koje nastoje da postanu članice Evropske unije.

Ključne reči: *finansijska disciplina, transakcija, kasno plaćanje, autonomija volje, rokovi.*

POSTUPAK DODJELA KONCESIJA PREMA ZAKONU O KONCESIJAMA REPUBLIKE SRPSKE

Apstrakt: Godine 2002. stupio je na snagu Zakon o koncesijama Republike Srpske, čime su koncesije, izdvajanjem iz Zakona o stranim ulaganjima, dobile mnogo veći značaj. Praksa je nametnula česte izmjene ovog Zakona, da bi 15. jula 2013. godine bio donesen novi Zakon o koncesijama Republike Srpske. Postojeći propisi o koncesijama u Bosni i Hercegovini rađeni su po savremenim svjetskim standardima, ali ipak ne daju dovoljne garancije stranim investitorima da ulažu svoj kapital u infrastrukturne objekte u našoj zemlji. Znači, koncesije su jasno definisane, ali postoji niz drugih razloga koji utiču na ulaganje stranog kapitala, odnosno na zaključenje ugovora o koncesiji, a to su prije svega stabilna politička klima i ekonomska sigurnost.

Gljučne riječi: koncesija, politika dodjele konceije, postupak dodjele koncesije.

1. Uvod

Posmatrano kroz istoriju, pod pojmom koncesije podrazumijevala se privilegija, dok je izraz vremenom poprimio šire značenje, te obuhvatao sve slučajeve preduzetničkih, tj. obrtničkih dozvola. Značenje ove riječi je u 20. vijeku ograničeno na klasično ustupanje nekog prava od strane javne vlasti, tj. države, fizičkom ili pravnom licu (Dabić, 2002: 110). Posmatrajući koncesiju kroz jezičko značenje, ova riječ je nastala od latinske riječi *concession*, koja znači ustupanje, odobrenje, dopuštenje, davanje povlastice, ustupka itd. Slični su pojmovi kako u njemačkoj pravnoj terminologiji (Konzession), tako i u engleskoj (concession), talijanskoj (concesione), i upotrebljavaju se u istom značenju. Francuski teoretičar Leon Duguit definisao je koncesiju kao akt kojim jedno javnopravno tijelo (država, pokrajina, opština, kolonija) stavlja, na osnovu njegovog pristanka, jednom pojedincu, obično nekom društvu, u dužnost osigurati funkcionisanje jedne javne

* kladia1980@gmail.com

službe pod određenim uslovima. Pritom, ovakva definicija može se uzeti kao opšte shvatanje koncesije u svim modernim državama toga vremena s manjim razlikama u pojedinostima (Duguit, 1929: 134–135). Neophodno je spomenuti i njemačkog teoretičara Fischera koji je smatrao da su koncesije pravni odnos između države (koncedenta) i pravnog ili fizičkog lica (koncesionara) u kojem država ustupa pravnom ili fizičkom licu pravo iskorištavanja nekog prirodnog bogatstva ili obavljanje neke javne službe (Fisher, 1974: 35).

Prema važećem Zakonu o koncesijama Republike Srpske, koncesije se definišu kao pravo obavljanja privrednih djelatnosti korišćenjem javnih dobara, prirodnih bogatstava i drugih dobara od opšteg interesa, kao i pravo na obavljanje djelatnosti od opšteg interesa, a to pravo se ustupa koncesionaru na određeno vrijeme, pod uslovima propisanim ovim zakonom, uz plaćanje koncesione naknade.¹

Predmet koncesije može biti svaka privredna djelatnost, i uglavnom se radi o oblastima koje država iz određenih razloga ne može ili neće sama da vrši, pa ih zbog toga prenosi na drugo lice uz odgovarajuću naknadu, i na taj način se ostvaruju javni interesi i obezbjeđuje se funkcionisanje javnih službi i privrednog razvoja. U Zakonu o koncesijama Republike Srpske taksativno je nabrojano šta može biti predmet koncesije.² Bitno je istaći da postoje zakonodavstva koja ne određuju izričito šta može da bude predmet koncesije. Takav je npr. Zakon o koncesijama Makedonije prema kojem predmet koncesije mogu da budu samo opšta dobra koja su utvrđena Ustavom Makedonije, odnosno sva prirodna bogatstva države, biljni i životinjski svijet. Dobra u opštoj upotrebi, kao i predmeti i objekti od posebnog kulturnog i istorijskog značaja, određeni zakonom, dobra su od opšteg interesa za državu i uživaju posebnu zaštitu (Šećković, 2001: 24). S druge strane, u pojedinim zakonodavstvima, određeni sektori uopšte ne mogu biti predmetom koncesije. Tako, npr. u Zakonu o koncesijama Republike Hrvatske izričito se navodi da se koncesija ne može dati na šumama i šumskom zemljištu u vlasništvu Republike Hrvatske, kao i na drugim dobrima utvrđenim posebnim propisima.³

1 Zakon o koncesijama Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, broj: 59/13, čl. 2. Definicija koncesija u novom zakonu proširena je u odnosu na prethodni Zakon koji je koncesije odredio kao pravo obavljanja privrednih djelatnosti korišćenjem prirodnih bogatstava, dobara u opštoj upotrebi i obavljanja djelatnosti od opšteg interesa određenih istim zakonom.

2 Zakon o koncesijama Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, broj: 59/13, čl. 6 st. 1. Iako na jasan način precizira šta može biti predmet koncesija, ne spominje šume i šumsko zemljište. Međutim, stav 2 istog člana, u kojem se navodi da „predmet koncesije može biti korišćenje i drugih dobara od opšteg interesa i pružanje javnih usluga, u skladu sa propisima kojima se uređuje određena privredna ili druga oblast”, upućuje na drugačiji zaključak.

3 Zakon o koncesijama Republike Hrvatske, *Narodne novine*, broj: 143/12 čl. 5 st. 3.

Iako postoje brojni kriteriji po kojima se koncesije mogu razlikovati, ovdje ćemo spomenuti jedan poseban oblik koncesije – B.O.T. sistem, koji se može posmatrati i kao jedan od oblika javno-privatnog partnerstva⁴. Ovaj sistem predstavlja poseban model uključivanja privatnog kapitala u realizaciju projekta, uglavnom u oblastima koje su pod kontrolom javnog sektora, a pritom država nema finansijska sredstva da sama ulaže u te projekte. Ovaj model ulaganja odvija se u više faza – od finansiranja, projektovanja, izgradnje i opremanja, korišćenja uz nadoknadu i predaje objekta državi – koncedentu po isteku ugovorenog perioda. B.O.T. model se zasniva na projektnom finansiranju (sam projekat ostvaruje prihod) (Popović, Vukadinović 2005: 242). Skraćenica B.O.T. nastala je od engleskih riječi build – izgradi, operate – koristi i transfer – predaj. Ukoliko se država odluči za ovaj vid finansiranja, u poziciji je da bez angažovanja svojih sredstava dobija objekte od velikog značaja, iako na određeno vrijeme neće imati pravo njihove eksploatacije, jer to čini koncesionar da bi ostvarajući dobit vratio uloženi kapital.

Bosna i Hercegovina, a samim tim i Republika Srpska, Federacija Bosne i Hercegovine i Brčko Distrikt, „prinučeni“ su da posežu za stranim investicijama, jer ono što je karakteristično za domaću privredu je opšta stagnacija, nizak društveni brutoproizvod, visoka stopa nezaposlenosti, nizak stepen korišćenja proizvodnih kapaciteta, deficit u spoljnoj trgovini, povećavanje inostrane zaduženosti itd. Shodno navedenom, država nema dovoljno sredstava iz javnih izvora, pa se strana ulaganja, samim tim i koncesije, javljaju kao dobar vid finansiranja projekata za koje država ne može obezbijediti dovoljno sredstava.

U Bosni i Hercegovini situacija je kompleksnija nego što je to slučaj sa drugim zemljama u regionu. Zakon o koncesijama BiH donesen je u septembru 2002. godine, nekoliko mjeseci poslije donošenja Zakona o koncesijama Republike Srpske i Zakona o koncesijama Federacije BiH, a pri tome svaki kanton u Federaciji BiH ima svoj posebni Zakon o koncesijama. Pored ovih zakona, postoji niz drugih zakona, koji kao *lex specialis* uređuju pojedine vrste koncesija. Upravo iz razloga što su zakoni na nivou entiteta doneseni prije državnog, pojedini teoretičari smatraju da nije bilo adekvatnog normativnog regulisanja ove materije u našoj državi.

2. Politika i postupak dodjele koncesija

Politika dodjele koncesija obuhvata mjere i aktivnosti koje imaju za cilj uspostavljanje i održavanje efikasnog sistema dodjele koncesija, zaštitom i održivim korišćenjem javnih dobara, prirodnih bogatstava i drugih dobara od opšteg interesa, unapređivanjem djelatnosti koje su predmet koncesija, te ostvarivanjem

4 Zakon o javno-privatnom partnerstvu u Republici Srpskoj, Službeni glasnik RS, broj: 59/09

najpovoljnijih finansijskih i ekonomskih efekata za stvaranje održivog razvoja i ostvarivanje direktnih i indirektnih koristi za Republiku Srpsku.

Politika dodjele koncesija uređuje se i sprovodi Dokumentom o politici dodjele koncesija, koji sadrži opis privrednih i drugih oblasti u kojima se mogu dodjeljivati koncesije, ciljeve i prioritete, vrste B.O.T. i drugih modela za dodjelu koncesije, elemente za izradu studije, kao i mjere i aktivnosti koje se preduzimaju radi ostvarivanja dugoročnih ciljeva u oblasti koncesija, utvrđenih strateškim i drugim planskim dokumentima.

Prema Zakonu o koncesijama Republike Srpske, koncesija se dodjeljuje na tri načina i to: na osnovu inicijative nadležnog organa, inicijative zainteresovanog lica i ponude u pregovaračkom postupku.⁵

2.1. Inicijativa nadležnog organa

Pokretanje postupka dodjele koncesija od strane nadležnog organa započinje time da nadležni organ, u skladu sa Dokumentom o politici i drugim strateškim i razvojnim dokumentima za pojedine privredne oblasti, predlaže donošenje odluke o pokretanju postupka dodjele koncesije. Ako je za predmet koncesije nadležno dva ili više organa, prijedlog odluke podnosi organ u čijoj je pretežnoj nadležnosti predmet koncesije, uz prethodno pribavljenu saglasnost drugog organa. Uz prijedlog odluke prilaže se izvod iz prostorno-planske dokumentacije, zapisnik o posjeti lokaciji na kojoj bi se vršila koncesiona djelatnost i dokaz o stanju u javnim evidencijama o nepokretnostima na kojima se predlaže obavljanje koncesione djelatnosti.

Prije predlaganja odluke o pokretanju postupka dodjele koncesije, nadležni organi vrše konsultacije i pribavljaju mišljenja organa, javnih preduzeća i drugih institucija u čijoj nadležnosti je izdavanje odobrenja, dozvola i saglasnosti potrebnih za realizaciju predmeta koncesije, a za koncesije za čiju dodjelu je nadležna Vlada i mišljenje jedinice lokalne samouprave na čijoj teritoriji će se obavljati koncesiona djelatnost. Ukoliko je nekretnina na kojoj će se obavljati privredna djelatnost za koju se namjerava dati koncesija u svojini Republike ili jedinice lokalne samouprave, pribavlja se i mišljenje Pravobranilaštva Republike Srpske.

Odluku o pokretanju postupka dodjele koncesije donosi Vlada, odnosno skupština jedinice lokalne samouprave kao koncedent i objavljuje se u Službenom glasniku Republike Srpske.

Nadležni organ može da izradi *studiju* ili da od ponuđača u javnom pozivu zahtijeva da izradi studiju koja obavezno sadrži elemente propisane Dokumentom o politici. Za izradu studije nadležni organ može angažovati referentna, domaća

⁵ Zakon o koncesijama Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, broj: 59/13, čl. 9–11

ili strana, privredna društva ili druga pravna lica koji u tom slučaju moraju ispunjavati uslove za izradu projektne, odnosno tehničke dokumentacije iz oblasti koja je predmet koncesije, u skladu sa posebnim propisima, i prilikom čega odgovaraju za tačnost podataka, tehničkih rješenja i kvalitet izrađene studije. Studija se dostavlja Komisiji za koncesije, koja donosi rješenje o davanju saglasnosti u roku od 30 dana od prijema zahtjeva. Prilikom razmatranja studije, Komisija za koncesije može dati prijedloge za izmjenu i dopunu studije koji bi je učinili prihvatljivom.

Nadležni organ priprema *dokumentaciju za javno nadmetanje* koja sadrži javni poziv za podnošenje ponuda, opis predmeta koncesije, studiju, ukoliko je izrađena, te uputstvo ponuđačima za izradu ponude, kriterijume za vrednovanje i ocjenu ponuda, nacrt ugovora o koncesiji i druge uslove koje ponuđač mora ispuniti zavisno od predmeta koncesije. Nakon toga podnosi zahtjev Komisiji za koncesije, koja donosi *rješenje o davanju saglasnosti na dokumentaciju za javno nadmetanje* u roku od 30 dana od dana prijema potpunog zahtjeva. Prilikom razmatranja dokumentacije za javno nadmetanje, Komisija za koncesije vodi računa o svim bitnim elementima, uključujući i:

- da se kriterijumi za ocijenjivanje, postupak i izbor najuspješnije ponude na zadovoljavajući način zasnivaju na jasnim, javnim i svima dostupnim principima nediskriminacije i
- da dokumentacija za javno nadmetanje u suštinskom smislu ne odstupa od studije, ukoliko je izrađena, i odluke o pokretanju postupka dodjele koncesije.⁶

2.1.1. Javni poziv

Zavisno od predmeta koncesije javni poziv sadrži: predmet koncesije i lokaciju, kratak opis projekta, maksimalan rok trajanja koncesije, podatke o visini i obliku garancije na ime obezbjeđenja ponude i period za koji se traži, uslove, rok i način vraćanja garancije, minimalan iznos jednokratne koncesione naknade, minimalan iznos koncesione naknade za korišćenje, mogućnost promjene visine koncesione naknade, način rješavanja imovinsko-pravnih odnosa na lokaciji predviđenoj za obavljanje koncesione djelatnosti, pravo učešća na javnom pozivu, dokaze potrebne za učešće na javnom pozivu koje utvrđuje nadležni organ, adresu i rok za dostavljanje ponuda koji se određuje prema periodu potrebnom za pripremu ponude i ne može biti kraći od 30 dana niti duži od 180 dana, način dostavljanja ponude, mogućnost posjete lokaciji na kojoj će se vršiti koncesiona djelatnost, rok u kome se ponuda na javni poziv može povući, obavještenje o

6 Zakon o koncesijama Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, broj: 59/13, čl. 12-15

datumu, vremenu i mjestu otvaranja prispjelih ponuda na javni poziv, mogućnost poništenja postupka dodjele koncesije, vrijeme i način preuzimanja dokumentacije za javno nadmetanje, kao i cijenu dokumentacije, ime lica zaduženog za davanje informacija u postupku javnog poziva i druge elemente zavisno od predmeta koncesije.

Javni poziv se objavljuje u Službenom glasniku Republike Srpske, jednom dnevnom listu koji se distribuira na cijeloj teritoriji Republike i na internet stranici nadležnog organa i Komisije za koncesije. Troškove objavljivanja javnog poziva snosi nadležni organ koji objavljuje poziv, a on ga nakon objavljivanja može i izmijeniti. *Izmjena javnog poziva* objavljuje se na način na koji se objavljuje osnovni tekst javnog poziva, a rok za dostavljanje ponuda produžava se za vrijeme koje je proteklo od dana objavljivanja javnog poziva do dana objavljivanja njegove izmjene.

Zakonom su navedeni i ponuđači koji ne mogu dostaviti ponudu na javni poziv za dodjelu koncesije, a to su:

- ponuđač nad kojim je pokrenut postupak stečaja ili likvidacije,
- ponuđač ili sa njim povezani privredni subjekti sa kojim je raskinut ugovor o koncesiji krivicom koncesionara,
- ponuđač koji je oglašen odgovornim za krivično djelo u vršenju registrovane djelatnosti,
- ponuđač koji ima neizmirene poreske obaveze, u skladu sa odgovarajućim propisima i
- ponuđač koji je ustupio koncesiju trećem licu ili finansijskoj organizaciji.

Podobnost za učešće na javnom pozivu za dodjelu koncesije, u smislu nepostojanja gore navedenih smetnji, ponuđači dokazuju dostavljanjem dokaza izdatih od nadležnih organa, koji nisu stariji od četiri mjeseca od dana objavljivanja poziva.⁷

2.1.2. Otvaranje i vrednovanje ponuda

Otvaranje i vrednovanje ponuda vrši Komisija za koncesije. U postupku javnog nadmetanja razmatraju se samo blagovremeno podnesene ponude uz koje je priložena tražena dokumentacija. Neblagovremene ponude se ne uzimaju u razmatranje i vraćaju se neotvorene ponuđačima. Prilikom javnog otvaranja ponuda Komisija za koncesije vodi zapisnik koji potpisuju članovi komisije i ovlašćeni predstavnici ponuđača.

⁷ Zakon o koncesijama Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, broj: 59/13, čl. 16, 18 i 19

Prije vrednovanja ponuda, ponude se provjeravaju radi utvrđivanja mogućih nedostataka i odstupanja u odnosu na uslove određene javnim pozivom i dokumentacijom za javno nadmetanje. Ponuda uz koju nije podnesena relevantna dokumentacija tražena javnim pozivom ne uzima se u razmatranje u javnom nadmetanju. Nakon završetka javnog otvaranja, Komisija za koncesije pristupa vrednovanju ponuda na osnovu kriterijuma određenih javnim pozivom i dokumentacije za javno nadmetanje, i sačinjava rang-listu ponuđača. *Kriterijumi na osnovu kojih se vrši vrednovanje ponuda*, zavisno od predmeta koncesije, mogu biti:

- rok na koji se traži koncesija,
- ponuđeni iznos koncesione naknade,
- ponuđena cijena, odnosno tarifa za pružanje usluga,
- kvalitet usluga i mjere osiguranja njihovog kontinuiteta,
- stepen korišćenja prirodnog bogatstva,
- efekti na zapošljavanje, infrastrukturu i ekonomski razvoj,
- uticaj na životnu sredinu,
- minimalni uslovi u odnosu na kvalitet ili tehničke aspekte,
- rokovi završetka radova i
- **drugi kriterijumi** utvrđeni propisima kojima se uređuje određena privredna ili druga oblast.

Vrednovanje kriterijuma izražava se određivanjem maksimalnog broja bodova u odgovarajućem rasponu. Komisija za koncesije je dužna da, u roku do 30 dana od dana otvaranja ponuda (zavisno od složenosti predmeta koncesije, dokumentacijom za javno nadmetanje može se utvrditi i duži rok, ali ne duži od 60 dana), dostavi koncedentu *izvještaj o sprovedenom postupku* sa obrazloženom rang-listom ponuđača, zapisnik o toku postupka, koji obavezno sadrži podatke o ispunjenosti traženih uslova za svakog od ponuđača i osnovne elemente iz ponuda prema strukturi kriterijuma na osnovu kojih je izvršeno vrednovanje ponuda i prijedlog rješenja o izboru najpovoljnijeg ponuđača i dodjeli koncesije. Svu dokumentaciju Komisija za koncesije dostavlja i nadležnom organu.

Rješenje o izboru najpovoljnijeg ponuđača i dodjeli koncesije je upravni akt koji donosi koncedent, na prijedlog Komisije za koncesije ili nadležnog organa. Osnovni elementi prijedloga Rješenja su: naziv davaoca koncesije, naziv izabranog ponuđača, predmet koncesije, visina koncesione naknade, rok trajanja koncesije, rok za zaključenje ugovora, organ koji će u ime koncedenta zaključiti ugovor o

koncesiji i drugi elementi u skladu sa podacima iz dokumentacije za javno nadmetanje i prihvaćene ponude.

Koncedent odlučuje o izboru najpovoljnijeg ponuđača i dodjeli koncesije u roku od 30 dana (ako složenost koncesije to zahtijeva može produžiti rok za najviše 30 dana) od dana prijema prijedloga rješenja o izboru najpovoljnijeg ponuđača i dodjeli koncesije. Nadležni organ obavještava ponuđače u pisanoj formi o rezultatima javnog poziva u roku od osam dana od dana donošenja rješenja o izboru najpovoljnijeg ponuđača i dodjeli koncesije. Rješenje o izboru najpovoljnijeg ponuđača i dodjeli koncesije je konačno i protiv njega se može pokrenuti upravni spor, a objavljuje se u Službenom glasniku Republike Srpske i na internet stranici nadležnog organa. Ukoliko ponuđač odustane od zaključenja ugovora o koncesiji, nema pravo na povrat garancije za obezbjeđenje ponude.

Koncedent može donijeti *odluku o poništenju postupka dodjele koncesije* nakon isteka roka za dostavljanje ponuda u sljedećim slučajevima:

- ako postanu poznate okolnosti koje bi, da su bile poznate prije pokretanja postupka dodjele koncesije, uticale tako da javni poziv ne bude objavljen ili da njegova sadržina bude bitno drugačija,
- ako do isteka roka za dostavljanje ponuda nije dostavljena nijedna ponuda,
- ako nakon isključenja ponuda u postupku dodjele koncesije ne preostane nijedna prihvatljiva ponuda i
- ako se na osnovu kriterijuma za izbor najpovoljnije ponude ne može izvršiti izbor.

U tom slučaju nadležni organ obavještava ponuđače u pisanoj formi o poništenju postupka dodjele koncesije u roku od osam dana od dana donošenja odluke o poništenju postupka dodjele koncesije, a obavještenje o poništenju objavljuje se na način na koji je objavljen javni poziv.⁸

3. Inicijativa zainteresovanog lica

Drugi način dodjeljivanja koncesija je putem inicijative zainteresovanog lica. Zainteresovano lice može nadležnom organu podnijeti inicijativu za pokretanje postupka dodjele koncesije, pod uslovom da se ta inicijativa ne odnosi na koncesiju za koju je nadležni organ pokrenuo postupak dodjele koncesije. Inicijativa sadrži preliminarne podatke i informacije potrebne za procjenu postojanja javnog interesa, a obavezno:

- osnovne podatke o podnosiocu inicijative,

⁸ Zakon o koncesijama Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, broj: 59/13, čl. 17, 20–24

- opis predmeta koncesije, lokaciju, ekonomsku opravdanost ulaganja, način obezbjeđenja sredstava, obim korišćenja, opis usluga i radova i kratak opis idejnog rješenja projekta,
- izvod iz prostorno-planske dokumentacije i dokaz o stanju u javnim evidencijama o nepokretnostima,
- način rješavanja imovinskih odnosa i
- druge elemente zavisno od predmeta koncesije.

Nadležni organ po potrebi može pozvati podnosioca inicijative da precizira podatke iz inicijative ili da dostavi dodatne podatke i informacije neophodne za procjenu javnog interesa. Nadležni organ vrši konsultacije i pribavlja mišljenja u roku koji ne može biti duži od 60 dana od dana prijema inicijative. Ukoliko ocijeni da postoji javni interes za dodjelu koncesije, nadležni organ predlaže *donošenje odluke o pokretanju postupka dodjele koncesije*, a u protivnom obavještava podnosioca inicijative da inicijativa nije prihvaćena. Postupak dodjele koncesije na osnovu inicijative zainteresovanog lica sprovodi se u skladu sa odredbama koje regulišu dodjelu koncesija na inicijativu nadležnog organa. Podnosilac inicijative za dodjelu koncesije pisanim putem se poziva da učestvuje u postupku, i prilikom vrednovanja ponuda dodjeljuje mu se bonus za ponuđeno rješenje (tehnički i ekonomsko-finansijski aspekt) koji iznosi do 10% od pripadajućih bodova po svim kriterijumima za vrednovanje ponuda, a identitet ponuđača, postojanje i iznos bonusa navode se u javnom pozivu.⁹

3.1. Procjena postojanja javnog interesa

Komisija za koncesije Republike Srpske dužna je donijeti Uputstvo o procjeni javnog interesa kojim se propisuju uslovi, kriteriji, elementi i način procjene postojanja javnog interesa kod inicijative zainteresovanog lica. Pri tome se uzima u obzir da:

- projekat koji je predmet predložene koncesije može biti ostvaren samo u slučaju ako se koristi proces, projektovanje, metodologija ili koncept inženjeringa na koji ponuđač polaže isključiva prava i
- hitnost pružanja usluga ili postojanja infrastrukture za javnu upotrebu.

Pod pojmom *javnog interesa* podrazumijevaju se zajednički interesi pojedinaca i zajednički interesi svih ili izvjesnih lokalnih zajednica ili organizacija koje se po pravilu štite pravnim propisima države ili društveno političkih zajednica nadležnih za brigu o konkretnoj vrsti javnog interesa. Prilikom procjene javnog

⁹ Zakon o koncesijama Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, broj: 59/13, čl. 25

interesa kod samoinicijativne ponude, treba razlikovati pravo korišćenja prirodnog bogatstva, dobra u opštoj upotrebi i obavljanje djelatnosti od opšteg interesa.

Kriteriji za procjenu postojanja javnog interesa:

1. konzistentnost predloženog projekta sa Dokumentom o politici dodjele koncesija,
2. ispunjenje istih kriterija koji važe za ponude dobijene javnim pozivom, uključujući finansijsku i ekonomsku validnost, kao i uticaj na životnu sredinu i društvo u cjelini,
3. obezbjeđenje dokaza da ponuđač ima finansijsku i operativnu sposobnost, iskustva i izvore da uspješno implementira predloženi koncesioni projekat.

Ponuđač mora ispuniti sve kriterije, a potom dostaviti projektni prijedlog koji se zasniva na propisanoj sadržini tenderske dokumentacije, propisane zakonskom regulativom, osim u slučaju da je ponuđač nastao transformacijom društvenog ili državnog preduzeća, koje je u prethodnom periodu opravdavalo postojanje javnog interesa.

Nadležno ministarstvo procjenjuje da li je projektni prijedlog u skladu sa sadržajem i kriterijumima sličnih koncesionih projekata, uz obavezu da se javnost obavijesti o prijemu projekta kao samoinicijativne ponude (opština, grad, regija). Da bi se u projektu osigurala transparentnost i ekonomska efikasnost, potrebno je uvesti stepen konkurencije, a to podrazumijeva da se koriste spoljni savjetnici i konsultanti, da se cijene porede sa cijenama sličnih koncesionih projekata, da se objavljuju oglasi za prikupljanje samoinicijativnih ponuda u sredstvima javnog informisanja, pri čemu se daje mogućnost da i drugi potencijalni ponuđači dostave svoje ponude u određenom vremenskom roku.

Projekat samoinicijativne ponude se objavljuje u sredstvima javnog informisanja nakon odobrenja Komisije o prihvatanju samoinicijativne ponude, a prednost u dodjeli koncesije kod samoinicijativne ponude ima podnosilac zahtjeva koji je dostavio urednu dokumentaciju propisanu zakonskom i podzakonskom regulativom iz oblasti dodjele koncesija.

Javni interes se može posmatrati kroz više oblasti, ekonomsku, sociološku, ekološku, oblast uravnoteženog regionalnog razvoja, uređenje i korišćenje prostora na kome se nalazi koncesiono dobro. Raspoloživi resursi moraju se optimalno istraživati i koristiti u najrazličitijim granama u oblasti potrošnje. Potrebno je obezbjediti zaposlenje jednom dijelu populacije, stvaranje uslova za povećanje zarada, poboljšanje standarda porodica zaposlenih, razvoj lokalne zajednice, otvaranje značajnih društvenih objekata (škole, zdravstvene i kulturne ustanove) i sl. Obavezna je primjena politike koncepta održivog razvoja, koja dugoročno

proizvodi praktične efekte, što dovodi do međunarodnih primjena i davanja različitih novčanih i drugih bonifikacija i beneficija. Koncesioni projekti treba da ispune svoje ciljeve za dobrobit svih i da daju neophodnu satisfakciju onima koji su oštećeni koncesionim projektom. Potrebna je potpuna i sveobuhvatna koordinacija između svih učesnika u koncesionom projektu, i to, između republičkih organa, zainteresovanih koncesionara, lokalnih zajednica, nevladinih organizacija i opšte društvene javnosti. Naravno, javni interes podrazumijeva i poštovanje prostornih, regulacionih i urbanističkih projekata.¹⁰

Procjenu javnog interesa kod samoinicijativne ponude vrši nadležno ministarstvo kao koncedent, saglasnost na procijenjeni javni interes daje Komisija za koncesije Republike Srpske, dok verifikaciju postojanja javnog interesa utvrđuje Vlada Republike Srpske. Nadležno ministarstvo svojim rješenjem procjenjuje postojanje javnog interesa kod samoinicijativne ponude, a na osnovu priložene predstudije ili studije o ekonomskoj opravdanosti koncesionog projekta i Dokumenta o politici dodjele koncesija. Komisija za koncesije, svojom odlukom o davanju ovlašćenja za pregovore sa ponuđačem samoinicijativne ponude, daje saglasnost na procijenjeni javni interes, ako su ispunjeni uslovi propisani u Uputstvu za procjenu postojanja javnog interesa kod samoinicijativne ponude. Vlada Republike Srpske, svojom odlukom o dodjeli koncesije po osnovu samoinicijativne ponude, verifikuje i utvrđuje postojanje javnog interesa.

Osnovni uslov za valjanu procjenu javnog interesa kod samoinicijativne ponude je izrada predstudije ili studije ekonomske opravdanosti za projekat predviđen za davanje koncesije. Studija ekonomske opravdanosti treba da pripremi prijedlog za dodjelu koncesije i da se po njemu može postupiti u skladu sa Zakonom o koncesijama. Ako se radi o velikim koncesionim projektima, postupak istraživanja i donošenja odluke može biti višefazan, pa se u praksi do donošenja konačne odluke za svaku fazu rada izrađuje predstudija ekonomske opravdanosti.¹¹

4. Pregovarački postupak

Na kraju, Zakon o koncesijama predvidio je da se u izuzetnim slučajevima, bez sprovođenja javnog poziva propisanog zakonom, koncesija može dodijeliti putem pregovaračkog postupka, u slučaju:

1) ponude javnog preduzeća koje obavlja djelatnost od opšteg interesa, a čija djelatnost je zakonom određena kao mogući predmet koncesije,

¹⁰ Uputstvo za procjenu postojanja javnog interesa kod samoinicijativne ponude, *Službeni glasnik RS*, broj 103/05, čl. 2–10, 12–19

¹¹ Uputstvo za procjenu postojanja javnog interesa kod samoinicijativne ponude, *Službeni glasnik RS*, broj 103/05, čl. 20–25

2) sprovođenja zaključenih sporazuma Vlade ili javnih preduzeća, koji se odnose na realizaciju zakonom određenog predmeta koncesije (dodjela ovih koncesija je u isključivoj nadležnosti Vlade) i

3) produženja roka na koji je koncesija dodijeljena.

U pregovaračkom postupku dodjela koncesije započinje dostavljanjem ponude zainteresovanog ponuđača za dodjelu koncesije sa studijom. Koncedent u roku od 60 dana od dana prijema ponude utvrđuje odlukom minimum tehničkih, ekonomsko-finansijskih, pravnih i drugih uslova koji su obavezujući za nadležni organ koji učestvuje u pregovaračkom postupku, kao i rok za sprovođenje pregovaračkog postupka. Nakon sprovedenog pregovaračkog postupka, u roku od 60 dana, nadležni organ dostavlja koncedentu izvještaj o pregovaračkom postupku, prijedlog rješenja o dodjeli koncesije i prijedlog ugovora o koncesiji. Komisija za koncesije daje prethodnu saglasnost na studiju i prijedlog ugovora o koncesiji.¹²

5. Problemi pri realizaciji zaključenih koncesionih ugovora

Republika Srpska, a i Bosna i Hercegovina uključene su u međunarodne i regionalne plansko-razvojne projekte u oblastima saobraćaja, transporta, energetike, komunikacija, turizma i sl. Takođe, savremeni procesi globalizacije i internacionalizacije nacionalnih privreda, te stvaranje pretpostavki za regionalno povezivanje i ekonomsko integrisanje u Evropsku uniju aktuelizuju potrebu značajnijih kapitalnih infrastrukturnih investiranja.

Iako su postojeći propisi o koncesijama rađeni po savremenim svjetskim standardima, strani investitori ne dobijaju dovoljno garancija kako za ulaganje kapitala u našoj zemlji tako ni za stabilno poslovanje. Potrebno je pružiti sistemsku podršku koncesionim preduzećima i raditi na otklanjanju slabosti i problema koji su uočeni kroz zaključene ugovore o koncesijama, kao i u cjelokupnom radu koncesionih preduzeća.

Veliki problem koncesionarima predstavlja nepostojanje prostorno-planske dokumentacije, kao i činjenica da opštine u skladu sa zakonom o prostornom uređenju ne osnivaju komisije koje bi cijenile opravdanost svakog objekta, kao i uslove i mogućnosti izgradnje. Kao razlog za ovakvo postupanje uvijek se ističe nedostatak finansijskih sredstava. Rješavanje imovinsko-pravnih odnosa ide jako sporo zbog višedecenijskog neregulisanja vlasničkih odnosa na privatnoj imovini, kao i značajne promjene mjesta stanovanja stanovništva tokom ratnih događaja u periodu od 1992. do 1995. godine.¹³

12 Zakon o koncesijama Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, broj: 59/13, čl. 26 i 27

13 Izvještaj o radu Komisije za koncesije RS za 2011. godinu, Komisija za koncesije, april, 2012, 9–15

U oblasti mineralnih sirovina postoji problem nelegalne eksploatacije mineralnih resursa, koja se ne odvija u skladu sa Zakonom o rudarstvu i Zakonom o koncesijama. Novim Zakonom o rudarstvu¹⁴ regulisana je obaveza svih nosilaca odobrenja za eksploataciju (tzv. „eksploataciono pravo“), da pokrenu postupak dodjele koncesija u roku šest mjeseci od stupanja na snagu Zakona o rudarstvu. U skladu sa pravnom legislativom nijedna eksploatacija mineralnih sirovina nije moguća bez dobijanja koncesionog prava na eksploataciju.¹⁵ Kod eksploatacije mineralnih sirovina veliku važnost ima rekultivacija degradiranog zemljišta. Eksploatacijom mineralnih sirovina vrši se trajna degradacija zemljišta, koja u budućnosti može da ima dalekosežne posljedice po životnu sredinu. Najveći broj koncesionara ne vrše rekultivacije degradiranog zemljišta, ili ne u mjeri kako je to predviđeno projektom rekultivacije.

Iako koncesiono preduzeće osniva koncesionar i može da obavlja samo koncesionu djelatnost, tj. djelatnost koja je predmet koncesionog ugovora, postoje saznanja da neki koncesionari nisu registrovali koncesiono preduzeće u skladu sa ugovorom i Zakonom o koncesijama, i da najveći dio eksploatisane mineralne sirovine koriste za sopstvene potrebe, tj. za obavljanje osnovne djelatnosti. Zatim da je u pojedinim preduzećima došlo do promjene vlasničke strukture u procentu iznad 30%, što je u suprotnosti sa Zakonom o koncesijama, kao i odredbama Pravilnika o postupku prenosa ugovora o koncesiji i prenosa vlasničkih prava koncesionara, odnosno bez prethodno pribavljene saglasnosti Komisije za koncesije i odobrenja koncedenta. U praksi se pojavljuju i preduzeća koja nemaju zaposlene radnike ili imaju zaposlenog jednog radnika. Na osnovu toga se može izraziti ozbiljna sumnja u sposobnost ovih preduzeća da realizuju ugovor o koncesiji u skladu sa izrađenom Studijom ekonomske opravdanosti.¹⁶

Zakonska regulativa u pojedinim oblastima nije usaglašena sa Zakonom o koncesijama, a to se prije svega odnosi na dodjelu koncesija u koritima i vodnom zemljištu za eksploataciju šljunka i pijeska. Takođe, ne posvećuje se dovoljno pažnje Studiji ekonomske opravdanosti, koja predstavlja osnovni dokument za utvrđivanje javnog interesa i pokretanje procedure za dodjelu koncesije. Neophodno je izvršiti analizu realizacije svih zaključenih ugovora i utvrditi postoje li uslovi za održavanje svih ugovora na snazi. Ovo se posebno odnosi na ugovore kod kojih se predmet ugovora ne koristi u svrhu dodijeljene koncesije, ugovore kod kojih se koncesionari duže vrijeme nalaze u stanju finansijske nelikvidnosti, ili u fazi predstečajnog, odnosno stečajnog postupka, te ugovore kod kojih konce-

14 *Službeni glasnik RS*, broj: 59/12

15 Izvještaj o radu Komisije za koncesije RS za 2012. godinu, Komisija za koncesije, april, 2013, 38–39

16 Izvještaj o radu Komisije za koncesije RS za 2011. godinu, Komisija za koncesije, april, 2012, 15–25

sionari ne izmiruju koncesionu naknadu, ili na drugi način grubo krše ugovorne obaveze. Održavanje takvih ugovora je nesvrshodno i suprotno definisanim ciljevima politike dodjele koncesija.¹⁷

Svi postojeći problemi sa kojima se susreću koncedent i koncesionar, kao dvije ugovorne strane, u realizaciji zaključenog ugovora nisu neriješivi. Potreban je jedan sistemski i planski pristup radi iznalaženja najpovoljnijeg rješenja, pa i ako bi to značilo formiranje novih organa ili agencija koje bi u svojoj nadležnosti imale isključivo zadatak dovođenja mehanizma kontrole na zadovoljavajući nivo i uvođenje strožije kaznene politike, sve u cilju poštivanja kako zakonskih, tako i odredaba koncesionog ugovora.

6. Zaključak

Osnovni motiv donošenja novog Zakona o koncesijama jeste stvaranje boljeg privrednog ambijenta i uslova za ulaganje stranog kapitala. Prema ovom Zakonu pod koncesijom se podrazumijeva pravo obavljanja privrednih djelatnosti korišćenjem javnih dobara, prirodnih bogatstava i drugih dobara od opšteg interesa, kao i pravo na obavljanje djelatnosti od opšteg interesa. To pravo se ustupa koncesionaru na određeno vrijeme pod uslovima propisanim zakonom uz plaćanje koncesione naknade. Zakonodavac je posebnu pažnju posvetio ugovoru o koncesiji kome prethodi postupak dodjele koncesije, a koji se može pokrenuti na osnovu: 1) inicijative nadležnog organa, 2) inicijative zainteresovanog lica, 3) ponude u pregovaračkom postupku.

Republika Srpska raspolaže značajnim kapacitetima, prirodnim bogatstvima, dobrima u opštoj upotrebi, djelatnostima od opšteg interesa, koji uz pravilnu upotrebu i korišćenje mogu značajno doprinijeti razvoju privrede i jačanju domaćih privrednih subjekata. Raspoloživi privredni resursi moraju se istraživati, eksploatisati i koristiti u skladu sa savremenim dostignućima nauke, tehnike, tehnologije i uz optimalno upravljanje. Da bi se privukao strani ili angažovao domaći kapital, moraju se stvarati povoljni uslovi za poslovanje, odnosno povoljna investiciona klima za strane i domaće investitore, a to podrazumijeva: političku, pravnu i socijalnu sigurnost, stabilne uslove privređivanja, pozitivne stavove vlasti i građana prema stranim i domaćim privatnim investicijama, povoljan spoljnotrgovinski, carinski i devizni tretman ulaganja, kao i povrat uložених sredstava i sl. Od posebnog značaja je stvaranje stabilnog zakonskog okvira bez kojeg nije moguće zamisliti bilo kakav oblik stranih ulaganja, a samim tim ni koncesije. S tim u vezi, bitno je ispoštovati date rokove u Prelaznim i završnim odredbama, a koji se odnose na donošenje podzakonskih akata u skladu sa no-

17 Izvještaj o radu Komisije za koncesije RS za 2012. godinu, Komisija za koncesije, april, 2013, 49-51

vim Zakonom o koncesijama, kao što je Dokument o politici dodjela koncesija, Uputstvo o procjeni javnog interesa i sl.

Literatura

Dabić Lj., (2002). *Koncesije u pravu zemalja centralne i istočne Evrope*, Beograd.

Digi L., (1929). *Preobražaji javnog prava*, Beograd

Zakon o javno-privatnom partnerstvu u Republici Srpskoj, Službeni glasnik RS, broj: 59/09

Zakon o koncesijama Republike Srpske, Službeni glasnik RS, broj: 59/13

Zakon o koncesijama Republike Hrvatske, Narodne novine, broj: 143/12

Zakon o rudarstvu, Službeni glasnik RS, broj: 59/12

Izveštaj o radu Komisije za koncesije Republike Srpske za 2011. godinu, Komisija za koncesije, april, 2012

Izveštaj o radu Komisije za koncesije Republike Srpske za 2012. godinu, Komisija za koncesije, april, 2013

Popović V., Vukadinović R., (2005). *Međunarodno poslovno pravo – opšti dio*, Banja Luka - Kragujevac

Uputstvo za procjenu postojanja javnog interesa kod samoinicijativne ponude, Službeni glasnik RS, broj 103/05

Fischer P., (1974). *Die internationale Konzession*, Vienna-New York

Šečković D., (2001). *Koncesije – značajna šansa*, Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici, br. 32/2001, Podgorica

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 15th 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.*

O SPORAZUMNOJ PODELI NASLEDSTVA U UPOREDNOM PRAVU

Apstrakt: *Naslednička zajednica nastaje na osnovu zakona, a povodom smrti fizičkog lica. Imajući u vidu da se radi o zajednici naslednika koja nastaje nezavisno, pa čak i protivno njihovoj volji, ona je u pravu praktično neodrživa. U cilju prestanka nasledničke zajednice kao prinudne tvorevine, naslednicima je dato pravo da, nezavisno jedan od drugog, zahtevaju podelu ili izvrše sporazumnu deobu nasledstva. Predmet rada je razmatranje zakonskih odredaba sporazumne deobe nasledstva u uporednom pravu. Sporazumna deoba nasledstva je kompleksno pravno područje. Govoreći o sporazumnoj deobi nasledstva, razmotrićemo sve njene segmente.*

Ključne reči: *naslednička zajednica, deoba, subjekti, sporazum, forma, realizacija.*

Uvod

Naslednička zajednica, kao svojevrsni oblik zajedništva, nastaje na osnovu zakona, a povodom smrti fizičkog lica. Imajući u vidu da se radi o zajednici naslednika koja nastaje nezavisno, pa čak i protivno njihovoj volji, ona je u pravu praktično neodrživa. U cilju prestanka nasledničke zajednice kao prinudne tvorevine, naslednicima je dato pravo da, nezavisno jedan od drugog, zahtevaju podelu nasledstva ili izvrše sporazumnu deobu.

U radu razmatramo odredbe o sporazumnoj deobi nasledstva u naslednopravnom sistemu Austrije, Nemačke, Francuske, Hrvatske, Bugarske i Rusije. Odabir naslednopravnog sistema Austrije, Nemačke, Francuske i Rusije izvršili smo u nastojanju da sporazumnu deobu nasledstva razmotrimo kroz prizmu detaljne i sveobuhvatne zakonske regulative koju nam ovi sistemi pružaju. Naslednoprav-

* evtimovivana@yahoo.com

ne sisteme Hrvatske i Bugarske uzimamo s ciljem da ukažemo da je sporazumna deoba nasljedstva predviđena naslednopravnim propisima ovih zemalja, ali da do danas nije usledila njena detaljna regulativa.

Metodom komparativne analize nastojimo da ukažemo na sličnosti, razlike i specifičnosti pravne regulative sporazumne deobe nasljedstva u navedenim naslednopravnim sistemima. Strukturu rada čini pet celina. U prvoj celini, definišemo institut nasledničke zajednice, pravo na deobu nasljedstva i sporazumnu deobu nasljedstva. U drugoj celini, analiziramo odredbe koje regulišu pitanja subjekata sporazumne deobe nasljedstva. Treću celinu posvećujemo formi sporazuma o deobi nasljedstva. Mogućnost delimične deobe nasljedstva razmatramo u četvrtoj celini. Petu celinu posvećujemo instrumentima za realizaciju sporazuma o deobi nasljedstva.

Ovakva stuktura rada rezultat je nastojanja da se sporazumna deoba nasljedstva razmotri kroz sve njene segmente, od subjekata i volje za sporazumom do njegove realizacije. Cilj rada je pokušaj da ukažemo na detaljnu pravnu regulativu sporazumne deobe nasljedstva u pravu Austrije, Francuske, Nemačke i Rusije, a posebno na praktičnost zakonskih rešenja ovih naslednopravnih sistema.

Komparativna analiza rešenja iz uporednog prava omogućava nam da sagledamo najbolja rešenja i da ih, kao takva, pretočimo u zakonski tekst u nekoj budućoj redakciji propisa o nasleđivanju Republike Srbije.

1. Naslednička zajednica i pravo na deobu nasljedstva

Naslednička zajednica je pravni odnos koji nastaje između dva ili većeg broja naslednika u momentu smrti ostavioca, povodom njegove zaostavštne.¹ Nasledničku zajednicu možemo posmatrati sa dva aspekta. Jedan je subjektivni, a

1 Naslednička zajednica je u austrijskom pravu regulisana u okviru 8 i 16 glave austrijskog Građanskog zakonika [Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811 idF BGB1 I 58/2004, 77/2004, 43/2005, 113/2006]. Tekst ovog zakonika može se naći na sajtu: <http://www.jusline.at>. U nastavku rada biće korišćena skraćenica ABGB. Videti: par. 825-849 i par. 550 ABGB.

Nemački zakonodavac nasledničku zajednicu reguliše odredbama par. 2032-2041 nemačkog Građanskog zakonika [Bürgerliches Gesetzbuch, RGB1 I S. 195, zaključno sa izmenama i dopunama iz 2008. godine, BGB1. I S2399]. Tekst Zakonika može se naći na sajtu: <http://www.gesetze-im-internet>. U nastavku rada biće korišćena skraćenica BGB.

U francuskom pravu naslednička zajednica regulisana je utrećoj knjizi, u okviru prve glave francuskog Građanskog zakonika [CodeCivil]. Tekst Zakonika može se naći na sajtu: <http://www.legifrance.gouv.fr>. U nastavku rada, biće korišćena skraćenica CC. Videti: čl. 815-892 CC. U hrvatskom pravu naslednička zajednica je regulisana čl. 141145 Zakona o nasleđivanju Republike Hrvatske ("Narodne novine", br. 48/2003, 163/2003). Tekst Zakona može se naći na sajtu: <http://www.narodne-novine.nn.hr>. U nastavku rada biće korišćena skraćenica ZNH.

drugi objektivni, odnosno stvarni aspekt. Naslednička zajednica, sa subjektivnog aspekta posmatrana, čini zajednicu lica pozvanih na nasleđe. Posmatrana sa objektivnog, stvarnog aspekta, naslednička zajednica predstavlja zajednicu naslednika koja nastaje povodom stvari i prava koja čine zaostavštinu. Naslednička zajednica nastaje između univerzalnih sukcesora ostavioca. Konstituisanjem nasledničke zajednice i njenim trajanjem u vremenu obezbeđuje se kontinuitet u pravnim odnosima između dva trenutka u vremenu: jedan trenutak je smrt ostavioca, drugi trenutak je deoba nasledstva. Posmatrana kroz prizmu pravne prirode, naslednička zajednica je zajednica za koju važe pravila o susvojini ili zajedničkoj svojini.² Kako zbog većeg broja subjekata koji čine nasledničku zajednicu, tako i njihovih različitih interesa i ciljeva, ona često predstavlja „jabuku razdora“ među naslednicima. Stoga naslednici imaju pravo da zahtevaju podelu nasledstva ili izvrše sporazumnu deobu.

Pravo na deobu nasledstva je ovlašćenje naslednika da iniciraju postupak deobe i ostvare deobu nasledstva, a takođe i ovlašćenje naslednika da saglasnom izjavom volja izvrše podelu nasledstva. „Pravo na deobu nasledstva jeste ovlašćenje koje svom titularu omogućava da istupi iz nasledničke zajednice, te da mu, umesto udela u njoj, pripadne određena stvar ili pravo iz ostavinske mase“ [Stojanović, 2009: 103].

Bugarski zakonodavac deobu nasledstva reguliše čl. 69-80 Zakona o nasleđivanju Republike Bugarske [Zakon za nasledstvotona Republika България, Obn. DV. br. 22/1949, 41/1949, 275/1950, 41/1950, 41/1985, 60/1992, 21/1996, 104/1996, 117/1997, 96/1999, 34/2000, 59/2007]. Tekst ovog zakona može se naći na sajtu: <http://www.lex.bg>. U nastavku rada biće korišćena skraćenica ZNB. Za razliku od deobe nasledstva koju uređuje ZNB, institut nasledničke zajednice nije uređen ovim zakonom, već se analogno primenjuju odredbe o susvojini sadržane u okviru Zakona o svojini Republike Bugarske [Zakon za sopstvenost na Republika България Obn. DV. br. 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]. Tekst ovog Zakona može se naći na sajtu: <http://www.lex.bg>. U nastavku rada biće upotrebljavana skraćenica ZSB. Videti: čl. 30-36 ZSB.

U pravu Ruske Federacije naslednička zajednica regulisana je u trećem delu Građanskog kodeksa Ruske Federacije [Гражданский кодекс Российской Федерации. Treći deo ovog zakonika objavljen je u SZRF, N 49, od 03. 12. 2001]. Integralni tekst Zakonika može se naći na sajtu: <http://www.corporativelow.ru>. U nastavku rada biće korišćena skraćenica GKRF. Videti: čl.1164-1174 GKRF.

² U austrijskom pravu naslednička zajednica je susvojina naslednika na nasleđenim dobrima. Videti: par. 888-890 ABGB. U nemačkom pravu, momentom smrti ostavioca naslednici postaju zajedničari povodom zaostavštine ostavioca. Videti: par.2032 BGB. Francuski, bugarski i ruski zakonodavac propisuju da naslednici postaju suvlasnici momentom davanja nasledničke izjave koja deluje *eh tunk*. Videti: čl. 768 i čl.776 CC; čl. 48 ZNB; čl. 1152, st. 1, tač. 4 GKRF. U hrvatskom pravu naslednička zajednica je zajednička svojina naslednika do momenta pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju. Nakon pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju, naslednici imaju položaj suvlasnika. Videti: čl.141 ZNH.

Realizacijom prava na deobu nasljedstva, nasljednička zajednica se gasi u celini ili u delu u kome nasljednici to zahtevaju ili se o tome sporazumeju. Pravo na deobu nasljedstva je preobražajno pravo koje omogućuje nasljednicima da iniciraju i izvrše potpunu ili delimičnu deobu nasljedstva, ili da unesu željene promene u međusobne odnose. „Pravo na deobu je preobražajno pravo³ koje proizlazi iz suvlasničkog prava svojine i međusobnog odnosa suvlasnika iste stvari“ [Gavella, Josipović, Gliha, Belaj, Stipković, 1998: 512]. Pravo da zahtevaju podelu nasljedstva imaju nasljednici, ali i plodouživaoci i lični poverioci ostavioca.⁴

Nasljednici su slobodni da svoje pravo na deobu nasljedstva ostvare zaključenjem sporazuma o deobi. Sporazumna deoba nasljedstva jeste manifestacija volje sanaslednika za onim načinom deobe nasljedstva kojim sanaslednici na najbolji mogući način ostvaruju svoje interese. Sanaslednici su slobodni da manifestuju svoju volju u granicama određenim zakonom.

2. Subjekti sporazumne deobe nasljedstva

Analizom uporednog zakonodavstva, dolazimo da zaključka da nasljednici imaju mogućnost da izvrše sporazumnu deobu nasljedstva. Uz male razlike koje proizlaze iz zakonskih odredaba, zaključujemo da u osnovi sporazumne deobe nasljedstva stoje pravni segmenti koji se moraju povezati da bi taj pravni čin rezultirao željenim pravnim posledicama. Sporazumne deobe nasljedstva nema bez postojanja dva ili više nasljednika, sporazuma o tome ko sve ima pravo da zahteva deo nasljedstva, o predmetu i načinu deobe.

U austrijskom pravu, pre sudske podele nasljedstva, nasljednici mogu da predaju u zapisnik sudiji ili sudskom povereniku, notaru svoj sporazum o podeli nasljedstva ili korišćenju predmeta iz zaostavštine. Tako zaključen sporazum predstavlja sudsko poravnanje. Ako u postupku deobe učestvuju štićenici, onda je potrebno da sporazum odobri starateljski sud.⁵

3 O preobražajnim pravima detaljnije: N. Petrušić, *Postupak za deobu zajedničke stvari ili imovine*, doktorska disertacija, Niš, 1995, str. 43-45; S. Krneta, *Subjektivna prava*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom III, Beograd, 1978, str. 198-199.

4 U francuskom pravu lični poverioci nasljednika imaju pravo da pokrenu postupak deobe nasleđa i da u tom postupku učestvuju. Iako lični poverioci imaju prava na pokretanje postupka deobe, oni nemaju prava da zaplene deo sanaslednika u nedeljivoj svojini. Videti: čl. 815-817 CC. Titular plodouživanja ima pravo jedino da zahteva podelu plodouživanja, a suvlasnik samo podelu svojine. Videti: čl. 817-818 CC. Opširnije o tome: [Stojanović, 2009: 104]. U nemačkom pravu vlasnik i plodouživalac mogu zajedno da zahtevaju deobu nasljedstva. Videti: par. 1006, st. 2 i par. 1068, st. 2 BGB.

5 Par. 181 Zakona o vanparničnom postupku Republike Austrije [Auberstreitgesets, BGB1 2003/111, koji je stupio na pravnu snagu: 13. 12. 2003. godine]. Tekst ovog Zakona može se naći na sajtu: <http://www.jusline.at>.

U nemačkom pravu, ukoliko ostavilac za života nije izvršio podelu nasledstva testamentom, naslednici mogu slobodnim dogovorom da postave pravila za regulisanje postupka deobe nasledstva i da zaključe odgovarajući ugovor o deobi nasledstva.⁶ Ukoliko u nasledničkoj zajednici ima i maloletnika koji nasleduju zajedno sa svojim roditeljima ili braćom i sestrama, roditelji ne mogu da zastupaju decu pri zaključivanju ugovora o raspodeli nasledstva. Roditelji moraju da dokažu starateljskom sudu da su za svako dete obezbedili posebnog staratelja. Staratelju je za raspodelu nasledstva, u svakom slučaju, neophodna dozvola starateljskog suda.⁷ Par. 1629 BGB predviđa da je staratelju neophodna dozvola starateljskog suda samo kada dogovor o raspodeli nasledstva u sebi sadrži radnje navedene u par. 1643, st. 1 BGB, iz par. 1821, st. 1 BGB.⁸ „Nemačka sudska praksa⁹ je, u više slučajeva, potvrdila kao uslove punovažnosti sporazumne deobe nasledstva učešće zakonskih zastupnika poslovno nesposobnih naslednika i saglasnost starateljskog suda“ [Stojanović, 2009: 118]. Raspodela nasledstva može uslediti i u vidu prenosa svih naslednih delova na jednog naslednika, kada se sa takvom raspodelom saglase svi sanaslednici. Na taj način, naslednička zajednica prestaje da postoji [Klüsener, Walter, 2002: 134: 135].

U francuskom pravu sporazumna deoba nasledstva podrazumeva da su se svi sanaslednici, a ne većina, dogovorili oko deobe zaostavštine, da su svi poslovno sposobni i prisutni.¹⁰ Da li se može izvršiti sporazumna deoba nasledstva ukoliko je jedan od naslednika nestao ili je poslovno nesposoban? Francuski zakonodavac predviđa mogućnost prijateljske deobe nasledstva i u takvim slučajevima, pri čemu je neophodno da interese takvog naslednika štiti zakonski zastupnik, čiju saglasnost za deobu nasledstva potvrđuje porodični savet ili starateljski sud.¹¹ Starateljski sud može da konstatuje, na zahtev zainteresovanih strana i javnog

6 Par. 2048 i par. 2049BGB.

7 Par. 1822, st. 2 BGB.

8 Par. 1643, st. 1, tač. 1 predviđeno je da je staratelju potrebno odobrenje starateljskog suda u slučajevima predviđenim par. 1821 BGB i par. 1822 BGB u tačkama 1, 3, 5, 8 i 11. Par. 1821 BGB, st. 1, tač. 1 predviđa da je staratelju potrebno odobrenje starateljskog suda za raspolaganje nepokretnom imovinom šticećenika. Par. 1822, st. 1, tač. 1 predviđa da je ovakvo odobrenje potrebno staratelju za zaključivanje sporazuma o deobi imovine ili nasledstva šticećenika.

9 „Stav nemačke sudske prakse da, samo u slučajevima kada se deoba nasledstva ostvaruje u skladu sa zakonskom regulativom, dozvoljeno je zastupanje većeg broja maloletne dece od jednog zakonskog zastupnika [videti: RGZ 93, 334; BGHZ 21, 229; LG Koln DnotZ 1951, 229], kao i onda, kada se veći broj naslednika dogovori, da deobu nasledstva sprovede tako da jednom punoletnom nasledniku prenese celokupno nasledstvo, a on nasledne delove ostalima, pa i maloletnim sanaslednicima, da isplati u novcu [videti: KG KG] 40, 1]“ [Navedeno prema: Stojanović, 2009: 118].

10 Čl. 835, st. 1CC.

11 Čl. 836, st. 2, u vezi čl. 116 CC.

tužilaštva, da postoji pretpostavka da je lice nestalo kada je prestalo da se pojavljuje u mestu svog domicila ili svog boravišta, i od njega nije bilo novosti.¹² U takvoj situaciji, sudija će konstatovati da postoji pretpostavka da je lice nestalo i imenovaće neko lice koje će zastupati njegove interese u vršenju njegovih prava ili u svakom pravnom aktu u kome bi ovo lice učestvovalo.¹³ Punoletna lica pod starateljstvom mogu da podnesu zahtev za deobu ili da učestvuju u sporazumnoj deobi samo uz pomoć svog staratelja.¹⁴ U takvim situacijama, sudsko odobrenje¹⁵ deobe nije potrebno [Delfosse, Peniguel, 2006: 96]. Prijateljska deoba je moguća i u situaciji kada postoji zajedničar koji se ne odaziva i koji, ne protiveći se izričito deobi, ne odgovara na predloge svojih sanaslednika.¹⁶ Svaki učesnik u deobi može da pozove, vansudskim aktom, zajedničara koji se ne odaziva da obezbedi zastupnika u prijateljskoj deobi. Naslednik ima rok od tri meseca, računajući od datuma poziva, da odredi zastupnika. Ukoliko to ne učini, jedan sanaslednik može od sudije da zahteva da odredi bilo koje kvalifikovano lice koje će predstavljati odsutnog, sve do kompletne realizacije deobe.¹⁷

Hrvatski zakonodavac predviđa rešenje da svaki sanaslednik, suvlasnik ima prava na deobu sporazumom sa ostalim sanaslednicima ili posredstvom suda.¹⁸ Sanaslednici mogu sporazumno da odrede lice koje će umesto njih odlučiti o načinu deobe.¹⁹ Ukoliko su na nasleđe pozvana maloletna, potpuno ili ograničeno sposobna lica, u njihovo ime i za njihov račun sporazum zaključuju njihovi

12 Čl. 112 CC.

13 Čl. 113 CC.

14 Čl. 510, st. 1 CC.

15 "Izbor termina saglasnost odgovara napomenama nekih autora koji smatraju da je odobrenje samo formalna verifikacija akta, dok će u tom slučaju sudija za starateljstvo imati zadatak da brine o poštovanju interesa nestalog lica, posebno kada je reč o dobrima koja mu se dodeljuju, na šta precizno upućuje saglasnost. Osim toga, odobrenje, nasuprot saglasnosti, daje overenim aktima izvršnost, dok u okviru deobe notarijalni akt daje izvršnost deobi, a ne odluka starateljskog suda, koji je nadležan jedino za kontrolu poštovanja prava nestalog lica, ali ne i za donošenje odluke o deobi". Opširnije o tome: Izveštaj Senata br. 343, str. 317. [Navedeno prema: Delfosse, Peniguel, 2006: 96].

16 Ovakvo rešenje je predviđeno izmenama Građanskog zakonika iz 2006. godine. Pre izmena u istovetenim situacijama pribegavalo se sudskoj deobi.

17 Čl. 837 CC. Postalo je fakultativno imenovanje notara koje vrši sudija. Deoba nasledstva koje ne sadrži nepokretna dobra ne zahteva pozivanje notara. Opširnije o tome: Izveštaj Senata, br. 3434, str. 317. [Navedeno prema: Delfosse, Peniguel, 2006: 96].

18 Čl. 47 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]. Tekst Zakona može se naći na sajtu: www.zakon.hr. U nastavku rada biće korišćena skraćenica ZVDSPH.

19 Čl. 49, st. 3 ZVDSPH.

staratelji uz prethodno odobrenje organa starateljstva.²⁰ Organ starateljstva postavlja štíčenicima posebnog staratelja u slučajevima određenim OZ.²¹

„Sporazum o deobi suvlasništva nekretnine u čijem zaključenju nisu učestvovali svi sanaslednici nije apsolutno ništav,²² ali on ne može biti od uticaja na suvlasnička prava onog suvlasnika, sanaslednika koji nije učestvovao u zaključenju“ [Maganić, 2008: 442]. Suvlasnik ima pravo da zahteva deobu stvari u svako doba, osim u nevreme, ne samo u pogledu svih stvari koje su u suvlasništvu već i u pogledu pojedinih stvari.²³

Bugarski zakonodavac predviđa pravo sanaslednika da zahtevaju deobu nasledstva u svako doba, sem u nevreme.²⁴ ZNB ne reguliše sporazumnu deobu nasledstva, međutim ukoliko postoji volja sanaslednika da izvrše sporazumnu deobu nasledstva, oni to mogu učiniti shodno pravilima o deobi susvojine.²⁵ Ukoliko u postupku deobe nasledstva učestvuju maloletnici ili lica koja su poslovno nesposobna ili ograničeno poslovno sposobna, za njihove akte potrebno je odobrenje oblasnog suda.²⁶ Prema ZNB, sporazum o deobi nasledstva je ništav ukoliko u zaključenju nisu učestvovali svi sanaslednici.²⁷

Zakonodavac Ruske Federacije predviđa mogućnost naslednika da izvrše sporazumnu deobu nasledstva.²⁸ Ukoliko je iza ostavioca ostalo njegovo nerođeno dete, sporazumna deoba nasledstva može da se izvrši nakon njegovog rođenja.²⁹ Zaštita interesa naslednika koji su maloletni, potpuno poslovno nesposobni ili ograničeno poslovno sposobni, ostvaruje se učešćem staratelja u postupku sporazumne deobe.³⁰ Staratelj može da zaključi sporazum o deobi nasledstva u ime i za račun maloletnog, potpuno poslovno nesposobnog ili ograničeno poslovno sposobnog naslednika, uz prethodnu saglasnost organa starateljstva.³¹ „Time se ovaj organ stimulise na aktivnije učešće u procesu deobe nasledstva, budući

20 Videti: čl. 184, st. 1 i čl. 186 Obiteljskog zakona Republike Hrvatske [„Narodne Novine“ br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13, 05/15]. Tekst Zakona može se naći na sajtu: www.zakon.hr. U nastavku rada biće korišćena skraćenica OZ.

21 Čl. 167, st. 1, tač. 3, tač. 4, tač. 6 OZ.

22 VSRH, Gr - 12/00 od 04. 05. 2000. godine. [Navedena prema: Maganić, 2008: 442].

23 Čl. 47, st. 2, čl. 48, st. 1 ZVDSPH.

24 Čl. 69, st. 1 ZNB.

25 Čl. 35 ZSB.

26 Čl. 35, st. 2 ZSB.

27 Čl. 75, st. 2 ZNB.

28 Čl. 1165, st. 1 GKRF.

29 Čl. 1166 GKRF.

30 Čl. 1167 GKRF, koji upućuje na primenu čl. 37 GKRF.

31 Čl. 37, st. 2 GKRF.

da on nije, osim davanja saglasnosti za zaključenje ugovora o deobi nasljedstva, i dužan da učestvuje u samoj podeli nasljedstva“ [Stojanović, 2006: 117].

3. Forma sporazuma o deobi nasljedstva

Na postupak sporazumne deobe nasljedstva analogno se primenjuju odredbe ABGB koje se odnose na susvojину iz par. 830-832. Sporazum o deobi nasljedstva je, saglasno ovim odredbama, neformalan ugovor. Ako se radi o deobi pokretnih stvari, ne postoje nikakvi zahtevi u pogledu forme koju sporazum nasljednika mora da ispunjava. Za razliku od pokretnih stvari, imajući u vidu značaj nepokretnih dobara, sporazum o deobi nasljedstva mora biti sastavljen u pisanoj formi i zaveden u javnom registru.³² Sadržinu i ispravnost zaključenog sporazuma potvrđuje javni beležnik.³³

Nemački zakonodavac ne predviđa izričito da je zaključenje ugovora o deobi nasljedstva uslovljeno posebnom formom. Iako su nasljednici načelno slobodni u odabiru forme, njihova sloboda izbora je uslovljena pravnim tretmanom stvari koje ulaze u sastav nasljedstva koje se deli. Ugovor o deobi nepokretnih stvari nasljednici moraju da zaključe u pisanoj formi. Overu ugovora vrši notar.³⁴

U francuskom pravu, ako su svi suvlasnici zajedničke imovine prisutni i sposobni, deoba se može izvršiti u vidu i prema modalitetima koje odaberu zainteresovane strane. „Snaga ugovora o deobi nasljedstva ogleđa se u usaglašavanju volje zajedničara, koji slaganjem čine lotove³⁵ (birajući po volji jednakost u naturi, ili, mnogo češće, jednakost u vrednosti)“ [Delfosse, Peniguel, 2006: 96]. Ukoliko su nepokretne stvari predmet ugovora o deobi nasljedstva, onda ugovor mora biti sastavljen u formi notarijalnog akta.³⁶

Hrvatski zakonodavac u ZNH ne govori o formi sporazuma o deobi nasljedstva. ZVDSPH, takođe, ne predviđa u kakvoj formi suvlasnici zaključuju sporazum o deobi susvojine. Mišljenja smo da je punovažnost sporazuma o deobi nasljedstva

32 Par. 846 ABGB, koji upućuje na primenu par. 436 ABGB.

33 Zakon o obaveznom učešću javnih beležnika Republike Austrije [Notariatszwanggesetz, OGH 25. 06. 1976, 1 Ob 105/75]. Tekst Zakona može se naći na sajtu: <http://www.jusline.at>.

34 Par. 311 BGB. „Tako, ugovor koji ne zadovoljava uslove forme nije obavezujući za sanaslednike (BGH LM, Nr. 22 prema par. 242). Raspodela nasljedstva ne mora da bude dogovorena jednim jednim dokumentom, već kroz više ugovora. Različite izjave sanaslednika moraju da stoje jedna pored druge u odgovarajućem kontekstu (GR HRR 1930, Nr. 1466; 1934, Nr. 1485)“. [Navedeno prema: Soergel, Siebert, 1974: 223; 224].

35 Deo zaostavštine koji se dodeljuje jednom od sanaslednika. Princip jednakosti u deobi predstavlja jednakost u vrednostima, čl. 826, st. 1 CC. Svaki učesnik u deobi dobija deo koji je srazmeran njegovim pravima u zajedničkoj svojini, čl. 826, st. 2 CC.

36 Čl. 835, st. 2CC.

uslovljena formom samo u slučaju podele nepokretnih stvari.³⁷ Naslednici koji vrše sporazumnu deobu pokretnih stvari iz zaostavštine nisu vezani ni za kakvu formu.³⁸ Jedna od funkcija deobe nasledstva je i sticanje prava svojine na određenim dobrima iz zaostavštine, što nas navodi na zaključak da se analogno primenjuju odredbe o sticanju prava svojine.³⁹ Ugovor o deobi nepokretnosti koje ulaze u sastav zaostavštine proizvođače pravno dejstvo iako nije zaključen u pisanoj formi, pod uslovom da je izvršen u pretežnom delu.⁴⁰

U bugarskom pravu pisana forma ugovora o deobi nasledstva je forma *ad solemnitatem*, ne samo u slučaju deobe nepokretnosti, već i u slučaju deobe pokretnih stvari veće vrednosti.⁴¹ „U bugarskoj sudskoj praksi dozvoljava se i zaključenje predugovora o deobi nasledstva, koji treba da ispuni određene zahteve sadržane u obligacionopravnim propisima“ [Stojanović, 2006: 120].

Ruski zakonodavac ne insistira na posebnoj formi koju sporazum o deobi nasledstva mora da ima, međutim vodi se računa o tome da li je za prenos pojedinih stvari potrebna posebna forma.⁴² Ukoliko sporazum o deobi nasledstva ima za predmet deobu nepokretnih dobara koja čine zaostavštinu, sanaslednici mogu da zakluče ugovor o deobi nasledstva samo ukoliko imaju prethodno utvrđeno pravo nasledstva. Uverenje o pravu nasledstva izdaje notar.⁴³

4. Delimična deoba nasledstva

Imajući u vidu da je naslednička zajednica subjektivno, ali i objektivno zajedništvo koje nastaje povodom stvari, postavlja se pitanje da li deoba nasledstva podrazumeva potpunu subjektivnu i objektivnu deobu ili postoji mogućnost

37 Mišljenja smo da se na sporazum o deobi nepokretnih stvari analogno primenjuju odredbe o sticanju prava svojine na nepokretnim stvarima iz čl. 119-125 ZVDSPH.

38 Videti: čl. 116 ZVDSPH.

39 O pravnom dejstvu deobe, videti: čl. 55, st. 1 ZVDSPH.

40 Vrhovni sud Hrvatske je stanovišta da nema konvalidacije ugovora o prometu nepokretnosti bez uvođenja kupca u posed, iako je isplaćena dogovorena cena i plaćen porez na promet. Videti odluke: Rev. br. 1441/1993-2, Rev. br. 745/09-2. Odluke preuzete sa sajta: www.vsrh.hr.

41 Čl. 35 ZSB. «Tako se čl. 35, st. 1 ZSB primenjuje na svaki ugovor o deobi, nezavisno od namere suvlasnika, za dobijanje tačno određene stvari, novčane protivvrednosti, druge protivvrednosti, namere darivanja ili namere za izbagavanjem budućeg spora...“ Iz obrazloženja Rešenja Vrhovnog kasacionog suda Bugarske, № 172 Sofija, 02. 03. 2010 godine. Rešenje preuzeto sa sajta: www.vks.bg Deoba pokretnih stvari, čija vrednost prelazi 50 leva, kao i nepokretnih stvari, iziskuje zaključenje pisanog ugovora, a potpisi ugovarača moraju biti overeni od strane notara.

42 Čl.1165, st.2 GKRF, u vezi čl. 158-161 ovog Kodeksa.

43 Ibid.

parcijalne, delimične deobe. Potpunu subjektivnu deobu možemo definisati kao deobu kojom su obuhvaćeni svi naslednici, potpuna objektivna deoba je deoba koja se odnosi na sve predmete zaostavštine, bez izuzetka.

Polazeći od toga da suštinsku karakteristiku sporazumne deobe nasledstva čini slobodna volja naslednika, načelno bismo mogli reći da je potpuna ili delimična deoba nasledstva rezultat volje sanaslednika. Svakako volja naslednika podrazumeva slobodnu volju u granicama određenim zakonom. Delimična deoba nasledstva je u uporednom pravu predviđena kao modalitet kome sanaslednici mogu pribеći i koristiti se njime u situacijama kada nije nužno ukinuti nasledničku zajednicu u svim njenim segmentima.

„U austrijskom pravu delimična deoba suvlasništva moguća je samo ako time nije narušena ekonomska celovitost zajedničke stvari“ [Maganić, 2008: 429]. Delimična deoba suvlasništva moguća je u pogledu stvari koje se nalaze u suvlasništvu i u pogledu lica koja čine nasledničku zajednicu.

Nemački zakonodavac predviđa gotovo identično rešenje austrijskom. U nemačkom pravu sporazum o deobi može vezivati samo neke sanaslednike. Sporazumom o delimičnoj deobi naslednici mogu da izvrše deobu samo određenih predmeta iz zaostavštine. Prema par. 2042, BGB st. 1, pravo svakog naslednika odnosi se na raspodelu celokupnog nasledstva. Delimičnu deobu nasledstva koja bi se odnosila samo na njega, sanaslednik ne može da zahteva, ali je tako nešto moguće sporazumnim putem. Parcijalna deoba nasledstva pruža dve mogućnosti: 1) da sanaslednik prenese svoj deo na drugog naslednika, shodno par. 2033, st. 1 BGB; 2) da istupi iz kruga naslednika (po pravilu uz nadoknadu), pri čemu celokupno nasledstvo ostaje preostalim naslednicima. „Druga navedena mogućnost naziva se i ‘izdvajanjem’ te može da bude dogovorena i bez neophodne pravne forme, u slučaju kad nasledstvu pripada zemljište i preostaje samo jedan naslednik, koji će na taj način postati njegov jedini naslednik“ [Leipold, 2002: 277]. Raspodela se može isključiti i u odnosu samo na pojedine stvari, pripadajuće nasledstvu. Ukoliko sanaslednici, u cilju nastavka rada preduzeća, osnuju preduzeće, a bez da su izvršili prenos zemljišta ostaviočevog preduzeća na novo preduzeće, treba pretpostaviti da je došlo do sporazumnog isključenja raspodele nasledstva, makar što se tiče zemljišta ostaviočevog preduzeća, pošto je od samog preduzeća nerazdvojivo. Takvim je dogovorom vezan i svaki od osnivača novog preduzeća, te na taj način ne mora da pokreće postupak za raspodelu zemljišta, koje i dalje pripada imanju ostavioča, odnosno zajednici naslednika [Soergel, Siebert, 1974: 221: 222]. U slučaju da delimična raspodela nasledstva uključuje samo pojedine predmete, naslednička zajednica prestaje da funkcioniše u slučaju, npr., nekog bankovnog računa [Klüsener, Walter, 2002: 132].

Francusko pravo poznaje delimičnu deobu nasljedstva. Parcijalna deoba nasljedstva postoji kada dopušta opstanak zajedničke imovine u pogledu određenih dobara ili određenih lica.⁴⁴

U hrvatskom pravu delimična deoba suvlasništva regulisana je čl. 48 ZVDSPH. Realizacijom prava na delimičnu deobu nasljedstva, naslednička zajednica prestaje da postoji u odnosu na određene stvari i prava iz zaostavštine, ili između određenih naslednika, dok u ostalom ona nastavlja da egzistira.

Bugarski i ruski zakonodavac ne govore o pravu suvlasnika na delimičnu deobu. Polazeći od pravila *ad maiore ad minus*, mogli bismo zaključiti da nema mesta tumačenju koje bi isključivalo mogućnost naslednika da zahtevaju delimičnu deobu. Ko može više, može i manje. Pravo na delimičnu deobu nasljedstva ne može se dovoditi u pitanje i zbog karaktera sporazuma kojim se deoba vrši. Imajući u vidu slobodnu volju sanaslednika da dogovore deobu, to podrazumeva kreiranje i manifestovanje volje sanaslednika u granicama dozvoljenog i mogućeg. Svakako, iz razloga preciznosti i pravne sigurnosti, potrebno je predvideti pravo naslednika na delimičnu deobu nasljedstva.

5. Realizacija sporazuma o deobi nasljedstva

Sporazumna deoba nasljedstva je rezultat slobodne i saglasne izjave volja sanaslednika o predmetu i načinu deobe. Zaključivanje sporazuma o deobi nasljedstva je jedna etapa u deobi nasljedstva. Postojanje nasledničke zajednice u vremenu proteže se onoliko koliko je neophodno da se sporazum o deobi nasljedstva realizuje. Činom realizacije sporazuma o deobi nasljedstva, naslednička zajednica prestaje da postoji u odnosu na predmete i sanaslednike, subjekte sporazumne deobe. Saglasna izjava volje sanaslednika je konstitutivni element, ne samo sporazuma o deobi nasljedstva, već je i uslov realizacije sporazuma. Nema sporazumne realizacije bez saglasnosti sanaslednika, subjekata sporazuma o deobi.

U austrijskom pravu ispunjenje sporazuma o deobi može se ostvariti podnošenjem tužbe prema par. 830 ABGB.

U nemačkom pravu sanaslednicima se garantuje pravo na podnošenje tužbe kao instrumenta za realizaciju ugovora o deobi nasljedstva. „Sama tužba za sprovođenje u delo sporazumne deobe nasljedstva potrebna je i u slučaju da sanaslednici oklevaju da ispune slobodnom voljom sklopljeni ugovor o raspodeli nasljedstva“ [Soergel, Siebert, 1974: 222]. Sanaslednicima se pruža mogućnost da, pored sporazuma o deobi nasljedstva, zakluče i sporazum o načinu deobe nasljedstva. Ukoliko se sanaslednici ne dogovore o načinu deobe nasljedstva, nji-

44 Čl. 838 CC.

ma se omogućava da sporazum o deobi nasljedstva realizuju prinudnim putem, podnošenjem kondemnatorne tužbe [Maganić, 2008: 436].

U francuskom pravu prijateljska deoba je pravilo, a sudska deoba izuzetak. Sporazum o deobi nasljedstva se samo izuzetno prinudno realizuje. Shodno čl. 840-842CC, tužba za realizaciju sporazuma o deobi nasljedstva može se podneti ukoliko se pojavljuju osporavanja u vezi načina pristupa ili okončanja prijateljske deobe [Delfosse, Peniguel, 2006: 98].

Hrvatski zakonodavac ne izjašnjava se decidirano o prinudnoj realizaciji sporazuma o deobi nasljedstva. Mišljenja smo da ima mesta primeni odredaba čl. 161-194 Zakona o obaveznim odnosima Republike Hrvatske,⁴⁵ kojima se regulišu pitanja ispunjenja ugovornih obaveza i posledica neispunjenja. Shodno navedenim odredbama, suvlasnici mogu da realizuju sporazum o deobi nasljedstva podnošenjem kondemnatorne tužbe.

Zakon o svojini Republike Bugarske ne sadrži odredbe za slučaj neispunjenja ugovornih obaveza iz sporazuma o deobi susvojine. Sporazum o deobi nasljedstva je dužničko-poverilački odnos sanaslednika. Jedina specifičnost ovog sporazuma jeste da on nastaje između sanaslednika, a povodom deobe nasljedstva. Imajući u vidu da se sporazum o deobi nasljedstva po svojim opštim karakteristikama ni u čemu ne razlikuje od drugih ugovora, mišljenja smo da se, za slučaj neispunjenja obaveza preuzetih sporazumom o deobi, imaju primenti odredbe čl. 63-94 Zakona o dugovima i sporazumima Republike Bugarske.⁴⁶ Na osnovu ovih odredaba, sanaslednici imaju prava na podnošenje kondemnatorne tužbe za ispunjenje.

Odredbama o sporazumnoj deobi nasljedstva GKRF nisu uređena pitanja realizacije sporazuma o deobi nasljedstva. Mišljenja smo da se na ispunjenje, odnosno neispunjenje obaveza preuzetih sporazumom o deobi nasljedstva, analogno mogu primeniti odredbe o ne(ispunjenju) ugovornih obaveza GKRF.⁴⁷

45 Zakon o obaveznim odnosima Republike Hrvatske, [„Narodne novine“, br.35/05,41/08,125/11]. Tekst ovog zakona može se naći na sajtu: <http://www.narodnovenovine.nn.hr>.

46 Zakon o obavezama i sporazumima Republike Bugarske [Zakon za zadъlъženята i dogovorite na Republika Вългарія. Obn. DV. br. 2/1950, br. 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]. Tekst Zakona, može se naći na sajtu: <http://www.lex.bg>.

47 Videti: čl. 309-328 GKRF.

Zaključak

Naslednička zajednica, shvaćena kao zajednica za koju važe pravila o susvojini ili zajedničkoj svojini nasljednika, nastaje u trenutku delacije i traje do deobe. Njeno postojanje u vremenu je ograničeno trenutkom deobe nasljedstva. Deoba nasljedstva je cilj kome nasljednici kao zajedničari teže. Sporazumna deoba nasljedstva je jedan od mogućih načina deobe.

Uz poštovanje specifičnosti koje proizlaze iz zakonskih rešenja koja su predmet analize ovog rada, mišljenja smo da, nasuprot uočenim razlikama, sličnosti u regulativi sporazumne deobe nasljedstva su zastupljene u većem obimu. U austrijskom, nemačkom, francuskom i ruskom pravu sporazumna deoba nasljedstva je detaljno regulisana. Određujući krug subjekata sporazumne deobe nasljedstva, zapažamo da, pored punoletnih i poslovno sposobnih nasljednika, to mogu biti i maloletna lica čije je boravište nepoznato, poslovno nesposobna lica, lični poverioci nasljednika i plodouživaoci nasleđa. Zaštita interesa ovih lica obezbeđuje se aktivnim učešćem suda za starateljstvo, oblasnog suda i organa starateljstva. Sporazum o deobi nasljedstva je, u načelu, neformalan pravni posao, uz izvesne izuzetke koji se odnose na određene kategorije stvari, u pogledu kojih se zahteva ispunjenje uslova forme koju zakonodavac određuje kao *adsolemnitatem*. Delimična deoba nasljedstva u zakonodavstvu ovih zemalja je predviđena kao pravna mogućnost koja stoji u jednoj ravni sa potpunom deobom nasljedstva. Sporazum o deobi nasljedstva realizuje se dobrovoljno. U slučaju da nema dobrovoljnosti, nasljednicima stoje na raspolaganju pravna sredstva uz čiji pomoć mogu realizovati sporazum.

Nasuprot austrijskom, nemačkom, francuskom i ruskom zakonodavcu koji su bili iscrpani u regulisanju sporazumne deobe nasljedstva, iz analize hrvatskog i bugarskog zakonodavstva zaključujemo da je sporazumna deoba nasljedstva samo predviđena. Zakonodavci ovih zemalja nisu se bavili pitanjima subjekata, forme sporazuma, delimičnom deobom, niti načinima za realizaciju sporazuma. Naprosto, dati odgovor na sva ova pitanja znači zaroniti u more velikog broja propisa, te u njima naći po neku odredbu koja se po principu analogije može primeniti kada se pred nama postavi pitanje sporazumne deobe nasljedstva.

Literatura

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.

Klūsener, 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.

Krneta, S. [1978]. *Subjektivna prava*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom III, Beograd.

Leipold, D. [2002]. *Erbercht*, Tübingen.

Maganić, A. [2008]. *Razvrgrnuće suvlasničke zajednice*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2008.

Petrušić, N. [1995]. *Postupak za deobu zajedničke stvari ili imovine, doktorska disertacija*, Niš.

Soergel Hs.Th. – Siebert, W. [1974]. *Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, band 6, Erbercht*, Stuttgart.

Stojanović, N. [2009]. *Naslednička zajednica*, Niš.

Pravni propisi

Građanski zakonik Republike Austrije (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811 idF BGB1 I 58/2004, 77/2004, 43/2005, 113/2006).

Građanski zakonik Republike Nemačke (Bürgerliches Gesetzbuch, RGB1 I S. 195, zaključno sa izmenama i dopunama iz 2008. godine, BGB1. I S2399).

Građanski zakonik Republike Francuske (Code Civil, zaključno sa izmenama i dopunama iz 2006. godine, La loi No 2006-728 du Juin 2006).

Građanski kodeks Ruske Federacije (Graždanskiñ kodeks Rassijŝkoj Federacii). Treći deo ovog Zakonika objavljen je u SZRF, N 49, ot 03. 12. 2001).

Zakon o vanparničnom postupku Republike Austrije (Auberstreitgesets, BGB1 2003/111).

Zakon o obaveznom učešću javnih beležnika Republike Austrije (Notariatszwanggesetz, OGH 25. 06. 1976, 1 Ob 105/75 (LGZ Wien 45 R 242/74; BG Floridsdorf 4 C 418/72).

Zakona o nasleđivanju Republike Bugarske (Zakon za nasledstvotto na Republika Bŝlgarija, Obn. DV. br. 22/1949, 41/1949, 275/1950, 41/1950, 41/1985, 60/1992, 21/1996, 104/1996, 117/1997, 96/1999, 34/2000, 59/2007).

Zakon o svojini Republike Bugarske (Zakon za sopstvenost na Republika България, Obn. DV. br. 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).

Zakon o obavezama i sporazumima Republike Bugarske (Zakon za zadълженята i dogovorite na Republika България, Obn. DV. br. 2/1950, br. 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).

Internet stranice

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.*

ZBORNIK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman ćirilica (Serbian-Cyrillic)</i> , (osim originalnih latiničnih navoda), veličina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude A4 .
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemački.
Naslov rada	Naslov rada kucati veličinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman Naslov rada priložiti i na engleskom jeziku.
Autor(i)	Ime i prezime autora, naziv i puna adresa institucije u kojoj autor radi, kontakt e-mail adresa (veličina fonta 12 pt). Sve podatke o autorima, titula i institucija, priložiti i na engleskom jeziku.
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izložen na naučnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili sličnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
Apstrakt	Apstrakt sadrži 100-250 reči.
Ključne reči	Ne više od 10 ključnih reči na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zaključak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbučnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da isključe komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (Summary)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dužine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti ovde .
Dostava radova	Radovi se dostavljaju u elektronskom obliku (kao attachment) na sledeću adresu: zbornik@prafak.ni.ac.rs
Ogledni primerak članka	Ovde možete preuzeti OGLEDNI PRIMERAK ČLANKA

* Ovi podaci unose se samo u slučaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevođenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava	Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford essential world atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U V.Pavlović i S.Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Beograd: Konrad Adenauer Stiftung	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV): 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11 (2011)	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62 (2004)	Fus nota: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57 (2003)	Fus nota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navođenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fus nota: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

Journal of the Law Faculty, University of Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

General notes	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font Times New Roman (Serbian-Cyrillic) , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
Paper length	The paper shall not exceed 16 pages. An article shall not exceed 40.000 characters (including spaces). A review shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
Language and script	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
Paper Title	The paper title shall be formatted in font Times New Roman , font size 14 pt, bold . The title shall be submitted in English as well.
Author(s)	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.
Data on the project or program*(optional)	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.
Data on the oral presentation of the paper*(optional)	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.
Abstract	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
Key words	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.
Text structure	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction 2. Chapter 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Section 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Subsection 3 3. Chapter 2 4. Conclusion <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, bold.</p>
References	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 Guidelines for Authors .
Summary	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.
Tables, graphs, figures	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in jpg . format.
Copyright	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded here .
Paper submission	The papers shall be submitted in electronic format (as an attachment) to the following address: zbornik@prafak.ni.ac.rs

* 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>Онима 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	First in-text citation: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) A subsequent in-text citation: (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). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. 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)	Footnote: 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 v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IУ-197/2002, <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57 (2003)	Footnote: 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 http://www.gutenberg.org/etext/2530 or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24. May. 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	In-text citation: (Wallace, 2001) Footnote: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24. May. 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp