



УНИВЕРЗИТЕТ У БАЊОЈ ЛУЦИ

UNIVERSITY OF BANJA LUKA

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

FACULTY OF LAW



ISSN 3029-3529 (Online) ISSN 2831-1310 (Print)

МЕЂУНАРОДНИ НАУЧНИ СКУП

„ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ РАЗВОЈА
ПРАВНИХ СИСТЕМА У XXI ВИЈЕКУ”

ЗБОРНИК РАДОВА

Година IV, број 4 (2024) - Том II

INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

“CHALLENGES AND PERSPECTIVES
OF THE DEVELOPMENT OF LEGAL
SYSTEMS IN THE XXI CENTURY”

CONFERENCE PROCEEDINGS

Year IV, No. 4 (2024) - Vol. II

Бања Лука, Banja Luka
2024.

МЕЂУНАРОДНИ НАУЧНИ СКУП
„ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ РАЗВОЈА
ПРАВНИХ СИСТЕМА У XXI ВИЈЕКУ”

ЗБОРНИК РАДОВА

MEĐUNARODNI NAUČNI SKUP
„IZAZOVI I PERSPEKTIVE RAZVOJA
PRAVNIH SISTEMA U XXI VIJEKU”

ZBORNİK RADOVA

INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE
“CHALLENGES AND PERSPECTIVES OF THE DEVELOPMENT
OF LEGAL SYSTEMS IN THE XXI CENTURY”

CONFERENCE PROCEEDINGS



ПОСЕБНУ ЗАХВАЛНОСТ ИСКАЗУЈЕМО ПРЕДСЈЕДНИКУ РЕПУБЛИКЕ
СРПСКЕ, ГОСПОДИНУ МИЛОРАДУ ДОДИКУ ЗА ФИНАНСИЈСКУ ПОДРШКУ У
ОРГАНИЗАЦИЈИ IV МЕЂУНАРОДНОГ НАУЧНОГ СКУПА „ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ
РАЗВОЈА ПРАВНИХ СИСТЕМА У XXI ВИЈЕКУ“, КАО И МИНИСТАРСТВУ ЗА
НАУЧНОТЕХНОЛОШКИ РАЗВОЈ И ВИСОКО ОБРАЗОВАЊЕ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ.

СУОРГАНИЗАТОР / CO-ORGANIZER



INTERNATIONAL CHAIR IN BIOETHICS

ПАРТНЕРИ КОНФЕРЕНЦИЈЕ :
PARTNERI KONFERENCije :
CONFERENCE PARTNERS :





УНИВЕРЗИТЕТ У БАЊОЈ ЛУЦИ
UNIVERSITY OF BANJA LUKA
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
FACULTY OF LAW



ISSN 3029-3529 (Online) ISSN 2831-1310 (Print)

МЕЂУНАРОДНИ НАУЧНИ СКУП
„ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ РАЗВОЈА
ПРАВНИХ СИСТЕМА У XXI ВИЈЕКУ”
ЗБОРНИК РАДОВА
Година IV, број 4 (2024)
Том II

MEĐUNARODNI NAUČNI SKUP
„IZAZOVI I PERSPEKTIVE RAZVOJA
PRAVNIH SISTEMA U XXI VIJEKU”
ZBORNİK RADOVA
Godina IV, broj 4 (2024)
Tom II

INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE
“CHALLENGES AND PERSPECTIVES OF THE DEVELOPMENT
OF LEGAL SYSTEMS IN THE XXI CENTURY”
CONFERENCE PROCEEDINGS
Year IV, No. 4 (2024)
Vol. II

МЕЂУНАРОДНИ НАУЧНИ СКУП
„ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ РАЗВОЈА ПРАВНИХ СИСТЕМА У ХХІ ВИЈЕКУ”
ЗБОРНИК РАДОВА

ИЗДАВАЧ:

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци
Булевар војводе Степе Степановића 77, Бања Лука
телефон: +387 (51) 339-002
е пошта: info@pf.unibl.org
веб: <https://pf.unibl.org/>

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК:

Проф. др Жељко Мирјанић

УРЕДНИЦИ:

Проф. др Игор Милинковић
Доц. др Бојан Влашки
Доц. др Стојана Петровић

ТЕХНИЧКИ УРЕДНИК:

Санда Гверо, ма

ЛЕКТУРА:

Проф. Драгана Брковић
Проф. Мирјана Гаћановић Борић

ШТАМПА:

Графид д.о.о. Бања Лука

ЗА ШТАМПАРИЈУ:

Бранислав Иванковић

Тираж: 100

НАУЧНИ ОДБОР:

Проф. др Жељко Мирјанић, Универзитет у Бањој Луци
Проф. др Руи Нуњеш, Универзитет у Порту
Проф. др Игор Милинковић, Универзитет у Бањој Луци
Проф. др Бојан Милисављевић, Универзитет у Београду
Проф. др Војин Ракић, Центар за биоетичке студије
Др Марта Сјеничић, Институт друштвених наука у Београду
Проф. др Франческо Палермо, Институт за упоредни федерализам
Проф. др Јенс Воелк, Универзитет у Тренту
Проф. др Владимир Ђурић, Институт за упоредно право у Београду
Проф. др Матеја Ђуровић, Кингс Колеџ Лондон
Проф. др Снежана Пантовић, Универзитет Црне Горе
Проф. др Ивана Туцак, Универзитет у Осиеку
Проф. др Ајелет Блецер-Пригат, Колеџ у Ход Хашарону
Проф. др Катаржина Миасковска Даскиевец, Универзитет у Лублину
Проф. др Јоле Фарњоли, Универзитет у Берну
Проф. др Малина Новкиришка, Универзитет у Софији
Проф. др Јанез Крањц, Универзитет у Љубљани
Проф. др Дијана Зрнић, Универзитет у Бањој Луци
Проф. др Нина Кршљанин, Универзитет у Београду
Проф. др Анатолијс Кривинш, Универзитете Даугавпилс
Доц. др Бојан Влашки, Универзитет у Бањој Луци
Доц. др Анка Кекез Коштро, Универзитет у Загребу
Доц. др Маја Сахацић, Универзитет у Утрехту

ОРГАНИЗАЦИОНИ ОДБОР:

Проф. др Жељко Мирјанић, декан
Проф. др Зоран Васиљевић, продекан за наставу
Доц. др Бојан Влашки, продекан за научно-истраживачки рад
Проф. др Игор Милинковић
Проф. др Милијана Буха
Проф. др Мирјана Мишкић
Доц. др Стојана Петровић
Санда Гверо, ма
Игор Поповић, ма
Драган Миличић
Сузана Бабић

СЕКРЕТАРИЈАТ:

Дејан Пилиповић, ма
Роберт Шврака, ма
Босиљка Чубриловић Стаменић, ма
Милица Костовски, ма
Марко Ромић, ма
Игор Мирјанић, ма

MEĐUNARODNI NAUČNI SKUP
„IZAZOVI I PERSPEKTIVE RAZVOJA PRAVNIH SISTEMA U XXI VIJEKU”
ZBORNİK RADOVA

IZDAVAČ:

Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci
Bulevar vojvode Stepe Stepanovića 77, Banja Luka
telefon: +387 (51) 339-002
e pošta: info@pf.unibl.org
veb: <https://pf.unibl.org/>

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK:

Prof. dr Željko Mirjanić

UREDNICI:

Prof. dr Igor Milinković

Doc. dr Bojan Vlaški

Doc. dr Stojana Petrović

TEHNICKI UREDNIK:

Sanda Gvero, ma

LEKTURA:

Prof. Dragana Brković

Prof. Mirjana Gaćanović Borić

ŠTAMPA:

Grafid d.o.o. Banja Luka

ZA ŠTAMPARIJU:

Branislav Ivanković

Tiraž: 100

NAUČNI ODBOR:

Prof. dr Željko Mirjanić, Univerzitet u Banjoj Luci
Prof. dr Rui Nunješ, Univerzitet u Portu
Prof. dr Igor Milinković, Univerzitet u Banjoj Luci
Prof. dr Bojan Milisavljević, Univerzitet u Beogradu
Prof. dr Vojin Rakić, Centar za bioetičke studije
Dr Marta Sjeničić, Institut društvenih nauka u Beogradu
Prof. dr Frančesko Palermo, Institut za uporedni federalizam
Prof. dr Jens Voelk, Univerzitet u Trentu
Prof. dr Vladimir Đurić, Institut za uporedno pravo u Beogradu
Prof. dr Mateja Đurović, Kings Koledž London
Prof. dr Snežana Pantović, Univerzitet Crne Gore
Prof. dr Ivana Tucak, Univerzitet u Osijeku
Prof. dr Ajelet Blecer-Prigat, Koledž u Hod Hašaronu
Prof. dr Kataržina Miaskovska Daskievic, Univerzitet u Lublinu
Prof. dr Jole Farnjoli, Univerzitet u Bernu
Prof. dr Malina Novkiriška, Univerzitet u Sofiji
Prof. dr Janez Kranjc, Univerzitet u Ljubljani
Prof. dr Dijana Zrnić, Univerzitet u Banjoj Luci
Prof. dr Nina Kršljanin, Univerzitet u Beogradu
Prof. dr Anatolij Kriviniš, Univerzitet Daugavpils
Doc. dr Bojan Vlaški, Univerzitet u Banjoj Luci
Doc. dr Anka Kekez Koštro, Univerzitet u Zagrebu
Doc. dr Maja Sahadžić, Univerzitet u Utrehtu

ORGANIZACIONI ODBOR:

Prof. dr Željko Mirjanić, dekan
Prof. dr Zoran Vasiljević, prodekan za nastavu
Doc. dr Bojan Vlaški, prodekan za naučno-istraživački rad
Prof. dr Igor Milinković
Prof. dr Milijana Buha
Prof. dr Mirjana Miškić
Doc. dr Stojana Petrović
Sanda Gvero, ma
Igor Popović, ma
Dragan Miličić
Suzana Babić

SEKRETARIJAT:

Dejan Pilipović, ma
Robert Švraka, ma
Bosiljka Čubrilović Stameniće, ma
Milica Kostovski, ma
Marko Romić, ma
Igor Mirjanić, ma

INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE
**“CHALLENGES AND PERSPECTIVES OF THE DEVELOPMENT
OF LEGAL SYSTEMS IN THE XXI CENTURY”**
CONFERENCE PROCEEDINGS

PUBLISHER:

Faculty of Law, University of Banja Luka
Bulevar vojvode Stepe Stepanovića 77, Banja Luka
phone: +387(51)339-002
email: info@pf.unibl.org
web: <https://pf.unibl.org/>

EDITOR IN CHIEF:

Prof. Željko Mirjanić, PhD

EDITORS:

Prof. Igor Milinković, PhD
Asst. Prof. Bojan Vlaški, PhD
Asst. Prof. Stojana Petrović, PhD

TECHNICAL EDITOR:

Sanda Gvero, MA

PROOFREADING:

Prof. Dragana Brković
Prof. Mirjana Gaćanović Borić

PRINT:

Grafid d.o.o. Banja Luka

FOR PRINT:

Branislav Ivanković

Edition: 100

SCIENTIFIC COMMITTEE:

Prof. Željko Mirjanić, PhD, University of Banja Luka
Prof. Rui Nunes, PhD, University of Porto
Prof. Igor Milinković, PhD, University of Banja Luka
Prof. Bojan Milisavljević, PhD, University of Belgrade
Prof. Vojin Rakić, PhD, Center for Bioethical Studies
Marta Sjeničić, PhD, Institute of Social Sciences in Belgrade
Prof. Francesco Palermo, PhD, Institute for Comparative Federalism
Prof. Jens Woelk, PhD, University of Trento
Prof. Vladimir Đurić, PhD, Institute for Comparative Law in Belgrade
Prof. Mateja Đurović, PhD, King's College London
Prof. Snežana Pantović, PhD, University of Montenegro
Prof. Ivana Tucak, PhD, University of Osijek
Prof. Ayelet Blecher-Prigat, PhD, College of Law and Science in Hod Hasharon
Prof. Katarzyna Miaskowska-Daszkiewicz, PhD, University of Lublin
Prof. Iole Fagnoli, PhD, University of Bern
Prof. Janez Kranjc, PhD, University of Ljubljana
Prof. Malina Novkirishka, PhD, University of Sofia
Assoc. Prof. Dijana Zrnić, PhD, University of Banja Luka
Assoc. Prof. Nina Kršljanin, PhD, University of Belgrade
Assoc. Prof. Anatolijs Krivins, Daugavpils University
Asst. Prof. Bojan Vlaški, PhD, University of Banja Luka
Asst. Prof. Anka Kekez Koštro, PhD, University of Zagreb
Asst. Prof. Maja Sahadžić, PhD, University of Utrecht

ORGANIZING COMMITTEE:

Prof. Željko Mirjanić, PhD, Dean
Prof. Zoran Vasiljević, PhD, Vice dean for teaching
Asst. Prof. Bojan Vlaški, PhD, Vice dean for scientific research
Prof. Igor Milinković, PhD
Assoc. Prof. Milijana Buha, PhD
Assoc. Prof. Mirjana Miškić, PhD
Asst. Prof. Stojana Petrović, PhD
Sanda Gvero, MA
Igor Popović, MA
Dragan Miličić
Suzana Babić

SECRETARIAT:

Dejan Pilipović, MA
Robert Švraka, MA
Bosiljka Čubrilović Stamenić, MA
Milica Kostovski, MA
Marko Romić, MA
Igor Mirjanić, MA

УРЕДНИЧКИ УВОДНИК

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци и Међународна катедра за биоетику, у партнерству са Правним факултетом Универзитета у Београду, Институтом за упоредно право из Београда, Центром за биоетичке студије из Београда и Удружењем правника за медицинско и здравствено право Србије, а под покровитељством Институције Председника Републике Српске и Министарства за научнотехнолошки развој и високо образовање Републике Српске и ове године, 17. маја организовао је за домаћу и међународну научну и стручну јавност значајан и већ традиционалан, четврти међународни научни скуп „Изазови и перспективе развоја правних система у XXI вијеку“.

Овако широко постављена тема скупа обухватила је презентовање истраживања учесника из већег броја ужих правних области, као што су: право и биоетика, право и дигитализација, правни аспекти заштите животне средине, право и здравље, актуелни међународно-правни односи, правни изазови процеса европских интеграција, реформа јавне управе, борба против корупције, право и финансије, право и тржишна привреда, право и миграције, социолошки аспекти развоја правних система, право и књижевност, и друге.

Значај скупа препознало је 112 учесника из 16 држава. Научне сесије паралелно су се одвијале уживо и електронски на даљину, те су и ове године домаћи учесници резултате својих истраживања размијенили са учесницима из сусједних држава (Србије, Хрватске, Црне Горе, Сјеверне Македоније) и држава иностранства (Италије, Пољске, Русије, Аустрије, Мађарске, Грузије, САД, Словачке, Бразила, Холандије и Португала).

Циљ организатора скупа био је стварање оптималне академске атмосфере за размјену и упоређивање резултата истраживања домаћих учесника са резултатима истраживања учесника из иностранства о темама које актуелне друштвене појаве рефлектују на скоро све области права.

Таква радна атмосфера изнедрила је Зборник радова који научној и стручној јавности нуди 55 реферата објављена у два тома, груписана по сродним гранама права. Поред чињенице да се на овогодишњем научном скупу сусрео велики број квалитетних домаћих и иностраних научних имена, Зборник радова резултат је напорног и несебичног рада чланова организационог одбора и секретаријата на његовом техничком уређивању, те њихове добре сарадње са домаћим и иностраним рецензентима чије су сугестије учиниле бољима пристигле реферате. Научни скуп је од ове године код ресорног министарства у Републици Српској категорисан и класификован као Међународни научни скуп прве категорије.

Главни и одговорни уредник Зборника
Уредници Зборника

Бања Лука, 20. децембар 2024. године

UREDNIČKI UVODNIK

Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci i Međunarodna katedra za bioetiku, u partnerstvu sa Pravnim fakultetom Univerziteta u Beogradu, Institutom za uporedno pravo iz Beograda, Centrom za bioetičke studije iz Beograda i Udruženjem pravnika za medicinsko i zdravstveno pravo Srbije, a pod pokroviteljstvom Institucije Predsjednika Republike Srpske i Ministarstva za naučnotehnološki razvoj i visoko obrazovanje Republike Srpske i ove godine, 17. maja organizovao je za domaću i međunarodnu naučnu i stručnu javnost značajan i već tradicionalan, četvrti naučni skup „Izazovi i perspektive razvoja pravnih sistema u XXI vijeku“.

Ovakvo široko postavljena tema skupa obuhvatila je prezentovanje istraživanja učesnika iz većeg broja užih pravnih oblasti, kao što su: pravo i bioetika, pravo i digitalizacija, pravni aspekti zaštite životne sredine, pravo i zdravlje, aktuelni međunarodno-pravni odnosi, pravni izazovi procesa evropskih integracija, reforma javne uprave, borba protiv korupcije, pravo i finansije, pravo i tržišna privreda, pravo i migracije, sociološki aspekti razvoja pravnih sistema, pravo i književnost, i druge.

Značaj skupa prepoznalo je 112 učesnika iz 16 država. Naučne sesije paralelno su se odvijale uživo i elektronski na daljinu, te su i ove godine domaći i učesnici iz susjednih država (Republika Srbije, Hrvatske, Crne Gore, Sjeverne Makedonije) rezultate svojih istraživanja razmijenili sa učesnicima iz država inostranstva (Italije, Poljske, Rusije, Austrije, Mađarske, Gruzije, SAD, Slovačke, Brazila, Holandije i Portugala).

Cilj organizatora skupa bio je stvaranje optimalne akademske atmosfere za razmjenu i upoređivanje rezultata istraživanja domaćih učesnika sa rezultatima istraživanja učesnika iz inostranstva o temama koje aktuelne društvene pojave reflektuju na skoro sve oblasti prava.

Takva radna atmosfera iznjedrila je Zbornik radova, koji naučnoj i stručnoj javnosti nudi 55 referata objavljena u dva toma, grupisana po srodnim granama prava. Pored činjenice da se na ovogodišnjem naučnom skupu susreo veliki broj kvalitetnih domaćih i inostranih naučnih imena, Zbornik rada rezultat je napornog i nesebičnog rada članova organizacionog odbora i sekretarijata na njegovom tehničkom uređivanju, te njihove dobre saradnje sa domaćim i inostranim recenzentima čije su sugestije učinile boljima pristigle referate. Naučni skup je od ove godine kod resornog ministarstva u Republici Srpskoj klasifikovan i kategorisan kao Međunarodni naučni skup prve kategorije.

Glavni i odgovorni urednik Zbornika
Urednici Zbornika

Banja Luka, 20. decembar 2024. godine

EDITORIAL INTRODUCTION

The Faculty of Law of the University of Banja Luka and the International Department of Bioethics, in partnership with the Faculty of Law of the University of Belgrade, the Institute for Comparative Law from Belgrade, the Center for Bioethical Studies from Belgrade and the Association of Lawyers for Medical and Health Law of Serbia, under the auspices of the Institution of the President of the Republic of Srpska and the Ministry for Scientific and Technological Development and Higher Education of the Republic of Srpska organized, on May 17th this year, a significant and already traditional fourth scientific conference titled “Challenges and Perspectives of Legal System Development in the 21st Century” for the domestic and international scientific and professional public.

This broadly framed theme of the conference covered the presentation of research from participants in a number of specific legal fields, such as: law and bioethics, law and digitization, legal aspects of environmental protection, law and health, current international legal relations, legal challenges in the process of European integration, public administration reform, the fight against corruption, law and finance, law and market economy, law and migration, sociological aspects of the development of legal systems, law and literature, and others.

The importance of the meeting was recognized by 112 participants from 16 states. The scientific sessions were held both in-person and electronically, allowing domestic participants and those from neighboring countries (Republic of Serbia, Croatia, Montenegro, North Macedonia) to exchange research results with participants from foreign countries (Italy, Poland, Russia, Austria, Hungary, Georgia, USA, Slovakia, Brasil, Netherlands and Portugal).

The aim of the conference organizers was to create an optimal academic atmosphere for exchanging and comparing the research results of domestic participants with those of foreign participants on topics that reflect contemporary societal phenomena across almost all areas of law.

Such a working atmosphere resulted in the publication of the Proceedings, which offers the scientific and professional public 55 papers published in two volumes, grouped by related branches of law. In addition to the fact that a large number of high-quality domestic and international scientific figures participated in this year’s conference, the Proceedings is the result of the hard and selfless work of the members of the organizing committee and the secretariat in its technical editing, as well as their good cooperation with domestic and foreign reviewers, whose suggestions improved the submitted papers.

The Scientific Conference from this year has been categorised and classified by the relevant ministry of the Republic of Srpska as an International Scientific Conference of the First Category.

Editor-in-Chief of the Proceedings
Editors of the Proceedings

In Banja Luka, 20th of December 2024

Садржај / Contents / Sadržaj

УРЕДНИЧКИ УВОДНИК	11
UREDNIČKI UVODNIK	12
EDITORIAL INTRODUCTION	13
<i>Милена Полојац</i> СРПСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК И КВАЗИДЕЛИКТИ	19
<i>Мирјана Мишкић</i> ЗАСТУПАЊЕ У СРПСКОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ	31
<i>Сара Митић</i> НАЧИН РЕШАВАЊА УСТАВНЕ КРИЗЕ КРОЗ ПРИЗМУ УСТАВНИХ ЗАКОНА КНЕЗА МИХАИЛА	43
<i>Ivona Šego – Marić</i> <i>Ivana Vlašić</i> DIVORTIUM – POVIJESNOPRAVNE KONCEPTUALIZACIJE I EUROPSKA PERSPEKTIVA	57
<i>Милица Костовски</i> УГОВОР О ЗАЈМУ У СРПСКОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ	73
<i>Ђорђе Стенић</i> ДРЖАВНОПРАВНЕ РЕФОРМЕ СТЕФАНА ДУШАНА И РОМЕЈСКО ДРЖАВНО ПРАВО ПАЛЕОЛОГА	89
<i>Anita Petrović</i> УМЈЕТНА INTELIGENCIJA I ZAŠTITA POTROŠAČA – PRIMJER PROCJENE KREDITNE SPOSOBNOSTI	109
<i>Dino Kovačević</i> <i>Ena Morankić</i> IZMEĐU TUŽBE I SPORAZUMA ZA RAZVOD BRAKA: PROCESNA NEDOUMICA ILI IZIGRAVANJE ZAKONA	127
<i>Drago Rupavac</i> ANALIZA PRAVNOG OKVIRA KAO IZVORA KONKURENTNOSTI ZASNOVANA NA IZVJEŠĆU SVJETSKOG GOSPODARSKOG FORUMA	137

<i>Aleksei V. Sereda</i>	
THE LEGAL ASPECTS OF THE DIGITAL CURRENCIES CIRCULATION IN RUSSIA	149
<i>Marija Vidić</i>	
<i>Miho Baće</i>	
USKLAĐIVANJE ODREĐENIH ASPEKATA PRAVA O NESOLVENTNOSTI....	159
<i>Irena Radić Babić</i>	
OSTAVKA JEDINOG DIREKTORA U JEDNOČLANOM DRUŠTVU SA OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU - (NE)MOGUĆ AKT?.....	177
<i>Миомира Костић</i>	
<i>Марина М. Симовић</i>	
ПРИМЈЕНА РЕСТОРАТИВНЕ ПРАВДЕ ПРЕМА МАЛОЉЕТНИЦИМА У СУКОБУ СА ЗАКОНОМ – ДОБРОБИТИ АЛТЕРНАТИВНИХ МЈЕРА	191
<i>Миодраг Н. Симовић</i>	
<i>Владимир М. Симовић</i>	
КРИВИЧНА ДЈЕЛА У ВЕЗИ СА “ПЛАЋЕНИЦИМА” – МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ И ПРАВО БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ	209
<i>Иван Илић</i>	
<i>Димитрије Андрејић</i>	
ДОПРИНОС ТУЖИЛАЧКЕ ИСТРАГЕ (НЕ)ЕФИКАСНОСТИ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА	227
<i>Иван Ђокић</i>	
ИСТОРИЈСКО-ДОГМАТСКИ РАЗВОЈ УЧЕЊА О БИЋУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА.....	243
<i>Ивана Марковић</i>	
<i>Милош Здравковић</i>	
<i>Сава Војновић</i>	
ПОГЛЕД НА ТЕОРИЈСКЕ ОСНОВЕ НЕПРИЈАТЕЉСКОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА	255
<i>Маја Ивљић</i>	
<i>Igor Iveljić</i>	
SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVICE KAO KONSENZUALNI NAČIN RJEŠAVANJA KRIVICHNIH PREDMETA U KRIVICHNOM POSTUPKU BOSNE I HERCEGOVINE	273
<i>Бранко Лештанин</i>	
<i>Жељко Никач</i>	
НЕКИ ПРЕКРШАЈНОПРАВНИ АСПЕКТИ КОНТРОЛЕ ОРУЖЈА У СРБИЈИ	287

<i>Вељко Турањанин</i>	
<i>Милица Митровски</i>	
ХИТНЕ МЕРЕ ПРЕМА ЗАКОНУ О СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ	309
<i>Ljubiša Zdravković</i>	
<i>Srđan Aleksić</i>	
РЕНАБИЛИТАЦИЈА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	327
<i>Aleksandra Rakočević</i>	
КРИВИЧНОПРАВНИ INSTRUMENTI ЗАШТИТЕ ЖРТАВА КРИМИНАЛИТЕТА У СРНОГОРСКОМ ЗАКОНОДАВСТВУ I ЕВРОПСКИ ПРАВНИ STANDARDI....	339
<i>Filip Novaković</i>	
ИЗНАД УБИСТВА? – ПРЕИСПИТИВАЊЕ ПРАВНИХ PARADIGMI ЗА ПРЕПОЗНАВАЊЕ FEMICIDA	357
<i>Biljana Petrevska</i>	
<i>Katerina Zhateva</i>	
COMPANIES AS APPLICANTS BEFORE THE ECtHR: ANALYSIS OF JUDGMENTS OF THE ECtHR AGAINST THE COUNTRIES OF THE WESTERN BALKANS REGARDING THE VIOLATION OF ARTICLE 1 PROTOCOL 1.....	375
<i>Душко Глодић</i>	
ЗНАЧАЈ МЕЂУНАРОДНИХ АДМИНИСТРАТИВНИХ ТРИБУНАЛА ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА И СТАТУСА СЛУЖБЕНИКА МЕЂУНАРОДНИХ ОРГАНИЗАЦИЈА	391
<i>Darko M. Marković</i>	
POLITICAL INSTRUMENTALISATION OF GENOCIDE.....	411
<i>Сања Ђорђевић Алексовски</i>	
УЖЕ И ШИРЕ ДЕЈСТВО МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА У ПРАВУ ЕУ	427
<i>Немања Даниловић</i>	
ПРЕТЕЧЕ САВРЕМЕНИХ МЕЂУНАРОДНИХ ОРГАНИЗАЦИЈА	453
<i>Бојана Кнежевић</i>	
„БЕСПИЛОТНЕ ЛЕТЈЕЛИЦЕ“ КАО СРЕДСТВО ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА ТЕРОРИЗМА	473

СРПСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК И КВАЗИДЕЛИКТИ

Милена Полојац¹

Правни факултет Универзитета у Београду

Сажетак: У оквиру одредаба о накнади штете, у глави XXX Српског грађанског законика (СГЗ), §§ 800-826, препознатљива су три од четири римска квазиделикта, иако се у СГЗ-у не спомиње нигде категорија квазиделикта. У раду се указује на везу с римским правом, а затим на однос са одговарајућим нормама АГЗ-а, као и на аспекте у којима СГЗ одступа како од изворног римског права тако и од АГЗ-а.

Кључне речи: Квазиделикти, Српски грађански законик, Аустријски грађански законик, римско право

1. КРАТАК ОСВРТ НА ИСТОРИЈАТ КВАЗИДЕЛИКТА

Квазиделикти (*obligationes quasi ex delicto, obligationes quasi ex maleficio*) су се појавили као посебна, издвојена категорија недозвољених радњи супротстављена деликтима у Јустинијановим Институцијама. Израз квазиделикт, који као такав у римском праву није постојао, први пут је коришћен у византијској преради Јустинијанових Институција на грчком језику, у Теофиловој парафрази Јустинијанових Институција која је настала у 6. веку, убрзо након објављивања Јустинијановог уџбеника. Израз квазиделикт је временом постао уобичајен.

Квазиделикти су задржани у средњем веку у оквиру заједничког европског општег права (*ius commune*), али су изазивали бројне недоумице и спорове. Водиле су се дискусије и постављала питања због чега су само четири недозвољене радње издвојене у посебну категорију, због чега се не могу сматрати деликтима и шта је то што је њима заједничко. Средњовековни правници, а посебно правници из времена хуманизма настојали су да међу појединачним случајевима нађу заједничке елементе. Често се истицало да су то случајеви објективне одговорности то јест одговорности без обзира на кривицу или случајеви одговорности за туђу кривицу. Највећи проблем је представљао случај несавесног судије који погрешно пресуди или не донесе пресуду на време (*iudex qui litem suam fecit*). То свакако није могао бити случај одговорности за другога, а тешко је било замисливи да се може квалификовати као случај објективне одговорности судије. Осим тога, постављало се питање због чега несавесни и нестручни лекар одговара за деликт по Аквилејевом закону, а судија

¹ Редовна професорка, Универзитет у Београду – Правни факултет, Булевар краља Александра 67, e-mail: polojac@ius.bg.ac.rs ORCID iD 0009-0000-0561-7737

само за квазиделикт. Чувени глосатор Ацо је сматрао да ако судија поступа злонамерно онда је то деликт, а ако то чини због нестручности (*per imperitiam*) онда одговара *quasi ex delicto*. Велики француски хуманистички правник систематичар Хуго Донелус је, имајући у виду паралелу између лекара и судије, искључио случај судије из категорије квазиделиката.² Поред тога што је овај квазиделикт стварао проблеме правним писцима теоретичарима, он није имао значаја у правној пракси због промена у организацији и начину суђења.³

Временом се издвојило као доминантно мишљење да се разлика између деликата и квазиделиката заснива на контрасту између недозвољених доложних радњи какав је случај код деликата и недозвољених радњи код којих је присутна кулпа у свом ужем значењу, то јест у значењу нехата или непажње, што је случај код квазиделиката.⁴ То је схватање заступао глосатор Ацо, а затим и чувени француски елегантни правник Кижас. У времену пред доношење грађанских кодификација овај став је заступао нарочито француски правник Робер-Жосеф Потје.

У време када је развој права ишао у смеру стварања општих правних правила и систематизације, посебно у време доминације школе природног права, неки су писци проширивали категорију квазиделиката тако што су ту уврстили све оне случајеве који се из неког разлога не могу сматрати грађанским деликтом. Поред римских случајева, ту су се нашли на пример случајеви одговорности за штету коју причини животиња или случајеви штете која настане рушењем дефектне зграде.

Конечно, квазиделикти су нашли свој пут и до грађанских кодификација. Француски *Code civil* користи термине деликти и квазиделикти. Деликти и квазиделикти су наведени као извор облигација, а једно је поглавље Наполеоновог кодекса насловљено "*Des délits et des quasi-délits*". Тај се назив задржао све до реформе из 2016. године када је ова терминологија напуштена, а за поглавље је усвојен назив *La responsabilité extracontractuelle*. С друге стране, Аустријски грађански законик иако нигде не користи термин квазиделикт, садржи норме које се могу довести у директну везу с римским квазиделиктима. Оне су и даље присутне у АГЗ-у који још увек није успео да реформише право деликата. Римски квазиделикти су присутни и у СГЗ-у.

² Peter Stein, „The actio de effusis vel dejectis and the concept of quasi-delict in Scots law“, *International and Comparative Law Quarterly*, 4(3), 1955, 863; Драгомир Стојчевић, „Око карактера квазиделиката у римском праву“, *Анали ПФБ*, 3 (4), (1955): 401 и даље; Olivia Robinson, „Justinian's institutional classification and the class of quasi-delict“, *Journal of Legal History*, 19(3), 1998, 246-249; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. (Oxford/New York, 1996), 1129; Eric Descheemaeker, „Obligations quasi ex delicto and strict liability in Roman law“, *Journal of Legal History*, 31(1), 2010, 2 и даље.

³ R. Zimmermann, 1126.

⁴ P. Stein, 863-865.

2. СРПСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК И КВАЗИДЕЛИКТИ РИМСКОГ ПРАВА

У оквиру одредаба о накнади штете, у глави XXX Српског грађанског законика (СГЗ), други одељак, §§ 800-826, без великих тешкоћа могу се препознати три од четири римска квазиделикта.

§ 812 Гостионичари, крчмари, лађари и возиоци (кириџије) одговарају и за ону штету, коју би њини људи путницима нанели.

§ 813 Ко из куће кроз прозор, с тавана, или иначе, несмотрено што баца или излије, онај ће одговарати за штету, коју би другом с тим проузроковао; ако се не зна ко је, онда одговара господар од куће или од квартира.

§ 814 Ако је ствар каква где год намештена, или обешена, да лако пасти или друкче кога осакатити или оштетити може; онда сваки има право ту предстојећу опасност полицајној власти јавити, која ће извидети и уклонити.

Први случај санкционисан у § 812, уско се ослања на римски квазиделикт крађе или штете на броду, гостионици или у штали (*Furtum vel damnum in nave aut in caupona aut in stabulo*).⁵ За штету коју претрпи гост одговаран је заповедник брода, гостионичар или држалац штала, иако он сам није извршио деликт, него његови помоћници и радници. То је, дакле, један од случајева одговорности за другога. Представља изузетак од правила из § 810 СГЗ-а који прописује да нико није дужан одговарати за туђа дела. У оквиру римског права деликата као најчешћа варијанта одговорности за другога примењивала се ноксална одговорност оца односно власника, ако су делинквенти потчињена лица у породици или робови. Међутим, ноксална одговорност се није могла применити за случај да су делинквенти слободни људи, радници, помоћници или слуге. Питање око основа одговорности у (изворном) римском праву, то јест да ли одговорна лица одговарају за другога објективно или на основу неког облика властите кривице посебно је питање око којег се дуго година водила расправа у науци. Тако, на пример неки истичу да је за све квазиделикте у римском праву, па тако и за овај, заједничка особина то што су засновани на објективној одговорности. Алузије на кривицу последица је извесног замагљивања од стране Гаја и Јустинијана. У средњем веку је, под утицајем алузија на кривицу дошло до реинтерпретирања изворног римског схватања квазиделиката.⁶

У § 813 санкционисан је случај штете због бацања или проливања из зграде или стана на улицу. Овом квазиделикту је посвећен посебан титулус у Јустинијановим Дигестима (D.9.3). Ако из зграде или стана буде нешто избачено или проливано на улицу (*deiectum vel effusum*), што произведе материјалну штету, усмрти или повреди пролазника, претор је

⁵ D.44.7.5. 6. *Gaius libro tertio aureorum: Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto, quod in nave aut caupona aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficio, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur.* Исто, *Just. Inst.* 4.5.3. То је последњи случај облигације *quasi ex maleficio/delicto* који наводе римски извори, док је у СГЗ-у на првом месту.

⁶ E. Descheemaeker, 7 и даље.

одобравао тужбу - *actio de effusis vel deiectis* против власника стана, закупца или станара који ту станује бесплатно, при чему се не поставља питање његове кривице.⁷ У зависности од последице која је наступила, предвиђене су три различите казне: на двоструки износ штете услед уништења или оштећења ствари, на износ од 50 златника уколико је избацивање или изливање имало за последицу смрт слободног човека и, коначно, према процени судије предвиђена је уколико је рањен слободан човек. Одговоран је увек онај ко користи стан (*habitor*), било да је он власник, купац стана или у њему живи бесплатно. Он одговара без обзира на то да ли је сам, скривљено или нескривљено, извршио штетну радњу, или је то учинио неко од његових укућана или гостију. Његова је одговорност објективна. Ако се зна ко је учинилац, он може бити тужен на основу Аквилијевог закона.

Коначно, у § 814 препознатљив је римски квазиделикт *positum vel suspensum*. Одговоран је власник или купац куће или стана када је постављено, обешено или прикачено нешто што би могло пасти и некога повредити (*positum vel suspensum*). Слично је и у случају када је нешто постављено или обешено на оној страни на којој је пут којим се уобичајено пролази, што може пасти и некога повредити. У овом случају казна је десет златника на основу *actio de positis vel suspensis*. Према римском праву одговара власник или купац куће или стана и онда када штета није наступила, него само постоји опасност да ће нешто пасти и проузроковати штету и дужан је да плати прописану казну.

Иако се римска правила могу *prima facie* довести у везу са одредбама §§ 812-814. српске грађанске кодификације, у Српском грађанском закону се не спомиње нигде категорија квазиделиката. У то време је већ углавном била превазиђена подела на деликте и квазиделикте.⁸ Због тога нема помена о квазиделиктима ни у ондашњој цивилистичкој литератури. Тако, на пример, угледни цивилиста и професор права Драгољуб Аранђеловић у свом коментару одредаба СГЗ-а о накнади штете каже следеће: “Глава XXX нашега грађанског законика у првome се реду односи на накнаду штете која је *деликтом* проузрокована, дакле, радњом или нерадњом једнога лица према другом лицу, које с учиниоцем не стоји ни у каквом уговорном односу, који би радњу или нерадњу као уговорну обавезу прописивао.”⁹ Он нигде није споменуо квазиделикте, а деликт је дефинисао широко као недозвољену радњу којом је настала штета ван уговора. Ни у другим делима тога времена квазиделикти се не спомињу.¹⁰ О присутности квазиделиката у СГЗ-у једва да има помена у нашој каснијој правој литератури.¹¹ Тако на пример, у зборнику посвећеном јубилеју 150 година од доно-

7 D.9.3.1.pr Ulpianus libro 23 ad edictum: Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: «Unde in eum locum, quo volgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. Si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere.

8 Ипак, француски Грађански законик је ту поделу задржао: “Des délits et des quasi-délits”, art. 1382-1386.

9 Драгољуб Аранђеловић, О одговорности за накнаду штете. Објашњење главе XXX Грађанског законика (Београд: 1924), 18.

10 Димитрије Матић, Објасненије Грађанског законика за Књажество Србско (Београд: 1851).

11 Одредбе о римским квазиделиктима у СГЗ-у спомиње правни романиста Самир Аличић, “Систематика одредаби о облигационим односима у Српском грађанском закону у светлу систематике Јустинијанових Институција”, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXVIII, 2 (2004), том I, 406-407.

шења СГЗ-а, иако се велики број радова управо односи на главу XXX СГЗ-а, ниједан аутор не спомиње везу с римским квазиделиктима.

3. СРПСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК И АУСТРИЈСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК

Од начелних претходних напомена може се истаћи да Српски грађански законик у глави XXX, по угледу на Аустријски грађански законик, не раздваја уговорну и вануговорну одговорност. Осим тога, накнада штете третирана је у оквиру имовинског права, а не облигационог.¹²

У погледу основа одговорности, Аустријски грађански законик је прихватио стано-виште чврсто укореењено у оквиру општег права, а које је задржано у теорији приватног права тога времена да нема одговорности ако нема кривице лица за штетни догађај који је наступио.¹³ Објективна одговорност постоји само изузетно као изричито одступање од субјективне одговорности.

Поред многих сличности између одредаба АГЗ-а и СГЗ-а које су у непосредној вези с римским квазиделиктима, има и разлика.

Што се тиче случаја гостионичара, крчмара, лађара и возиоца то је типичан случај одговорности за другога. Представља изузетак од правила из § 810 СГЗ-а који прописује да нико није дужан одговарати за туђа дела. Овај је случај у АГЗ-у као и у СГЗ-у у блиској вези с римским квазиделиктом *furtum vel damnum in nave aut in caupona aut in stabulo*.

Пре новелирања § 1316 АГЗ гласио је: “Гостионичари, возари и лађари одговарају за штету коју би каквом путнику у њиховој кући, или у њиховој лађи или на примљеним стварима и товару нанели њихове слуге или од њих одређена лица (параграф 970).”¹⁴ Позива се на одредбе уговора о угоститељској остави. Одредбе се примењују на одговорност гостионичара, а затим и предузетника који држе штале или просторије за чување превозних средстава као и на држаоце купатила. У римском праву је постојао случај угоститељске оставе регулисан према сасвим другим правилима у односу на обичну оставу. То је био преторски пакт којем је посвећен посебан титулус у Дигестама (*D.4.9*). Обична остава је реални контракт цивилног права. Угоститељска остава је преторски пакт. Оставопримац код обичне оставе одговара благо, само за долус, касније и за *culpa levis in concreto* за разлику од бродара, крчмара и држаоца штала (*nautae, caupones, stabularii*) који одговарају објективно, дакле и за случај (тзв. одговорност за кустодију).

Новелирани § 1316 АГЗ ову ситуацију нормира с нешто више детаља, истичући још више везу с уговором о угоститељској остави. Ипак, одредба није битно другачија у односу на стари параграф: “Гостионичари, који странце на преноћиште примају, као и друга у § 970 означена лица, даље лађари и возари, одговарају за штету коју њихови сопствени или од њих

¹² Марија Тороман, “Одредбе о одговорности за штету у Српском грађанском законик у и у Закону о облигационим односима.” Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994), (Београд, 1996), 288.

¹³ АГЗ §1311, СГЗ § 808.

¹⁴ *Аустријски Грађански законик*, превео Драгољуб Аранђеловић, друго издање, (Београд, 1921), 366.

означени службеници нанесу коме госту или путнику у њиховој кући, њиховом заводу или преносном средству на унесеним или примљеним стварима.¹⁵

Одредба СГЗ-а, § 812, много је концизнија у односу на АГЗ: “Гостионичари, крчмари, лађари и возиоци (кириџије) одговарају и за ону штету, коју би њини људи путницима нанели”.

Основно правило је да без кривице нема одговорности то јест да нема одговорности за случај (§ 808). Члан 812 односи се на одговорност гостионичара, возара и лађара за кривицу њихових људи (надничара, мастора, праља, куvara, укућана) који су штету путницима проузроковали злом намером или непажњом. Јер ако нема кривице њихових људи, онда је то случај за који се не одговара (§ 808).¹⁶ Међутим, одговорност гостионичара, возара и лађара није схваћена као одговорност у избору сарадника (*culpa in eligendo*), него надређени одговарају без обзира на своју властиту кривицу.¹⁷

За разлику од АГЗ-а, наш закон прави разлику између гостионичара (механџије, ханџије) и крчмара (кафеџије). Гостионичари, осим хране и пића, нуде преноћиште, док је делатност крчмара везана за понуду кафе, пића и јела. Према тумачењу Драгољуба Аранђеловића, одредба § 812 СГЗ-а се односи једнако на гостионичаре и крчмаре, али на ове друге само ако је штета причињена путницима, који ће ту преноћити, а не и гостима који долазе на кафу, пиће или јело.¹⁸

Одговара се по принципу претпостављене кривице. Путник доказује да је ствар предао, а гостионичар да није крив, то јест да је крив сам путник или његова пратња односно да је до штете дошло због особине ствари.¹⁹

Код другог квазиделикта, то јест случаја одговорности због избаченог и просутог, уочава се значајнија разлика између две кодификације, као и нека одступања у односу на римско право. АГЗ, § 1318, прописује: “Ако неко буде оштећен падањем какве опасно обешене или намештене ствари или бацањем или просипањем из каквог стана, онда за штету одговара онај из чијег је стана бачено или просуто или са којег је ствар пала.”²⁰ Наш законодавац прописује у § 813: “Ко из куће кроз прозор, с тавана, или иначе, несмотрено што баци или излије, онај ће одговарати за штету, коју би другом с тим проузроковао; ако се не зна ко је, онда одговара господар од куће или од квартира.”

АГЗ је шире формулисан и односи се на случај када штета настане падањем ствари опасно обешене или намештене, бацањем или просипањем. Српски законодавац санкционише

¹⁵ § 1316. Gastwirte, die Fremde beherbergen, sowie die anderen in § 970 bezeichneten Personen, ferner Fuhrleute haften für den Schaden, welchen ihre eigenen oder die von ihnen zugewiesenen Dienstpersonen an den eingebrachten oder übernommenen Sachen einem Gast oder Reisenden in ihrem Hause, ihrer Anstalt oder ihrem Fahrzeuge verursachen.

¹⁶ Крива, наравно, могу бити одговорна лица, јер су злонамерно или због немара, непажње проузроковали штету путницима. Драгољуб Аранђеловић, *О одговорности гостионичара према путницима (због претрпљене штете у гостионици на унесеним стварима)*, (Београд, 1906), (прештампано из “Полицијскога Гласника”), 15.

¹⁷ Јаков Радишић, “Основ одговорности за штету по Српском грађанском законик у”, *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994)*, ур. Радмила Ковачевић Куштримовић, (Ниш 1995), 229.

¹⁸ Аранђеловић, *О одговорности гостионичара према путницима (због претрпљене штете у гостионици на унесеним стварима)*, 25- 27.

¹⁹ Према § 829 BGB гостионичари одговарају објективно због специфичних околности професије.

²⁰ § 1318: Wird jemand durch das Herabfallen einer gefährlich aufgehängten oder gestellten Sache, oder durch Herauswerfen oder Herausgießen aus einer Wohnung beschädigt; so haftet derjenige, aus dessen Wohnung geworfen oder gegossen worden, oder die Sache herabgefallen ist, für den Schaden.

само последња два случаја то јест бацање и изливање. Овде није реч о скраћивању текста АГЗ-а од стране нашег законописца Јована Хацића што му се често приписује као манир законодавног рада. Разлог лежи у томе што су се законописци, аустријски и српски, ослонили на различите римске текстове. Наиме, Улпијан, по принципу аналогije, изједначава случај падања обешене и опасно постављене ствари, са случајем проливања односно просипања и бацања, ако је дошло до штете.²¹ У Јустинијановим Институцијама, које су по природи ствари концизније у односу на Дигеста, спомиње се само случај избацивања и просипања односно проливања. Из свега се може закључити да је Хацић вероватно узео у обзир верзију из Јустинијанових Институција, док се аустријски законописац ослонио на Улпијанов текст уврштен у главни титулус Дигеста.

Важнија разлика између два законика састоји се у томе што српски законодавац прописује да ће најпре одговарати починилац, по принципу кривице, ако нешто баци или проспе несмотрено. Ималац стана одговара тек онда ако се не зна ко је штетну радњу извршио. То је одступање од АГЗ-а који је у овом случају следи изворно римско схватање римских правника. По аустријском законнику ималац стана одговара у сваком случају. Ако оштећени зна ко је починилац, он има право избора и стоји му на вољу да накнаду штете тражи од власника стана или од починиоца. По нашем законнику оштећени прво тужи починиоца, па тек затим имаоца стана ако му починилац није познат. Починилац одговара по основу доказане кривице. Он одговара за свој несмотрен поступак. Међутим, ако је ствар пала услед случаја, онда нема одговорности.

Посебно питање тиче се основа одговорности имаоца стана. Иако се та одговорност може посматрати као изузетак од општег правила о одговорности на основу кривице, дакле као објективна одговорност, Аранђеловић истиче да има кривице до онога из чијег је стана нешто бачено или просуто. Та је кривица посредна тзв. *culpa in inspiciendo*, тј. ималац стана одговара онда кад му се може пребацити да је био немарљив у вођењу потребног надзора над својим станом. Према томе ималац стана одговараће, ако из његовог стана буде бачено или просуто, а те радње буду извршене од стране његових укућана: жене, деце, послуге, гостију, јер то су лица, чије понашање у своме стану он може и мора контролисати, али не би нпр. одговарао, ако би се лопови увукли у у стан, па одатле штогод бацили или просули и тиме коме нанели штету. Осим тога, од починиоца се тражи несмотреност то јест непажња, дакле кривица. Зато ако је нешто пало случајем, онда не одговара нити починилац, а нити ималац стана.²² Кривица, дакле, мора постојати и на страни одговорног лица као и на страни починиоца. Кривица одговорног лица је посебне врсте, кривица у надзору, *culpa in inspiciendo*, док је кривица починиоца стандардни облик немара, несмотрености, непажње (*culpa* у ужем смислу).

АГЗ пре новелирања у § 1319 прописује: “Због вероватне опасности да нека ствар, обешена или намештена на каквом месту, куда се пролази, не падне и пролазнике не оштети, нико још нема права тужити се суду, али сваки има права, ради опште безбедности, доставити

²¹ D.9.3.1.3. *Ulpianus 23 ad edictum*. 3. *Quod, cum suspenderetur, decedit, magis deiectionem videri, sed et quod suspensum decedit, pro deiectione haberi magis est. Proinde et si quid pendens effusum sit, quamvis nemo hoc effuderit, edictum tamen locum habere dicendum est.* (И стога, кад оно што је било обешено падне, пре треба сматрати да је избачено. Стога, и ако се просуло нешто што је висило, мада то нико није просуло, ипак треба рећи да има места едикту.)

²² Аранђеловић, *О одговорности за накнаду штете. Објашњење главе XXX Грађанског законика*, 40.

опасности полицијској власти”. Ова одредба је послужила као узор српском законодавцу у параграфу 814. То је блиско римском случају постављених и обешених ствари (*positum vel suspensum*) с том разликом што према модерним кодификацијама без настанка штете нема основа за подизање тужбе за накнаду штете. Постоји само могућност пријаве полицији за прекршај.

Ова је одредба избачена из новелираног Аустријског грађанског законика. Новелирани § 1319 од 16. марта 1916. прописује и санкционише штету изазвану рушењем или падом зграде или њеног дела услед манљиве направе подигнуте на земљишту: “Ако ко буде повређен или иначе буде каква штета проузоркована тиме што се сруши каква зграда или који део њен или каква друга на коме земљишту подигнута направа, онда је држалац зграде или направе одговоран за накнаду, ако је тај догађај последица манљивог стања направе, а он не докаже да је употребио сву пажњу, која је потребна ради отклањања опасности”.²³ Држалац зграде одговара по принципу претпостављене кривице која је оборива. Слична одредба постоји у француском Грађанском законнику, члан 1396, као посебан случај објективне одговорности власника односно имаоца зграде.²⁴ У СГЗ-у нема члана који би санкционисао штету која настане падом дефектне грађевине, с обзиром на то да се Законик ослањао на АГЗ пре новелирања. Међутим одредба је имала уплив на наше касније законодавство.²⁵

4. ЗАКЉУЧАК

Квазиделикти су изазивали бројне дилеме и контроверзе од античког до модерног доба, али су ипак своје место нашли и у модерним грађанским кодификацијама укључујући ту и Српски грађански законик. Иако у СГЗ-у није задржан термин квазиделикти, нити дводелна подела на деликте и квазиделикте, попут случаја француског Грађанског законика из 1804. године, присуство римских квазиделиката је препознатљиво на приви поглед, јер је наш законик задржао казуистички приступ и нормирао три римска квазиделикта; *furtum vel damnum in nave aut in caupona aut in stabulo, deiectionum vel effusum, positum*

23 Wird durch Einsturz oder Ablösung von Teilen eines Gebäudes oder eines anderen auf einem Grundstück aufgeführten Werkes jemand verletzt oder sonst ein Schaden verursacht, so ist der Besitzer des Gebäudes oder Werkes zum Ersatz verpflichtet, wenn die Ereignis die Folge der mangelhaften Beschaffenheit des Werkes ist und er nicht beweist, daß er alle zur Abwendung der Gefahr erforderliche Sorgfalt angewendet habe.

24 У време доношења Наполеоновог кодекса није било опште норме о објективној одговорности. Одговарало се по основу доказане кривице, члан 1382, па је члан 1386 био изузетак када се одговарало по објективном принципу. Од када је правило из члана 1384, ст. 1, почело да се тумачи као опште правило о објективној одговорности, француска правна теорија гледа на правило из члана 1386. као застарело и сувишно. Оно је пружало оштећенима слабију заштиту него општа норма о објективној одговорности, јер посебан пропис тражи доказ о постојању недостатка у конструкцији или одржавању грађевине. Међутим, Касациони суд је стао иза тог правила и остао доследан у његовој примени. Суд је одбацио могућност примене општег правила на уштрб посебног. Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, (Београд, 2016), 169.

25 Скица за законик о облигацијама и уговорима проф. Константиновића, члан 145. предвиђа да ималац зграде и сваке друге грађевине одговара за штету коју она изазове рушењем, падом неког дела или на други начин. У време доношења ЗОО сматрало се да одговорност за штету од грађевине (и животиње) треба препустити републикама и покрајинама да уреде. До тога никада није дошло. Црногорски законодавац је 2008. дословно преузео одредбе члана 145. Скице, у члану 186 Црногорског ЗОО. Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, 166.

vel suspensum, угледајући се при томе на АГЗ. Упоређивање правила изворног римског права, АГЗ-а и СГЗ-а показује да постоје многе сличности, али и разлике. Иако се сматра да су квазиделикти ишчезли из грађанског права као сувишна и преживела категорија, они су присутни са становишта културне историје која стоји иза модерних правила.²⁶ Квазиделикти скрећу пажњу на феномен рецепције римског права. Истраживање порекла модерних правила подразумева враћање уназад кроз многе векове и најчешће значи враћање на класично и Јустинијаново римско право.

ЛИТЕРАТУРА/LITERATURE:

1. Аличић, Самир. "Систематика одредби о облигационим односима у Српском грађанском законнику у светлу систематике Јустинијанових Институција", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, XXXVIII, 2, 2004, том I, 383-416. / Aličić, Samir. "Sistematika odredbi o obligacionim odnosima u Srpskom građanskom zakoniku u svetlu sistematike Justinijanovih Institucija", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, XXXVIII, 2, 2004, том I, 383-416
2. Аранђеловић, Драгољуб. *О одговорности за накнаду штете. Објашњење главе XXX Грађанског законика*, Београд 1924. / Arandelović, Dragoljub. *O odgovornosti za naknadu štete. Objašnjenje glave XXX Građanskog zakonika*, Beograd 1924.
3. Аранђеловић, Драгољуб. *О одговорности гостионичара према путницима (због претрпљене штете у гостионици на унесеним стварима)*, Београд 1906, (прештампано из "Полицијскога Гласника"). / Arandelović, Dragoljub. *O odgovornosti gostioničara prema putnicima (zbog pretrpljene štete u gostionici na unesenim stvarima)*, Beograd 1906, (preštampano iz "Policijskoga Glasnika").
4. *Аустријски грађански законик* (превео Драгољуб Аранђеловић), друго издање, Београд 1921. / *Austrijski građanski zakonik* (preveo Dragoljub Arandelović), drugo izdanje, Beograd 1921.
5. Descheemaeker, Eric. „Obligations quasi ex delicto and strict liability in Roman law“, *Journal of Legal History*, 31(1), 2010, 1-20.
6. Justinijanova Digesta, deveta knjiga (preveo Samir Aličić), Tutin 2013.
7. Караникић Мирић, Марија. *Објективна одговорност за штету*, Београд 2016. / Karanikić Mirić, Marija. *Objektivna odgovornost za štetu*, Beograd 2016.
8. Матић, Димитрије. *Објасненије Грађанског законика за Књажевство Србско*, Београд 1851. / Matić, Dimitrije. *Objasnenije Građanskoga zakonika za Knjažestvo Srbsko*, Beograd 1851.
9. Правни факултет у Нишу, Катедра за грађанскоправне науке, *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994)*, ур. Радмила Ковачевић Куштримовић, Ниш 1995. / Pravni fakultet u Nišu, Katedra za građanskopravne nauke, *Sto*

²⁶ Alan Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Second edition. Athens/ London 1993, 94-95.

- pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (1844-1994), ur. Radmila Kovačević Kuštrimović, Niš 1995.
10. Радишић, Јаков. “Основ одговорности за штету по Српском грађанском законикy”, *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994)*, ур. Радмила Ковачевић Куштримовић, Ниш 1995. / Radišić, Jakov. “Osnov odgovornosti za štetu po Srpskom građanskom zakoniku”, *Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (1844-1994)*, ur. Radmila Kovačević Kuštrimović, Niš 1995.
 11. Robinson, Oliva. “Justinian’s Institutional Classification and the Class of Quasi-Delict,” *Journal of Legal History* 19, no. 3 (December 1998), 245-250.
 12. Стојчевић, Драгомир. Око карактера квазиделиката у римском праву, *Анали ПФБ*, 3, 4/1955, 401-413. / Stojčević, Dragomir. Oко карактера kvazidelikata u rimskom pravu, *Anali PFB*, 3, 4/1955, 401-413.
 13. *Српски грађански законик* https://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/jugoistocna-evropa/privatno-pravo/srbija/Srpski_gradjanski_zakonik_1844.pdf (25.08.2024).
 14. Stein, Peter. “The Actio de Effusis Vel Dejectis and the Concept of Quasi-Delict in Scots Law,” *International and Comparative Law Quarterly* 4, no. 3, 1955, 356-375.
 15. *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994)*, ур. Миодраг Јовичић, Београд 1996. / *Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (1844-1994)*, ur. Miodrag Jovićić, Beograd 1996.
 16. Тороман, Марија. “Одредбе о одговорности за штету у Српском грађанском законикy и у Закону о облигационим односима.” *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994)*, Београд 1996. / Toroman, Marija. “Oдредbe o odgovornosti za štetu u Srpskom građanskom zakoniku i u Zakonu o obligacionim odnosima.” *Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (1844-1994)*, Beograd 1996.
 17. Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations*, Oxford 1996.
 18. Watson, Alan. *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*. Second edition. Athens/ London 1993.

SERBIAN CIVIL CODE (1844) AND QUASI-DELICTS

Milena Polojac²⁷

Faculty of Law, University of Belgrade

Summary: *Although quasi-delict is not a legal category in the Serbian civil code of 1844, articles 812-814 show the reception of Roman law. Three Roman quasi-delicts were received into Serbian modern codification (furtum vel damnum in nave aut in caupona aut in stabulo, deiectum vel effusum, positum vel suspensum). The same is true for ABGB of 1811 which served as a model for Serbian codification. Roman law was the dominant factor in determining the shape of the rules. The rules can be fully understood regarding their form and substance only if there is an inquiry into their cultural history.*

Key words: *Quasi-delicts, Roman law, Serbian civil code, Austrian civil code*

²⁷ Full Professor, Faculty of Law University of Belgrade, email: polojac@ius.bg.ac.rs ORCID iD 0009-0000-0561-7737

ЗАСТУПАЊЕ У СРПСКОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ

Мирјана Мишкић¹

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

Сажетак: Српски грађански законик по угледу на претходнике и изворнике, регулише питање заступања у правним пословима. Заступање у правним пословима је представљено у двадесет и другој глави, под насловом „О пуномоћству и деловодству“. Српски грађански законик (даље СГЗ), као и његов аустријски узор, заступање регулише само као уговор, а не као општи правни институт. Прецизније речено, у питању је напреднији концепт индиректног заступања заснован на рјешењима римског права. Заступник закључује правне послове у име и за рачун господара, за разлику од римског рјешења гдје заступник правне послове предузима у своје име и за свој рачун. Међутим, правна веза између господара посла и заступника није сасвим јасна. Према одредбама уводног, 609. члана, заступање се врши закључивањем уговора о пуномоћству (мандату). Аутор ће у раду настојати да одгонетне правну природу и дејство уговора о пуномоћству, те евентуално утврди постојање елемената директног заступања.

Кључне ријечи: Српски грађански законик; посредно заступање; заступник; пуномоћје; Римско право; Аустријски грађански законик.

1. УВОД

Уопштено гледано, прве модерне грађанске кодификације, под утицајем нововјековне природноправне мисли али пандектистичких утицаја, овлашћење за заступање (пуномоћје) углавном регулишу у уговору о налогу. Уговор о налогу је институт који је преузет из римског права. Заступник закључује правне послове у име и за рачун господара, за разлику од римског рјешења гдје заступник правне послове предузима у своје име и за туђ рачун. Мандат² односно уговор о налогу је један од видова посредног заступања³ странака у римском

¹ Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, email: mirjana.miskic@pf.unibl.org
ORCID 0000-0001-9105-3527 iD

² Милошевић не дијели мишљење домаћих романиста да је коректно римски мандат превести као уговор о налогу или као уговор о пуномоћству јер би тиме изгубио своју правну аутентичност, Мирослав Милошевић, *Римско право* (Београд: 2010), 373.

³ О ефектима посредног и непосредног заступања код уговора о налогу (мандата) видјети више код Валентина Цветковић Ђорђевић, „Непосредно заступање у римском праву с освртом на модерно право“, *Анали Правног факултета у Београду* (Београд, 2020), 124-144. DOI: 10.5937/AnaliPFB2002124C

праву.⁴ Мандатар предузима правни или фактички посао у своје име а у корист и за рачун манданта. Сва права и обавезе које стекне у току обављања посла мандатар је дужан да пренесе на манданта, а он ће резултате посла и стечена права и обавезе прихватити у границама налога (*fines mandati*) које је дао мандатару. Овакав вид старања о туђим правима и обавезама правна наука препознаје као посредно заступање зато што права и обавезе производе дејство у правној сфери господара посла тек када их мандатар пренесе на манданта. Правни послови у римском праву су се предузимали у лично име јер уговор о пуномоћју је имао само унутрашње дејство између манданта и мандатара а док дејства на треће лице није било обухваћено овим уговором. Мандатар би извршавао послове за властодавца лично и ефекте остварене тим пословима преносио на манданта, у границама датог налога. Да ли су прекорачене границе мандата (*fines mandati*) мандант би у сваком случају посебно испитивао и тек онда прихватио извршење мандата. Међутим, правна веза између господара посла и заступника није сасвим јасна. Још један аргумент који говори у прилог личном поступању мандатара јесте чињеница да је мандат извршаван у интересу манданта или трећег лица у комбинацији са интересима мандатара (*mea gratia, mea et tua gratia, tua et aliena gratia, aliena gratia*).⁵ Стога је господар често извршавајући обавезе за манданта и трећа лица, остваривао и свој лични интерес, те прибављао корист за себе. Мандат у којем би се искључиво остваривали интереси мандатара је био ништаван.

4 Мирјана Богумовић, „Мандат и остали видови заступања у римском праву“, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци (Бања Лука, 2017), 221-233. <https://doi.org/10.7251/GOD1739221B> Мирјана Богумовић, „Mandatum и iussum“, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, бр. 37, вол.1, (Бања Лука, 2015), 95-116. <https://doi.org/10.7251/GPF1537095B>

5 D. 17.1.2 Gaius secundo rerum cottidianarum sive aureorum
pr. Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum sive mea et aliena sive mea et tua sive tua et aliena. Quod si tua tantum gratia tibi mandem. Supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur.

1. Mea tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandem, ut negotia mea geras vel ut fundum mihi emeress vel ut pro me fideiubeas.

2. Aliena tantum, veluti si tibi mandem, ut Titii negotia gereres vel ut fundum ei emeress vel ut pro eo fideiubeas.

3. Mea et aliena, veluti si tibi mandem, ut mea et Titii negotia gereres vel ut mihi et titio fundum emeress vel ut pro me et Titio fideiubeas.

4. Tua et mea, veluti si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei, qui in rem meam mutuaretur.

5. Tua et aliena, veluti si tibi mandem, ut Titio sub usuris crederes: quod si, ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intervenit mandatum.

6. Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloques quam faeneres, vel ex diverso ut faeneres potius quam in emptiones praediorum colloques: cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expedit ei cui dabatur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expedit sibi consilium.

2. ЗАСТУПАЊЕ У СРПСКИМ СРЕДЊОВЈЕКОВНИМ ПРАВНИМ ДОКУМЕНТИМА

Поред римских коријена, елементе заступања у правним пословима проналазимо и у српском средњовјековном праву.⁶ Законоправило Светог Саве помиње заступника узгредно, у оквиру главе 16 посвећене дугу и залози.⁷ Ријеч поручник („пороучњик“) би требала означавати заступника, али се више не појављује у тексту Законоправила. На другим мјестима се користе други изрази, нпр. брак се закључује преко „ходатањем“ а не преко поручника. Стога видимо да не постоји општи појам заступника, већ да су постојали специјални заступници за закључивање појединачних правних послова. Сама ријеч поручник приближнија је појму гласника него заступника. Како сам превод указује да је у питању заступник, прихватићемо овај термин уз задршку. Међутим, из самог текста главе 16 видимо да је положај поручника специфичан, акцесоран и дефанзиван. Именовање поручника је искључиво у циљу осигурања извршења обавезе.⁸ Стога, заступничково дјеловање се јавља само у ситуацијама када је намирење обавезе покушано и било неуспјело. Заступник није дужан да дјелује прије него што намирење обавезе буде покушано, тј. нема обавезу да понуди извршење сам. Ни Душаново законодавство не помиње заступање као општи правни институт, већ само процесног заступника. У одредби 73. О сироти,⁹ уводи се појам процесног заступника у случају женске особе која нема процесну способност.¹⁰ Заступник се не помиње на другим мјестима у Законику, што и није необично имајући у виду да регулише претежно јавноправну материју. Без конкретног узора у дотадашњем српском праву, у СГЗ-у по први пут се уводи и именује заступање посебним институтом.

6 Андреја Катанчевић, „Заступање у српском средњовјековном рударском праву“, *Упоредноправни изазови у савременом праву In memoriam dr Стефан Андоновић*, Институт за упоредно право, (Београд 2023), 676. https://doi.org/10.56461/ZR_23.SA.UPISP_AK2

7 10. Ако неко некоме да зајам, и заступника, или јемца, или савјетника за њега узме, тај најприје нека не напада право на јемца, или заступника, или савјетника, нити да њима досађује не бавећи се дужником, већ нека прво напада на онога који је узео злато и начинио зајам. И ако од њега узме, нека одступи од осталих. Ако не буде могао од дужника узети или дио, или половину, или све, онолико колико не буде могао од њега узети, нека се обрати заступнику или савјетнику, или јемцу, и од њега нека узме остало. И ако се, када дође, ту нађу сви, и позајмилац, и заступник, и јемац. И савјетник, нека се претходно речени поступак у потпуности поштује. Ако заступник или савјетник, или јемац ту буде, а деси се да позајмилац није ту, нека зајмодавац покаже заступника, или савјетника, или јемца, и ту присутне судије дају вријеме заступнику (такође и савјетнику и јемцу), желећи истинског дужника привести и постави ти, како би прворим тужбу: такође, овим се чува помоћ осталима. И помаже заступнику и јемцу, ако доведу пред суд онога коме бише јемци, јер ће се када буде доведен, избавити повлачења од стране онога који их терети због позајмиоца. Ако вријеме договорено за ово прође тада се заступник, или јемац, или савјетник приводи суду, дуг се проширује на оне који га заступаше, и за кога јемчише и потписаше се. Или јемчише за договор, и биће испитивани од зајмодавца на суђењу сваки понаособ. Зајмодавац неће примити имовину дужника, прије него што пред свједоцима не дају сагласне изјаве јемац и заступник и савјетник. Тако ће примити имовину првобитног дужника, ако је држи други, и преостало тако узима. Ако од тога не отплати своје, нека тада приступи имању заступника, и јемца, и савјетника.

8 Веа између уговора о манадату и јемства је установљена још у римском праву, D. 17.1. 10.11. Ulpianus libro 31 ad edictum Fideiussores et mandatores et si sine iudicio solverint, habent actionem mandati.

9 Члан 73. Душановог закона О сироти: „Сирота која није кадра парничити се или одговарати, да даде заступника, који ће за њу одговарати.“

10 Видјети више Нина Кршљанин, *Правни положај жене у српском средњовјековном праву* (Београд 2024).

3. ГЛАВА XXII „О ПУНОМОЋСТВУ И ДЕЛОВОДСТВУ“

3. 1. Систематика

У другом одјељку, који је посвећен уговорима, у двадест другој глави Српског грађанског законика (даље СГЗ), између одредби о зајму и трампи (промени),¹¹ сасвим неочекивано наилазимо на одредбе о заступању знаменито насловљене „о пуномоћству и деловодству.“ Мора се истаћи прилично необичан положај уговора о пуномоћству гдје се он налази прије осталих консенсуалних контраката што није случај у римским изворима. При том, уговор о пуномоћству не улази у састав главе седамнаест која би се могла окарактерисати као општи дио облигација. Глава XXII садржи укупно двадесет и два члана (случајно или намјерно, остаје нам да нагађамо), од 609. члана до 631. члана. Систематика је несумњиво преузета из АГЗ, јер се и у њему пуномоћство појављује у двадестдругом поглављу, са значајно садржајнијим опусом одредби посвећених пуномоћству (тридесетдва члана, од 1002. члана до 1034. члана) и пословодству без налога (девет чланова, од 1035. члана до 1044. члана). За разлику од аустријског изворника, одредбе о пуномоћству и деловодству су обједињене у једном поглављу.

Сам наслов главе доводи у недоумицу: да ли се унутар главе регулише искључиво уговорно заступање у форми мандатног односа или ова глава укључује и пословодство без налога. Из задњих четири одредбе видјећемо да је пословодство без налога укључено, али не као такав институт, већ у виду посебних случајева пуномоћства без претходно датог пуномоћја.

Поред тога, насловљавање „о пуномоћству и деловодству“ не сугерише изричито да се ради о уговору као што то није случај ни код осталих уговора унутар другог одјељка, главе седамнаест „О уговорима уопште“. Очекивано би било да наслов појединих глава гласи нпр. уговор о зајму или уговор о трампи, умјесто скраћеног наслова „о зајму“ и „о трампи.“ Са скраћеном верзијом наслова главе јасно се сугерише да је у питању скраћени облик а не исцрпно регулисање института. Пратећи систематику СГЗ-а¹² јасно је да је у питању уговорни однос, мада није баш најјасније да ли се на овај уговорни однос наслања и квазиконтрактни однос пословодства без налога. Наиме, други дио наслова би се могао односити на пословодство без налога али се тај институт ни на једном мјесту експлицитно не помиње. Поред тога, како је у питању уговорно заступање које највише личи на римски мандат, а римски мандат подразумијева како обављање правних послова за другог, тако и обављање фактичких послова (што је рјеђе случај), није немогуће да је законодавац мандат и пословодство без налога саставио у једно поглавље. Тако да наслов може да асоцира да је уговором о деловодству регулисано и фактичко вршење послова, што би било погрешно.

11 Више о облигационим одредбама у СГЗ видјети код Јожеф Салма, „Српски грађански законик (СГЗ, 1844) и облигационо право“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2004, vol 38, 2, 311-335.

12 Више о томе видјети Самир Аличић „Систематика одредби о облигационим односима у Српском грађанском законнику у светлу систематике Јустинијанових Институција“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2004, 383-415.

3.2. Битни елементи института заступања

Законодавац у првој одредби регулише основне појмове – уговорне стране пуномоћства, а то су властодавац и пуномоћник те пуномоћје. Прописана је и битна писана форма за закључивање пуномоћја. (Члан 609. СГЗ „Уговор пуномоћства јест такав уговор, којим ко власт добија, у име другог и за другог што чинити пуноважно“. Члан 610. СГЗ-а „Онај, који власт даје, зове се властодавац; онај пак, коме се власт даје, зове се пуномоћник. Власт та написмено стављена зове се пуномоћје“). Однос између властодавца, односно налогодавца и пуномоћника је уређен пуномоћјем које мора бити састављено у писаној форми и наводити овлашћења и врсте послова које пуномоћник предузима.

Пуномоћје престаје редовним и ванредним путем. Редован начин престанка пуномоћја је исцрпљењем тј. извршењем налога предвиђених у пуномоћју. Тај начин престанка пуномоћја није предвиђен у СГЗ-у. Једини редовни начини престанка пуномоћја који се помиње јесте вољом странака. Као консензуални однос, уговор о пуномоћству може престати опозивом налогодавца (revocatio)¹³ и одустанком пуномоћника (renuntiatio).¹⁴ Налогодавац може пуномоћје опозвати било када док пуномоћник не може одустати у невријеме и на штету налогодавца.

Један од ванредних случаја престанка пуномоћја је стечај налогодавца, када престаје дејство свих налога који су пренесени пуномоћјем, осим оних који се морају довршити без одлагања.¹⁵ Други ванредан случај престанка пуномоћја је смрћу налогодавца.¹⁶ У случају ванредног престанка пуномоћја није потребан опозив налогодавца већ пуномоћје престаје по сили закона. У члану 627. законодавац посебно штити интересе трећих лица која су савјесно закључивали правне послове са пуномоћником након престанка пуномоћја.

Већ из 613.¹⁷ одредбе сазнајемо опис правних послова које заступник предузима. Под пословима заступника се подразумевају продајни налог (туђу ствар у име другог прода-ти), примити извршење обавезе, процесно заступање, извршити компензацију (поравнање) обавеза, узети зајам за другог. Унутар поменуте одредбе наглашено је да се у пуномоћју наводе сви појединачни послови за које се даје налог за извршење. Може бити наведено више појединачних налога у једном пуномоћју, трагом чега закључујемо *argumentum a contrario*

¹³ Члан 622. СГЗ „Како властодавац пуномоћје порече, или натраг узме, одмах оно и престаје; и што би год после пуномоћник у име властодавца чинио, нема силе ни важности“.

¹⁴ Члан 623. СГЗ „Но и пуномоћник може пуномоћје вратити, и од њега одустати. Само то да не буде у невре-ме, или на штету властодавца; јер ће иначе за штету одговарати.“

¹⁵ Члан 625. СГЗ „Како се над имањем каквог дужника стециште отвори и објави, одмах престају и пуномоћја од дужника таквог издана; и све што би пуномоћник после тога у његово име предузимао, губи силу и важ-ност.“ Члан 626. СГЗ „Ако би пуномоћје изложеним начинима и престало, опет она дела, која одлагања не трпе, морају се довршити донде, докле год не би властодавац другу наредбу учинио“. Члан 627. СГЗ „И они послови, који су са трећим свршени, док му још није до знања дошло, нити доћи могло, да је пуномоћје престало, остају у сили и важности. Само властодавац имаће право од свога пуномоћника накнаду штете захтевати, што се он по престанку пуномоћја у свршавање посла упустио и то јавио није“.

¹⁶ Члан 624. СГЗ Кад или пуномоћник или властодавац умре, престаје пуномоћје, ако не гласи и на наслед-нике, или ако се не би отуда штета наследницима породила. Али наследници пуномоћника дужни су за време властодавцу смрт пуномоћника јавити.

¹⁷ Члан 613. СГЗ. Туђе ствари у име другог продати, или за наплату примити; кога задужити; новце туђе подићи; парницу за кога терати; на заклетву пристати; поравнање учинити, само онда пуномоћник може, кад се у пуномоћју ови послови поименце назначе.

да не може бити дато генерално (опште) пуномоћје по којем би пуномоћник се старао нпр. о имању налогодаваца обављајући све потребне послове у ту сврху. Складно томе, видимо да римски *procurator omnium bonorum* није нашао своје мјесто у СГЗ-у, што је још један аргумент у прилог чињеници да концепт класичног римског мандата није у потпуности преузет.

У вези са пословима које пуномоћник обавља, законодавац разликује двије групе послова. Прва група послова се односи на члан 613. и већ поменуте правне послове, који могу бити кумулативно наведени у пуномоћју а друга група послова је наведена у следећем, 614. члану¹⁸ који наводи послове строго личне природе (послове који се закључују *intuitae personae*) као што су прихват или одбијање наследиства, закључење ортаклука, избор судије за поравнање, закључење уговора о поклону, те пренос личних (неимовинских) права. Имајући у виду да су питању деликатни лични односи, законодавац прописује да овлашћење у случајевима ових послова мора бити дато ексклузивно у форми специјалног пуномоћја. Као што смо констатовали, СГЗ је познавао специјално пуномоћје, а да ли је у употреби било и генерално (опште) пуномоћје, остаје упитно. Не налазимо потврду у СГЗ-у за афимативан став по том питању, иако АГЗ познаје опште (генерално) пуномоћје (Члан. 1006. Пуновлашћа јесу опће-на или особита, како се кад налаже коме да настоји око свих или само око неких послова.)

Законодавац издваја као опште правило да пуномоћник поступа сам и лично, осим ако му је изричито пуномоћјем дозвољен пренос овлашћења на другога. Члан 616. СГЗ-а гласи „Пуномоћник, коме је посао какав поверен, мора га сам свршити; јер ако се он на другога ослони, сам ће одговарати, ако се посао не сврши како треба, осим ако му није нарочито дозвољено пуномоћије на другога пренети. Но и у том случају дужан је старати се, да на способнога пренесе, иначе одговара за кривицу.“ Цитирани члан говори о преносу овлашћења и објективној одговорности пуномоћника за извршење преузете обавезе без обзира на кривицу непосредног извршиоца (одговорност за другога). И у овом члану примјећујемо преузета рјешења из римског права као што је *culpa in eligendo*, тј. одговорност за погрешан избор сарадника. Оваква врста одговорности је уобичајена код наплатних правних послова, док код бесплатних правних послова уобичајено се одговора само за тежу непажњу и намјерно наношење штете.

Са друге стране, из римског класичног концепта јесу преузете границе мандата и њихово уређивање.¹⁹ Члан 611. СГЗ-а гласи „Пуномоћник онолико само власти има, колико му је дано. Зато он границе њему прописане да не преступи. Ако преступи, онда он за сва следства одговарати мора.“ Законодавац говори о искључивом поступању пуномоћника у оквиру задатих граница, које јасно и недвосмислено морају бити одређене у пуномоћју. Уколико дође до прекорачења граница, налогодавац више није одговоран, тј. није обавезан да преузме резултате закљученог посла као своје. Тада пуномоћник остаје лично одговоран за преузете послове, јер је правне послове предузимао својевласно, не интерпретирајући вољу налогодаваца. Пуномоћник је правни посао „учинио својим“ и стога треба да лично преузме одговорност за њега. Могуће је али и крајње непожељно да границе не буду одређене у пуномоћју. У том случају се оставља пуномоћнику дискреционо право да одлучује о границама

¹⁸ Члан 614. „Да ко у име другога наследство прими или одбаци; да ортачки уговор закључи; или поклон учини; или поравнателног судију изабере; или ненаплатно право какво уступи; изискује се особито само на те послове гласече пуномоћије.“

¹⁹ 17.1.5 Paulus libro 32 ad edictum pr. Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt:

1. Nam qui excessit, aliud quid facere videtur et, si susceptum non impleverit, tenetur.

пуномоћја, уз обавезу да поступа рационално, у сагласности са разумом и савјешћу.²⁰ Изоста-
нак позивања на јавни поредак и опште законе је примјетно и складно историјскоправном
контексту у којем настаје СГЗ, као пионир и чувар будућег грађанскоправног поретка, без
претходних прописа на чије дејство се ослања.

3.3. Пословодство без налога

Претходно поменути недоумица по питању укључивања пословодства без налога у главу о пуномоћству ријешава се у члану 628. који гласи „И онај који би се без пуномоћја туђега посла примио у нужди, тако да би онога од штете ослободио, сматра се као и пуномоћник и онај, за кога је чинио, дужан је њему сав нужни на то учињени трошак накнадити.“ Увиђамо да пословодство без налога не постоји као посебан институт, већ да се правни ефекти признају кроз пуномоћство и са њим изједначавају. Признаје се незвано вршење туђих послова у случају нужде, када постоји реална опасност од настанка штете, као и у случају користи уколико господар посла процијени да су послови учињени њему на „ползу“ и прихвати их (члан 629. „И онеме, који би без пуномоћја туђега се посла примио на онога корист, мора онај трошкове и штету накнадити, ако корист на своју ползу обрати“), те ако неко за другога изврши законску обавезу (члан 630. „Који би за другога трошак онакав учинио, који би овај по закону учинити морао, онај има такође право накнаду искати“). У свим наведеним случајевима, незвани вршилац туђих права има право на накнаду штете и трошкова које је имао док је предузимао обавезу за другога. Накнада штете мора бити пропорционална трошковима, без укључивања права на награду. Одредбе о пословодству без налога су преузете и скраћена верзија одредби из АГЗ-а уз неколико одступања. СГЗ за разлику од АГЗ-а не поставља генералну забрану пуномоћства без налога (Члан. 1035. „Тко по нарочитој или мучећој погодби, по суду или по закону није повлаштен, тај се по правилу не смије мијешати у туђи посао. Ако је то учинио, одговарат ће за свеколике посљедице“.) Из цитиране одредбе видимо да је пословодство без налога изузетак који се може одобрити само у нарочитим случајевима а да је пуномоћство (било изричито, било прећутно, законско или судско) редован правни основ за вршење послова за другога.

3.4. Правна природа уговора о пуномоћству

О правној природи уговора о пуномоћству закључујемо на посредан начин. Према начину закључења видимо да је уговор консензуалан уз обавезну писану форму (*ad probationem*) пуномоћја. Прећутно закључивање уговора се не спомиње, али ни не забрањује.

Занимљиво је да ни у једном члану није експлицитно наведено да ли је пуномоћство бесплатан или наплатан правни посао. Тек из члана 619. који гласи „Ако би пуномоћник случајно при свршавању посла њему поверенога какву штету претрпио, то он може накнаду за то захтевати онда, ако се бадава посла примио; ако ли је за награду, онда се с наградом

²⁰ Члан 612. „Које никакве границе пуномоћства назначене нису, онај се мора по своме разуму, знању и савести управљати.“

задовољити мора, а од накнаде за штету спомена нема.“, сазнајемо да постоје и бесплатна и наплатна варијанта уговора. Колико су се обе варијанте уговора у пракси користиле, тешко је просудити. Овако закулисано увођење наплатности сугерише да законодавац није био рад да промовише то на самом почетку и скрене пажњу на ову новину, као што је то био случај у АГЗ-у који спомиње обе варијанте уговора већ у другом члану двадестдуге главе. (Раздјељење опуновлаштења на бесплатно или за плаћу Члан. 1004. Ако је за настојање око туђега посла уговорена каква награда изријеком, или по сталежу пословође ма и само муче; погодба спада међу погодбе за плаћу, иначе међу бесплатне.). Поред тога, могуће је да члан 619. представља преписану одредбу члана 1015. АГЗ-а „Ако је пуновласник оправљајући посао имао само случајно какву штету, слободно му је, ако се примио оправљања посла без плаће, искати толико, колико би га ишло за свој труд по највишој процјени, да се примио посла за плаћу.“ У том случају, остаје могућност да је наплатност уговора о налогу преузета у саставу одредбе, без праве намјере за то. Ова нејасноћа и нелогичност није послје дискутована, јер су постојала битнија питања која су захтијевала пажњу. Без обзира на реалне недоумице око наплативости, прихватићемо да је уговор о пуномоћству у СГЗ-у био и наплатан и бесплатан, у зависности од воље странака које га закључују.

Иако нам је јасно да заступање није доживјело општу институционализацију у СГЗ-у, не можемо рећи да је оно само проста копија римског мандата или да је у потпуности преузет из АГЗ-а.²¹ Постоји неколико разлика између уређења заступања у АГЗ-у односу на српско рјешење. СГЗ је институт пуномоћства регулисао са мање чланова, спојио пуномоћство и незвано вршење туђих послова у један институт, није у потпуности одредио правну природу института заступања (да ли је могуће прећутно закључење пуномоћства, да ли је и наплатна верзија уговора егзистирала паралелно са бесплатном, да ли је било могуће генерално пуномоћје). Са друге стране, потврдио је аустријску верзију посредног заступања, остављајући недоумицу да ли је пуномоћник био лично одговоран из закљученог посла. Стога закључујемо да су се поред претежног сажимања рјешења АГЗ, угледали и на рјешења римског права. Међутим, још једна разлика између римског мандата и уговора о пуномоћству из СГЗ-а што заступник правне послове закључује у име и искључиво за рачун заступаног, док су у римском мандату биле могуће комбинације са интересима мандатара и трећих лица.²²

3.5. Посредно заступање

У члановима 620. и 621. проналазимо доказе о посредном дејству заступања на основу пуномоћја. У члану 620. законодавац каже да пуномоћник поступајући по налогу, закључује правне послове у име и за рачун налогодавца (властодавца) те да се на тај начин успоставља истовремено правни однос између налогодавца и трећег лица, као и између пуномоћника и трећег лица („Што пуномоћник у име свога властодавца са трећим сврши или уговори по смислу свога пуномоћја, оно је стално, и веже и властодавца и трећег.“). У питању је скраћени приказ члана 1017. АГЗ-а („Пуновласник представљајући пуновластитеља по садржају

21 Више о односу СГЗ и АГЗ видјети код Емилија Станковић, „Аустријски грађански законик као изворник Српског грађанског законика“, *Годишњак Факултета правних наука*, 3/3, (Бања Лука, 2013), 118-125.

22 Mirela Šarac, Ivana Stanić, „Mandatum pecuniae credende“, *Zbornik pravnog fakulteta Rijeka*, 31 (2), (Rijeka, 2010), 753-788. Уопште о римском мандату видјети више код Mirela Šarac, *Mandatum u rimskom pravu* (Split, 2011).

пуновлашћа, може за њега стећи права и наложити му обавезе. Ако је дакле унутар граница отвореног пуновлашћа склопио погодбу с којим трећим; права и обвезе утемељена на тој погодби припадају пуновластитељу и трећему, али не пуновласнику. Трајно пуновлашће дано пуновласнику нема никаква уплива на права трећега²³). За разлику од аустријског модела, СГЗ не искључује пуномоћникову одговорност па остаје упитно да ли би га треће лице ипак могло да тужи темељем закљученог уговора. Стога, чини се да је пуномоћник и даље одговоран за правне послове које предузима за налогодавца. Ефекти закљученог правног посла не наступају искључиво за налогодавца што је основна карактеристика непосредног заступања. Сљедећи члан говори о ситуацији када је пуномоћник пословно неспособан за закључење правног посла, али ипак закључује пуноважно правни посао за налогодавца (члан 621. „Баш у оном случају, ако пуномоћник за себе оне послове свршити не би способен био, опет са пуномоћијем властодавца и трећега вежу.“). Овај случај неодољиво подсећа на римске *actiones adiecticiae qualitatis* код којих је било могуће да роб који није имао правну способност пуноважно закључује правне послове за свог господара.²³ Ове две наочиглед супротне ситуације представљају правило и изузетак од правила, али који заједно потврђују да правни посао веже налогодавца и треће лице и да је пуномоћник био одговоран трећим лицима. У случајевима директног заступања, пуномоћник је правно неодговоран из послова које закључује (при томе мора имати пуну пословну способност јер правне послове закључује у своје име). Стога, закључујемо да је несумњиво у питању посредно заступање, које је у неким ситуацијама могло попримити елементе директног заступања. Разлика између римског уговора о налогу и заступања на основу пуномоћства, што су се правни ефекти директно рефлектовали на имовини заступаног без преношења, односно уступања права. Потребно је нагласити да су разлози за то прије анахроне природе него прогресивног правног развоја.

Паралелно са доношењем СГЗ-а, у Европи су се већ увелико превазилазила рјешења постављена у српском грађанском кодексу. У другој половини 19. вијека мијења се схватање о односу пуномоћја и уговора о налогу те, почев од немачког Грађанског законика, законски текстови, у које спада и српски Закон о облигационим односима, прописују пуномоћје одвојено од уговора о налогу. У њемачкој правној теорији, у току деветнаестог вијека, развија се интензивна дискусија око увођења општег института заступања.²⁴ Директно дејство заступања је резултат утицаја модерних теорија којима се дао значајан допринос институционализацији заступања и његовом прихватању у правној теорији.

5. ЗАКЉУЧАК

Обављање правних послова за другог је заиста прошло дуг пут од фактичког односа до правне институционализације заступања као општег института. Од реликата цивилног формалистичког права, које није могло толерисати одвајање воље од личности (деперсонализацију права), преко уговорног извршавања послова за другог, па све до формирања

²³ Мирјана Мишкић, *Actiones adiecticiae qualitatis. Actio exercitoria*, (Бања Лука, 2024), 15.

²⁴ Валентина Цветковић-Ђорђевић, Владимир Вулетић, „О заступању у приватном праву“, *Страни правни живот*, 66 (3), (Београд, 2022), 475-488, DOI:10.56461/SPZ_22308KJ

пуномоћја и коначно до институционализације непосредног заступања, тј предузимање послова у лично име у корист властодавца са директним ефектима у остваривању права властодавца.

Иако нам је јасно да заступање није доживјело општу институционализацију у СГЗ-у, не можемо рећи да је оно само проста копија римског мандата или да је у потпуности преузет из АГЗ-а. Заступање у СГЗ-у је регулисано уговором о пуномоћству (без додатног регулисања уговором о налогу, што ће у каснијим законима бити случај), који представља сажет приказ истоименог института у АГЗ-у, уз незнатне модификације законодавца и изворне утицаје римског права. У односу на аустријски изворник, СГЗ је институт пуномоћства регулисао са мање чланова, спојио пуномоћство и незвано вршење туђих послова у један институт, није у потпуности одредио правну природу института заступања (да ли је могуће прећутно закључење пуномоћства, да ли је и наплатна верзија уговора егзистирала паралелно са бесплатном, да ли је било могуће генерално пуномоћје). Са друге стране, потврдио је аустријску верзију посредног заступања Остављајући многа питања отвореним, СГЗ је отворио пут општој институционализацији заступања у српском грађанском праву, која ће се наставити Предосновом Грађанског законика за Краљевину Југославију (1934), а сасвим довршити у Скици за законик о облигацијама и уговорима (1969), те званично усвојити Законом о облигационим односима (1978).

ПРАВНИ ИЗВОРИ/LEGAL SOURCES:

1. Српски грађански законик Грађански законик за Краљевину Србију протумачен одлукама одељења и опште седнице Касационог суда, прир. Гојко Никетић. Београд, 1922. / Srpski građanski zakonik Građanski zakonik za Kraljevinu Srbiju protumačen odlukama odeljenja i opšte sednice Kasacionog suda, prir. Gojko Niketić. Beograd, 1922.
2. Душанов законик, приред. Ђорђе Бубало. Београд: Службени гласник, 2010. / Dušanov zakonik, prired. Đorđe Bubalo. Beograd: Službeni glasnik, 2010.
3. Законоправило Светог саве: Превод Сарајевског преписа. Митрополија дабробосанска – Дабар, Добрунска ријека, 2019. Zakonopravilo Svetog save: Prevod Sarajevskog prepisa. Mitropolija dabrobosanska – Dabar, Dobrunska rijeka, 2019.
4. Austrijski građanski zakonik 1811. Preuzeto sa https://archive.org/details/austrijski_gradjanski_zakonik_1811, 20.11.2024.

ЛИТЕРАТУРА/ LITERATURE:

1. Аличић, Самир „Систематика одредби о облигационим односима у Српском грађанском законуку у светлу систематике Јустинијанових Институција“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2004, 383-415./ Aličić, Samir „Sistematika odredbi o

- obligacionim odnosima u Srpskom građanskom zakoniku u svetlu sistematike Justinijanovih Institucija“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad 2004, 383-415
2. Богуновић, Мирјана „Мандат и остали видови заступања у римском праву“, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, (Бања Лука, 2017), 221-233. <https://doi.org/10.7251/GOD1739221B> / Bogunović, Mirjana „Mandat i ostali vidovi zastupanja u rimskom pravu“, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, (Banja Luka, 2017), 221-233.
 3. Богуновић, Мирјана „Mandatum и iussum“, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, бр.37, вол.1, (Бања Лука, 2015), 95-116. <https://doi.org/10.7251/GPF1537095B> / Богуновић, Мирјана „Mandatum и iussum“, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, бр.37, вол.1, (Бања Лука, 2015), 95-116
 4. Катанчевић, Андреја. „Заступање у српском средњовјековном рударском праву“, Упоредноправни изазови у савременом праву In memoriam dr Стефан Андоновић, Институт за упоредно право, (Београд 2023), 676. https://doi.org/10.56461/ZR_23.SA.UP-ISP_AK2 / Katančević, Andreja. „Zastupanje u srpskom srednjovjekovnom rudarskom pravu“, Uporednopravni izazovi u savremenom pravu In memoriam dr Stefan Andonović, Institut za uporedno право, (Beograd 2023), 676.
 5. Кршљанин, Нина. Правни положај жене у српском средњовјековном праву, Београд 2024. / Kršljanin, Nina. Pravni položaj žene u srpskom srednjovjekovnom pravu, Beograd 2024.
 6. Милошевић, Мирослав. Римско право, (Београд: 2010), 373. / Milošević, Miroslav. Rimsko право, (Beograd: 2010), 373.
 7. Мишкић, Мирјана. „Actiones adiecticiae qualitatis. Actio exercitoria“, (Бања Лука, 2024). / Miškić, Mirjana. „Actiones adiecticiae qualitatis. Actio exercitoria“, (Banja Luka, 2024).
 8. Салма, Јожеф. Српски грађански законик (СГЗ, 1844) и облигационо право, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2004, vol 38, 2, 311-335. / Salma, Jožef. Srpski građanski zakonik (SGZ, 1844) i obligaciono право, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad 2004, vol 38, 2, 311-335.
 9. Станковић, Емилија. „Аустријски грађански законик као изворник Српског грађанског законика“, Годишњак Факултета правних наука, 3/3, (Бања Лука, 2013), 118-125. / Stanković, Emilija. „Austrijski građanski zakonik kao izvornik Srpskog građanskog zakonika“, Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, 3/3, (Banja Luka, 2013), 118-125.
 10. Цветковић-Ђорђевић, Валентина. „Непосредно заступање у римском праву с освртом на модерно право“, Анали Правног факултета у Београду, (Београд, 2020), 124-144. DOI: 10.5937/AnalPFB2002124C
 11. Цветковић-Ђорђевић, Валентина, Владимир Вулећић. „О заступању у приватном праву“, Страни правни живот, 66 (3), (Београд, 2022), 475-488, DOI:10.56461/SPZ_22308KJ / Svetković-Đorđević, Valentina, Vladimir Vuletić. „O zastupanju u privatnom pravu“, Strani pravni život, 66 (3), (Beograd, 2022), 475-488, DOI:10.56461/SPZ_22308KJ
 12. Šarac, Mirela. *Mandatum u rimskom pravu*, (Split, 2011).
 13. Šarac, Mirela, Ivana Stanić. „Mandatum pecuniae credende“, Zbornik Pravnog fakulteta Rijeka, 31 (2), (Rijeka, 2010), 753-788.

REPRESENTATION IN LEGAL AFFAIRS IN THE SERBIAN CIVIL CODE

Mirjana Miškić²⁵

Faculty of Law, University of Banja Luka

Summary: *The Serbian Civil Code, following its predecessors and originals, regulates the issue of representation in legal matters. Representation in legal matters is presented in the twenty-second chapter of the Serbian Civil Code, under the title “On Management and Administration”. The Serbian Civil Code, like its Austrian model, regulates representation only as a contract, and not as a general legal institution. More precisely, it is a more advanced concept of indirect representation based on the solutions of Roman law. The representative concludes legal matters in the name and on behalf of the principal, unlike the Roman solution where the representative undertakes legal matters in his own name and on his own behalf. However, the legal relationship between the principal and the representative is not entirely clear. According to the provisions of the introductory, Article 609, representation is carried out by concluding a power of attorney (mandate) agreement. The author will attempt to decipher the legal nature and effect of the power of attorney contract, and possibly determine the existence of elements of direct representation.*

Keywords: *Serbian Civil Code. indirect representation. representative. power of attorney. Roman law. Austrian Civil Code*

²⁵ Associate professor, Faculty of Law, University of Banja Luka, email: mirjana.miskic@pf.unibl.org

НАЧИН РЕШАВАЊА УСТАВНЕ КРИЗЕ КРОЗ ПРИЗМУ УСТАВНИХ ЗАКОНА КНЕЗА МИХАИЛА¹

Сара Митић²

Правни факултет Универзитета у Нишу

Сажетак: Почетак друге владавине кнеза Михаила Обреновића обележен је уставним питањем. Наиме, важећи устав, Устав из 1838. године, познатији као Турски устав, постао је неприменив због промењених друштвено-економских околности. С друге стране, Србија је и даље била зависна, истина са измењеним статусом након Париског мировног уговора и под покровитељством гарантних сила. Како се не би поновила судбина Сретењског устава и решавање уставног питања ван граница земље, кнез Михаило је одлучио да уставну кризу реши доносећи законе који су по својој садржини одговарали уставној материји. Закон о престолонаслеђу, Закон о Народној скупштини, Устројеније Државног совјета, Устројеније Централне државне управе у Књажевству Србији, Закон о народној војсци, Закон о чиновницима грађанског реда, Закон о устројству община и общински власти представљали су законе који су познати у историографији као Уставни закони. Рад треба да покаже како су уставни закони искоришћени као начин решавања уставне кризе.

Кључне речи: уставни закони, кнез Михаило Обреновић, Књажевство Србија

1. УВОД

Кнез Михаило Обреновић владао је Кнежевином Србијом у два наврата од 1839. до 1842.³ и од 1860. до 1868. године.⁴ Србија је у време његове друге владавине била још увек вазална кнежевина, додуше, са измењеним статусом након Париског конгреса⁵ који је сазван

¹ Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/ 200120 од 05.02.2024. године.

² Доцент на Правном факултету Универзитета у Нишу, sara.mitic@prafak.ni.ac.rs ORCID ID: 0000-0003-2707-7190.

³ Михаило Обреновић постао је кнез 1839. године, након што је његов старији брат Милан умро који је престо наследио након абдикације њиховог оца, кнеза Милоша Обреновића. Прва владавина кнеза Михаила остала је упамћена по сукубу са Саветом. Окончана је Вучићевом буном 1842. године када је Михаило збачен, а на престо доведен Александар Карађорђевић.

⁴ Друга владавина кнеза Михаила Обреновића отпочела је 1860. године након смрти његовог оца, Милоша Обреновића. Кнез Михаило је, по доласку на престо, имао програм. Као свој први задатак, одредио је припрему рата са Турцима. Други задатак био је подизање материјалног благостања, а последњи и уједно најважнији био је утврђивање законитости. Задатке које је себи одредио, утицали су и на садржину будућих уставних закона. Његова мисију окончала је његова смрт. Убијен је 29. маја 1868. године у Коштуљаку.

⁵ Париским миром окончан је Кримски рат који је трајао од 1853. године до 1856. године. Уговор о миру потписан је 18. марта од стране представника сила учесница Париског конгреса: Аустрије, Велике Британије,

након завршетка Кримског рата, 1856. године. До Париског уговора, Кнежевина Србија стекла је самоуправу Хатишерифима из 1830. и 1833. године, и имала је протектора Русију и сизерена Отоманско царство. Париским мировним конгресом мења се статус Србије и од тада она има гаранте силе или концерт европских сила- потписнице Париског уговора. Са таквим њеним међународним статусом започела је друга владавина кнеза Михаила Обреновића. Када је реч о унутрашњим стварима, на снази је био Хатишериф из 1838. године, познатији као Турски устав. Важећи устав био је непримењив због промењених друштвено-економских околности.⁶ Устав из 1838, као анахронизам, није могао да одговори убрзаном развоју друштвених односа у Србији и продору политичких идеја, које су преко младих либерала, продирале са запада.

Чули су се захтеви за доношењем новог устава. Истина, уставно питање истицано је још за време друге владавине кнеза Милоша, али како је умро 1860. године, кнез Михаило је наставио рад по том питању. Кнез Михаило Обреновић могао је да донесе нови устав, устав у материјалном и формалном смислу⁷ или да изабере други пут. Уколико би одабрао прву опцију, ризиковао је да се понови судбина Сретењског устава. Подсећања ради, Сретењски устав донет је на истоимени празник 1835. године без директног учешћа Турске, али у складу са Хатишерифом из 1830. године. Наиме, у члану 5. поменутог Хатишерифа, наводи се да се Порта неће мешати у унутрашње ствари Србије, као ни у судске одлуке.⁸ Међутим, Устав је суспендован након шест недеља, дакле пре формалне могућности за његову примену, а уставно питање и настала криза су решаване у Цариграду, због чега је и устав остао упамћен под називом Турски устав. Свестан ове могућности, одабрао је законе као начин за решавање уставне кризе. Такав је био и став великих сила.⁹ Порта није имала ништа против промене Устава из 1838. године, али је захтевала да нови устав буде, такође у форми султанског хатишерифа. Кнез Михаило није пристајао на ту могућност. Због тога је сукоб између Порте и кнеза Михаила решен посредством европске дипломатије. Кнезу Михаилу допуштено је да промени устав, али посредством обичних закона.¹⁰ Уосталом, такву своју политику најавио је и ступањем на власт својом прокламацијом: „Докле је кнез Михаил на влади, нека сваки зна да је закон највиша воља у Србији, којој се сваки без разлике покоравати мора“.¹¹

Француске, Пруске, Русије, Сардиније и Турске. Париски уговор има 34 члана. Значајан је по томе што је, осим добијања гарантних сила, Србија постала субјект међународног права.

6 Фактичку промену Турског устава започео је кнез Милош Обреновић када је одредио чланове Савета супротно чл. 17. истог Устава.

7 Кнез Михаило се прво определио за кодификован устав. У октобру 1860. године образовао је комисију која је требало да изради уставни пројекат. Комисијски пројекат устава имао је 40 чланова који су били подељени у пет глава. Садржао је општи део, главе о Кнезу, Савету, Скупштини и судовима. Након завршетка пројекта, кнез је упутио Јована Мариновића у мисију чији је, један од задатака, био расположење великих сила око новог устава.

8 Хатишериф, 1830, чл. 5.

9 Став великих сила, поготово Петрограда, Париза, Берлина и Беча био је повратак на идеју о некодификованом уставу, односно решавање уставне кризе помоћу закона.

10 Слободан Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада (1838-1858)*, Београд, 1990, 358.

11 „Срби! Преда Мном стоји тешки задатак. Унутрашњи раздори, непоштовање права ближњег, гажење закона и малоуважавање власти, освете и гоњења растроили су отечество наше, и задржали га у великом назадку. Ја ступам на престо књажевски с тврдом вољом, да зла ова искореним у земљи нашој: да оснујем владу која ће, снабдевена свом потребном влашћу и силом, умети одржавати себе у уважењу, законске земаљске у снази, и задобивена права у поштовању...“ Прокламација кнеза Михаила.

Закони, који су донети остали су запамћени у историографији као уставни закони јер су по својој садржини, а и хијерархији одговарали уставној материји односно уставу. Закон о наслеђивању престола из 1859. године (допуњен Законом из 1861), Закон о народној војсци из 1860. године (заменен 1861. године), Закон о Народној скупштини из 1861. године, Устројеније Државног Совјета из 1861. године, Закон о чиновницима грађанског реда из 1861. године (нови закон 1864. године), Устројеније Централне државне управе у Књажевству Србији из 1862. године, Закон о чиновницима грађанског реда из 1861. године (нови закон 1864), Закон о устројству општина и општинских власти из 1866. године представљали су законе који су остали познати као Уставни закони.¹²

2. ЗАКОН О НАСЛЕЂИВАЊУ ПРЕСТОЛА

Закон о наслеђивању престола донет је 1859. године за време владавине кнеза Милоша Обреновића. Промена династије на престолу, као једна од тековина Светоандрејске скупштине¹³, преточена је у законски текст. Међутим, кнез Милош Обреновић преминуо је током 1860. године. Из тог разлога, а и због разлога садржинске природе, на Преображенској скупштини допуњени су одређени чланови овог закона. Закон о наслеђивању престола садржао је једанаест чланова. Његови творци били су Јеврем Грујић, Милован Јанковић и Димитрије Матић. Приликом састављања одредби, творци су се руководили чл. 23-43. Сретењског устава што се нарочито види у племенској концепцији династије.¹⁴

Члан 1. Закона из 1859. године: „Књажеско достојанство у Србији на основу стари народни закључења пре 1839. године, а по гласу Султанског Берата и Хатишерифа од 1830. године, наслеђствено је у племену сада владајућег Књаза Србског Милоша Обреновића I“.¹⁵ По општем монархистичком начелу, у династију се рачунају само лица која од оснивача произилазе. Међутим, у овом закону примењена је племенска концепција династије. То значи да су династију Обреновић чинили, како кнез Милош са својим синовима, тако и његова браћа са својим потомством. На овај начин је султаново право интервенције, које је постојало по Турском уставу (који је признавао само Милошеве директне наследнике), сведено на минимум. Престо се наслеђивао „по реду прворођења“. Посебним чланом прописано је да кнеза Милоша наслеђује кнез Михаило.¹⁶ У случају да није постојало мушко потомство у владајућем племену Обреновића, тада је Кнез могао да, у сагласности са Државним саветом и Народном скупштином, под одређеним условима усвоји „кога за сина и наследника

12 Жељко Бартуловић, Небојша Ранђеловић, *Основи уставне историје југословенских народа*, Ниш, 2012, 60

13 Знаменита Светоандрејска скупштина сазвана је 1858. године иако по важећем Уставу (Турски устав) Народна скупштина није била предвиђена као орган власти. Исходи скупштине били су: свргавање кнеза Александра Карађорђевића, повратак на власт Милоша Обреновића и фактичко развлашћење Савета. Међутим, највећи значај Светоандрејске скупштине огледао се у томе што је Скупштина сама донела закон којим је узаконила свој рад, а потом и Закон о народној скупштини којим је она установљена као орган, истина, саветодавног карактера.

14 Марко Павловић, *Српска правна историја*, Крагујевац, 2005, 376.

15 Закон о наслеђивању престола, 1859, чл. 1.

16 Исто, 377.

и поверавају се посебној војној управи, која ће касније доношењем Устројеније централне државне управе у Књажевству Србији из 1862. бити претворено у министарство војно.²⁷²⁸ Међутим, кнез Михаило Обреновић уводи народну војску поред стајаће Устројенијем народне војске. Устројеније народне војске донето је 17. августа 1861. године. Материја је распоређена у 50 чланова.

Народна војска састоји се од свих Срба од двадесете до педесете године.²⁹ Од овог броја изузета су свештена лица и лица за која је утврђено да су сасвим неспособни за војну службу због телесних недостатака.³⁰ Она се дели на две класе: једна у потпуној борбеној готовости, друга која се држи у резерви.³¹ Народна војска има следеће родове: пешаке, коњанике, топције и пионири.³² Пешадија се дели на роте (састављене од обвезника исте општине), на батаљоне (састављене од обвезника истог среза), на пукове (састављене од обвезника истог округа).³³ Коњица се дели на среске роте и окружне ескадроне.³⁴ Топције се узимају из реда обвезника вароши Београда и Крагујевца, и из срезова врачарског и крагујевачког.³⁵ Пионири се деле на окружна одељења.³⁶ Тако образована народна војска има 17 пукова пешадије, 17 ескадрона коњице, 17 одељења пионира и 6 батерија.³⁷ Устројенијем народне војске утврђује се пет великих команди. У главном месту сваке команде постоји један штаб чији је задатак да руководи регрутовањем, снабдевањем, наоружавањем и вежбањем народне војске.³⁸ Главни штаб има једног „штабс-официра“ као шефа и онолико капетана колико округа улази у састав команде.³⁹ Обуку војске спроводе наставници који се узимају из реда испуштених војника.⁴⁰ Наставници добијају претходна упутства од капетана који се налази са још два наредника у сваком окружном месту.⁴¹ Обука се спроводила недељом и празником, а уколико су околности захтевале, вршила се једном или двапут у току недеље.⁴² Обука пешака вршила се по ротама у свакој општини.⁴³ Батаљонска обука спроводила се сваке друге недеље по срезовима. Из тог разлога су се обвезници истог среза окупљали у „најсредсреднијем месту“ на дан или два, тако да је бар један од ових дана недеља или празник.⁴⁴ Обука коњаника вршила се само по срезовима, а обука топција само у Београду и Крагујевцу јер су то

27 Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада (1838-1858)*, 413-414.

28 Под Карађорђевићем, стајаћа војска састојала се из два батаљона пешака, једне батерије топова и једног ескадрона коњаника. Бројала је 2529 људи. Под Милошем, стајаћа војска састоји се од четири батаљона пешадије, два ескадрона коњице, две батерије артиљерије и једна пионирске роте. Укупан број се повећава на 3529 људи.

29 Устројеније народне војске, 1861, чл. 1.

30 Исто, чл. 2.

31 Исто, чл. 3.

32 Исто, чл. 10.

33 Исто, чл. 12.

34 Исто, чл. 14.

35 Исто, чл. 15.

36 Исто, чл. 16.

37 Исто, чл. 17. ст. 1.

38 Исто, чл. 18.

39 Исто, чл. 19.

40 Исто, чл. 28.

41 Исто, чл. 29.

42 Исто, чл. 32.

43 Исто, чл. 33.

44 Исто, чл. 35.

једина места где се налази потребан материјал и потребно особље.⁴⁵ Обука пионира вршила се заједно са пешацима. У случају потребе за посебном обуком, лица су била позивана у одређено време, у главно окружно место где је обуку вршио посебно одређени инжењер.⁴⁶ Након завршетка обука и пољских радова, једном годишње, у јесен предвиђени су окружни маневри са целим пуком.⁴⁷ Поред тога предвиђени су и маневри са више пукова, у главним местима великих команди.⁴⁸

Народна војска утврђена на овај начин најбоље је одговарала потребама народа које је било земљорадничко. Уместо да се сељак одваја од пољских радова и затвара у варошке касарне, њему се војна настава „доносила такоређи на ноге“, у његову општину, његов срез и његов округ. Цео народ био је војник, а нико није служио у касарни. Ово је било и економски исплативо за државу. Она је давала само обуку, док је све остало, одело, храну, чак и оружје, требало да обезбеди сам сељак.⁴⁹

4. ЗАКОН О НАРОДНОЈ СКУПШТИНИ

Догађања на Светоандрејској скупштини показала су да се без скупштине више не може. Закон о народној скупштини од 8. децембра 1858. године предвидео је Скупштину као саветодаван орган. Кнез Милош променио је Закон 30. јуна 1860. године чиме су извршене незнатне промене. Са таквим стањем ствари донет је кнез Михајлов⁵⁰ Закон о народној скупштини 17. августа 1861. године. У Закону из 1861. године нема уводних одредби из светоандрејског закона о светињи Народне скупштине, о одговорности министара за њено редовно сазивање, о слободи штампе.⁵¹ Закон је садржао 45 чланова.

Народна скупштина је, према овом закону, имала саветодавну улогу јер су носиоци законодавне власти били Кнез и Државни савет. Она није имала ни законодавну власт ни право законодавне иницијативе. Народна скупштина састојала се од Обичне и Велике народне скупштине.⁵² Улога Народне скупштине у законодавству конципирана је као необавезно и обавезно саветодавна.⁵³ Необавезна саветодавна улога Обичне народне скупштине састојала се у давању обавештења о: народним проблемима и потребама, као и начину решења, питањима о којима би кнез и влада желели да чују мишљење и став народа.⁵⁴ Обавезно саветодавство односило се на питање корисности уступања или промене граница, повећања пореза или

⁴⁵ Исто, чл. 36.

⁴⁶ Исто, чл. 37.

⁴⁷ Исто, чл. 38.

⁴⁸ Исто, чл. 39.

⁴⁹ Јовановић, *Друга влада Милоша и Михаила*, 415.

⁵⁰ Под кнезом Михаилом држане су свега три скупштине: Преображенска 1861. године у Крагујевцу, Великогоспојинска 1864. године у Београду, Михаљска 1867. године у Крагујевцу. Народне скупштине трајале су кратко: Преображенска две недеље, Великогоспојинска три недеље, Михаљска две недеље.

⁵¹ Закон о печатњи (штампи) донет је тек 23. октобра 1870. године. Више: Сара Митић, *Органски закони - средство динамике примене устава - правноисторијски осврт. Тематски зборник радова „Динамика савременог правног поретка“*, Косовска Митровица, 2024, 327-341.

⁵² Закон о Народној Скупштини, 1861, чл. 2.

⁵³ Павловић, *Српска правна историја*, 365.

⁵⁴ Закон о Народној Скупштини, 1861, чл. 3. став 1.

промене пореског система, питање промене устава.⁵⁵ Међутим, мишљење Скупштине ни у једном случају није било обавезно. Кнез и Савет могли су да доносе законе какве су желели. Народна скупштина је, на неки начин, служила као претходна анкета о народном расположењу.⁵⁶ Велика народна скупштина састајала се само у случају промене престола: избор новог кнеза и одређивање цивилне листе за њега, избор намесника и одобрење усвојења престолонаследника.⁵⁷

Народна скупштина састојала се од Обичне и Велике народне скупштине.⁵⁸ Велика народна скупштина била је по броју посланика четири пута већа од Обичне скупштине.⁵⁹ За Обичну народну скупштину бирао се један посланик на 2000 пореских глава.⁶⁰ Изборне јединице биле су срез и окружна варош, као и среска варош са најмање 2000 пореских обвезника.⁶² У окружним варошима избори су били непосредни.⁶³ Посредни избори били су у срезу и обављани су преко повереника (на 50 пореских глава по 2) који су на среској изборној скупштини бирали посланике.⁶⁴ Обичну народну скупштину сазивао је и распуштао кнез. Велику народну скупштину сазивало је законско (привремено) намесништво у случају избора новог кнеза и одређивања наследника престола.⁶⁵

Народна скупштина се, као и по ранијем законодавству, састајала сваке треће године.⁶⁶ Ако би се у међувремену држала ванредна скупштина, трогодишњи рок рачунао би се од ње. Место састанка одређивао је кнез.⁶⁷ Кнез је постављао председника и секретаре скупштине, а могао је да смени председника ако би Скупштина изашла из круга надлежности. Активно бирачко право имали су српски држављани који су били пунолетни и који су плаћали порез „на своје имање, на свој посао, или на приход какав“⁶⁸. Нису имали бирачко право: редовни војници, лица лишена пословне способности, тј. лица под старатељством, лица оптужена или осуђена „због злочинства, или обезчешћавајућег преступљена, или таквог иступлења, лица за која се докаже да су претњом, новцем или недозвољеним начином за себе или другог радили како би били повереници или народни посланици или који су глас продали, лица која су плаћана или издржавана код других као слуге и лица под стечајем.“⁶⁹ Пасивно бирачко право имала су бирачки способна лица са навршених тридесет година. Ово се није

⁵⁵ Исто, чл. 3. став 2.

⁵⁶ Јовановић, *Друга влада Милоша и Михаила*, 378.

⁵⁷ Исто, чл. 6.

⁵⁸ Закон о Народној Скупштини, 1861, чл. 2.

⁵⁹ Исто, чл. 11.

⁶⁰ Исто, чл. 22.

⁶¹ По закону Светоандрејске скупштине бирао се један посланик на 500 пореских глава. Кнез Милош променио је ову одредбу Законом из 1860. године тако да је један посланик долазио на сваких 1000 пореских глава. Кнез Михаило је даље променио ову одредбу учинивши Народну скупштину четири пута мањом у односу на светоандрејски закон. Он је желео мале скупштине којима је лакше управљати. Смањењем Народне скупштине, она је достигла број посланика из Сретењског устава.

⁶² Исто, чл. 22.

⁶³ Исто, чл. 24.

⁶⁴ Исто, чл. 23.

⁶⁵ Исто, чл. 7-8.

⁶⁶ Исто, чл. 3.

⁶⁷ Исто, чл. 10.

⁶⁸ Исто, чл. 18.

⁶⁹ Исто, чл. 19.

односило на чиновнике. Они су имали пасивно бирачко право, али нису могли бити бира- ни за посланике јер се радило о неподударности посланичке с другим јавним службама.⁷⁰

Кворум за рад била је двотрећинска већина посланика, док је кворум за одлучивање била половина плус један од присутних посланика.⁷¹ Посланици нису одговарали због гово- ра или мишљења изнетог на скупштини, осим ако се то не би сматрало кривичним делом по кривичном закону.⁷² Ограничена посланичка неодговорност могла је да постоји јер није била установљена министарска одговорност пред Скупштином, па народни посланици нису имали функцију контролора рада владе и није их било потребно правно обезбедити.⁷³ С друге стране, увођење кривичне одговорности за посланичке говоре значило је смиривање Скупштине, ућуткивање критике и обескуражавање опозиције.⁷⁴ За дела ван службене дуж- ности, посланици су одговарали као и други грађани. Законом је био предвиђен процесни имунитет јер „докле скупштина траје, и три дана пре састанка њеног, не може посланик због дуга затворен бити.“

Временом је Народна скупштина постала украсна установа. О томе најбоље говори чињеница да је само 140 бирача изашло на гласање од укупно 3000 бирача 1867. године. Кнез Михаило је то правдао речима: „Јесте ли опазили колико је крстова на адреси коју сте ми поднели? Докле год скупштинари не умеју ни свога имена потписати, дотле се, Бога ми, ви младићи узалуд журите да прокламујете велике слободе.“⁷⁵

5. УСТРОЈЕНИЈЕ ДРЖАВНОГ СОВЈЕТА

Уставотворац (законодавац) је, приликом доношења овог правног акта, користио тер- мине устројство и државни савет. Устројеније има значење органског закона, закона који се бави организационим питањима. Енглески конзул Лонгворт превео је овај закон као „*An Organic Statute for the Senate*“ и „*Law for the organization of the Senate*“, док је Закон о Народној скупштини превео као „*The law relating to the skuptchina or national assembly*“. Савет је овим законом добио епитет Државни, чиме се истицало својство државе, а по узору на Сретењски устав.⁷⁶ Донет је на Преображенској скупштини, 17. августа 1861. године.

Државни савет делио је законодавну власт са Кнезом. Надлежност Савета састојала се у: доношењу, укидању, мењању и тумачењу закона; решавању питања о уређењу и пре- уређењу државне власти и војске, успостављању нових звања и административној подели земље; прегледавању и решавању државних прихода и расхода и одобравању кредита мини- стрима; разматрању теретних међународних уговора које би Кнез закључио са страним државама или приватним лицима. Осим тога Савет је решавао сва питања о порезу, прирезу

⁷⁰ Исто, чл. 20.

⁷¹ Исто, чл. 37-38.

⁷² Исто, чл. 12.

⁷³ Павловић, *Српска правна историја*, 365.

⁷⁴ Јовановић, *Друга влада Милоша и Михаила*, 378.

⁷⁵ Исто, 383.

⁷⁶ Павловић, *Српска правна историја*, 371.

и задуживању државе, округа и општина.⁷⁷ Државни савет имао је право да захтева извештаје и објашњења од Главне контроле о државним годишњим рачунима.⁷⁸ Закон је посебно навео да Државни Савет нема других надлежности, осим горе наведених, као и да не сме да се меша у било коју другу власт.⁷⁹ Законе је могао да подноси Кнез Савету и Савет Кнезу.⁸⁰ Решења Савета била су у важности само ако су била потврђена од стране Кнеза.⁸¹ Кнез је имао апсолутно право вета у свим стварима из надлежности савета.⁸²

Према закону Државни савет састојао се „из људи, који се одликују знањима, или одличним искуством у државној служби.“⁸³ Услови су постављени негативно. Државни саветник не може бити лице које: није српски грађанин, нема 35 година, нема непокретности у Србији и није часно провео 10 година у јавној служби.^{84 85} Број државних саветника није могао бити већи од 17⁸⁶, рачунајући председника и подпредседника Савета. Саветници су овим законом добили статус чиновника.⁸⁷ Саветнике је, као и остале чиновнике, постављао Кнез. Кнез је могао да пензиониса саветнике по свом нахођењу или по молби самог саветника.^{88 89} Осим пензионисања, саветници нису могли „другчије бити удаљени са своји места, до пресудом судском“.⁹⁰ Саветници нису били одговорни за говор и мишљења који су давали у Савету.⁹¹ Они су без страха од кривично-правних последица могли да говоре шта желе. Једина санкција било је пензионисање.

Овакво устројство Савета, по речима Слободана Јовановића, патило је од унутрашње противречности. Обичан чиновнички положај у који су саветници били постављени, није се слагао са законодавним функцијама које је Савет имао да врши. По његовом мишљењу, то је било равно давању права владаоцу да поставља и смењује чланове парламента. Савет, због тога, није био у стању да ограничава Кнеза у законодавству.⁹² Проф. Марко Павловић сматра ово гледиште једностраним. Наводи да Јовановић није узео у обзир да је Државни савет био нека врста горњег дома. Као потврду истиче да у многим државама чланове тог дома поставља владар, а Србијин Државни савет је био образован по том моделу.⁹³

⁷⁷ Устројеније Државног Совјета, 1861, чл. 3.

⁷⁸ Исто, чл. 9.

⁷⁹ Исто, чл. 14.

⁸⁰ Исто, чл. 7.

⁸¹ Исто, чл. 4.

⁸² Исто, чл. 5.

⁸³ Исто, чл. 1. став 1.

⁸⁴ Исто, чл. 1, став 2.

⁸⁵ Сви услови, осим последњег услова, преузети су из чл. 7 Турског устава. Услов часне чиновничке службе представљао је новину.

⁸⁶ Пројекат Закона прописивао је да број саветника не сме да буде већи од 21. Заправо, овај број одговарао је броју саветника по Устројенију Совјета Књажевства србског из 1839. године. Преображенска скупштина је закључила да би такво решење било опасност за финансијско стање земље.

⁸⁷ Исто, чл. 11.

⁸⁸ Исто, чл. 17.

⁸⁹ Тако је, чл. 17 Турског устава који је предвиђао доживотни и непокретни статус саветника, промењен одредбом по којом је Кнез одлучујући фактор, како приликом постављања, тако и приликом престанка дужности.

⁹⁰ Исто, члан 15.

⁹¹ Исто, чл. 16.

⁹² Јовановић, *Друга влада Милоша и Михаила*, 359.

⁹³ Павловић, *Српска правна историја*, 373.

У овом закону налазе се одредбе које би садржински требало да буду у неком другом законском тексту. Како је кнез Михаило истрајао у својој намери доношења устава путем закона, тако Устројеније Државног Совјета садржи одредбе о кнежевој санкцији, обнародовању и извршењу закона. Одредба о кнежевом праву представљања и одредбе о министарској одговорности нашле су, такође, своје место у овом закону. Кнез једини заступа и представља Србију пред страним државама. Закључује уговоре и конвенције о чему обавештава Савет чим околности дозволе. Претходно одобрење Савета потребно је за закључење међународних уговора који би падали на терет државе или би се односили на јавна или приватна права.⁹⁴ ⁹⁵Министарска одговорност регулисана је у једном члану. Попечитељи су били одговорни Савету и Кнезу за неизвршење закона.⁹⁶

6. ОСТАЛИ (УСТАВНИ) ЗАКОНИ

Уставну материју сачињавали су и: Устројеније централне државне управе у Књажевству Србији, Закон о чиновницима грађанског реда и Закон о устројству општина и општинских власти.

Устројеније централне државне управе у Књажевству Србији донет је 10. марта 1862. године. Представљао је законску разраду чл. 6. Закона о Државном савету.⁹⁷ Овим законом назив попечитељ замењен је називом министар. Министри су постали непосредни органи Кнеза и одвојени су од Савета.^{98 99} Они су били директно одговорни кнезу. Кнез је постављао и мењао министре по свом нахођењу.¹⁰⁰ Установљен је премапотпис којим је одговорност за кнежеве акте прелазила на министре.¹⁰¹ Дужности министара биле су: руковођење пословима својих ресора, старање о извршењу закона и уредби, вршење надзора и контроле над подређенима, припрема неопходних пројеката закона и уредба, друге потребне мере, као и припремање буџета у својим ресорима.¹⁰² Постојала су следећа министарства: министарство правде, министарство просвете и црквених дела, министарство иностраних дела, министарство унутрашњих дела, министарство финансија, министарство војске и министарство грађевина.^{103 104} Оваква министарства одговарала су концепту уређења независних држава.

⁹⁴ Исто, чл. 10.

⁹⁵ Оваква кнежева овлашћења била су једнака овлашћењима владара независних држава. Вероватно је ова одредба имала свој узор у чл. 65. Белгијског устава или чл. 36. Устава Царевине Аустријске.

⁹⁶ Исто, чл. 8.

⁹⁷ „Књаз наређује, да се донешени закони обнародују; и средством своји попечитеља издају нуждне наредбе за извршење исти.“ чл. 6. Устројеније Државног совјета

⁹⁸ Устројеније централне државне управе, 1862, чл. 4.

⁹⁹ По раније законодавству, министри су узимани из реда саветника и након престанка дужности враћани су у Савет.

¹⁰⁰ Исто, чл. 13.

¹⁰¹ Исто, чл. 7.

¹⁰² Исто.

¹⁰³ Исто, чл. 2.

¹⁰⁴ Према Турском уставу постојала су четири министарства (унутрашња дела, правда, финансије, и нека врста министарства иностраних дела), тако да су овим законом додата још три.

Закон о чиновницима грађанског реда донет је 24. марта 1861. године и представљао је реакцију на стање чиновника за време Уставобранитеља.¹⁰⁵ Закон је донео две новине. Прва се односила на губитак тромесечне плате (уместо ранијег одузимања једномесечне плате на име дисциплинске казне), а друга на право владе да пензионише чиновника који је стекао право на пензију. Такође, виши чиновници могли су „у случају лењости и немарљивости“ нижих чиновника да нареде да се посао заврши о трошку немарљивог чиновника.¹⁰⁶ Други закон донет је 15. фебруара 1864. године. Овим законом уведено је отпуштање из службе као административна казна (поред писменог укора, одузимања плате до три месеца, губитка селидбених трошкова при премештају).¹⁰⁷

Закон о устројству општина и општинских власти донет је 24. марта 1866. године. Овај закон био је најобимнији и садржао је 85 чланова. Окружна и среска власт није промењена, а организација општинских власти им је прилагођена. Општински органи били су: општински збор, општински одбор и општински (примирителни) суд. Општински збор бирао је посланика и поверенике за Народну скупштину, општински одбор имао је саветодавну функцију, надлежности у области финансија и избора месног кмета у варошима. Општински (примирителни) суд био је прва и најважнија власт у општини. Чинили су га кмет (као председник) и два члана. Вршио је судску функцију, али и функцију најниже полицијске власти. У вршењу судске функције налазио се непосредно под Окружним судом, а у вршењу полицијске власти под среским начелником. Избор чланова суда потврђивао је срески начелник, избор кмета окружни начелник, а у окружним варошима кмета је потврђивао министар унутрашњих дела.¹⁰⁸

7. ЗАКЉУЧАК

Нови друштвено-политички односи који су постојали за време друге владавине кнеза Михаила захтевали су правно уобличење. Доношење устава била је неминовност, али је сам начин доношења представљао посебан проблем. Србија је, с једне стране, била вазална кнежевина са стеченом самоуправом, али је, с друге стране, имала гаранте силе које су битно одлучивале о њеном статусу. Размишљајући у правцу доношења устава у формалном и материјалном смислу, кнез Михаило је увидео негативан став свих релевантних чинилаца по овом питању. Поједини поступци сматрани су „неком врстом објаве рата“, као „предузетак врло опасан“, и као „озбиљан корак на отцепљење Србије од Турске“. Из тог разлога, кнез Михаило је одлучио да донесе законе који ће по својој садржини представљати нови устав.

¹⁰⁵ Понашање чиновника представљало је посебну врсту проблема за време Уставобранитеља. Разлог томе биле су слабе дисциплинске казне. Како је готово сваки чиновник имао свог заштитника у редовима саветника, тако они нису били процесуирани пред судовима, већ су премештани са места на место. Временом је понашање чиновника постало још већи проблем па се све чешће говорило о лошем стању у држави које долази од покварености чиновника.

¹⁰⁶ Павловић, *Српска правна историја*, 383-384.

¹⁰⁷ Закон о чиновницима, 1864, чл. 40.

¹⁰⁸ Бартуловић, Ранђеловић, *Основи уставне историје југословенских народа*, 60.

Допуном Закона о наслеђивању престола предвиђена је могућност тестаменталног одређивања наследника престола. Заједно са одредбама Закона из 1859. године, Закон из 1861. године садржао је решења за све могуће ситуације које би постојале у вези са упражњеним престолом. Такође, применом другачијег концепта племенске династије, престо је био осигуран за припаднике династије Обреновић и султаново право интервенције сведено је на минимум. Закон о народној војсци предвидео је постојање народне војске, поред стајаће. Народна војска утврђена на овај начин одговарала је потребама земљорадничког народа. Посебна погодност био је начин организовања обуке. Војна обука спроводила се у општини, срезу или округу војника, тако да он није одвајан од пољских радова и одвођен у касарне. То је утицало и на вољу војника за обуку. Закон о народној скупштини доделио јој је саветодавну улогу. Према визији кнеза Михаила, а након светоандрејских догађања, сматрао је да Србија још није зрела за скупштину у смислу западних парламената. Зато је Народна скупштина по овом закону била мала скупштина (око 100 народних посланика), млада скупштина (скупштинска заседања трајала су кратко) и скупштина лишена сваке политичке атмосфере и могуће опозиције. Скупштина је представљала тело које је служило за аklamацију владара и његове политике. Устројенијем Државног Совјета, Савет је наставио да дели законодавну власт са Кнезом. Међутим, однос снага постао је другачији. Док је по ранијем законодавству, Савет био претежнији чинилац, управо због доживотног и непокретног статуса чиновника, овим законом, Савет је постао скуп послушних лица Кнезу због могућности пензионисања без утицаја Порте. Одредбе овог закона које се односе на кнежево право представљања одговарале су ингеренцијама независне државе. Устројенијем централне државне управе, Законом о чиновницима грађанског реда и Законом о устројству обштина и обштинских власти заокружена је материја која одговара уставној.

Законима кнеза Михаила Обреновића решена је уставна криза, макар за кратко време. Закон о престолонаслеђу, Закон о народној војсци, Закон о народној скупштини, Устројеније Државног Совјета, Устројеније Централне државне управе, Закон о чиновницима грађанског реда, Закон о устројству обштина и обштинских власти, многи аутори називају Уставним законима. Своја тврђења базирају на чињеници да је овим законима регулисана уставна материја (*materia constitutionis*). Други су мишљења да се Закон о народној скупштини, Устројеније Државног Совјета и Закон о наслеђивању престола са преображенском Допуном могу сматрати некодификованим уставом. Проф. Павловић своје мишљење правда посебним начином промене који је предвиђен за ова три закона (обавезно саслушање Народне скупштина), па их назива Преображенским уставом, управо по празнику на који је сазвана Скупштина.¹⁰⁹ Трећи наводе да је Србија у доба кнеза Михаила имала „расут Устав“. Без обзира на разлике у теоријском приступу, несумњиво је да су Уставни закони кнеза Михаила успоставили нови уставни поредак у држави.

¹⁰⁹ М. Павловић, *Преображенски устав – први српски устав*, Крагујевац, 1997, 293.

ЛИТЕРАТУРА/LITERATURE:

1. Бартуловић, Жељко, Ранђеловић, Небојша, *Основи уставне историје југословенских народа*, Ниш, 2012, [Bartulović, Ž, Randelović, N, *Foundations of the Constitutional History of the Yugoslav Peoples*, Niš, 2012];
2. Јовановић, Слободан, *Уставобранитељи и њихова влада (1838-1858)*, Београд, 1990 [Jovanović, S, *Constitutional Defenders and Their Government (1838-1858)*, Belgrade, 1990];
3. Јовановић, Слободан, *Друга влада Милоша и Михаила*, Београд, 1990, [Jovanović, S, *The Second Government of Miloš and Mihailo*, Belgrade, 1990];
4. Laferrie, M. E, Batbie, M. A, *Les Constitutions d'Europe et d'Amerique*, Paris, 1869, [Laferrie, M. E, Batbie, M. A, *The Constitutions of Europe and America*, Paris, 1869];
5. Павловић, Марко, *Српска правна историја*, Крагујевац, 2005, [Pavlović, M, *Serbian Legal History*, Kragujevac, 2005];
6. Павловић, Марко, *Преображенски устав – први српски устав*, Крагујевац, 1997, [Pavlović, M, *The Preobraženje Constitution – The First Serbian Constitution*, Kragujevac, 1997];
7. Митић, Сара, Органски закони - средство динамике примене устава - правноисторијски осврт, У Тематски зборник радова: „Динамика савременог правног поретка“, Косовска Митровица, 2024, 327-341, [Mitić, S, ORGANIC LAWS- A TOOL FOR THE DYNAMICS OF APPLYING THE CONSTITUTION- through the Perspective of Legal History. In *Thematic Collection of Papers: Dynamics of the Contemporary Legal Order*, Kosovska Mitrovica, 2024, pp. 327-341];

ИЗВОРИ/ SOURCES:

1. Закон о наслеђивању престола, 1859 / Zakon o nasleđivanju prestola, 1859.
2. Закон о наслеђивању престола, 1861 / Zakon o nasleđivanju prestola, 1861.
3. Закон о Народној Скупштини, 1861 / Zakon o Narodnoj skupštini, 1861.
4. Устав Књажевства Србије, 1835 / Ustav Knjažestva Srbije, 1835.
5. Устав Књажевства Србије- Султански хатишериф, 1838 Ustav Knjaževstva Srbije-Sultanski hatišerif, 1838.
6. Устројеније Државног Совјета, 1861 / Ustrojenije Državnog Sovjeta, 1861.
7. Устројеније народне војске, 1861 / Ustrojenije narodne vojske, 1861.
8. Устројеније Централне државне управе у Књажевству Србији, 1862 / Ustrojenije Centralne državne uprave u Knjaževstvu Stbij, 1862.
9. Хатишериф, 1830 / Hatišerif, 1830.

THE METHOD OF SOLVING THE CONSTITUTIONAL CRISIS THROUGH THE LENS OF PRINCE MIHAILO'S CONSTITUTIONAL LAWS

Sara Mitić¹¹⁰

Faculty of Law, University of Niš

Summary: *The beginning of the second reign of Prince Mihailo Obrenović was marked by a constitutional issue. Namely, the current constitution, the Constitution from 1838, better known as the Turkish Constitution, became inapplicable due to changed socio-economic circumstances. On the other hand, Serbia was still a dependent country with a changed status after the Paris Peace Treaty and under the auspices of the guarantor powers. In order not to repeat the fate of the Sretenjski Constitution and resolve the constitutional issue outside the borders of the country, Prince Mihailo decided to resolve the constitutional crisis by enacting laws that corresponded to the content of the constitution. Zakon o prestolonasleđu (The Law on the Succession to the Throne), Zakon o Narodnoj skupštini (the Law on the National Assembly), Ustrojenije Državnog sovjeta (the Organization of the State Council), Ustrojenije Centralne državne uprave u Knjažestvu Srbiji (the Organization of the Central State Administration in the Principality of Serbia), Zakon o narodnoj vojsci (the Law on the People's Army), Zakon o činovnicima građanskog reda (the Law on Officials of the Civil Order), Zakon o ustrojstvu obština i obštinski vlasti (the Law on the Organization of Municipalities and Municipal Authorities) represented the laws that are known in historiography as Constitutional Laws.*

Keywords: *constitutional laws, Prince Mihailo Obrenović, Principality of Serbia*

¹¹⁰ Assistant professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia sara.mitic@prafak.ni.ac.rs ORCID ID: 0000-0003-2707-7190.

DIVORTIUM – POVIJESNOPRAVNE KONCEPTUALIZACIJE I EUROPSKA PERSPEKTIVA

Ivona Šego – Marić¹

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Ivana Vlašić²

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Sažetak: Usklađivanje europskih pravnih sustava, gospodarsko-političko povezivanje europskih država definiraju se procesima europske integracije. Kada govorimo o procesu europske integracije pojmovi kao što su unifikacija i harmonizacija su sastavni dijelovi tog procesa. Još od rimskog, europskog srednjovjekovnog društvenog i feudalnog sustava institut razvoda (divortium) braka bio je različito definiran. Autorice analiziraju problematiku unifikacije instituta razvoda braka od rimskog prava, preko utjecaja Crkve i pravila kanonskog prava, kodifikatorskog rada modernog doba do suvremenih europskih integracija nastojeći komparirati različita rješenja i konceptualizacije, osvrćući se na suvremene izazove i perspektive pred kojima se ovaj institut nalazi.

Glavne riječi: razvod (divortium), rimsko pravo, Crkva, unifikacija, harmonizacija, kodifikacije, de lege lata.

1. UVOD

Brak, njegovo sklapanje, pretpostavke, valjanost i razvrgavanje predmetom su kako društvenog tako i pravnog interesa od najstarijih vremena do danas. Pravni sustav svake pojedine države morao je pronaći zadovoljavajući način kako urediti ovaj institut i istovremeno odgovoriti na potrebe društvene sredine jer društvo kao čimbenik koji ga živi i pravni sustav kao čimbenik koji ga oblikuje oduvijek su bili korelativni i nerazdvojni pojmovi kada govorimo o zakonskom uređenju braka. Stoljetna tradicija razvoja instituta braka, bila je podložna raznim društvenim, vjerskim i običajnim utjecajima, a sam brak je prošao faze od njegovog prvotnog poimanja kao djela običajnog odnosa čiji raskid je u velikoj mjeri bio na dispoziciji strankama do pravnog instituta strogo reguliranog unutar pravnog poretka.

U suvremenim pravnim sustavima, pod utjecajem procesa europskih integracija razvoj i novi smjerovi bračnog prava i mogućnost ili nemogućnosti njihove harmonizacije i unifikacije aktualna su pitanja europskog normativnog teritorija i predmet mnogih rasprava pravnih praktičara i

¹ Izvanredni profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, ivona.sego-maric@pf.sum.ba ORCID ID: 0009-0005-1858-4109

² Viša asistentica, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, ivana.vlastic@pf.sum.ba ORCID ID: 0000-0002-2689-2284

teoretičara ali i šire javnosti. U okviru dugogodišnjeg integracijskog procesa na tlu Europe, koji za cilj ima ostvarenje gospodarske interakcije zasnovane na načelima slobodnog tržišnog natjecanja i vladavine prava, pravni sustav se gradi i razvija paralelno na harmonizaciji i unifikaciji javnopravnih i privatnopravnih propisa.³ U srži svih europskih bračno-pravnih sustava ugrađena su osnovna načela kao što su monogamnost, konsenzus, ravnopravnost bračnih drugova, što je nesporno, ali jednako tako nedovoljno da bi opravdalo sva nastojanja za harmonizacijom i unifikacijom bračnog prava. Pod pojmom harmonizacije podrazumijeva se međusobno usklađivanje pravnih sustava koji ipak zadržavaju određene vlastite specifičnosti, dok se pojam unifikacije odnosi na proces stvaranja jednoobraznog pravnog sustava.⁴

Kako kroz povijesnopravni razvoj, tako i danas u procesu globalizacije i europeizacije rimsko pravo ima poseban zadatak u kreiranju novog *ius commune* jer europski kontinent većim dijelom i danas razmišlja u konceptima rimskog prava, koji se u novije vrijeme šire i van kontinenta.⁵ Europska unija kroz otvorenost slobodnom tržištu donijela je sa sobom i sve veći broj obiteljskih odnosa s međunarodnim elementom, što je posljedično dovelo do povećanja broja sporova vođenih zbog razvoda takvih zajednica.⁶ Zbog brojnih povijesnih i kulturnih kretanja pravni sustavi europskih država različiti su, te sukladno tome i pravila o sklapanju i razvodu braka imaju svoje posebno uređenje u pojedinim državama što dovodi u pitanje opravdanost i legitimitet u stvaranju jedinstvene regulacije i harmonizacije ovog instituta na području europskog zakonodavnog okvira.

2. DIVORTIUM – RIMSKOPRAVNO UREĐENJE

U zemljama europsko kontinentalnog pravnoga sustava, izniman utjecaj na regulaciju braka, njegovog sklapanja i razvrgavanja, izvršilo je rimsko pravo ali i konfesionalne norme kanonskog prava.⁷ Iako se na prvi pogled, suvremeni brak i bračni propisi uvelike razlikuju od braka po rimskom pravu, treba istaknuti kako su temeljni principi i načela proizišla iz rimsko-pravnog sustava čvrsto zadržana i inkorporirana u suvremeno uređenje braka. Razlog prvotnoj nepodudarnosti leži u činjenici razvoja ovog instituta kroz srednji vijek i velikom utjecaju kanonskog prava na njegovu regulaciju.⁸ Slijedom toga, suvremeni pravni propisi postavili su strogu kontrolu nad zahtjevima braka, njegovim sklapanjem i razvrgavanjem.⁹ Za razliku od toga, brak u rimskom pravu (*matri-monium*) primarno nije bio pravni odnos, nego društvena, socijalna činjenica čiji su učinci bili

3 Vilim Bouček, „Međunarodni ugovori – izvori međunarodnog privatnog prava na području Europske Unije“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, 61, 6 (2011): 1796

4 Irena Majstorović, „Obiteljsko pravo kao različitost u jedinstvu: Europska unija i Hrvatska“, *Europsko obiteljsko pravo*, (Zagreb: Narodne novine, 2013): 4

5 Magdolna Sič, „Trajne vrijednosti rimskog prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 43, 3-4/2006 (2006): 398

6 Ivan Šimović, Ivan Ćurić, „Europska Unija i obiteljsko pravo međunarodnoprivatnopravni, procesnopravni i materijalnopravni aspekti“, *Ljetopis socijalnog rada*, 22, 2 (2015): 163

7 O mjestu i značaju rimskog prava za europsku pravnu povijest vidi više: Peter Stein, *Roman Law in European History*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1999).

8 O izravnom i neizravnom utjecaju kanonskog prava na sekularno pravo vidi u: Franz Wieacker, *A history of private law in Europe with particular reference to Germany*, (Oxford: Clarendon Press, 1995), 47-54.

9 Max Kaser, *Roman private law*, prijevod Rolf Dannenbring (Pretoria: University of South Africa, 1984), 284. Vidi i: Ivan Šimović, „Bračne smetnje u svjetlu obiteljskog i kanonskog prava“, *Bogoslovska smotra*, 85 (2015):235 –265

odraz tog činjeničnog stanja, a ne pravila propisana unutar pravnih okvira.¹⁰ Materija koja se odnosila na brak nije bila unaprijed regulirana propisima, već običajnim pravom.¹¹ Iz tog razloga rimska klasična jurisprudencija bila je nesklona definiranju braka, pa tako u izvorima pronalazimo samo dvije definicije braka. Prva je ona pravnik Modestiana iz fragmenta D. 23,2,1, prema kojoj je brak zajednica muškarca i žene ujedinjenih za cijeli život, ustanova božanskoga i ljudskoga prava (*nuptiae sunt coniunctio mari et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*).¹² Izraz *consortium omnis vitae* otvorilo je brojna pitanja i doveo do doktrinarne polemizacije jer je bilo nejasno podrazumijeva li ono neraskidivu vezu za cijeli život, što bi bilo kontradiktorno rimskoj slobodi razvoda braka ili uključuje *societas vitae*, blisku životnu i tjelesnu zajednicu koja „veže partnere na način da sudbina jednog postaje sudbina drugog“.¹³ Sumnju u klasičnost definicije braka je iznio Solazzi koji je smatrao da je definicija puno kasnijeg porijekla i oblikovana pod utjecajem kršćanske nauke.¹⁴ Frier i McGinn opisuju kako Modestian ovom definicijom u najboljem slučaju opisuje trajni kulturni ideal, a ne pravi rimski brak kakav je posvjedočen u pravnim i književnim tekstovima.¹⁵ Također, Albertario je iznio tvrdnju kako je cijeli odlomak sadržavao više socijalnu definiciju braka nego njegovu pravnu, zakonsku definiciju.¹⁶

Druga, kasnija definicija jest ona Justinijanova koja je u rimskopravnoj tradiciji brak označila kao pravom uređenu trajnu zajednicu muškarca i žene (Just. Inst. I, 9, 1: *Nuptiae autem sive matriomium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*).¹⁷ U odnosu na epitet „trajni“ Litewski ispravno naglašava da trajni karakter bračne zajednice znači da se brak ne može sklopiti na određeno vrijeme, vremenski ograničiti, te da se „trajnost“ nije smatrala preprekom za prestanak braka, odnosno zabranom za njegov razvod.¹⁸

Citirane definicije braka jasno oslikavaju njegovu prirodu ali i nužne elemente valjanog postojanja. Za pravno valjan brak morala su biti ispunjena dva kumulativna uvjeta: *affectio maritalis*, subjektivni element volje za postojanjem bračne zajednice te objektivni element postojanja životne zajednice muškarca i žene.¹⁹ U antičkom uređenju rimskog pravnog sustava mogućnost razvoda braka nije bila formalna i strogo shvaćena. Norme rimskog prava, uvjetovane običajnim

¹⁰ Kaser, *Roman private law*, 284.

¹¹ Nikol Žiha, Josip Berdica, „Utjecaj kršćanske tradicije na institut braka u Corpus iuris civilis“, *Zbornik radova 1700 godina Milanskog edikta*, (2013): 691

¹² D. 23,2,1, citirano prema: The Digest of Justinian, vol. 2, prijevod: Alan Watson (Philadelphia: University of Pennsylvania, 1985) (dalje u tekstu: D.).

¹³ Žiha, Berdica, „Utjecaj kršćanske tradicije na institut braka u Corpus iuris civilis“, 691

¹⁴ Siro Solazzi, „Consortium omnis vitae“, *Annali dell' Università di Macerata* 5 (1929), 27ft. Navedeno prema: Jacob J. Rabinowitz, „On the Definition of Marriage as a “Consortium Omnis Vitae”, *Harvard Theological Review*, 57 (1964): 55

¹⁵ Bruce W. Frier, Thomas A.J. McGinn, *A Casebook on Roman Family Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2004).

¹⁶ Emilio Albertario, *Studi di diritto romano. Volume primo. Persone e famiglia*, (Milano: 1933), 181-193.; citirano prema: Fausto Giumetti, *Soluto matrimonio dotem reddit Profili ricostruttivi dello scioglimento del matrimonio e della disciplina giuridica delle dote*, (Giappichelli, 2022):11, fusnota 19.

¹⁷ Ante Romac, *Justinijan. Institucije*, (Zagreb: Latina et Graeca, 1994): 53.; Marko Petrak, *Traditio iuridicia*, vol. II, Verba iuris, (Zagreb: Novi informator, 2016): 230.

¹⁸ Wiesław Litewski, *Rzeczymskie prawo prywatne*, (Warszawa: Wydawnictwo prawnicze LexisNexis TM, 2003): 170; navedeno prema: Marius Jonaitis, Elena Kosaitė-Čypienė, „Conception of roman marriage: historical experience in the context of national family policy concept“, *Jurisprudencija*, 2 -116 (2009):301

¹⁹ O važnosti postojanja subjektivnog elementa volje za brakom vidi više: Susan Treggiari, *Roman marriage lusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, (Oxford: Clarendon Press, 1991), 54.; Judith Evans Grubbs, *Women and the law in the roman empire*, (London i New York: Routledge, 2002), 82.

pravom, uglavnom su stajale na načelu jednostavnog i brzog razvoda braka. Ukoliko bi jedan od konstitutivnih elemenata nedostajao brak ne bi proizvodio valjane pravne učinke, a ovakvo određenje braka samo po sebi inicira i definira uvjete za razvod braka. Na taj način razvod braka, bez nekih valjanih i opravdanih razloga u rimskom pravu, iako moralno neprihvatljiv, pravno nije bio zabranjen.²⁰ Liberalizacija razvoda relativizirala je jedno od temeljnih načela rimskog braka, načelo monogamije jer je sloboda braka i njegov raskid u bilo koje vrijeme od strane supružnika bilo zasnovano na starorimskoj misli: „*libera matrimonia esse antiquitus placuit*“.²¹

Paulov fragment D. 24.2.1 Paulus libro 35 ad edictum: „*Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum*“.²² navodi kako su načini prestanka braka: razvod, smrt jednog od bračnih drugova, zarobljavanje ili gubitak slobode bilo kojeg od bračnih drugova. Osim toga, interpretacijom izvora romanistička doktrina navodi naknadnu bračnu smetnju *incestum pervenies* kao relevantnu činjenicu prestanka braka.²³ Načelo slobodnog razvoda braka ogledalo se i u činjenici da bračnim partnerima nisu bili dozvoljeni sporazumi kojima bi isključili rastavu braka (Alexander Severus CJ. 8.38.2).²⁴ Ako je sklopljen *manus* brak tražila se određena forma i za razvod takvog braka morala je postojati forma koja se sastojala u činu suprotnom od forme sklapanja braka. U tom smislu brak sklopljen konfariacijom (*confarreatio*) razvodio se činom difariacije, dok se u ostalim razvodio ukidanjem *manusa*, odnosno vraćanjem žene pod *manus* prethodnog *pater familiasa*.²⁵

Načelna razrješivost braka u rimskom pravu ostala je prisutna sve do Justinijana, iako su pojedini carevi, počevši od Konstantina, pod utjecajem kršćanskog učenja nastojali smanjiti razvode brakova te su u više navrata zabranili razvode za koje nije postojao opravdani razlog (*iusta causa*).²⁶ Opozitno s načelima klasičnoga prava koji su kontinuirani i trajni konsenzus bračnih drugova *consensus continuus* smatrali nužnim elementom opstanka valjanog braka, pod utjecajem kršćanskoga nauka u postklasičnom pravu dogodila se revizija ovog načela na način da je za postojanje braka bila dostatna samo početna volja supružnika, odnosno inicijalni konsenzus (*consensus initialis*) bračnih partnera, što je bio putokaz za stvaranje pravne podloge zasnovane na kršćanskoj doktrini o nerazrješivosti braka.²⁷ Intervencije kršćanskih careva na polju reforme bračnog prava pod utjecajem kršćanskog učenja o nerazrješivosti braka imale su za cilj ograničiti broj razvoda brakova. Upravo će ovaj period postklasičnog rimskog prava donijeti najviše promjena na polju materije razvoda braka.

Konstitucijom iz 313. godine Cod. Theod. 3.16.1 Konstantin je predvidio razloge koji su smatrani opravdanim za razvod braka kao i sankcije za razvod braka koji nije sadržavao *iusta causa*. Dok je konstitucijom CJ. 5.17.8 pr. Valentijana III i Teodozija II određeno da zaključeni brak ne

20 Marko Bratković, „Razvrgnuće braka u rimskom, kanonskom i suvremenom hrvatskom obiteljskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61 - 1, (2011): 112

21 Vidi: Alex. Sev. C. 8.38.2.

22 D.24.2.1 „Brak prestaje razvodom, smrću, zarobljavanjem, ili gubitkom slobode na drugi način, jednog od bračnih drugova“. Citirano prema: Romac, *Izvori rimskog prava Latinski tekstovi s prijevodom*, 177.

23 Bratković, „Razvrgnuće braka u rimskom, kanonskom i suvremenom hrvatskom obiteljskom pravu“, 114.

24 CJ.8.38.2: Imperator Alexander Severus: „Od starine se htjelo da brak bude slobodan. Zbog toga sporazumi, prema kojima ne bi bilo dozvoljeno razvesti brak, ne vrijede, a nesporno je da ni ugovori, kojima se nameću kazne onome tko razvede brak, ni pravovaljani“ citirano prema: Romac, *Izvori rimskog prava Latinski tekstovi s prijevodom*, 177.

25 Vidi i: Kaser, *Roman private law*, 73, 74.

26 Bertol Eisner, Marijan Horvat, *Rimsko pravo*, (Zagreb: Nakladni zavod Hrvatske, 1948), 156.

27 Žiha, Berdica, „Utjecaj kršćanske tradicije na institut braka u Corpus iuris civilis“, 701

može prestati osim putem najavljenog razvoda i da prestanak braka mora biti teži,²⁸ što je uvjetovano razlozima koji se smatraju opravdanim za razvod braka.²⁹ Najveću reformu na polju razvoda braka proveo je car Justinijan. Novelom 22 propisao je četiri kategorije razvoda braka. Tako se brak mogao razvesti; suglasnošću bračnih drugova, odnosno sporazumnim razvodom braka (*divortium mutuo consensu*); jednostranim razvodom braka bez krivnje druge strane (*divortium bona gratia*); jednostranim razvodom braka zbog krivnje drugog bračnog partnera (*repudium ex iusta causa*); jednostranim razvodom braka bez opravdanog razloga (*repudium sine iusta causa*).³⁰

Budući da je sporazumni razvod braka bio nedopustiv po kršćanskoj doktrini 542. godine car Justinijan je Novelom 117 potpuno zabranio sporazumnu rastavu (Nov. 117,10: *Do danas su neki i sporazumno razvrgavali svoje brakove, ali ubuduće to nikako ne dopuštamo*). Promjene nastupaju već za vrijeme njegovog nasljednika Justina II koji ukida navedenu odredbu.³¹ Stoga se može izvući zaključak kako je recepcija kršćanskog učenja i načela u okvirima rimskog prava tekla „sporo i djelomično“.³²

3. DIVORTIUM I UTJECAJ NORMI KANONSKOG PRAVA

Kršćanstvo i crkveni nauk ostavilo je nedvojben utjecaj na suvremeni pravni sustav zapadne civilizacije, osobito Europskog kontinenta. Nakon proglašenja kršćanstva službenom religijom u Rimskom Carstvu već je 325. godine održan Nicejski sabor koji je iznjedrio prve kodekse kanonskog prava za cijeli kršćanski svijet.³³ U kasnijem Carstvu crkvena hijerarhija i pripadnici Crkve obnašali su brojne javne dužnosti time se svjetovna vlast Carstva postepeno smanjivala dok je autoritet Crkve, osobito na Zapadu, postojano rastao i dobivao na važnosti toliko da je izgledno da bi kršćanstvo moglo postojati neovisno o svjetovnoj vlasti Rimskog Carstva.³⁴ Autoritetom koji je izgradila i ugrađivanjem osnova kršćanskog učenja u rimski pravni sustav na europskom području koje je pripadalo Rimskom Carstvu, Katolička Crkva će si osigurati izniman utjecaj u procesu regulacije pravnih instituta, osobito onih društvenih odnosa prožetih emotivnom stranom, gdje se posebno ističe institut braka, odnosno ženidbe kako se ovaj institut zove po kanonskom pravu.³⁵ U spisima ranokršćanskih Crkvenih Otaca i pisaca rane Crkve naglašavaju se nerazrješivost i jedinstvo ženidbe, a kao prva svrha ženidbe često je isticana prokreacija, odnosno stvaranje i rađanje

28 CJ.5.17.8pr: “Određujemo da se dozvoljeni brak može zaključiti suglasnošću (stranaka), ali zaključeni ne može prestati osim putem najavljenog razvoda. Da prestanak braka treba biti teži, nalaže pažnja (koju treba pokazati prema djeci.” Citirano prema: Romac, *Izvori rimskog prava Latinski tekstovi s prijevodom*, 179.

29 CJ.5.17.8.1: “Razloge za razvod jasnije određujemo u ovom veoma kratkom zakonu. Isto onako kako pravnim granicama nastojimo spriječiti razvod braka bez opravdanog razloga, isto tako želimo nesrećom satrtog (muža) ili satrtu (ženu), iako nepoželjnom, ali neophodnom, pomoću osloboditi.” Citirano prema: *Ibid*.

30 Nov.22. c. 4. Vidi i: Eisner, Horvat, *Rimsko pravo*, 158.

31 Žiha, Josip, “Utjecaj kršćanske tradicije na institut braka u Corpus iuris civilis”, 698

32 *Ibid*.

33 O značaju i zaključcima s Nicejskog sabora vidi više u: *Obnovljeni Život: časopis za filozofiju i religijske znanosti*, 6., 4., (1925): 193 – 200., dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/clanak/91496> pristupljeno 5.8.2024.

34 George W. Keeton, “The Canon Law and Its Influence”, *Loyola Law Review*, XIX, 1 (1973): 1

35 Bratković, “Razvrgnuće braka u rimskom, kanonskom i suvremenom hrvatskom obiteljskom pravu”, 124

potomstva.³⁶ Tako i Aurelije Augustin, koji je izvršio izniman utjecaj na razvoj čitave kršćanske teologije svjedoči kako je ženidba određena trima vrijednostima, na prvom mjestu rađanje i odgoj djece, zatim ženidbena vrijednost (*fides*), te simboličnom vrijednošću (*sacramentum*).³⁷

Norme kanonskog prava koje se odnose na materiju razvoda braka nastale su na osnovi učenja kršćanske vjere i učenja Crkvenih Otaca ali i pod izrazitim utjecajem rimsko – germanske tradicije.³⁸ Danas, odnosno u periodu nakon II Vatikanskog koncila u Zakoniku kanonskog prava svrha ženidbe je izmijenjena u odnosu na učenje prvih Crkvenih Otaca. Kanon 1055. u paragrafu 1 na prvo mjesto svrhe ženidbe stavlja „dobro ženidbenih drugova“: „*ženidbeni savez, kojim muška osoba i ženska osoba međusobno uspostavljaju zajednicu svega života po svojoj naravi usmjerenu k dobru ženidbenih drugova te k rađanju i odgajanju potomstva, Krist Gospodin uzdigao je među krštenima na dostojanstvo sakramenta.*“³⁹

Sakramentalni karakter ženidbe i strogost normi koje reguliraju razvod istaknuta je karakteristika kanonskog uređenja ženidbe osobito ukoliko ih kompariramo s normama rimskog prava i načelima slobodnog razvoda braka.⁴⁰ Još od najstarijih vremena Crkva je sklapanju ženidbe htjela dati neko izvanjsko vjersko obilježje stoga su se ženidbe i sklapale javno pred crkvenim pastirima i uz njihov blagoslov.⁴¹ Po crkvenom nauku ženidba je oduvijek bila naravni bračni savez koji je za kršćenike još i sakrament, a ove dvije karakteristike naravnosti i nadnaravnosti ukazuju na jedan složen odnos koji u sebi objedinjuje ugovorni odnos iskazan u privoli i sakramentalnost i ženidbenu vjeru iskazanu u nakani.⁴² Sakramentalni karakter ženidbe, i njena bitna svojstva jednosti i nerazrješivosti istaknuti su u kanonu 1056: „*Bitna su svojstva ženidbe jednost i nerazrješivost koja u kršćanskoj ženidbi zbog sakramenta zadobivaju posebnu čvrstoću.*“⁴³ Ovakva formulacija norme i njenih bitnih svojstava ukazuje da kanonsko pravo definira načelnu nerazrješivost ženidbe. Nerazrješivost ženidbe oduvijek je bila ideal ženidbe po kanonskom pravu te su teolozi i Crkva kroz cijelu crkvenu povijest više raspravljali i problematizirali pitanje rastave ženidbe i status rastavljenih osoba nego li samu ženidbu. Princip apsolutne nerazrješivosti ženidbe prema stajalištu Crkve i danas je aktualan premda je načelo apsolutne nerazrješivosti imalo brojna tumačenja i klasificiranja (unutarnja izvanjska, *ratum, consumatum* itd.).⁴⁴ Jednost ženidbe svojstvo je koje određuje da je „ženidbena povezanost isključiva“ i kao takva se ostvaruje isključivo između samo jedne ženske i samo jedne muške osobe što se implicite protivi istodobnoj poligamiji, dok svojstvo nerazrješivosti zahtijeva da navedena ženidbena povezanost bude trajna i traje sve do

36 Opširnije o tome, i stavovima ranokršćanskih pisaca vidi: Žiha, Josip, „Utjecaj kršćanske tradicije na institut braka u Corpus iuris civilis“, 676-687

37 Žiha, Berdica, „Utjecaj kršćanske tradicije na institut braka u Corpus iuris civilis“, 686

38 Ivan Obadić, Zrinka Erent-Sunko, „Harmonizacija i unifikacija obiteljskog prava u Europi pravno-povijesne pretpostavke i (ne)mogućnosti“, *Grčko-rimsko i kanonsko pravo temelji pravne kulture zapada*, (ur. Milotić, I.), 2020., 184

39 Kan. 1055. *Codex iuris canonici Fontium annotatione auctus – Zakonik kanonskog prava sa izvorima*, (Zagreb: Glas koncila, 1996); dalje u tekstu: *Codex iuris canonici*.

40 O ženidbi kao sakramentu vidi opširnije u: Vojko Devetak, „Sakramenat svete ženidbe“, *Služba Božja: liturgijsko-pastoralna revija*, Vol. 26 No. 3, (1986)

41 Matija Berljak, „Kanonski oblik ženidbe. Povijesni razvoj - Zakonik kanonskoga prava/1983., Glas koncila, Zagreb, 1999.“ *Bogoslovska smotra*, 70 -1, (2000): 161

42 Klara Čavar, Lucija Šikić, „Bitna svojstva ženidbe - jednost i nerazrješivost“, *Magistra Iadertina*, 12 - 1, (2017): 14

43 Kan. 1056, *Codex iuris canonici*.

44 Marijan Jurčević, „Biblijsko-teološki temelj nerazrješivosti ženidbe“, *Riječki teološki časopis*, 31, 1 (2008): 174

smrti jednog od supružnika.⁴⁵ U slučaju da bi jedan od supružnika isključio i samo jedno bitno svojstvo ženidbe, ženidbena privola bila bi manjkava i takva ženidba ne bi bila valjano sklopljena.⁴⁶

Za validnost načela apsolutne nerazrješivosti ženidbe pored činjenice da su oba bračna druga krštena morao se ispuniti uvjet valjanog slavlja ženidbe i konzumacije braka jer prema kan. 1141 ženidba koja je: *Tvrda i izvršena ne može se razriješiti nijednom ljudskom vlašću, a ni zbog ikakva razloga, osim smrću.*⁴⁷

Vinculum matrimonii rati et consumati je nerazrješiv,⁴⁸ i ne postoji mogućnost da Crkva bilo kakvim aktom to dozvoli. Katolička Crkva, ipak, razlikuje pojam „rastave“ i „odvajanja supružnika sa zadržavanjem bračne veze“. Rastava predstavlja teški grijeh, dok je odvajanje dopušteno u slučajevima koje propisuje Zakonik kanonskog prava.⁴⁹ Kanonsko pravo zapravo poznaje razrješanje ženidbene veze *dissolutio vinculi* (kan. 1141-1150), rastavu ženidbenih drugova uz trajanje ženidbene veze *separatio manente vinculo* (kan. 1151-1155) i ništavost ženidbe (kan. 1671-1691).⁵⁰

Za razliku od Katoličke crkve, Pravoslavna crkva je održavala učenje o neraskidljivosti bračne veze, ali u IV. stoljeću, zbog novih državnih, društvenih i političkih okolnosti, učinjen je kompromis kojim se odstupilo od strogih propisa o razvodu braka. Za uzvrat država je onda izdala stroge zakonske odredbe protiv samovoljnog i dogovornog razvoda.⁵¹ Pravoslavna crkva je uvijek dopuštala rastavu u slučaju preljuba, a kroz povijest navođeni su i drugi motivi zbog kojih bi bilo moguće rastaviti ženidbu, međutim zadržalo se na učenju da ratificirana i konzumirana ženidba ostaje nerastavljiva.⁵²

4. CODE CIVILE, ABGB I RAZVOD BRAKA

Tekovine Francuske revolucije otvorile su vrata osvještavanju temeljnih ljudskih prava i sloboda što je zahtijevalo i stvaranje novog i modernijeg pravnog poretka. Kodificiranje prava postaviti će se kao imperativ u takvim okolnostima ali značaj kodifikacija nastalih u periodu nakon Revolucije ne ogleda se samo za to vremensko razdoblje, nego njihovo zakonsko važenje i utjecaje vidimo i danas. Zbog ograničenosti opsega rada u ovom dijelu obradit ćemo odredbe Francuskog građanskog zakonika *Code de Civile* i Austrijskog općeg građanskog zakonika *ABGB* koji su materiju razvoda braka normirali različito jedan od drugoga.

45 Matija Berljak, „Razrješanje ženidbe pavlovskom povlasticom“, *Bogoslovna smotra*, 64, 1-4 (1994): 346

46 Čavar, Šikić, „Bitna svojstva ženidbe - jednost i nerazrješivost“, 10

47 Kan. 1141, *Codex iuris canonici*.

48 „The Roman Catholic Marriage Laws: from a Roman Catholic Point of View“, *The Contemporary Review*, 26 (1875): Periodicals Archive Online Collection; <https://www.proquest.com/docview/1294618771?pq-origsite=primo> pristupljeno 20.5.2023, 412

49 Katekizam Katoličke Crkve, Hrvatska biskupska konferencija, Glas Koncila, 2016., 609.

50 Bratković, „Razvrnuće braka u rimskom, kanonskom i suvremenom hrvatskom obiteljskom pravu“, 127. Više o ništavosti ženidbe vidi u: Emil Svažić, „Elementi ništavnosti ženidbe: uloga župnika i pastoralnih suradnika“, *Riječki teološki časopis*, 31, 1 (2008)

51 Prema tom učenju razvod braka može zahtijevati samo nevina strana, a krivac samo ukoliko su oba bračna nose krivnju razvoda. Jovo Nikolić, „Razvod braka u pravoslavnoj Crkvi“, *Bogoslovna smotra*, 49, 1-2, (1979): 182

52 Jurčević, „Biblijsko-teološki temelj nerazrješivosti ženidbe“, 168

Upoznavanje sa osnovnim pravima i slobodama i mogućnošću njihovog isticanja zahvatiti će i materiju braka te označiti pravo na sklapanje i pravo na razvod braka kao neotuđiva prava pojedinca, te zahtjev da brak iz vjerske sfere prijeđe u civilnu. Potvrda toga odredbe su jedne od najznačajnijih kodifikacija koje su kreirale pravni sustav današnje Europe, *Code Civil*-a. Zbog iznimne pravne perfekcije ali i povijesno pravnih i državnopravnih razloga ova kodifikacija postati će jedna od najutjecajnijih kodifikacija u svijetu, te označiti prijelaz sa srednjovjekovnog pravnog poretka na novi moderni pravni poredak.

U svezi s materijom uređenja braka revolucionarne ideje i zakonodavstvo koje ih je pratilo značajno će promijeniti dotadašnje poimanje ovog instituta. U periodu Revolucije materija bračnog prava nije bila unificirana tako da se na sjeveru zemlje primjenjivalo običajno pravo, dok se na jugu primjenjivalo rimsko pravo, crkveno pravo i pravo utemeljeno na kraljevim odlukama.⁵³ Još uvijek pod učenjem Crkve i načelu nerazrješivosti braka razvod nije bio dopušten, ali je postojala mogućnost rastave *séparation de corps et d'habitation*, za što je po civilnom pravu bilo predviđeno šest razloga, a po crkvenom četiri.⁵⁴ Ovakva pravna neunificiranost i primjena različitih pravnih sustava bit će jasan signal za proces reforme bračnog prava koja u skladu s idejama koje je Revolucija postavila.

Francuskim Ustavom iz 1791. godine brak je definiran kao građanski ugovor, a već je Zakonom o braku i obitelji 1792. godine civilni brak postao obavezan, ukinuta je mogućnost rastave od stola i postelje te razvod braka po civilnom pravu postaje slobodan.⁵⁵ Zakonskom regulacijom razvoda 1792. godine osnovan je tzv. obiteljski sud *tribunal de famille* zadužen za rješavanje brakorazvodnih parnica.⁵⁶ Za osnivanje ovih sudova u parlamentu se založio Mirabeau koji se izrazio: „*en copiant les institutions des peuples anciens*“ aludirajući da su to sudovi po uzoru na institucije antičkih naroda.⁵⁷

Međutim, novim zakonom o reformi Jacqueminota (1799.) tražiti će se načini obnove obiteljskog života i smanjenja broja razvoda. To će se očitovati u normama *Code Civile* (dalje u tekstu: CC) iz 1804. koji dozvoljava razvod braka. Usprkos toj normi načelo slobode razvoda braka nije bilo apsolutno, te se razvod braka zbog nekompatibilnosti naravi bračnih drugova „*incompatibilité d'humeur*“ više nije dopuštao.

CC će potvrditi obvezu sklapanja civilnog braka, čime će jasno označiti sekularizaciju ovog instituta i njegovu podvrgnutost državnoj službi, a sve iz razloga što obitelj nije smjela postati „suviše moćna zajednica u odnosu na državu“.⁵⁸ Tako je brak postao institut civilnog prava koji odstupa od vjerskih pravila o nerazrješivosti braka i pravno jamči pravo na razvod braka. U titulu VI *Du divorce* CC obrađena je materija razvoda braka koja ipak nije prepuštena apsolutnoj slobodi stranaka već su za valjan razvod braka morali postojati valjani i razlozi ali i forma razvoda.

Preljub muškarca ili žene bio je opravdan razlog za razvod braka, s napomenom da je žena to pravo imala tek u situaciji ako muž dovede priležnicu u njihovo zajedničko prebivalište (čl.

53 Zrinka Erent -Sunko, „Obiteljskopравни položaj žena u Francuskoj od 1789. do 1816. s analizom Code civila iz 1804. godine Pitanje temelja izgradnje suvremene obiteljskopravne regulative“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61, 2, (2011): 579

54 Erent -Sunko, „Obiteljskopравни položaj žena u Francuskoj od 1789. do 1816. s analizom Code civila iz 1804. godine Pitanje temelja izgradnje suvremene obiteljskopravne regulative“, 580

55 *Ibid.*

56 Emese Von Bone, „The Historical Development of Grounds For Divorce in the French And Dutch Civil Codes“, *Fundamina (Pretoria)*, 20, 2 (2014): 1010.

57 *Ibid.*

58 Višnja Lachner, Jelena Roškar, „Građanske kodifikacije u Europi s posebnim osvrtom na 19. i 20. stoljeće“, *Zbornik radova znanstvenog skupa "Austrijski građanski zakonik (1811-2011)"* (2013): 37

229 i 230 CC).⁵⁹ Nečuveno postupanje, loše ophođenje, nanošenje teških ozljeda bračnih drugova jedno prema drugome opravdani su razlozi zahtijeva za razvod braka (čl. 231 CC),⁶⁰ kao i osuda jednog od bračnih drugova na sramotnu kaznu što će drugom bračnom partneru biti razlog za razvod braka (čl. 232 CC).⁶¹ Mentalna bolest, dezerterstvo i emigracija više nisu bili priznati kao opravdani razlozi za razvod.

Sporazumni razvod braka uvelike je otežan (čl. 275, 276, 277, 278 CC) jer se brak na taj način nije mogao razvesti ako muž nije navršio 25, a žena 21 godinu života;⁶² niti se sporazumno mogao razvesti ukoliko nisu prošle dvije godine od njegovog sklapanja,⁶³ kao ni u situacijama kada je prošlo 20 godina braka ili ako je žena navršila 45 godina.⁶⁴

Premda se, u odnosu na ranije zakonodavstvo i revolucionarne liberalne ideje, CC karakterizira kao izrazito konzervativan po pitanju bračnog prava, još veći pomak na tom području donijeti će odredbe *Općeg austrijskog građanskog zakonika* (dalje u tekstu: OGZ) koji će ostati pod dominantnim učenjem Crkve.⁶⁵ OGZ unutar svojih odredbi inzistira na trajnoj i potpunoj zajednici bračnih supružnika i valjan brak se sklapao vjenčanjem unutar kojeg u bračnoj pogodbi svoju volju očituju dvije osobe različitog spola da će: „*živjeti u nerazlučivoj zajednici, djecu rađati, othranjivati ih te da će jedan drugog pomagati*“⁶⁶ a civilni brak bio je dozvoljen između pripadnika nepriznatih religija.⁶⁷ Po odredbama OGZ-a brak se mogao raskinuti ili pak proglasiti nevaljanim ukoliko bi postojala koja od bračnih zapreka javnog prava, slučaja otmice, već postojećeg braka, posvećenja ili zavjeta, razlike u vjeri, srodstva ali i zbog razloga kao što su preljub, krvništvo muža /žene ili pomanjkanje svečanog očitovanja privoljenja te zapreka katolicizma koja je uvedena dekretima iz 1814. i 1835. iz kojeg razloga razriješeni supružnik, dokle god mu drugi supružnik živi, ne može sklopiti brak s katolikom.⁶⁸

Brakovi među katoličkim pripadnicima prema učenju Katoličke Crkve bili su nerazrješivi, uključujući i slučaj kada je samo jedna strana u vrijeme sklapanja braka bila katolik.⁶⁹ Razdvajanje od stola i postelje bilo je dopušteno ali je moralo biti sudski odobreno ako se o tome oba bračna druga dogovore i ugovore uvjete. Pri tome su morali obavijestiti svog svećenika o odluci rastave nakon čega bi svećenikova dužnost bila podsjetiti supružnike na zajedničko svečano obećanje te predložiti štetne posljedice rastave u tri navrata. Ako bi navedeni postupak ostao bez uspjeha

⁵⁹ CC, čl. 229. „*The husband may demand a divorce on the ground of his wife's adultery.*“ CC, čl. 230. „*The wife may demand divorce on the ground of adultery in her husband, when he shall have brought his concubine into their common residence.*“ Citirano prema: Code Napoleon, prijevod William Benning, (London: Law Bookseller, 1827), dalje u tekstu CC.

⁶⁰ CC, čl. 231. „*The married parties may reciprocally demand divorce for outrageous conduct, ill-usage, or grievous injuries, exercised by one of them towards the other.*“

⁶¹ CC, čl. 232. *The condemnation of one of the married parties to an infamous punishment, shall be to the other a ground of divorce.*

⁶² CC, čl. 275

⁶³ CC, čl. 276

⁶⁴ CC, čl. 277

⁶⁵ Lachner, Roškar, „Građanske kodifikacije u Europi s posebnim osvrtom na 19. i 20. stoljeće“, 42

⁶⁶ OGZ, čl. 44 navedeno prema: *Austrijski građanski zakonik*, preveo Dragoljub Arandelović, (Beograd: Nova štamparija - Davidovići, 1906.), dalje u tekstu OGZ.

⁶⁷ Ljiljana Dobrovšak, „Ženidbeno (bračno) pravo u 19. stoljeću u Hrvatskoj“, *Croatica Christiana periodica*, 56 (2005): 79

⁶⁸ Dobrovšak, „Ženidbeno (bračno) pravo u 19. stoljeću u Hrvatskoj“, 83

⁶⁹ *Ibid.*

svećenik bi izdavao potvrdu da su supružnici unatoč trokratnom zahtjevu ostali pri zahtjevu za razdvajanje.⁷⁰ U slučaju da bračni partneri razdvajanje traže bez sporazuma razdvajanje je bilo moguće ako se dokaže da je tužena strana kriva za preljub ili drugo kazneno djelo, ako je tuženik zlonamjerno napustio ženu tužiteljicu ili se odao neurednom životu, narušio obiteljsku imovinu i moral ili u slučaju da je djelovao opasno po život i zdravlje drugog supružnika.⁷¹

5. BIH - OSVRT NA DIVORTIUM OD 1918. DO EUROPSKE PERSPEKTIVE

OGZ kao supsidijaran izvor prava za Bosnu i Hercegovinu u vrijeme austrougarske uprave prvi je pravni temelj regulacije instituta razvoda braka kojeg pronalazimo u pozitivnopravnom zakonodavstvu. Na teritoriju Bosne i Hercegovine u periodu od 1918. do 1941. godine u pogledu obiteljskih i bračnih odnosa vrijedilo je konfesionalno pravo jer formiranjem prve zajedničke južnoslavenske države Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 1.12.1918. postojalo je šest pravnih područja, a time i tradicija. Bračno i imovinsko pravo bilo je neunificirano, a osnovna karakteristika bosanskohercegovačkog pravnog područja kao jednog od šest pravnih područja u Kraljevini SHS jeste ta heterogenost pravnih propisa što je utjecalo na pravnu nejednakost građana s obzirom na njihovu vjersku pripadnost. Slikovit primjer je vidljiv u institut razvoda braka gdje je građanin muslimanske vjere mogao raskinuti svoju bračnu vezu jednostavno svojom izjavom po šerijatskom pravu, (*talak*), građanin židovske vjere pitanje raskida braka, mogao je okončati "raspusnim pismom", građanin pravoslavne vjere je mogao dobiti raskid nakon brakorazvodne parnice pred crkvenim sudom, dok se pripadnik Katoličke crkve nije mogao uopće osloboditi svojeg sakramentalnog braka.⁷² Detaljnija normativna regulacija bračnog prava uslijedila je u vremenu nakon Drugog svjetskog rata kada se pravni poredak temeljio na odlukama i zakonskim aktima AVNOJA i Privremene narodne skupštine uz načelni raskid s prijašnjim pravnim sustavom. Donošenjem Osnovnog zakona o braku („Službeni list FNRJ“ br. 29/46, 36/48, 44/51, 18/55, „Službeni list SFRJ“, 12/65, 28/65- prečišćeni tekst) isključiva nadležnost vjerskih zajednica u bračnim predmetima se ukida i prenosi se u nadležnost države.⁷³ Promjene u regulaciji instituta razvoda nastupile su u bosanskohercegovačkom pravnom sustavu donošenjem republičkog zakonodavstva. Porodičnim zakonom Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine iz 1979. godine regulirana je problematika i pitanja obiteljskog prava, a samim time i pitanje razvoda braka koji je ozakonio „teško i trajno poremećene odnose, uslijed čega je zajednički život postao nepodnošljiv“ kao valjan razlog razvoda braka, pravo na sporazumni razvod i provedbu posebnog postupka mirenja prije brakorazvodne parnice.⁷⁴

⁷⁰ OGZ, čl. 103 i 104

⁷¹ OGZ, čl. 109

⁷² Ferdo Čulinović, *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX. i XX. vijeka . Srbija, Crna Gora, Makedonija, stara Jugoslavija (1918.-1941), Nova Jugoslavija*, (Zagreb: Školska knjiga, 1959), 319.

⁷³ Ajdin Huseinspahić, „Uporednopravni pregled divortiuma u antičkom rimu, razvoda braka u kanonskom pravu i et-talaq u šerijatskom pravu u odnosu na pozitivno bračno pravo u Bosni i Hercegovini“, *Analiz Pravnog Fakulteta Univerziteta u Zenici*, 9 (2012): 166, fusnota 90

⁷⁴ Čl. 55, čl. 58 i čl. 60 *Porodičnog zakona SRBiH* („Službeni list SRBiH“, br. 21/1979 i 44/1989)

Suvremene norme bračnog prava sukladno Ustavu, spadaju u nadležnost entiteta i uređene su entitetskim propisima: Obiteljskim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine (dalje u tekstu: ObZ FBiH), Porodičnim zakonom Republike Srpske (dalje u tekstu: PZ RS) i Obiteljskim zakonom Brčko Distrikta BiH (dalje u tekstu: ObZ BDBiH).⁷⁵ Od velike važnosti je za istaknuti kako danas na području Federacije Bosne i Hercegovine bračni partneri koji žele nakon sklopljenog civilnog braka sklopiti brak i vjerski brak dužni su predati izvod iz matične knjige vjenčanih kao dokaz o prethodno sklopljenom civilnom braku.⁷⁶ Za razliku od toga na području Republike Srpske i Brčko distrikta Bosne i Hercegovine ne postoji norma kojom se ograničava pravo na sklapanje vjerskoga braka pa zaključenje vjerskoga braka nije uvjetovano prethodnim zaključenjem civilnog braka.⁷⁷ Ova dva instituta pravno su razdvojena i različite pravne norme se na njih odnose. Za ženidbu po kanonskom pravu, za pripadnike tih vjerskih zajednica primjenjuju se norme kanonskog prava u ovisnosti od pripadnosti Katoličkoj ili Pravoslavnoj crkvi. Po šerijatskom pravu za pripadnike islamske vjeroispovijesti brak može prestati prirodnim putem zbog stvarne ili pretpostavljene smrti jednoga od supružnika ili pravnim putem otkazom braka, uzajamnim sporazumom, sudskom presudom i poništenjem.⁷⁸ Islam uči da je brak moguće razriješiti ali se u *hadisu* navodi: „Nijedno dopušteno djelo nije tako mrsko Bogu kao razvod braka.“⁷⁹ Prekid bračne veze koji je potaknut od strane muža ograničeno je na tri puta kada nastupa konačni razvod braka. Samo puštanje žene od strane muža nije sudski postupak, ali razvrgnuće braka koji nije „puštanje žene“, nego zavisi od točno određenih uzroka, utvrđuje se u sudskom postupku. Ti uzroci razvrgnuća i procesno uređenje određeni su kroz višestoljetnu praksu šerijatskih sudova. Obično razvrgnuće islamskoga braka biva samo u slučajevima kada se pri sklapanju braka ne ispuni neki od propisanih uvjeta i elemenata pravno valjanog braka.⁸⁰

U odnosu na civilno pravo navedeni pozitivnopravni zakoni zadržali su pravno nasljeđe u pogledu bračnih odnosa ali sam institut razvoda braka doživjet će veću liberalizaciju. Pravne norme koje reguliraju materiju razvoda braka postavljaju uvjete koji ne dopuštaju odstupanje od propisanih pravila ponašanja.⁸¹ Isključiva nadležnost za razvod civilnog braka u ingerenciji je sudova, a razvod braka može se zahtijevati ili pojedinačnom tužbom ili sporazumnim zahtjevom od strane bračnih drugova pri čemu je dovoljan i opravdan razlog da su *bračni odnosi teško i trajno poremećeni* što će biti odgovornost suda da procijeni u svakom pojedinom predmetu.⁸² Postavljanje

⁷⁵ *Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine*, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj: 35/05, 41/05, 31/14, dalje u tekstu (OBZFBiH), *Porodični zakon Republike Srpske*, Službeni glasnik RS, broj: 54/02, 41/08, 63/14, *Obiteljski zakon Brčko Distrikta BiH*, Službeni glasnik Brčko Distrikta, broj: 23/07

⁷⁶ čl. 29. OBZFBiH: „Bračni partneri koji žele nakon sklopljenog braka pred matičarom sklopiti brak i pred vjerskim službenikom, dužni su mu predati izvod iz matične knjige vjenčanih.“

⁷⁷ Dženeta Omerdić, Boris Krešić, „Pravo na sklapanje vjerskog braka u Bosni i Hercegovini“, *Zbornik radova Pravo tradicije i promjene*, (2020):241.

⁷⁸ Ana Čović, *Porodičnopravni aspekti verskih brakova*, Institut za uporedno pravo, (Beograd: Službeni glasnik, 2020), 166.

⁷⁹ Huseinspahić, „Uporednopravni pregled divortiuma u antičkom rimu, razvoda braka u kanonskom pravu i et-talaq u šerijatskom pravu u odnosu na pozitivno bračno pravo u Bosni i Hercegovini“, 166

⁸⁰ Huseinspahić, „Uporednopravni pregled divortiuma u antičkom rimu, razvoda braka u kanonskom pravu i et-talaq u šerijatskom pravu u odnosu na pozitivno bračno pravo u Bosni i Hercegovini“, 167

⁸¹ Mira Alinčić, Dubravka Hrabar, Dijana Jakovac – Lozić, Aleksandra Korać, *Obiteljsko pravo*, (Zagreb: Narodne novine, 2006), 19.

⁸² ObZFBiH čl. 41.: Bračni partner može tražiti razvod braka ako su bračni odnosi teško i trajno poremećeni. čl. 42: Razvod braka može se zahtijevati tužbom ili zahtjevom za sporazumni razvod braka.

civilnog braka kao obligatornog braka posljedica je liberalizacije ovog instituta i prava na sklapanje ali i razvod braka kao neotuđivog prava pojedinca približavajući ga na taj način suvremenim nadnacionalnim i europskim zakonodavstvima.

Analizirajući suvremeno nadnacionalno zakonodavstvo možemo reći kako se europski pravni sustav našao pred problemom nametanja novih pravila kao zajedničkih normi ponašanja i tu prvenstveno mislimo na nastojanja ujednačavanja ili harmoniziranja materijalnog obiteljskog prava. Kako je naglasio Bouček, proces europeizacije ima dvije sastavnice: *ius commune* kao skup zajedničkih europskih pravnih temelja i komunitarizacija kao društvena pojava Europske Unije u kojem prevladava trend po kojem države članice sve više gube dominantnu poziciju u donošenju pravnih normi kako bi istu nadležnost ustupili nadnacionalnoj organizaciji.⁸³ Visok stupanj usklađenosti i harmoniziranosti postignut je na brojnim pravnim područjima unutar EU ali usklađivanje na polju materije obiteljskog prava nije polučilo iznimne rezultate zbog toga što predstavlja pravo koje je prilično partikularno i nastalo pod utjecajima rimskog prava, običajnog prava i kanonskog prava što je rezultiralo različitim propisima.⁸⁴

Za pravni sustav europskog obiteljskog i bračnog prava relevantno je djelovanje europskih regionalnih organizacija Europske Unije, Vijeća Europe, te Haške konvencije za međunarodno privatno pravo kao i neformalne skupine eksperata koji su kroz akademske inicijative nastojale izvršiti utjecaj na formiranje i reformu zakonskih rješenja.⁸⁵ Pokušaji ujednačavanja polučili su djelomičan uspjeh kod procesnog bračnog prava prije svega u cilju ostvarivanja suradnje država članica glede procesno pravnih pitanja nadležnosti, prava, te priznanja odluka. Ovaj proces započeo je 1998. godine potpisivanjem Konvencije o nadležnosti i priznanju i ovrsi odluka u bračnim predmetima zvane i Bruxelles II kojom su normirana pitanja roditeljske skrbi i postupanja u parnicama kod razvoda, rastave ili poništenja braka koja nikada nije bila ratificirana od država članica ali su njezine odredbe pretvorene u pravnu stečevinu EU.

Značajan utjecaj na procesna pitanja razvoda braka i njegovog ujednačavanja imale su Uredba vijeća (EU) br. 1259/2010 od 20. prosinca 2010. o provedbi pojačane suradnje u području prava primjenljivog na razvod braka i zakonsku rastavu prije svega preko Uredbe Bruxelles II bis glede postupaka razvoda i rastave braka, Uredbe Vijeća EU o provedbi pojačane suradnje u području prava mjerodavnog za razvod braka i zakonsku rastavu (20.12.2010) odnosno Uredba Rim III kojom se uređuje kolizijsko pravni aspekti razvoda braka ali i posredno putem Povelje o temeljnim pravima EU i praksom Europskog suda za ljudska prava i Haške konvencije za međunarodno privatno pravo.⁸⁶

Temeljem svega navedenog uviđamo velike napore europskog zakonodavca kako bi se postigli navedeni rezultati na polju procesnog bračnog prava, međutim unifikacija ili harmonizacija materijalnog bračnog prava i razvoda braka na europskoj razini se čini dosta daleka.

⁸³ Vilim Bouček, *Europsko međunarodno privatno pravo u euro integracijskom procesu i harmonizacija hrvatskog međunarodnog privatnog prava*, (Zagreb: vlastito izdanje, 2010), 17 - 22

⁸⁴ Bogdana M. Stjepanović, „Harmonization Of Family Law In The Eu With Special Reference To The Marriage Contract“, *Balkan Social Science Review*, 23 (2024): 150

⁸⁵ Obadić, Erent-Sunko, „Harmonizacija i unifikacija obiteljskog prava u Europi pravnopovijesne pretpostavke i (ne) mogućnosti“, 194

⁸⁶ Vidi opširnije: Dino Miše, „Europsko obiteljsko pravo: sadašnjost i budućnost - harmonizacija ili unifikacija?“, *Pravnik*, 48, 1 -98, (2015)

6. ZAKLJUČAK

Rimsko pravo, učenje Crkve, europske građanske kodifikacije, nacionalna zakonodavstva i nadnacionalno zakonodavstvo su konglomerat pravnih pravila koje nije moguće jednostavno obraditi i njihove međusobne utjecaje jednoznačno odrediti. Antičko uređenje rimskog prava prvotno zasnovano na slobodi razvoda braka, doživjet će značajnije reforme u periodu nakon prihvaćanja Milanskog edikta kada se i kroz norme rimskog prava očituje utjecaj učenja Katoličke Crkve i težnja kršćanskih careva za pravnim ograničavanjem razvoda. Kanonska ženidba zasnovana na načelima jednostosti i nerazrješivosti pretrpjela je i trpi promjene u suvremenom društvu. Jedinstvo ženidbenog prava koje je postigla Crkva na europskom kontinentu trajalo je do donošenja modernih građanskih kodifikacija. Utjecaj modernog doba koje je izraženo u građanskim kodifikacijama preslikalo se i na suvremeno uređenje bračnog prava u Bosni i Hercegovini. Postavljanje civilnog braka kao obligatornog braka posljedica je liberalizacije ovog instituta i prava na sklapanje ali i razvod braka kao neotuđivog prava pojedinca približavajući ga na taj način suvremenim nadnacionalnim i europskim zakonodavstvima. Unifikacija i harmonizacija su dugotrajni procesi na koje utječu različite epohe državnopravnog uređenja i sve specifičnosti koje su povezane s njima. Povijesnopравnom analizom epoha koje su obrađene u radu dolazimo do zaključka kako institut razvoda braka iz materijalne domene se našao pred problemom sustavne unifikacije ali i harmonizacije na europskom normativnom teritoriju. U kojem smjeru će se ovaj institut razvijati u nadnacionalnom zakonodavstvu vrijeme će pokazati.

LITERATURA:

- Albertario, Emilio. *Studi di diritto romano. Volume primo. Persone e famiglia*, Milano: 1933.
- Alinčić, Mira, Dubravka Hrabar, Dijana Jakovac – Lozić, Aleksandra Korać. *Obiteljsko pravo*, Zagreb: Narodne novine, 2006.
- Berljak, Matija. „Kanonski oblik ženidbe. Povijesni razvoj - Zakonik kanonskoga prava/1983., Glas Koncila, Zagreb, 1999.“ *Bogoslovna smotra*, 70 -1, (2000): 161 – 164.
- Bouček, Vilim. „Međunarodni ugovori – izvori međunarodnog privatnog prava na području Europske Unije“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, 61, 6 (2011): 1795-1836.
- Bouček, Vilim. *Europsko međunarodno privatno pravo u euro integracijskom procesu i harmonizacija hrvatskog međunarodnog privatnog prava*, Zagreb: vlastito izdanje, 2010.
- Bratković, Marko. „Razvrnuće braka u rimskom, kanonskom i suvremenom hrvatskom obiteljskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61 - 1, (2011): 109-148.
- Čović, Ana. *Porodičnopravni aspekti verskih brakova*, Institut za uporedno pravo. Beograd: Službeni glasnik, 2020.
- Čulinović, Ferdo. *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX. i XX. vijeka. Srbija, Crna Gora, Makedonija, stara Jugoslavija (1918.-1941), Nova Jugoslavija*, Zagreb: Školska knjiga, 1959.
- Čavar, Klara, Lucija Šikić. „Bitna svojstva ženidbe - jednost i nerazrješivost“, *Magistra Iadertina*, 12 - 1, (2017): 9-24.

- Devetak, Vojko. „Sakramenat svete ženidbe“, *Služba Božja : liturgijsko-pastoralna revija*, Vol. 26 No. 3, (1986): 223-235.
- Dobrovšak, Ljiljana. „Ženidbeno (bračno) pravo u 19. stoljeću u Hrvatskoj“, *Croatica Christiana periodica*, 56 (2005): 77-104.
- Eisner, Bertol, Marijan Horvat. *Rimsko pravo*, Zagreb: Nakladni zavod Hrvatske, 1948.
- Ernet -Sunko, Zrinka. „Obiteljskopравни položaj žena u Francuskoj od 1789. do 1816. s analizom Code civila iz 1804. godine Pitanje temelja izgradnje suvremene obiteljskopravne regulative“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61, 2, (2011): 573-594.
- Evans Grubbs, Judith. *Women and the law in the roman empire*. London i New York: Routledge, 2002.
- Frier, Bruce W., Thomas A.J. McGinn. *A Casebook on Roman Family Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Giumetti, Fausto. *Soluto matrimonio dotem reddit Profili ricostruttivi dello scioglimento del matrimonio e della disciplina giuridica delle dote*. Giappichelli, 2022.
- Hrvatska biskupska konferencija, *Kateizam Katoličke Crkve*, Glas Koncila, 2016.
- Huseinspahić, Ajdin. „Uporednopravni pregled divortiuma u antičkom rimu, razvodu braka u kanonskom pravu i et-talaq u šerijatskom pravu u odnosu na pozitivno bračno pravo u Bosni i Hercegovini“, *Anali Pravnog Fakulteta Univerziteta u Zenici*, 9 (2012): 149- 179.
- Jonaitis, Marius, Elena Kosaitė-Čypienė. „Conception of roman marriage: historical experience in the context of national family policy concept“, *Jurisprudencija*, 2 -116 (2009): 295-316.
- Jurčević, Marijan. „Biblijsko-teološki temelj nerazrješivosti ženidbe“, *Riječki teološki časopis*, 31, 1 (2008): 159-176.
- Kaser, Max. *Roman private law*, prijevod Rolf Dannenbring. Pretoria: University of South Africa, 1984.
- Keeton, George W. „The Canon Law and Its Influence“. *Loyola Law Review*, XIX, 1 (1973): 1-24.
- Lachner, Višnja, Jelena Roškar. „Građanske kodifikacije u Europi s posebnim osvrtom na 19. i 20. stoljeće“, *Zbornik radova znanstvenog skupa "Austrijski građanski zakonik (1811-2011)"* (2013): 31-49
- Litewski, Wiesław. *Rzymskie prawo prywatne*. Warszawa: Wydawnictwo prawnicze LexisNexis TM, 2003.
- Majstorović, Irena. „Obiteljsko pravo kao različitost u jedinstvu: Europska unija i Hrvatska“, *Europsko obiteljsko pravo*, Zagreb: Narodne novine (2013): 1-21
- Miše, Dino. „Europsko obiteljsko pravo: sadašnjost i budućnost - harmonizacija ili unifikacija?“, *Pravnik*, 48, 1 -98, (2015): 53-73.
- Nikolić, Jovo. „Razvod braka u pravoslavnoj Crkvi“, *Bogoslovska smotra*, 49, 1-2, (1979): 182-186.
- Obadić, Ivan, Zrinka Erent-Sunko. „Harmonizacija i unifikacija obiteljskog prava u Europi pravno-povijesne pretpostavke i (ne)mogućnosti“, *Grčko- rimsko i kanonsko pravo temelji pravne kulture zapada*, ur. Milotić, I., 2020., 179-208.
- Omerdić, Dženeta, Boris Krešić. „Pravo na sklapanje vjerskog braka u Bosni i Hercegovini“, *Zbornik radova Pravo tradicije i promjene*, (2020): 235-251.
- Petrak, Marko. *Traditio iuridicia, vol. II, Verba iuris*. Zagreb: Novi informator, 2016.

- Rabinowitz, Jacob J., „On the Definition of Marriage as a „Consortium Omnis Vitae”, *Harvard Theological Review*, 57 – 1, online (2011): 55-56.
- Romac, Ante. *Justinijan. Institucije*. Zagreb: Latina et Graeca, 1994.
- Sič, Magdolna. „Trajne vrijednosti rimskog prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 43, 3-4/2006 (2006): 383-401.
- Solazzi, Siro. „Consortium omnis vitae“, *Annali dell' Università di Macerata* 5 (1929): 27-37
- Stein, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Stjepanović, Bogdana M., „Harmonization Of Family Law In The Eu With Special Reference To The Marriage Contract“, *Balkan Social Science Review*, 23 (2024): 149-166.
- Svažić, Emil. „Elementi ništavnosti ženidbe: uloga župnika i pastoralnih suradnika“, *Riječki teološki časopis*, 31, 1 (2008): 221-235
- Šimović, Ivan, Ivan Čurić. „Europska Unija i obiteljsko pravo međunarodnoprivatnopravni, procesnopravni i materijalnopravni aspekti“, *Ljetopis socijalnog rada*, 22, 2 (2015): 163-189.
- Šimović, Ivan. „Bračne smetnje u svjetlu obiteljskog i kanonskog prava“, *Bogoslovska smotra*, 85 (2015): 235 – 265.
- Treggiari, Susan. *Roman marriage lusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Von Bone, Emese. „The Historical Development of Grounds For Divorce in the French And Dutch Civil Codes“, *Fundamina (Pretoria)*, 20, 2 (2014): 1006-1014.
- Wieacker, Franz. *A history of private law in Europe with particular reference to Germany*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Žiha, Nikol. Josip Berdica. „Utjecaj kršćanske tradicije na institut braka u Corpus iuris civilis“, *Zbornik radova 1700 godina Milanskog edikta*, (2013): 667-702.

PRAVNI IZVORI:

- Austrijski građanski zakonik*, preveo Dragoljub Arandelović. Beograd: Nova štamparija - Davidovići, 1906.
- Code Napoleon, prijevod William Benning*. London: Law Bookseller, 1827.
- Codex iuris canonici Fontium annotatione auctus*– Zakonik kanonskog prava sa izvorima, Zagreb: Glas koncila, 1996.
- Obiteljski zakon Brčko Distrikta BiH*, Službeni glasnik Brčko Distrikta, broj: 23/07
- Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine*, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj: 35/05, 41/05, 31/14,
- Porodični zakon Republike Srpske*, Službeni glasnik RS, broj: 54/02, 41/08, 63/14,
- Porodični zakon SRBiH* (“Službeni list SRBiH”, br. 21/1979 i 44/1989).
- The Digest of Justinian*, prijevod: Alan Watson. Philadelphia: University of Pennsylvania, 1985.

INTERNET IZVORI:

- Obnovljeni Život: časopis za filozofiju i religijske znanosti*, 6., 4., (1925): 193 – 200., dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/clanak/91496> pristupljeno 5.8.2024.
- The Roman Catholic Marriage Laws: from a Roman Catholic Point of View*, *The Contemporary Review*, 26 (1875): Periodicals Archive Online Collection; <https://www.proquest.com/docview/1294618771?pq-origsite=primo>, pristupljeno 20.5.2023.

DIVORTIUM – HISTORICAL LEGAL CONCEPTUALIZATIONS AND EUROPEAN PERSPECTIVE

Ivona Šego – Marić⁸⁷

Faculty of Law, University of Mostar

Ivana Vlašić⁸⁸

Faculty of Law, University of Mostar

Summary: Harmonization of European legal systems, economic and political connection of European countries are defined by processes of European integration. When we talk about the process of European integration, terms such as unification and harmonization are integral parts of that process. Ever since the Roman, European medieval social and feudal system, the institution of divorce (divortium) of marriage has been defined differently. The authors analyze the problem of the unification of the institute of divorce from Roman law, through the influence of the Church and the rules of canon law, modern codification work to European integrations, trying to compare different solutions and conceptualizations, looking back at the contemporary challenges and perspectives that this institute faces.

Key words: divorce (divortium), Roman law, Church, unification, harmonization, codifications, *de lege lata*.

⁸⁷ Assoc. prof. Ph.D. Ivona Šego – Marić, Faculty of Law, University of Mostar, ivona.sego-maric@pf.sum.ba
ORCID ID: 0009-0005-1858-4109

⁸⁸ Ivana VLAŠIĆ, mag. iur., senior assistant, Faculty of Law, University of Mostar, ivana.vlastic@pf.sum.ba
ORCID ID: 0000-0002-2689-2284

УГОВОР О ЗАЈМУ У СРПСКОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ

Милица Костовски¹

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

Сажетак: Када је 1844. године донесен Српски грађански законик (у даљем тексту: СГЗ), његове одредбе којима се регулише уговор о зајму, за разлику од неких других института, нису изазвале велике контроверзе. У свјетлу обиљежавања јубилеја од 180 година од доношења Законика, није на одмет осврнути се на садржај ових одредби чијим тумачењем аутор покушава дочарати и дух времена у којем су оне настале. У уводном дијелу рада аутор прво даје кратак еволуциони приказ уговора о зајму у српском праву, вежући његове почетке за средњи вијек. Након тога се у раду прелази на анализу главе XXI СГЗ, односно параграфа 593-608 којима је регулисан предметни институт. Српска кодификација грађанског права означила је тада уговор о зајму као уговор у којем се „коме ствари потрошне даду тако, да он буде властан по својој вољи њих употребити, потрошити и њима располагати, но у своје време дужан буде речене ствари у истом роду и вредности натраг вратити.“ Овај дио рада посвећен је тумачењу кључних карактеристика уговора о зајму, као што су његов карактер, обавезе зајмодавца и зајмопримца, рокови враћања зајма, а посебно питање камата, које СГЗ означава појмом „интерес“. Како је приликом анализе СГЗ његово упоређивање са аустријским изворником постало готово уобичајена пракса, то ће се и у овом раду пружити компарација овог института у оквиру два врло важна законика, те ће се покушати одговорити на питање да ли је у овом погледу и у којој мјери дошло до правног пресађивања.

Кључне ријечи: Српски грађански законик. Аустријски грађански законик. Уговор о зајму. Камата.

1. УВОД

Међу најстаријим правним пословима који своје коријене вуку из далеке историје, зајам, са каматом или без ње, заузима истакнуто мјесто. Карактер и улога овог посла зависила је од епохе до епохе, како од превасходно облика привређивања у одређеном друштву, тако и од владајућих друштвених и религијских схватања о моралности и неопходности овог посла и његовог пратећег састојка – камате. Без обзира на то у којем тренутку људске историје посматрамо зајам, немогуће је не примјетити да је он био и остао како правна, тако

¹ Виши асистент, мастер правник, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, e-mail: milica.ristic@pf.unibl.org, OrCID iD: 0009-0008-4380-5155

и економскосоцијална категорија са бројним посљедицама не само у сегменту привредног живота и регулисања тржишта, већ и на нивоу међуљудских односа.

Упркос томе што се зајам одвајкада практиковао међу људима, он је ипак своје елементарне обресе, онако како их ми данас познајемо, стекао у јуриспруденцији римских правника. Основни извори римског права у којима се говори о зајму су Гајеве и Јустинијанове Институције, као и Дигеста. У складу са њима, зајам (*mutuum*) је реални, једнострано обавезујући контракт *stricti iuris* који настаје кад зајмодавац преда зајмопримцу у својину ствари које се одређују по тежини, броју или мјери.² На страни зајмопримца, настаје обавеза да врати зајмодавцу ствари исте врсте, количине и квалитета. Камата, као својеврсна акцесорна обавеза, у овом основном облику зајма постоји тек онда уколико је уговорена посебном стипулацијом – *a contrario*, уколико није уговорена, она није обухваћена примарном обавезом зајмопримца. У каснијем развоју римског права, камата постаје готово па природни састојак овог правног посла, а њена егзистенција додатно је условљена различитим прописима о њеној висини. Однос римских правника према зајму и камати показује тежину посљедица коју је овај правни посао имао за цјелокупан римски друштвени живот, али истовремено свједочи и о дубини трансформације коју је прошао кроз скоро хиљаду година постојања римске државе.

Пропашћу Западног римског царства, ипак, није пропала и римска правна традиција која је своје мјесто нашла на истоку, у Византији, одакле је снажно вршила утицај и на српско средњовјековно право.³ Постојање невеликог броја извора којима располажемо када су питању зајам и камата у средњовјековној Србији, а који су уз то и спорадични и посредни,⁴ свакако не би смјело да нас наведе на закључак да овај правни посао није био широко распрострањен. Ипак, и у најважнијим изворима српског средњовјековног права у погледу зајма постоје противрјечности које нису до краја отклоњене, а које могу да изазову одређена колебања. Оне се, очекивано, највећим дијелом односе на питање дозвољености и оправданости узимања камате, која се у српским изворима често означава и као „лихва“.⁵ Несагласности на том пољу које се уочавају у српском средњовјековном праву сасвим су логична посљедица рецепције византијских правних извора у којима су канонске доктрине и хришћанска идеологија одиграле значајну улогу у промјени односа према каматама.⁶

² Милена Полојац, *Римско приватно право* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2023), 250. За разлику од ове врсте пријатељског зајма *mutuum* који није омогућавао зајмодавцу да утужи камате које би евентуално неформално уговорио посебним актом, у римском праву одувјек је био познат и тзв. *fenus pauticum* или поморски зајам код којег је због изузетно високих ризика пловидбе у античко доба камата била предвиђена, а у класично доба висина каматне стопе чак није била ни ограничена.

³ Више видјети: Александар Соловјев, *Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка* (Београд: Класици југословенског права, 1998), 170-171; Антун Маленица, „Римска правна традиција у српском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1, (2004): 2-9.

⁴ Здравка Стојановић, *Српска правна историја* (Бања Лука: Глас Српске, 2020), 77.

⁵ У Арханђеловској хрисовуљи, интерес приликом давања зајма се означава као „камата“, док се термин „лихва“ може пронаћи у Законоправилу. Станојевић истиче да сам израз „камата“ (*kamatos*) у грчком језику нема значење интереса, већ значи рад, напор или зараду и да је вјероватно из грчког језика и преузето у овом посљедњем значењу. Упркос становишту да је термин „лихва“ домаћег поријекла, Станојевић закључује да се вјероватно ради о туђици која је преузета из њемачког језика, тачније термина *leihen*. Обрад Станојевић, *Зајам и камата, историјска и упоредноправна студија* (Београд: Институт за правну историју, 1966), 202-203.

⁶ Византијски правни извори такође су били разапети између хришћанске идеологије о каматама као извору похлепе и зеленашења, са једне и потреба привредног живота, са друге стране. Тако, нпр. у Еклоги нема одредаба које се односе на камату, док Прохирон и Епанагоге изричито забрањују узимање камате. Међутим, већ позната

Већ у првом и једном од најважнијих аката српске средњовјековне државе, Законом Светог Саве, постоје недоумице када је у питању карактер и оправданост узимања камате. Неке од норми које је први српски архиепископ уврстио у свој номоканон јасно забрањују узимање камате, али се такве норме односе само на свештенство као што је 44. правило Светих апостола, 17. канон Првог Никејског сабора или 10. правило Трулског сабора, који су изричито по овом питању.⁷ Међутим, већ 5. правило Картагинског сабора које гласи: „И свјетовњак ако узима лихву, у великом је пороку. Тим прије, клирици су више осуђени“⁸ може оставити читаоца у дилеми у којој је мјери узимање камате заправо било санкционисано. Формулисано на овакав начин, ово правило јасно говори о неморалности и порочности таквог поступања, али нам, као друга правила, не казује ништа експлицитно о развргнућу из чина или некој другој санкцији за свештено лице које би се бавило каматарењем. Са друге стране, у Законоправили се налази забрана узимања лихве и за свјетовњаке, садржана у Прохирону (XVI, 14).⁹ Иако ова норма начелно садржи осуду лихварења као „недостойног хришћанског живљења“, ни њен тон није у тој мјери оштар да се поуздано може закључити било шта о безусловној забрани камате, нити о санкцији за свјетовно лице које би такву забрану прекршило. Савино Законоправило тако и у канонском и у свјетовном дијелу не заузима искључив став према каматама, чиме слиједи тенденције тадашњег византијског права као узора. Чак и када нису начелне, што је ријеткост, забране камата односе се само на свештенство, па ни тада увијек са јасно одређеним санкцијама о чијој примјени, такође, немамо података.

На прилично неодређен и донекле благ став према зајму и каматама наилазимо и у осталим изворима српског средњовјековног права, који поред камата, отварају и нека друга спорна питања. Говорећи о зајму у овом периоду српске историје, немогуће је заобићи Арханђеловску хрисовуљу цара Душана 1348-1353. године која не оставља недоумице у погледу забране свештенству да узима камате са врло конкретном санкцијом,¹⁰ али ставља знак питања изнад професије тзв. „каматника“ који се спомиње у тексту хрисовуље. Још једна исправа из 1388. године помиње израз „каматник“, али и након скоро вјековне расправе, у нашој историјскоправној науци није постигнута сагласност у погледу стварног значења овог термина.¹¹

Новела LXXXIII цара Лава VI Мудрог дозвољава каматау у износу од 4%, а у каснијим византијским изворима биће примјетно колебање између поменуте забране из Прохирона и Новеле Лава Мудрог. Ова недоследност уочљива је и у Синтагми Матије Властара. Срђан Шаркић, „Уговор о зајму и заштита дужника од зеленашких камата у средњовјековном српском праву (с посебним освртом на утицај византијског права)“, *Зборник радова Византолошког института* LIX, (2022): 152-153; Обрад Станојевић, „Канонска доктрина о зеленаштву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2 (1963): 128.

⁷ *Ibid.*, 151.

⁸ *Законоправило Светог Саве: Превод Сарајевског преписа*, Митрополија дабробосанска – Дабар, Добрунска ријека (2019): 117.

⁹ „Иако је многима прије нас било по вољи да се прихвата стицање лихварством, па и до сада зајмодавци суровошћу и безумљем, ми ипак ово, као недостойно нашег хришћанског живљења, нађосмо за потребно одбацити, будући да је и Божјим законом забрањено. Због тога наше човјекољубље заповиједа: никако ни због каквог разлога лихву узимати, да не бисмо мислећи да закон чувамо, закон Божји преступали. Но, ако неко неку количину нечега узме, нека се сматра за дуг.“ *Ibid.*, 303.

¹⁰ „И кто се обрете калуђер... динаре даје и камате, да се изждене.“ Стојан Новаковић, *Законски споменици српских држава средњег века* (Београд: Државна штампарија Краљевине Србије, 1912), 698.

¹¹ Тумачећи контекст у којем је кориштена ријеч „каматник“ Тарановски је закључио да овај израз никако не би могао да се користи у значењу „зеленаш“ како је сугерисано, истичући притом аргумент да је тешко замислити

Иако је у вријеме цара Душана привреда Србије била на изузетно високом нивоу, што је морало утицати на учесталост кредитних трансакција, у оквиру тзв. Душановог законодавства не можемо наићи на одредбе којима би уговор о зајму био детаљније регулисан. У духу тадашњих византијских правних зборника, неријетко се и у српским изворима сусреће нормирање зајма и залоге на истом мјесту,¹² упркос томе што се ради о институтима који, строго гледано, спадају у различите области грађанског права. Посредне податке о зајму тако добијамо на темељу чланова 26. и 27. Јустинијановог закона који говоре о одговорности залогопримца за изгубљену залог и забрани да тражи откуп залоге прије уговореног рока.¹³ Скраћена Синтагма Матије Властара слиједи овај образац и под посебним насловом „О зајмодавцима и зајму и залогама“ углавном преузима одредбе из Прохирона које се односе на поменуте институте.¹⁴ Поред неколико начелних одредби о зајму, остатак правила у фокус ставља имовинскоправне односе између супружника, те се тако ове норме и норме Јустинијановог закона лијепо уклапају и чине један мозаик. Интересантно је ипак да, упркос томе што је Потпуна Синтагма Матије Властара чак двије главе посветила регулисању лихве, такве одредбе, биле оне црквеног или свјетовног карактера, не можемо пронаћи ни у Скраћеној Синтагми нити у Јустинијановом закону. Соловјев је као евентуални разлог оваквом поступању навео нејасност и противрјечности које су постојале у релевантним одредбама о лихви садржаним у Потпуној Синтагми, те истакао да су се српски редактори можда водили мишљу да се у овој области послуже неком јаснијом новелом.¹⁵ С обзиром на одсуство других података, најсигурнији закључак који се може извући поводом изостављања ових норми у Скраћеној Синтагми јесте да ни у српском друштву, изузев онда када се радило о клиру, о каматарењу није постојала пуна сагласност.¹⁶

Претходно речено потврђује и чињеница да ни у највећем српском средњовјековном кодексу нема трага о зајму и каматама. Изостављање норми о овом важном правном послу могло би бити последица неколико фактора – у првом реду, чињенице да је број грађанско-правних одредби у Душановом закону и иначе мањи у односу на кривичноправне, друго, да

да поклонодавац цркви приложи зеленаша и то потврди у повељи. Теодор Тарановски, *Историја српског права у немањихкој држави* (Београд: Геца Кон, 1935), 115. Са овим становиштем се слаже и Шаркић, „Уговор о зајму и заштита дужника..“, 154. Обрад Станојевић је, са друге стране, истицао приговор да поклањање зеленаша није била специфичност феудалне Србије, већ обичај који је и на западу био распрострањен. Према његовом мишљењу, „каматник“ Дабижив који је до тада ћесару Гргуру давао данак од 18 лисица годишње, убудуће је био у обавези да тај данак плаћару храму св. Арханђела. Станојевић, *Зајам и камата*, 201.

12 Еклога Лава III, објављена 726. године овој материји посвећује титул под називом „О писменом и усменом уговору о зајму и о залогама које се дају с тим у вези“ (*De mutuo per scripturam vel sine scriptura contracto et de pignoribus propter datis*), док се у Прохиرونу (око 870. године) о зајму и залогама говори у оквиру главе XVI *De mutuo et pignore* која има 14 чланова. Исти образац и исти наслов главе којом се регулише предметна материја сусрећемо и у Епанагоги. Милан Момчиловић, „Зајам и камата у византијским правним изворима“, *Правни хоризонти* 1, (2018): 104-107.

13 Соловјев је примјетио да су ове одредбе изузетно интересантне, јер њихов тачан извор не може да се пронађе у византијским списима. Отуда, сматра он, могуће је да су ове одредбе биле својеврсна допуна неких прописа који су већ постојали од раније на српском правном подручју. Без обзира на то да ли је ова претпоставка тачна или не, непобитно је да су и ове одредбе настале у духу византијског права. Соловјев, *Законодавство*, 432.

14 Татјана Суботин – Голубовић, *Матија Властар – Синтагма* (Београд: Српска академија наука и умјетности, 2013), 155.

15 Соловјев, *Законодавство*, 435.

16 Ђорђе Гојковић, „Утицај Српске православне цркве на камату у српском средњовековном праву“, *Весник правне историје* 2, (2021): 68.

све оно што нема у овом акту треба тражити у Јустинијановом закону и Скраћеној Синтагми као дијеловима Душановог трипартита, који, како смо видјели из раније анализе, не пружају довољно сазнања. Једини члан Душановог законика који се само условно може довести у везу са зајмом је чл. 90: „Залог где се нађу да се откупљују.“¹⁷ Он поново апострофира везу зајма и залог и говори о праву заложног дужника да, пошто је отплатио дуг на основу зајма, има право да тражи поврат заложене ствари чак и када се она нађе у рукама трећег лица.

Да је узимање зајма са каматом ипак било уобичајено у трговачком животу, свједоче каснији уговори закључени са Дубровником из којих се може закључити да су пословне трансакције Дубровчана и житеља српског Царства биле редовне. У том контексту, опет се на истом мјесту спомиње залога, овај пут на начин да се Дубровчанима забрањује узимање залога од Срба. Поред уговора закључених са Дубровником, постојање кривичних дјела изма и удаве садржаних у Душановом законнику посредно свједочи о распрострањености, али и негативним посљедицама зајма. Све ово, упркос штурости података у цјелокупном Душановом трипартиту, показује да је зајам у средњовјековној Србији био познат и практикован. Као и у сваком другом привредно развијеном друштву, вјероватно је да је такав зајам подразумијевао и камату као акцесорну обавезу, али да је, опет као и у свим другим средњовјековним друштвима, однос према тој камати био амбивалентан и неодређен.

2. ЗАЈАМ У СРПСКОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ

2.1. Облигационо право у Српском грађанском законнику

Готово свака анализа одредби Српског грађанског законика из 1844. године (у даљем тексту: СГЗ) започиње прегледом критика које су услједиле након његовог доношења и пратиле га све до скоро половине 20. вијека када је формално престао да важи. Највећи број замјерки односио се на аутентичност и оригиналност СГЗ – а, често уз епитет скраћеног извода, превода или просто копије свог изворника Аустријског грађанског законика из 1811. године (у даљем тексту: АГЗ). Немали је број и оних примједби упућених лично законописцу Јовану Хаџићу на рачун језика и стила Законика, као и непознавања народних обичаја, што се Хаџићу посебно замјерало. Тек у посљедњих тридесетак година, у домаћој историјскоправној науци примјетан је другачији и блажи приступ, о чему свједочи и чињеница да је у врло кратком року овом Законнику посвећено неколико важних зборника.¹⁸ У њима се посебно истичу радови који СГЗ посматрају из другачије перспективе, стављајући фокус на оне, неоправдано занемарене дијелове СГЗ – а, који говоре у прилог оригиналности

¹⁷ Душанов законик, приред. Ђорђе Бубало (Београд: Службени гласник, 2010): 181.

¹⁸ Неки од њих који су посебно важни су: Зборник радова Правног факултета у Нишу 1995, Зборник радова САНУ 1996, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 2004. и посљедњи за сада, Српски грађански законик – 170 година касније из 2014. године у издању Правног факултета Универзитета у Београду.

и самосталности овог Законика.¹⁹ Зато се све више у нашој литератури сусреће став да је Законик „био правни акт којим се Србија могла поносити“ и који је, заснован на римском праву, Србију учинио „саставним делом европског културног миљеа“.²⁰

Када је у питању мјесто облигационог права у овом систему, СГЗ сlijеди редослијед излагања материје онако како је он постављен у изворнику.²¹ Одредбе о појединим облигационим уговорима, па тако и о уговору о зајму, налазе се, као и у АГЗ - у, у оквиру другог одјељка другог дијела.²² Основна питања везано за зајам налазе се и у СГЗ – у и у АГЗ – у у двадесет и првој глави, која је у АГЗ – у смјештена у одјељак под називом „О личним правима на ствари“, док у СГЗ – у овај одјељак нема конкретан назив, већ се наводи само као „Одељак други“.²³ Поред формалне сличности у погледу систематике и позиције уговора о зајму у два кодекса, постоје и одређене садржинска подударана која нису неочекивана и која би се вјероватно могла пронаћи и на нивоу поређења са другим грађанским кодификацијама тог времена.²⁴ Са друге стране, они чланови СГЗ – а у којима постоје одступања у односу на изворник посебно су интересантни и указују на одређене разлике у економском животу двије државе.

2.2. Уопштено о зајму у Српском грађанском законнику

Основна одредба којом се регулише зајам у СГЗ – у садржана је у чл. 593. Законика, према којем је „зајам такови уговор, којим се коме ствари потрошне даду тако, да он властан буде по својој вољи њих употребити, потрошити и њима располагати, но у своје

19 У том свјетлу, посебно треба истакнути рад Сима Аврамовић, „Српски грађански законик (1844) и правни транспланти – копија аустријског узора или више од тога?“ у *Српски грађански законик – 170 година касније*, ур. М. Полојац, З. Мирковић, М- Ђурђевић (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014), 13-46. У овом раду, професору Аврамовић оспорава критике упућиване Српском грађанском законнику, базирајући своје аргументе на различитостима које постоје у обиму, уводу, језику, терминологији, композицији и систему Законика, али и на другим утицајима примјетним у Законнику, као што су утицај француског и непосредна рецепција римског права, многобројни трагови црквеног, па чак и шеријатског права. Отуда, иако аустријски утицај јесте био претежан, он дефитивно није био једина подлога за израду српског кодекса. Како Аврамовић закључује, „Српски грађански законик се свакако не уклапа у клише да је он тек скраћено издање аустријског узора, а Хаџић је свакако много више од добро школованог кописте.“

20 Емилија Станковић, „Аустријски грађански законик као изворник Српског грађанског законика“, *Годишњак факултета у правних наука* 3 (2013): 119.

21 У принципу, ради се о систематизи кавка је постојала у Јустинијановим Институцијама, а која је у српско право дошла управо посредством АГЗ – а. У том погледу, Хаџић није вршио значајније редакције, али је у одређеним дијеловима видно био под утицајем учења природноправне школе. Самир Аличић, „Систематика одредби о облигационим односима у Српском грађанском законнику у свјетлу систематике Јустинијанових Институција“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* XXXVIII 2 (2004): 387.

22 Јожеф Салма, „Српски грађански законик (СГЗ, 1844) и облигационо право“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* XXXVIII, 2, (2004): 316.

23 У раду су кориштени сљедећи извори: *Аустријски грађански законик*, прев. Драгољуб Аранђеловић, Београд: Геца Кон, 1922. и *Грађански законик за Краљевину Србију протумачен одлукама одељења и опште седнице Касационог суда*, прир. Гојко Никетић, Београд 1922.

24 Аличић истиче да међу члановима СГЗ – а који се односе на зајам, а којих нема у АГЗ – у, постоје неки који се можда преузети из изворног римског права или из Француског грађанског законика. Као примјер, он наводи чл. 605. према којем зајмодавац нема право да тражи враћање дуга прије уговореног рока. Аличић, „Систематика одредби“, 399.

време дужан буде речене ствари у истом роду и вредности натраг вратити“.²⁵ Без сумње, ради се о основном облику зајма, онаквом какав је био познат у римско доба и какав је реципиран у европскоконтиненталној правној традицији. У том облику, зајам је задржао свој карактер реалног контракта, чиме је предаја потрошних ствари остала конститутивни елемент, неопходан за пуноважност овог уговора.²⁶ Исти концепт задржан је и у АГЗ – у²⁷, додуше уз напомену о предуговарању зајма које нема у СГЗ, а према којој „уговор о зајму не треба мешати са уговором, у коме се *обећава* зајам доцније дати, мада је и овај уговор обавезан“. Оваква формулација преузета је у Предоснови Грађанског законика за Краљевину Југославију 1934. године, што указује на преиспитивање потребе за постојањем реалних контраката. Идеја о превазилажењу категорије реалних контраката као застарјелих и непотребних²⁸, ипак ће своје пуно остварење доживјети тек у Скици за законик о облигацијама и уговорима Михаила Константиновића²⁹, а потом и у Закону о облигационим односима из 1978. године, у којем је зајам званично стекао карактер консензуалног контракта.³⁰ Све до тада, а о чему свједочи СГЗ, у српском облигационом праву постојали су реални уговори, међу којима и зајам, на чију пуноважност изгледа није утицало да ли је закључен у писменој или усменој форми (чл. 595).

Више података о различитим варијантама зајма пружа чл. 594. који објашњава да се зајам обично чини у новцу, али може да буде и у другим потрошним стварима, те се додаје да „бива или на лихву, тј. интерес или добитак или без лихве; на залогу или без залоге, на јемство или без јемства.“³¹ Улажење у финесе када се ради о различитим категоријама зајма, а посебно употреба чак три термина када се говори о интересу вјероватно су учињени у функцији објашњења и приближавања овог правног посла становништву које је живјело у још увијек правнички неразвијеној средини, што је општа одлика Законика и Хаџићевог приступа у цјелини.³² Синоними који су кориштени за означавање интереса, а међу њима и

25 Чл. 593. СГЗ.

26 Аличић ипак истиче да се тумачењем одредбе 595 СГЗ – а, доћи до закључка да је зајам „неправи“ реални уговор код којег предуговарање у писменој или усменој форми ствара обавезу на закључење овог уговора у реалној форми. Међутим, не искључује могућност да је битна форма уговора ипак реална, док су писмена или усмена форма које се помињу у чл. 595 само доказног карактера. Аличић, „Систематика одредби“, 398.

27 Чл. 983. АГЗ: „Уговор о зајму постаје када се неке предаду потрошне ствари под условом, да он истина може њима по својој вољи располагати, али да по истеку извесног времена толико исто врати, од исте врсте и каквоће.“

28 Станојевић реалну форму уговора оцјењује као анахронизам и позитивно оцјењује претварање традиционално реалних уговора као што су зајам или послуга у консензуалне. Он такође истиче да је овакав поступак инспиран Швајцарским законом о облигацијама, што није необично имајући у виду ранији научни рад и ангажман Михаила Константиновића. Обрад Станојевић, „Скица Михаила Константиновића“, *Анали Правног факултета у Београду* 26 (1978): 272.

29 Нина Кршљанин, „Михаило Константиновић (1897-1982): правник који је обележио једну епоху“, *Анали Правног факултета у Београду – посебан број у част професора Михаила Константиновића* (2022): 23.

30 Закон о облигационим односима из 1978. године у овом погледу није био усамљен, већ је слиједио општу тенденцију укидања реалних уговора, која се може примјетити и у другим грађанским законима и законима тог времена. Тако су у мађарском Грађанском законик из 1959. године зајам и посудба дефинисани као консензуални уговори, у пољском Грађанском законик из 1964. године, залог, посудба, депозит и ускладиштење су реални, али је зајам означен као консензуални уговор. Чехословачки грађански законик из исте године зајам и посудбу такође карактерише као консензуалне уговоре. Зоран Компањет, „Реални уговори након ступања на снагу Закона о обавезним односима“, *Анали Правног факултета у Београду* 26 (1978): 623-624.

31 Чл. 594. СГЗ.

32 Аврамовић, „Српски грађански законик (1844) и правни транспланти...“, 38-40.

добитак, углавном уобичајен у јужнијим крајевима, у Боки, како то наводи Богишић³³, имали су за циљ да што већем броју становника буде јасно о којем правном институту се ради. Интересантно је да Хаџић не користи термин „камата“, иако смо из раније анализе видјели да овај израз није био непознат српском народу и да је као такав кориштен у Арханђеловској хрисовуљи. Њега не помиње ни Драгољуб Аранђеловић у свом преводу АГЗ – а из 1906. године, у којем се служи термином „интерес“.

Може бити да је један од разлога за снебивање у употреби израза „камата“ управо то што та ријеч у изворном, грчком језику није имала оно значење које је накнадно добила у српском језику.³⁴ Ипак, текст Предоснове Грађанског законика из 1934. године, у двадесет и другом поглављу које се односи на уговор о зајму не спомиње више ни лихву ни интерес, већ се служи искључиво термином „камата“. Вјероватно је да је до доношења Предоснове употреба тог термина постала широко распрострањена, те није било потребе за навођењем других, можда већ и помало архаичних термина као што је „лихва“. Шта год да су били разлози, дефинитивно је вријеме које је долазило довело до тога да „камата“ постане најчешћи, готово и једини термин за означавање интереса код зајма.

У контексту чл. 594, интересантно је примјетити и то да се и овдје, као и у раније анализираним средњовјековним византијским и српским изворима спомиње залога као средство обезбјеђења. Штавише, овај члан директно упућује читаоца на чл. 320. који говори о праву зајмодавца да, у случају „ако би време одређеног рока за исплату дуга прошло, и дужник зајмодавца намирио не би, нити би залогу искупио“, заложу ствар може уз знање суда продати и тако намирити своје потраживање. Са друге стране, члан 984. АГЗ – а под називом „Разне врсте зајма“ подразумијева само зајам у новцу или у другим потрошним стварима, без интереса или са интересом, не спомињући ни залогу ни јемство као средства обезбјеђења.³⁵ Изостављање залогне на овом мјесту у АГЗ – у, наравно, не значи да је правни посао зајма у аустријској монархији био закључиван без залогне као средства обезбјеђења, већ напротив још једном указује на едукативну функцију коју је требало да оствари СГЗ. Поставаљање зајма и залогне у исти контекст у српском грађанском кодексу вјероватно је имало за циљ да додатно нагласи повезаност ова два института, која су и од раније у свијести српског народа имала блиску и асоцијативну везу.

Чланом 597. који слиједи у наставку регулисано је да зајмопримац може вратити зајам у валути у којој му одговара, без обавезе да то буде она валута у којој је зајам дат, изузев уколико је тако посебно уговорено. Промјене у погледу курса новца, као и промјене у унутрашњој вриједности новца ипак су могле имати утицаја на исплату дуга што је видљиво

33 У Оштем имовинском законнику за Књажевину Црну Гору из 1888. године (ОИЗ), термин „добитак“ користи се за означавање „користи“ или „увјећања вриједности“. За означавање камате, користи се сличан термин „добит“, што се најлакше уочава у поглављу „О добити или већинку“, тачније у чл. 261-264. ОИЗ -а, из којих је јасно да се ради о камати, посебно кад имамо у виду да ово поглавље долази одмах након поглавља „О рукодаћу или зајму“. Примјетна је и употреба термина „већинак“ за којег је Богишић сугерисао да има конкретније и уже значење од ријечи „добит“ и да означава управо проценат, односно камату. Након дуге расправе, на крају су у ОИЗ, као компромисно рјешење унесена оба термина у значењу камате. Милош Д. Луковић, *Богишићев законик, припрема и језичко обликовање* (Београд: Балканолошки институт САНУ, 2009), 229-230.

34 Видјети фн. 5.

35 Чл. 984. АГЗ – а: „Зајам се даје у новцу или у другим потрошним стварима, и то без интереса или са интересом. У посљедњем случају, он се зове и уговор о интересу.“

из члана 598. којим се настојало спријечити евентуално оштећење зајмодавца.³⁶ Станојевић објашњава да је ово логична посљедица постојања више врста страног новца у Србији у вријеме доношења СГЗ, што је додатно закомпликовано увођењем домаће валуте – динара 1868. године.³⁷ Ове норме нису никакав куриозитет СГЗ – а, већ се могу наћи и у АГЗ – у, гдје се о овом питању расправља у члановима 986 - 989. Као и друге до сада анализирание норме, и ове одредбе чине један заокружен мозаик у којем правни режим зајма у СГЗ – у не показује неке важније специфичности које би га издвајале у односу на правни режим зајма уопште или правни режим зајма у АГЗ – у. Нека одступања могу се уочити тек у погледу регулисања лихве, што ће бити детаљније разрађено у наставку рада.

2.3. Лихва у Српском грађанском законик у

Темељна одредба СГЗ – а којом је регулисано питање лихве садржана је у чл. 601. који гласи: „Лихва закона опредељује се 6 на сто; уговорити се пак може и до 12 на сто. Већа се судом не пресуђује.“³⁸ Постојање овог члана самог по себи није довољно да се заинтересованом лицу досуди интерес било од шест, било од дванаест посто, већ је нужно да је у првом реду интерес уопште уговорен, у складу са оним што прописује чл. 594. Ипак, и тамо гдје интерес није уговорен, али је уговорено и одређено вријеме враћања зајма, па зајам не буде враћен у том року, тада зајмодавац има право, у складу са чл. 602, „од онога времена лихву закону са 6 на сто искати.“ Другим ријечима, законска каматна стопа од 6% је максимум који може захтијевати зајмодавац и када враћање интереса није уговорено, али само и искључиво под условима које закон предвиђа.

Примјетно је одступање од норми АГЗ – а који у чл. 994. предвиђа да се уговором код зајмова са залогом може одредити интерес пет од сто, док у ситуацији када зајам није осигуран залогом максимална стопа интереса који се може уговорити износи шест од сто годишње.³⁹ Чл. 994. додаје и то да је ова интересна стопа допуштена и онда када је интерес

³⁶ Опште правило је да зајмопримац враћа онолико новчаних јединица колико је примио, уколико се унутрашња вриједност новца датог у зајам не промијени. Ипак, уколико дође до промјене, било нанише или навише, тада се зајам враћа у оној вриједности која је постојала у вријеме закључења зајма, полазећи од тзв. златне вриједности у вријеме закључења уговора. Салма, „Српски грађански законик и облигационо право“, 325. Исто правило важи и у ситуацији када се из неког разлога валута новца у којем је дат зајам повуче из оптицаја. Према параграфу 608 СГЗ – а, „зајмодавац право своје негуби, но дужник ће дужан бити њему у подобном новцу вредност узајмљену натраг вратити.“

³⁷ Станојевић, *Зајам и камата*, 263.

³⁸ У суштини, ради се о преузимању одредбе Указа кнеза Милоша од 24.3.1837. године да се не смије узимати већи интерес од 12%. Ограничавање каматне стопе на овај начин свједочи о проблему распрострањености зеленаштва у Кнежевини Србији, који је нарочито погађао сеоске средине. Наведеним указом, први пут у историји нововековне Србије, одређен је максимум интересне стопе. Игор Муица, „Зеленаштво у Кнежевини Србији“, *Весник правне историје* II, 2, (2021): 167. Била је то тек прва у низу мјера којом се Кнежевина Србија настојала изборити са штетном појавом зеленаштва, уз врло релативан и промјенљив успјех. Види више: Маша Кулаузов, „Покушаји да се законским путем ублаже последице зеленаштва у Србији XIX века“, *Зборник радова „Хармонизација грађанског права у региону“*, (2013): 119–129.

³⁹ АГЗ предвиђа могућност одређивања каматне стопе и у другачијим износима од ових. Тако је у чл. 995. наглашено: „Ако коме интерес по закону припада, без нарочите погодбе, онда ће се као законски интерес платити четири од сто, а међу трговцима и фабрикантима законом овлашћеним шест од сто годишње, при дуговима, који потичу из правог трговинског посла.“

био уговорен, али његова висина није била одређена, гдје се може уочити одређена сличност са горе поменутих чл. 602. СГЗ – а. Између ова два члана ипак се не може ставити знак једнакости, јер СГЗ питање дозвољене висине каматне стопе везује за рок плаћања, чиме износ од 6% стиче карактер својеврсног мораторног интереса и то онда кад се ради о бесплатном зајму, док се о случају задоцњења код зајма са каматом Законик не изјашњава изричито. С обзиром на то да се у параграфу 602. СГЗ – а говори искључиво о бесплатном зајму, Станојевић је истакао став да се овај пропис не може односити и на зајам са каматом, али да то не спријечава повјериоца да тражи накнаду штете коју је претрпио због доцње дужника, у складу са параграфима 553. и 823. Притом је изузетно важно да укупни уговорени интерес и накнада штете због задоцњења не прелазе 12%, јер се формулација параграфа 601. да се већа камата од 12% „судом не пресуђује“ односи и на мораторни интерес и важи и за друге уговорене споредне дужности и користи.⁴⁰

Са друге стране, АГЗ уочава значајну разлику у погледу тога да ли је зајам обезбјеђен залогом или не, те мјеру допуштених уговорних интереса доводи првенствено у везу са слободом уговарања странака, а не са благовременим извршењем обавезе зајмопримца. Поред папирног или кованог новца, те других потрошних предмета, АГЗ такође предвиђа да се правни посао зајма може реализовати и у задужницама. Ови подаци откривају нам много о стању привреде и економским односима који су владали у сувереној аустријској монархији, са једне и Србији, која је тек стицала обресе државности, са друге стране. Станојевић је уочио да се разлози одступања СГЗ – а од изворника крију управо у кредитним приликама у Србији тог времена које су довеле до тога да чак и каматна стопа од 12% можда буде прењиска.⁴¹ Истовремено, наравно да ни у Аустроугарској монархији привредни живот није био сасвим без потешкоћа. О томе свједочи постојање чл. 1000. који предвиђа усвајање посебног закона о зеленашима, односно о онима који су се „огријешили“ о допуштене интересне стопе.

С обзиром на то да вријеме игра важну улогу приликом испуњења обавеза из зајма, управо зато што може утицати на евентуално повећање обавезе зајмопримца у виду плаћања лихве, СГЗ овом питању поклања чак неколико чланова. У складу са параграфима 605 и 606, зајмодавац нема право да тражи извршење обавезе зајмопримца прије истека уговореног рока, али уколико сам рок није тачно одређен међу странкама, тада је зајмопримац обавезан

⁴⁰ Станојевић, *Зајам и камата*, 265.

⁴¹ *Ibid.*, 264. О штетним посљедицама зеленаштва може се судити не само на основу различитих показатеља о економској слабости становништва, већ и на темељу мјера које су доношене у области правосуђа, а које дугорочно нису имале значајнијег ефекта или су доприниле остваривању ефекта потпуно другачијег од жељеног. Тако је, у циљу поједностављења судског поступка, Закоником о поступку судском у грађанским парницама из 1860. године предвиђено тзв. „кратко суђење по писменим исправама“ на основу којег је тужилац, којем у одређеном року није плаћено његово потраживање, могао од суда да тражи издавање налога полицији да кроз осам или тридесет дана наплати дуг. Овај скраћени поступак имао је за циљ да убрза наплату неспорних потраживања и смањи број судских предмета, али је на крају, највише погодовао зеленашима. И у области кривичног материјалног законодавства, држава је чланом 284. Казнителног законика из 1860. године настојала да санкционише зеленаштво, али је ова одредба остала недоречена, јер се кажњавање предвиђало само уколико је зеленашки уговор закључен са пословно неспособним лицем или уколико је зајмодавац себи прибавио већу корист него што закон дозвољава. Међутим, уколико је зајмопримац био свјестан похлепе зајмодавца, па ипак пристао на давање зајма под оваквим условима, кривична одговорност зајмопримца није била предвиђена, чиме је Казнителни законик негирао оно што се најчешће дешавало у пракси, а то је да зајмопримци углавном нису имали избора, него да узму зајам под врло неповољним условима. Зоран Мирковић, *Српска правна историја* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2019), 170-175, 147.

вратити зајам кад год то затражи зајмодавац.⁴² На ове параграфе надовезује се и параграф 607 који говори о отказном року у оквиру уговора о зајму, наглашавајући обавезу зајмодавца да чак и прије одређеног времена прими исплату лихве понуђену од стране зајмопримца.

Као што се може видјети, претходне одредбе фокус стављају на вријеме извршења обавезе из зајма, доводећи га само посредно у везу са плаћањем лихве. Конкретизација ових норми извршена је тек Измјенама СГЗ-а из 1864. године. Између осталих, додат је чл. 602а којим је регулисано да се плаћање лихве извршава по свршетку сваке године уколико је уговор о зајму закључен на дуже вријеме, а само вријеме плаћања интереса не би било уговорено. Важне измјене предвиђене су члановима 603. и 604. који говоре о тзв. анатоицизму, односно уговарању камате на камату. Према параграфу 603, не смије се узимати нити унапријед уговарати плаћање интереса на интерес, али је у случају када дужник обавезу не изврши на вријеме, могуће другим уговором неплаћени интерес придодати ранијем потраживању и тако суштински створити нову главницу на коју ће се сада моћи обрачунавати интерес. Параграф 604 је својеврсна корекција претходног и говори о томе да ће се онда кад дужник не плати интерес на вријеме и задржи га против воље зајмодавца, што можемо тумачити као његово одбијање да закључи поменути уговор из параграфа 603, тада моћи досудити интерес и на неплаћени интерес. Ова два параграфа представљају одступања од забране анатоицизма, која се у случајевима неуредних платиша, чине сасвим оправданим средствима да се на овакве, неодговорне зајмопримце изврши притисак да обавезу испуне у предвиђеном року. Тиме је СГЗ пружио правну заштиту и зајмодавцима, слиједећи опште тенденције времена у којем је настао, а што се може видјети и у параграфу 998 АГЗ – а.⁴³

Вријеме у којем је настао СГЗ и реформе које су заједно са њим ступиле на снагу, враћају нас на потребу преиспитивања основне одредбе којом се регулише лихва. Формулација да се уговорена лихва већа од 12% „судом не пресуђује“ преузета је из Указа кнеза Милоша од 1837. године којом је одређен максимум каматне стопе. Упркос томе што није била непозната, оваква формулација могла је у пракси створити недоумицу: да ли ће уговарање каматне стопе изнад 12% довести до непуноважности уговора у цјелини или ће уговор и даље бити на снази, али ће суд досудити интерес само у оном износу у којем то закон допушта? Судска пракса на коју се позива Станојевић навела га је да се приклони овом другом рјешењу.⁴⁴ У прилог томе, говори и изјашњење Савјета који је у Распису послатом Попечитељству правосуђа 1853. године констатовао да камата виша од 12% не може бити досуђена судским путем, додајући додуше и то да не може преузети друге мјере „осим простог саветовања народа, да се од давања већег интереса чува“.⁴⁵

Упркос овако малодушном ставу Савјета, истина је да је у држави предузет низ законских мјера како би се предуприједиле или отклониле евентуалне негативне посљедице зајма. Може се рећи да је све почело још од увођења института „окућја“ у Указу кнеза Милоша из 1836. године, који је онда модификован и преузет у два процесна законика: Законнику

42 С тим у вези је и параграф 887 СГЗ: „Ако рок, кад да се дуг исплати, није одређен, онда се разумева, да је онда рок, кад је дужник на плаћање опоменут.“

43 АГЗ, за разлику од СГЗ – а, о забрани анатоицизма говори у једном, а не у два члана, при чему додаје битну временску одредницу. Наиме, само уколико су неплаћени интереси стари двије или више година, тек тада се они могу, по договору, преобразити у нови капитал.

44 Станојевић, *Зајам и камата*, 264.

45 Кулаузов, „Покушаји да се законским путем ублаже последице зеленаштва“, 121.

о поступку судејском у грађанским парницама из 1860. и 1865. године, да би свој потпуни смисао добио Законом о окућју из 1873. године и Упутством за извршавање закона од 24. децембра 1873. год.⁴⁶ Нажалост, ни ове мјере, као ни врло модеран законски оквир постављен у СГЗ – у у погледу уговора о зајму, нису дугорочно допринијели искоријењивању зеленаштва чије су негативне посљедице оставиле дубок траг у српском друштву 19. и 20. вијека.

3. ЗАКЉУЧАК

Уговор о зајму један је од оних уговора чије суштинске карактеристике одолијевају зубу времена кроз вијекове и за чија темељна начела можемо закључити да спадају у неку врсту *iuris gentium*. Уз мања или већа одступања, овај уговор са својим основним одликама показује велики степен сличности у различитим правним системима. Српски грађански законик из 1844. године у том смислу не представља изузетак. Он продужава ромејско-византијски карактер овог уговора у српском средњовјековном праву, али истовремено уводи и одређене новине у српско право, које нису нужно посљедица угледања Јована Хацића на Аустријски грађански законик. Иако постоје значајне подударности у погледу регулисања уговора о зајму у СГЗ и АГЗ, то не доводи нужно до закључка да су норме овог дијела „преписане“ у српски кодекс. Напротив, баш у дијелу СГЗ који се односи на регулисање лихве, јасно се уочава тенденција законописца да се овај дио Законика прилагоди домаћим економским потребама, у то вријеме врло различитим од аустријских.

СГЗ је одредбама о зајму показао снажну вољу да се стане у крај зеленаштва и заштити сељачко становништво које је најчешће било жртва ове појаве. Нажалост, иако добро осмишљене, законске мјере нису у пракси оставиле значајније резултате. Ограничавање каматне стопе на 12% и прописивање окућја као неотуђивог земљишног минимума показале су се као недостатне мјере у борби против лихварења, а неријетко су биле праћене и другим видовима различитих злоупотреба, чије коријене, чини се, не треба да тражимо у легислативи датог времена, већ у разлозима економског и друштвеног карактера. Нагли прелазак на капитализам након вишевијековног натуралног привређивања, недовољна едукација становништва, распад традиционалне породице и са њом повезаног облика својине условили су развој зеленаштва и оставили дугорочне негативне посљедице, чије наступање закони нису могли зауставити.

ЛИТЕРАТУРА/LITERATURE

Извори/Sources

Аустријски грађански законик, прев. Драгољуб Аранђеловић. Београд: Геца Кон, 1922. / *Austrijski građanski zakonik, prev. Dragoljub Arandžević. Beograd: Geca Kon, 1922*

⁴⁶ *Ibid.*, 125.

Грађански законик за Краљевину Србију протумачен одлукама одељења и опште седнице Касационог суда, прир. Гојко Никетић. Београд, 1922. / *Građanski zakonik za Kraljevinu Srbiju protumačen odlukama odeljenja i opšte sednice Kasacionog suda*, прир. Гојко Никетић. Београд, 1922

Душанов законик, приред. Ђорђе Бубало. Београд: Службени гласник, 2010. / *Dušanov zakonik*, prired. Đorđe Bubalo. Београд: Službeni glasnik, 2010.

Законоправило Светог саве: Превод Сарајевског преписа. Митрополија дабробосанска – Дабар, Добрунска ријека, 2019. / *Zakonopravilo Svetog save: Prevod Sarajevskog prepisa*. Mitropolija dabrobosanska – Dabar, Dobrunsa rijeka, 2019.

Стојан Новаковић, *Законски споменици српских држава средњег века*. Београд: Државна штампарија Краљевине Србије, 1912. / *Stojan Novaković, Zakonski spomenici srpskih država srednjeg veka*. Београд: Državna štamparija Kraljevine Srbije, 1912.

Татјана Суботин – Голубовић, *Матија Властар – Синтагма*. Београд: Српска академија наука и уметности, 2013. / *Tatjana Subotin – Golubović, Matija Vlastar – Sintagma*. Београд: Srpska akademija nauka i umetnosti, 2013.

Књиге, монографије, чланци/Books, monographies, papers:

1. Аврамовић, Сима. „Српски грађански законик (1844) и правни транспланти – копија аустријског узора или више од тога?“ у *Српски грађански законик – 170 година касније*, ур. М. Полојац, З. Мирковић, М- Ђурђевић, 13-46. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014. / *Avramović, Sima. „Srpski građanski zakonik (1844) i pravni transplanti – kopija austrijskog uzora ili više od toga?“ u Srpski građanski zakonik – 170 godina kasnije*, ur. M. Polojac, Z. Mirković, M- Đurđević, 13-46. Београд: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2014
2. Аличић, Самир. „Систематика одредби о облигационим односима у Српском грађанском законнику у светлу систематике Јустинијанових Институција“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду XXXVIII 2 (2004): 383-415*. / *Aličić, Samir. „Sistematika odredbi o obligacionim odnosima u Srpskom građanskom zakoniku u svetlu sistematike Justinijanovih Institucija“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu XXXVIII 2 (2004): 383-415*.
3. Гојковић, Ђорђе. „Утицај Српске православне цркве на камату у српском средњовековном праву“. *Весник правне историје 2, (2021): 53-72*. / *Gojković, Đorđe. „Uticaj Srpske pravoslavne crkve na kamatu u srpskom srednjovekovnom pravu“. Vesnik pravne istorije 2, (2021): 53-72*.
4. Кршљанин, Нина. „Михаило Константиновић (1897-1982): правник који је обележио једну епоху“. *Анали Правног факултета у Београду – посебан број у част професора Михаила Константиновића (2022): 7-38*. / *Kršljanin, Nina. „Mihailo Konstantinović (1897-1982): pravnik koji je obeležio jednu epohu“. Anali Pravnog fakulteta u Beogradu – poseban broj u čast profesora Mihaila Konstantinovića (2022): 7-38*.
5. Компањет, Зоран. „Реални уговори након ступања на снагу Закона о обвезним односима“. *Анали Правног факултета у Београду 26 (1978): 617-628*. / *Kompanjet, Zoran. „Realni ugovori nakon stupanja na snagu Zakona o obveznim odnosima“. Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 26 (1978): 617-628*.

6. Кулаузов, Маша. „Покушаји да се законским путем ублаже последице зеленаштва у Србији XIX века“. *Зборник радова „Хармонизација грађанског права у региону“*, 2013, 119–129. / Kulauzov, Maša. „Pokušaji da se zakonskim putem ublaže posledice zelenastva u Srbiji XIX veka“. *Zbornik radova „Harmonizacija građanskog prava u regionu“*, 2013, 119–129.
7. Луковић, Милош Д. *Богочићев законик, припрема и језичко обликовање*. Београд: Балканолошки институт САНУ, 2009. / Luković, Miloš D. *Bogišićev zakonik, priprema i jezičko oblikovanje*. Beograd: Balkanološki institut SANU, 2009.
8. Маленица, Антун. „Римска правна традиција у српском праву“. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1, (2004): 116–138. / Malenica, Antun. „Rimska pravna tradicija u srpskom pravu“. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1, (2004): 116–138.
9. Мирковић, Зоран. *Српска правна историја*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2019. / Mirković, Zoran. *Srpska pravna istorija*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2019.
10. Момчиловић, Милан. „Зајам и камата у византијским правним изворима“. *Правни хоризонти* 1, (2018): 101–111. / Momčilović, Milan. „Zajam i kamata u vizantijskim pravnim izvorima“. *Pravni horizonti* 1, (2018): 101–111.
11. Муица, Игор. „Зеленаштво у Кнежевини Србији“. *Весник правне историје* II, 2, (2021): 155–221. / Muidža, Igor. „Zelenaštvo u Kneževini Srbiji“. *Vesnik pravne istorije* II, 2, (2021): 155–221.
12. Полојац, Милена. *Римско приватно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2023. / Polojac, Milena. *Rimsko privatno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2023.
13. Салма, Јожеф. „Српски грађански законик (СГЗ, 1844) и облигационо право“. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* XXXVIII, 2, (2004): 311–335. / Salma, Jožef. „Srpski građanski zakonik (SGZ, 1844) i obligaciono pravo“. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* XXXVIII, 2, (2004): 311–335.
14. Соловјев, Александар. *Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*. Београд: Класици југословенског права, 1998. / Solovjev, Aleksandar. *Zakonodavstvo Stefana Dušana, cara Srba i Grka*. Beograd: Klasici jugoslovenskog prava, 1998.
15. Станојевић, Обрад. „Канонска доктрина о зеленаштву“. *Анали Правног факултета у Београду* 1/2 (1963): 126–137. / Stanojević, Obrad. „Kanonska doktrina o zelenastvu“. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2 (1963): 126–137.
16. Станојевић, Обрад. *Зајам и камата, историјска и упоредноправна студија*. Београд: Институт за правну историју, 1966. / Stanojević, Obrad. *Zajam i kamata, istorijska i uporednopravna studija*. Beograd: Institut za pravnu istoriju, 1966.
17. Станојевић, Обрад. „Скица Михаила Константиновића“. *Анали Правног факултета у Београду* 26 (1978): 267–284. / Stanojević, Obrad. „Skica Mihaila Konstantinovića“. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 26 (1978): 267–284.
18. Станковић, Емилија. „Аустријски грађански законик као изворник Српског грађанског законика“. *Годишњак факултета правних наука* 3 (2013): 118–125. / Stanković, Emiliја. „Austrijski građanski zakonik kao izvornik Srpskog građanskog zakonika“. *Godišnjak fakulteta pravnih nauka* 3 (2013): 118–125.

19. Стојановић, Здрава. *Српска правна историја*. Бања Лука: Глас Српске, 2020. / Stojanović, Zdrava. *Srpska pravna istorija*. Banja Luka: Glas Srpske, 2020.
20. Тарановски, Теодор. *Историја српског права у немањичкој држави*. Београд: Геца Кон, 1935. / Taranovski, Teodor. *Istorija srpskog prava u nemanjičkoj državi*. Beograd: Geca Kon, 1935.
21. Шаркић, Срђан. „Уговор о зајму и заштита дужника од зеленашких камата у средњовековном српском праву (с посебним освртом на утицај византијског права)“. *Зборник радова Византолошког института* LIX, (2022): 147-156. / Šarkiћ, Srđan. „Ugovor o zajmu i zaštita dužnika od zelenaških kamata u srednjovekovnom srpskom pravu (s posebnim osvrtom na uticaj vizantijskog prava)“. *Zbornik radova Vizantološkog instituta* LIX, (2022): 147-156.

THE LOAN CONTRACT IN THE SERBIAN CIVIL CODE

Milica Kostovski⁴⁷

Faculty of Law, University of Banja Luka

Summary: When the Serbian Civil Code was adopted in 1844, its provisions regulating the loan agreement, unlike some other institutes, did not cause great controversy. In light of the 180th anniversary of the adoption of the Code, it is not out of place to refer to the content of these provisions, with the interpretation of which the author tries to evoke the spirit of the time in which they were created. In the introductory part of the paper, the author first gives a brief evolutionary overview of the loan contract in Serbian law, tying its beginnings to the Middle Ages. After that, the paper moves on to the analysis of Chapter XXI of the Code, i.e. paragraphs 593-608 which regulate the institute in question. The Serbian codification of civil law at that time marked the loan contract as a contract in which “to whom consumable things are given in such a way that he is free to use, spend and dispose of them at his will, but in due time he is obliged to return said things of the same kind and value.” This part of the paper is devoted to the interpretation of the key features of the loan agreement, such as its character, the obligations of the lender and the borrower, the loan repayment terms, and especially the issue of interest, which this civil code refers to as “lihva”. As during the analysis of the Serbian Civil Code, its comparison with the Austrian Civil Code has become an almost common practice, this paper will provide a comparison of this institute within the framework of two very important codes, and an attempt will be made to answer the question whether in this respect and to what extent there was a legal transplant.

Key words: The Serbian Civil Code. The Austrian Civil Code. Loan agreement. Interest.

⁴⁷ Senior Research and Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Banja Luka. e-mail: milica.ristic@pf.unibl.org, ORCID iD : 0009-0008-4380-5155

ДРЖАВНОПРАВНЕ РЕФОРМЕ СТЕФАНА ДУШАНА И РОМЕЈСКО ДРЖАВНО ПРАВО ПАЛЕОЛОГА

Ђорђе Степић¹

Правни факултет Универзитета у Београду

„Цар је био извор права... ипак, парадоксално,
право је остајало нешто што је изнад њега”

Стивен Рансиман²

Сажетак: Након освајања значајних ромејских територија од стране српских владара, појављује се у српском државном реду све јачи утицај ромејског права. Он свој врхунац доживљава Душановим законодавним и правно-реформаторским радом уопште, који постојано стоји на ромејским основама. Сврха овог рада је да покаже да такав пут (државно)правног преуређења није само начелан тј. пут наслањања на хиљадугодишњу историју источноримског правног система, већ да је у много чему непосредно повезан са последњим диметима ромејског права, оличеним пре свега у његовом развоју из доба првих царева из династије Палеолога, све до Душановог савременика, цара Андроника III. Њихова владавина доноси покушај централизације источноримске државе, која се угледа у теишњем потчињавању фрагментираних територија царској власти, кроз управне мере, те дипломатску и војну акцију, са променљивим успехом. У то време се саставља Пуна Синтагма (око 1335. године), прецизније се омеђава надлежност световног и црквеног судства и редифинише се положај највиших световних судија (васељенских судија) – вероватних узора за „судије царства ми” Душановог законика. Ове и друге паралеле, пре свега управноправне, биће саследане у историјском и упоредноправном оквиру, како би се боље разумела веза између Душанових и претходних реформи у Ромејском царству.

Кључне речи: Душаново законодавство. Српско средњовековно право. Државна управа и судство. Династија Палеолога. Душан Силни. Ромејско право

¹ Аутор је сарадник у настави и студент докторских академских студија на Правном факултету Универзитета у Београду, djordje.stepic@ius.bg.ac.rs, ORCID iD: 0009-0004-0422-9686.

² Превод према Steven Ransman, *Vizantijska civilizacija*, prevod Desanka Kurtović (Beograd: Službeni glasnik, 2021), 60.

УВОД

У склопу прослављања шест векова од доношења Душановог законика (ДЗ), на скупу који је тада уприличен у Српској академији наука (САН), двојица излагача су одабрала да овај знаменити правни споменик посматрају из перспектива које су, наизглед, готово супротстављене. Тако, Марко Костренчић³ доводио је Душанов законик у везу са оновременим историјским процесима и државноправним развојем махом у централној Европи. Са друге стране, Никола Радојчић⁴ поново је подвукао је и детаљно разложио чврсту везу између ромејског права и Законика, нарочито истакавши везу његове систематике са оном из Василика.

Стојећи на средокраћу њихових приступа, на овом месту ваља дати макар мали допринос за одговор на следеће питање: видевши ДЗ као одраз стварности свог времена (Костренчић) и његову заснованост у византијском праву (Радојчић), *како то изгледају Душанове правне реформе као одраз ромејског права свог времена*, тј. правног система за династије Палеолога, од обнове Царства, до половине XIV века? Овај приступ нипошто није нов – од наших научника, са овог становишта Душанове реформе (у најширем смислу) посматрали су, између осталих, и А. Соловјев, Љ. Максимовић и М. Благојевић.⁵ О свим знатним писцима који су анализирали њихов чврст ослонац на традицију ромејског права начелно, излишно је и говорити.

Оставивши мотивацију по страни, на овом месту ће бити речи о посматрању уређења српске краљевине и царевине у XIV веку у вези са њој савременим ромејским (у) правним системом, који се реформама већ вековима упрошћавао и мењао, у складу са новим околностима – смањеном територијом, измењеном демографском сликом и појављивањем увек нових такмаца са којима се Империја борила за превласт, а неретко и за сам опстанак. Та прилагођавања добијају ново рухо од времена обнове Палеолога, када и српска краљевина започиње трајније ширење на традиционално ромејске земље.

Затекавши у освојеним крајевима развијен правни систем и разгранату (провинцијску) администрацију, Немањићи, нарочито од времена Милутина, рецепцију и традицију ромејског права не сматрају само симболичком, већ и стварном нужношћу.⁶ У доцнијем

³ Марко Костренчић, „Душанов законик као одраз стварности свога времена” у *Зборник у част шесте стогодишњице Законика цара Душана*, уред. Никола Радојчић (Београд: САН, 1951), 27-44.

⁴ Никола Радојчић, „Душанов Законик и византиско право”, у *Зборник у част шесте стогодишњице Законика цара Душана*, уред. Никола Радојчић (Београд: САН, 1951), 45-78.

⁵ Видети, рецимо, Александар Соловјев, *Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка* (Скопље: Скопско научно друштво, 1928), 68-81; Милош Благојевић, „Реформа државне управе и Душанов законик”, у *Душанов законик – 650 година од његовог доношења*, уред. Рајко Кузмановић (Бања Лука: Академија наука и уметности Републике Српске, 2000), 51-70. Љубомир Максимовић, *Византијски свет и Срби* (Београд: Историјски институт, 2008), 235-288.

⁶ Велики ромејски утицај на српску државу и цркву у средњем веку, неспоран и добро проучен, везује се за три историјске вододелнице – прихватање хришћанства (друга половина IX века и даље), државно-црквену делатност првих Немањића, пре свих Светог Симеона и Саве (сам крај XII и почетак XIII века) и постојано ширење према југу Полуострва (особито од краја XIII века). Уместо свих аутора, од којих ће неки бити цитирани даље у раду, о карактеру тих утицаја и преузимања, наводимо сасвим исправан сумарни суд Стојана Новаковића: „државни ред се није узимао као црквени, сав од врха до дна, него се узимао по потреби и узимао се комад по комад... Што је државни ред био напреднији и јачи, у њему је, осим обичних основних народних установа, било све више римско-грчких позајмица”. Стојан Новаковић, „Византијски чинови и титуле у српским земљама XI-XV века”. *Глас СКА LXXVIII/1908*, 180.

времену Стефан Душан, као најмоћнији владар на Полуострву, покушава да надмаши ромејски узор, те да користећи и царско право на доношење општег законодавства⁷ покаже да је његова нова царевина претекла опадајућу ромејску. Са практичне стране, тај покушај се састоји у уређивању „српске и грчке земље“ на приближно сличан начин, апелујући на континуитет са претходним ромејским поретком – управо оним који су одржавале и стварале прве генерације династије Палеолога.⁸ Душаново законодавство и тадашња организација државе Немањића уопште, најдаљи су домет тог процеса.

То показује знаменити Душанов законик, чије многобројне одредбе имају посредне и непосредне узоре у праву Источног Рима,⁹ као и пресађивање ромејских норми махом из Земљорадничког закона, Еклоге и Прохирона у тзв. Закон цара Јустинијана, српски зборник који је био „намењен регулисању оних правних односа у које људи најчешће ступају”.¹⁰ Поред њих, најочигледнији пример рецепције ромејског права јесте превођење и скраћивање Синтагме Матије Властара у српској средини, за потребе Душанове државе.¹¹ Тиме је показана и намера цара не само да одржи постојећи поредак, већ да испрати његове последње креативне развоје, остварене макар и кроз компилирање и коментарисање. Оваква отвореност према „последњој речи” (источно)римског права свакако није била изолована.¹² Кроз проматрање примера из државног права, пре свега управе и судства, овај рад ће покушати да прикаже његово преузимање у српском праву, као живог и заокруженог система.

7 О владаревој улози „заштитника права”, те прерогатива цара као законодавца, видети Теодор Тарановски, *Историја српског права у Немањићкој држави I – Историја државног права* (Ниш: Талија, 2020), 228-234, као и Георгије Острогорски, *О веровањима и схватањима Византинца*. (Београд: Просвета, 1970), 241.

8 До које мере је ишла та жеља за континуитетом, посредно констатује Љ. Максимовић. Пишући о изворима за изучавање ромејске провинцијске управе за време Палеолога, он истиче: „Повеље и акте српског порекла, уколико су настали у вези са бившом „ромејском” територијом (од цара Душана и даље) и састављени по византијском обрасцу и на грчком језику, могуће је употребљавати практично на исти начин као и одговарајући византијски материјал.” Максимовић, Љубомир. *Византијска провинцијска управа у доба Палеолога* (Београд: Византолошки институт САНУ, 1972), 5.

9 За анализу ових узора, код одабраних чланова, Радојчић, „Душанов Законик и византиско право”, 67-74, премда би се поједина места морала унеколико кориговати.

10 Биљана Марковић, *Јустинијанов закон: средњовековна византијско-српска правна компилација* (Београд: САНУ, Одељење друштвених наука, Извори српског права XV, 2007), 40.

11 О хронологији преузимања Синтагме и Скраћене синтагме доста је расправљано. Соловјев, *Законодавство*, 53-58, сумира старија становишта, пре него што је везује за Душанов законодавни рад, што ће следити и доцнији аутори. Исто наводи и Бубало, који касније ово виђење донекле доводи у питање, напомињући да нема необоривих доказа да се законодавни трипартит недвојбено веже за Душанов рад. Ђорђе Бубало, прир. Душанов законик (Београд: Завод за уџбенике/Службени гласник, 2010), 16; Ђорђе Бубало, „Време Душановог законика”, *Slovene* 2/2015, 121.

12 Истини за вољу, у српско средњовековно право није преузет Хексабиблос Јована Арменопула из око 1345. године, већ деценију раније састављена Синтагма. Иако је неспорно да је Арменопул био врстан правник богате каријере (Paul Lemerle, *Le monde de Byzance: Histoire et Institutions* (London: Variorum Reprints, 1978), 243-249), Рансман (Runciman, *Byzantine civilization* 1933, 78) за његов зборник пише да је „muddled, ill-compiled” - замршени и рђаво компилиран - док одмах затим помиње велики утицај који је Властарева Синтагма из 1335. године остварила у ромејском праву. Позитивније мишљење о Арменопуловом зборнику има Шаркић (Srđan Šarkić, „*Zašto Syntagma, a ne Heksabiblos*”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 40-1/1990, 73-79), који разматра и могуће разлоге за одлуку српских редактора да преузму, преведу и скраћују (махом канонски део) Властарева синтагме, уместо непосредне рецепције Хексабиблоса.

ИСТЕ ПРОВИНЦИЈЕ, ИСТА (У)ПРАВА

Усмеравање ширења српске државе према југу, на територије које су се, после продора Словена у 7. веку и неколико дужих периода бугарске превласти усталиле под ромејском влашћу, први пут је донело трајније успехе од времена краља Милутина.¹³ На њима, српска власт затиче унеколико реформисани ромејски управни систем, са мноштвом чиновничких звања и великим бројем почасних титула. Потврђујући имања и повластице тамошњим манастирима и црквама, као и властели – потоње се основано може претпоставити, упркос несачуваном дипломатичком материјалу – краљева канцеларија добија особит задатак да такав систем уклопи у сталешку структуру српске државе, са битно другачијим приступом државној управи. Становиште да са његовим деловањем процес „византинизације“ Србије узима пуног маха, попримајући све веће размере са даљим проширењима, постаје опште место српске историографије.¹⁴ Најпогодније од тада преузетих установа поживеле су и након гашења српске власти у овим подручјима.

Елем, овакво прилагођавање управног система уочљиво је у Милутиновим повељама после 1299. године, почев од знамените хрисовуље Светом Ђорђу Горгу (око 1300. године), када се први пут помињу дужносници по ромејском образцу (севаст, прахтор, комис, кастрофилакс, аподахатор, герекар, стратор...) и то у имунитетним формулама.¹⁵ Њихове надлежности су омеђене према територији на којој делују – било да припадају централној било локалној тј. градској или жупској управи. У њој се по први пут помиње главна и најтрајнија правна позајмица, која јесте уједно и угаони камен ромејског система локалне управе из времена Палеолога – кефалија.

Код кефалија, као локалних (по)главара у најширем смислу те речи, без обзира да ли се јављају у ромејској или у српској средини, нема готово никакве разлике у основним надлежностима. Њих карактерише пуна одговорност за све послове цивилне и већину послова војне администрације на одређеном подручју – граду, жупи (обичне или локалне) или нешто ширем (опште кефалије). Једино им измичу финансијски и порески послови, па чак ни они у потпуности.¹⁷

13 Претходно, неколико сличних акција са краткотрајним резултатима покушавали су владари из династија Војиславића и Вукановића, као и ранији Немањићи.

14 Од многобројне литературе, видети нпр. Божићар Ферјанчић, *Византија и Јужни Словени* (Београд: Завод за издавање уџбеника СР Србије, 1966), 88-92; Георгије Острогорски, *Византија и Словени* (Београд: Просвета, 1970), 18-19, 38; Милош Благојевић, *Српска државност у средњем веку* (Београд: Српска књижевна задруга, 2011), 258.

15 Српско државно право је одавно упознато са многобројним ромејским звањима, која се у различитим облицима преузимају још од Законоправила Светога Саве. Милутинова „сводна“ повеља Светом Ђорђу Горгу понавља имунитетну формулу која је делом ромејског (севаст, прахтор и „страж граду“ - кастрофилакс...), а делом словенског порекла (казнац, тепчија, судија, кнез...). О двојној природи ове формуле, у склопу анализе традиције ромејског права на овим просторима, Соловјев, *Законодавство*, 64-65.

16 Максимовић примећује да развој све већег броја имунитета у Ромејском царству: „доводи до парадоксалне појаве да се са функцијама кефалија (а нарочито других чиновника провинцијског апарата) наука чешће сусреће кроз имунитетне забране које представљају у ствари негацију њиховог рада, него кроз податке који осветљавају њихову делатност.” Максимовић, *Византијска провинцијска управа*, 90.

17 Установа кефалије, како под Палеолозима, тако и у средњовековној Србији, темељно је изучавана у последњих пола века. О кефалијама под Палеолозима, Љубомир Максимовић, *The Byzantine provincial administration under the Palaiologoi* (Amsterdam: Adolf M. Hakkert, 1988), 117-166. О кефалијама у српским земљама, Милош Благојевић, *Државна управа у српским средњовековним земљама* (Београд: Службени лист СРЈ, 2001), 246-285.

О надлежностима кефалија у држави Немањића и њеним наследницама говоре извори права различите правне снаге и степена општости: од законских прописа (ДЗ) и повеља, до судских одлука и трговачких разрешница, немогуће је замислити било коју сферу локалног живота у претежном делу српске државе касног средњег века¹⁸ без кефалијиног учешћа. Опис његових дужности у новом окружењу прилично је екстензиван. Ипак, он у битном остаје идентичан као и у Ромеја: „дужност је кефалије да руководи и управља повереним му градом... Исто је тако значајна и његова обавеза да бди над одржавањем, обнављањем и појачавањем градских утврђења и функционисањем посадне стражарске службе... Војничке дужности кефалијине, осим споменутог старања о тврђави, састоје се у припремању и снабдевању војника са његове територије, њихових коња и кола, како би увек били спремни да се одазову царевом позиву.”¹⁹

Осим тога, шире посматрано, кефалија се бави одржавањем правног поретка у целини. У том својству, он се појављивао и са разним улогама у судском поступку.²⁰ У појединим земљишним споровима, као и код различитих деликата, он служи као истражни орган. У појединим споровима, поступа као самосталан судија, док код других суди у колегијуму било као члан црквено-световног суда у „грчким градовима”, било доцније у доба Деспотовине, као члан већа градских угледника. Најпосле, он се могао појавити и као извршилац пресуде.

Из наведеног, виде се и разлози због којих је он био добро дочекан придошлица у управу српских средњовековних земаља. У време ширења и полета под Милутином, Стефаном Дечанским и Душаном, „кефалија је постао основни облик стручне локалне власти и као такав је доцније ушао у Законик” (Тарановски, *Историја*, 370). Он је морао добро руководити повереним подручјем, гарантовати безбедност и сузбијати тежње околне властеле, често служећи и као спона између елите и становника различитог порекла.²¹ У време растакања Царства, исту службу вршио је у корист осамостаљених обласних господара.²² У првим годинама Деспотовине, он је и даље довољно значајан, мада део својих надлежности дели са другим органима, попут кнеза, војводе, како где и пургара и цариника.²³ Он ће доцније опстати у земљама Бранковића и Црнојевића, са нешто измењеном улогом, након што се већи део Деспотовине враћа јединственом концепту војно-цивилне управе, са новим областима – *властима*, на челу са војводом.

18 Премда је установа затечена у градовима освојеним од Ромеја крајем XIII и у XIV веку, кефалија се као дужносник убрзо среће и у другим крајевима српских земаља. Са примерима, Благојевић, *Државна управа*, 251-253.

19 Љубомир Максимовић, *Византијска провинцијска управа*, 88-89= Љубомир Максимовић, *Byzantine provincial administration*, 146-147.

20 О правосудним функцијама кефалија детаљније код Максимовић, *Византијска провинцијска управа*, 147-149. Такође и Благојевић, *Државна управа*, 255-256.

21 У овом смислу пише и Соловјев (А. V. Solov'ev, „Греческие архонты в сербском царстве”, *Bizantinoslavica* II/1930, 285), наводећи и неколико сликовитих примера из грчких области царства: „Врло је занимљиво што, иако су дужности највише управе у областима поверене Србима, то су дужности месних кефалија остављене углавном у рукама Грка”.

22 У Ромејском царству, кефалије врше исте дужности за ромејске апанажисте, с тим што постоје примери да се и власт самих кефалија феудализује, Максимовић, *Byzantine provincial administration*, 161-166. О кефалијама после пропасти Српског царства, Благојевић, *Државна управа*, 266-285.

23 О другим градским дужносницима, поред кефалије, за време Деспотовине и његовом нестајању из земље Лазаревића, Момчило Спремић, *Деспот Ђурађ Бранковић и његово доба* (Београд: Службени гласник, 2020), 783-787; као и Раде Михаљчић, „Душанов законик у судској пракси”, у *Душанов законик – 650 година од његовог доношења*, уред. Рајко Кузмановић (Бања Лука: Академија наука и уметности Републике Српске, 2000), 49.

Многобројна почасна и управна звања у средњовековној Србији затичу се и пре системског увођења и додељивања од домаћих владара. Реч је, на пример, о оним титулама додељеним од стране цариградског двора српским владарима, чиме се, на још један начин, потврђивала његова симболична политичка превласт, што је представљало и моћно дипломатско оружје.²⁴ Такве титуле ће носити и угледни ромејски и бугарски пребези у српски табор, попут деспота Драгослава, севастократора Нићифора Исака, те Сиргијана Палеолога, који су Немањићима прилазили за време многобројних међусобних ратова за превласт на Полуострву.²⁵ Чак и по доцнијем успешном освајању нових крајева, низ таквих звања остаје само узгредно поменут у даљим изворима. Укључивањем њихових носилаца у редове властеле државе Немањића, оне, изгледа, опстају само у тој личној повезаности. Према томе, ови случајеви су изоловани и тек са посредним последицама на развој државног права. Тек после Душановог проглашења за цара, из Ромејског царства су преузета највиша достојанства, првобитно владарски епитети: деспот, севастократор и кесар, које само цар и може доделити. Па опет, чак и од раније присутна нижа управна звања, потекла у српској средини, имају своје ромејске пандане: (велики) слуга, ставилац итд.²⁶

У потпуности се следи и конфузан источноримски однос између титула и служби. Наиме, стара звања, чије су дужности биле изобичајене, претварала су се у титуле (епарх, ипат, велики доместик...) и замењивана су у управном систему са новима. Већина титула била је само почасног карактера тј. није повлачила са собом никакву службу. Ипак, њихови носиоци су често обављали, па и кумулирали различите дужности, због чега је долазило до поистовећивања између иначе неповезаних титула и звања. Обе стране овог сложеног односа тј. њихову повратну спрегу лепо примећује Рансимен (*Runciman, Byzantine civilization*, 67) – титуле су, по правилу, „носиоцу давале углед, али не и дужности; док је већина високих служби у држави повлачила за собом извршан чин.”

Раније успели покушај Љ. Максимовића да одреди појединости у вези звања севаста у средњовековној Србији управо показује овај начин усвајања модела из ромејске државне организације. Наиме, севаст је преузет у облику затеченом у новим пределима: и како је од времена Палеолога ово сасвим незнатна титула, врло се лако делила обласним угледницима, који су најчешће вршили функције финансијских чиновника, (ди)енергона и апографевса. Због тога је у посматраним крајевима, који су под Милутином, Стефаном Дечанским и

24 Реч је о примеру поштовања симболичне хијерархије владара у васељени, које је у домаћим изворима најпре отворено исказано у Немањиној повељи Хиландару. Наиме, иако иступају као независни, сви владари морају признати симболичну превласт васељенског цара. Уместо свих, Острогорски, *О веровањима*, 238-262 и 263-277. О овом питању, посматрајући га са становишта немањићких владара, са даљом литературом, Милош Благојевић, *Немањићи и Лазаревићи и српска средњовековна државност* (Београд: Завод за уџбенике и наставна средства, 2004), 247-276.

25 Овако се традиционално објашњавају изузетно ретки помени ових највиших достојанстава у Србији, који падају у доба краљева Стефана Дечанског и Душана. Поштујући већ поменуту владарску хијерархију, тешко је замислити да су они, самовољно их уводећи, иступали са царским прерогативима. Видети нпр. Божићар Ферјанчић и Сима Ђирковић, *Стефан Душан* (Београд: Завод за уџбенике и наставна средства, 2005), 170-174.

26 Посматрајући напредовње у служби Јована Оливера у преломним годинама уздицања краљевине и царевине Стефана Душана, Новаковић („Византијски чиновни”, 236-237) напомиње да оно задржава „главни ред који је и у византијским споменицима”. О звањима која је заузимао овај угледни великаш, сумарно, Ферјанчић, Ђирковић, *Стефан Душан*, 171-172.

Душаном дошли под власт Србије, титула севаста и правно и фактички постала изједначена са службом порезника.²⁷

Ипак, у случајевима где је узор за правну позајмицу доследније уређен у систему из којег се позајмљује, таква остаје и сама позајмица у средини у којој се прихвата, односно задржава. Поред кефалије и севаста, у локалној, и централна управа Србије Немањића усваја два кључна ромејска звања: логотета и протовестијара.

Логотет, прецизније велики логотет, саображен је по надлежностима цариградском општем логотету, као највишем владаревом канцелару. Осим управљања владаревом канцеларијом, издавањем повеља и повезаним дужностима, где је надређен од раније познатим дијацима, он има и највишу власт у црквеним питањима. Члан 25. Душановог законика изричито наводи овај његов прерогатив: „Црквама да влада господин цар и патријарх и логотет, а други нико”.²⁸ И ово је у складу са његовим познатим надлежностима у Ромејском царству. На пример, сачувана је одлука логотета који потврђује првостепену пресуду васељенског судије у спору око црквене имовине, која је начелно била неизмењива.²⁹

Слично је и са протовестијаром. Иако је он у доба Палеолога само почасна титула, реч је о службенику који је раније био надлежан за владарев вестижаријум, једну од његових личних ризница. Ова је служба морала бити добро позната и у средњовековној Србији, због чега се јавља наместо казнаца, чиновника ранијих краљева, задужених за владареве финансије.³⁰ Сем тога, деловање обојице поменутих, као и њихових ранијих пандана, везује се и за дипломатске мисије које тадашњи владари предузимају. Од осталих чисто ромејских звања, у српској средини је потврђено још неколико њих, првенствено везаних за дворску службу, као што су лагатор и енохијар.³¹ Низ других биће посведочен за владавине Душанове и његових наследника (укључујући и тесалске Немањиће-Палеологе): велики стратопедарх, велики папије, велики доместик, велики примикирије...³²

У вези са претходно наведеним - у историографији је појачана друштвена стратификација, чак и феудализација ромејске државе у последњим вековима, нарочито убрзана за

²⁷ Максимовић, *Византијски свет и Срби*, 261-271. Још један пример се среће у Лесновској хрисовуљи, у чијој се имунитетској формули, као могући повредници манастирских права јављају: кефалија, севаст, кнез и судија. Сви поменути су носиоци дужности, не титула, па се то може закључити и за севаста. Новаковић, „Византијски чиновни”, 257-258.

²⁸ Бубало, *Законик*, 158

²⁹ Lemerle, *Le monde Byzantine*, 307-308. У повељи великом логотету почившег деспота Лазара Бранковића, Стефану Ратковићу, босански краљ Стефан Томаш потврђује „логотетство велико и власт над црквама”, Александар Соловјев, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. године* (Београд: САНУ – Одељење друштвених наука, 1980), 192. О (великом) логотету, са даљом литературом, Благојевић, *Државна управа*, 167-185.

³⁰ У том смислу, Новаковић, „Византијски чиновни”, 260. О протовестијару уопште, Благојевић, *Државна управа*, 186-203. Доцније, за време Бранковића, исту службу ће вршити „челник ризнички”.

³¹ О њима, сасвим сумарно, са примерима, Новаковић, *Византијски чиновни*, 264.

³² Поново, делом је реч о титулама које је грчка властела већином задржала под Душаном и доцнијим српским владарима, док је код других чак потврђено и напредовање на хијерархијској лествици. Ипак, држим да је слабо вероватно да је Душан, како су то тврдили неки старији писци, позивајући се на Григору и Кантакузину, у потпуности завео цариградски дворски ред, са свим његовим достојанствима. Ово особито због тога што, како је приметио Рансиман (*Византијска цивилизација*, 77) многе раније службе и на самом ромејском двору, после Обнове 1261. године, остају непопуњене. Тешко је претпоставити да је било могуће да се у свега пар деценија постојања Српског царства све оне заведу и доделе, чак и уз преузимање ромејских дужносника. Ипак, ово је питање за засебно истраживање.

време Палеолога, одавно примећена.³³ Она често нема правна, већ фактичка обележја, мада оба постају израженија са протоком времена. Реалност тадашњег управног апарата јесте да се бројне дужности поверавају чиновницима који су цару лично блиски и одани, чак и кад су *stricto sensu* ненадлежни, или носе титуле неvezане за конкретну дужност, што додатно отежава проучавање ове епохе. Није чудно ни да титулари без ресора почну да се везују за одређене послове (као севаст у Србији за финансијске), као ни да одређена службена звања постану феудалне природе, о чему сведочи присуство дугогодишњих кефалиотских порођица у неким крајевима ромејске државе.³⁴

Такав ромејски управни систем, унеколико поједностављен, који комбинује управу „по налогу“ и „по дужности“, у потпуности одговара потребама Србије тог времена. Наиме, потребе управљања све већом територијом онемогућиле су владарево управљање само путем повереника, „владуштих“ или „владалица краљевства ми“, без јасно профилисаних дужности. Најпре су се, из домаће средине, развила посебна звања за управнике владаревих прихода и земљишног фонда (казнац и тепчија), затим даља дворска звања (попут слуге и ставилца). У знатној мери, затчена ромејска провинцијска администрација се наслонила на тај систем, док су два најбитнија звања централне управе (логотет и протовестијар) избила на његов врх, потискујући постојећа домаћа.³⁵

Напред је већ било речи о ромејским дужносницима који су се, вољно или невољно, обрели у проширеним границама Србије последњих Немањића. Многи од њих су, у складу са поменутом феудализацијом ромејског друштва, припадали тзв. земаљској аристократији, као окосници тадашњег војног система свих балканских држава. Стога се и код цара Душана јавила потреба да, у свом законодавном раду, у што већој мери изједначи припаднике властеоског staleжа, ма ког порекла и ујемчи им правну и имовинску сигурност.

У ту сврху, у склопу ДЗ се доноси се више прописа. Док неки од њих узимају у обзир генерално задовољавање ширих интереса властеле као staleжа, гарантовањем неповредивости стечених привилегија и имунитета (чл. 39), други подвлаче подједнаку одговорност за кршење сталешких обавеза (чл. 173). Први од њих, представља једну прелазну одредбу, донету како би се свој властели, без обзира на статус и порекло (властели и вастеличићима, Србима и Грцима) и Законом гарантовала неповредивост баштина, која им је већ била потврђена ранијим повећама.³⁶³⁷ У наредном члану 40. јемичи се правоваљаност и свих

33 Уместо свих, Георгије Острогорски, *О византијском феудализму* (Београд: Просвета, 1969)

34 Maksimović, *Byzantine provincial administration*, 163-166.

35 Тарановски (*Историја*, 366-367) разликује ова два типа управе, назначујући први као ранији и простији, а други као потоњи и напреднији. Ипак, он их, сасвим исправно не цени статично, већ као напоредне појаве, у светлу доступне праксе.

36 Краљ и цар ово јемчи црквеној и световној властели у повељи издатој граду Кроји 1343. године, уз помињање конкретних поседа, као и кир Георгију Фокопулу, потврђујући пресуду мешовитог градског суда у Серу, простагом из 1346. године, те и после доношења Законика, потврђујући му баштину (куће у Серу) хрисовуљом из 1352. године. Александар Соловјев и Владимир Мошин, *Грчке повеље српских владара* (London: Variorum Reprints, 1974), 312-317; 72-75; 178-182.

37 Овај члан је сачуван само у Призренском и Раковачком рукопису ДЗ, пошто је, као прелазна одредба, убрзо изгубио сврху – о чему сведочи већ наредни члан ДЗ, који има исто дејство, само *pro futuro*. Међутим, ова два преписа доносе варијанте члана 39. различите по смислу. Наиме, Призренски рукопис јемчи неповредивост баштина које је Душан потврдио до законодавног сабора 1349. године, док се у Раковачком среће формулација „дато им прѣ државе мои“, што имплицира да потврду, под условом да баштине држе и у тренутку сабора, имају и даровнице ромејских царева. За потоње решење се одлучно изјашњава Соловјев, *Законик*, 205, тврдећи

донетих и будућих Душанових хрисовуља и простагми „како и првних правовѣрних царь”.³⁸ Једини доцнији помен Грка, поново као властеле, налази се у члану 173. ДЗ, који прописује истоветну одговорност за лопова и разбојника, који би се нашао на царевом двору као део властеле пратње, као и за оног властелина (Грка, Немца, Србина или ког другог) у чијој би пратњи на двор приспео.³⁹

Код свих ових примера, уочава се правно изједначавање властеле (Срба и Грка, најпосле и „Немаца”⁴⁰ и других), јемчећи им исту правну заштиту, привилегије, те намећући им и исте обавезе. Знаменито је и то што се, са изузетком два непосредна и два посредна помена у Законику, када је реч о властели, не среће никакво даље народносно разликовање код прописивања њиховог положаја. Тиме се потврђује Душанова намера да у целокупној својој држави и међу свим њеним поданицима⁴¹ заведе јединствени правни поредак – наравно, у оној мери у којој се о њему може говорити у једном друштву тога времена, са многобројним затеченим имунитетима и привилегијама повлашћених staleжа.⁴²

Ово позакончење је имало корен у практичним потребама нове државе. Истакнута „грчка властела”, која се приклонила српском краљу и цару, као што је напред наведено, остаје на својим местима са својим титулама и привилегијама неокрњеним, чак уз могућност напредовања.⁴³ Доцније, она ће формирати кичму управног и судског апарата грчко-српских држава, особито Тесалске⁴⁴ и Серске, за коју нам је и остало највише података.

Осим „грчке властеле” и црква и манастира, посебне привилегије у територијално и правно фрагментисаном Источноримском царству уживају и поједини градови. Они су,

да формулација у Призренском рукопису од овог члана чини непотребан дупликат члана 40. Једино што ово решење доводи у питање јесте јединствен директан стил, несвојствен Законику.

38 Бубало, *Законик*, 83

39 *Ibid.*, 113

40 О „Немцу” у ДЗ, Соловјев, *Законик*, 316-317. У истом смислу, Бубало, *Законик*, 215.

41 Душанова држава је грађена као вишенационално, православно царство. У прилог царевим намерама даље говори и једна напомена Соловјева (Solov'ev, „Греческие архонты”, 278), о доследно спроведеној законодавној интервенцији: „У српској редакцији Властарева синтагме, која је имала бити основни грађанско-црквени кодекс новог царства” реч „Ромеј” је доследно замењивана речју „православни”. О оваквој сврси Душановог законодавства, код истог аутора (Соловјев, *Законик*, 14-15, 17).

42 О сврси Душановог законодавног рада се приклањам мишљењу Соловјева (*Законодавство*, 75): „Главна тежња тог рада – да се у новом царству учврсти правни ред Византије, да се својим грчким поданицима Душан прикаже не као узурпатор него као легитимни цар...” Ипак, многобројне разлике између српског и ромејског права навеле су Ђ. Бубалу (*Законик*, 16) да посумња да ли је Душанов законодавни рад уопште имао за циљ да разлике у правним системима превазиђе кроз јединствено законодавство, или само да право у српским земљама приближи затеченим ромејским узорима.

43 Из перспективе државне управе, они најчешће остају и на својим дужностима, па чак и добијају нова звања и службе у новој Царевини – српски систем управних области, „држава”, са домаћим управницима, упија у себе разне ромејске дужносике и њихова звања. Соловјев (Solov'ev, „Греческие архонты”, 277) тим поводом закључује: „Иако de facto Србима припадају руководећа улога, то су de iure Грци са њима равноправни. То је видљиво из целокупне цареве идеологије. Он хоће да буде наследник грчких „православних царева”, ослања се на њихове законе и милости и потврђује их.” Ипак, како то примећује Сулис, грчка властела се не среће на истакнутим местима у самој царевој близини, већ им преостаје могућност за напредовањем у матичној средини. О истакнутој грчкој властели, поред наведених аутора, сасвим сумарно и Ферјанчић и Ђирковић, *Стефан Душан*, 198-202.

44 Сумарно, о српским и ромејским утицајима на Тесалску државу Симеона-Синише, Радивој Радић, „Преплитање византијских и српских утицаја у држави Симеона Уроша (Синише) Палеолога”, у *Душанов законик – 650 година од његовог доношења*, уред. Рајко Кузмановић (Бања Лука: Академија наука и уметности Републике Српске, 2000), 71-78. О Серској држави, њеној управи и, пре свега, њеном судству, биће речи ниже у раду.

нарочито у приликама када су мењали господаре, потпадајући под туђи или враћајући се под ромејски суверенитет, успевали за себе да придобију бројне привилегије и имунитете у односу на централну власт. Са доласком нових, српских господара, било је сасвим логично да ће њихово становништво и вођство настојати да та преимућства потврди, ако не и појача.

Међутим, Србији појам градске самоуправе, па чак и аутономије није био непознат – већ око век и по пре Душанових освајања, она се среће код оних градова који су под врховну власт Србије дошли за време Стефана Немање, као део његове „дедовине”: Скадра, Дриваста, Улциња, Бара, Будве и Котора, као и у случају Дубровачке општине, која са српским земљама у свом залеђу има жив правни (махом трговачки) саобраћај.

Ипак, привилегије ромејских градова су нешто другачије, пошто су, по својој форми, дароване и потврђене „споља”, од централне власти, док су у случају градова Зетског приморја, као плод делатности локалне средине, само примиле санкцију од српског владара. Поред тога, у „градовима грчким” се, као ни у осталим „градовима српским”, не може тражити постојање у потпуности уобличеног грађанског сталежа који је титулар свих тих преимућстава. Већи део тих привилегија махом задржава сталешки предзнак.⁴⁵

Судећи по јединој српској повељи за овакав тип града – реч је о повељи краља Душана граду Кроји, из 1343. године⁴⁶ – чини се да је краљ, потоњи цар, поступао у потпуности у складу са обрасцима претходних ромејских царева, најпосле и њему непосредно претходних Палелого. Наиме, заснивајући своју власт у новим крајевима, он се легитимише као настављач, па и (симболички) сродник претходних правоверних царева, позивајући се на повеље „цара Манојла Великог Комнина и ранијих [царева] па исто и блаженопомињаног Ласкара, деда нашег и оца нашег и по нашим”.⁴⁷ Структура повеље, очувана у преводу, у потпуности следи ромејским узорима: након набрајања разних имања која се потврђују начелно „свима реченога града Кроје, како великим тако и малим”,⁴⁸ краљ његовом грађанству потврђује одређене економске, судске и управне имунитете, попут ослобађања од царине и других дажбина и глоба, те забрањује (вишекратно) ма какво узнемиравање од стране управних чиновника. Знаменита одредба о судству гласи: „Нико од чиновника да не буду задржавани по делу, него ма каква била њихова кривица и парница, да се кажњавају по спроведеној расправи и истрази.”⁴⁹

⁴⁵ У том смислу Тарановски, *Историја*, 160, 162-163, као и Максимовић, *Византијска провинцијска управа*, 160-161.

⁴⁶ Повеља је сачувана у латинском преводу са грчког језика, као и повеља Андроника III Палеолога (од 1333. године), у склопу златне буле Алфонса V Арагонског из 1457. године. За издање латинског текста и српског превода, Соловјев и Мошин, *Грчке повеље*, 311-320, који повељу млађег Андроника погршно приписују старијем. О њиховој садржини, сасвим кратко, Максимовић, *Byzantine provincial administration*, 259-260. Јасно је зашто Душан не помиње изравно Андроника III, као свог непосредног претходника, за чијом смрћу се одважио на даља освајања, која су обухватила и Кроју.

⁴⁷ Соловјев и Мошин, *Грчке повеље*, 315

⁴⁸ Соловјев и Мошин (*Грчке повеље*, 315) допуњују „свима [становницима] реченог града Кроје”. Овај податак није у контрадикцији са изнад наведеним, пре свега сталешким карактером ових привилегија, ако се узме у обзир да Душан повељу и издаје на молбу коју му подносе „преосвећени епископ Кроје и часни клир ове исте цркве, и властела истог града” *Ibid.*, 313. Они су прави интересенти већег дела потврдних одредаба ове христовуље, који се тиче (градских) баштина. Наравно, претпоставка је да се остали имунитети односе и на остатак грађана Кроје.

⁴⁹ *Ibid*

На овај начин, Душан уводи нове стандарде и у српско право, пошто је сасвим вероватно да је, имајући на уму поменути пример Кроје, потврдио низ хрисовуља „правоверних царева”, по узору на свог деду и оца, које нажалост нису сачуване. Ипак, одблесак овог великог рада на придобијању грађанства у грчким земљама, види се су члановима његовог Законика. Најпре, налик члану 124. ДЗ, поново је реч о прелазној одредби, којом се јемчи пуноважност хрисовуља и простагми, издатих пре законодавног сабора 1349. године, чији су титулар „градови грчки, које је освојио господин цар”, као и правну неповредивост онога што је у њима записано.⁵⁰ Претходно, цар је то учинио граду Кроји, а сасвим је извесно да је таквих повеља било још.

Следећа привилегија, која се тичала градског суђења у „градовима царства ми”, дакле, у новоосвојеним ромејским градовима, среће се позакоњена у члану 176. Душановог законика. Он прописује да у поменутим градовима има судити суд састављен од најугледнијих световњака и клирика. М. Живојиновић, посматрајући изворе за неколико различитих ромејских (потом српских) градова, сматра да се овај суд развио попуњавањем црквеног, митрополитовог савета/суда са одређеним световним дужносницима (попут кефалије, бившег кефалије и других), како би се умерио утицај црквеног судства, које је постепено било проширило своју надлежност и на световне спорове.⁵¹ Највероватније је да је друга страна овог процеса било и именовање лаика на места чланова тзв. „прве пентаде”, шесторице митрополитових најближих сарадника, који се редовно срећу у саставу оба суда.⁵² Ипак, ромејско градско судство је могло имати различите видове. Чак ни у самом Серу, за који постоји највише података, састав суда није увек исти, а колегијум не чини исти број судија.⁵³ Дакле, формулација чл. 176. ДЗ намерно је широка како би обухватила најразличитије облике градског судства у градовима преузетим од Ромејског царства.

Иако делује да је предузет замашан труд на очувању постојећег стања, као и на уједначавању правног стања у свим деловима Душанове државе, самом цару је било јасно да између земаља освојених на југу од Милутиновог доба и оних на северу постоје извесне правне разлике: у управи, судству, статусним, аграрним и другим правним односима.⁵⁴ У северном делу доминира српско обичајно право, далеко једноставније него развијено ромејско, упркос векова његовог упрошћавања и специфичне примене. Поменуто свакако подстиче стварање новог законодавства, али и формалну поделу земље на крајеве северно од Скопља, којима номинално управља краљ Урош, царев престолонаследник, и оне јужно од овог града, који се непосредно налазе под Душановом влашћу.

⁵⁰ Бубало, *Законик*, 100

⁵¹ Мирјана Живојиновић, „Судство у грчким областима Српског царства”, *Зборник радова Византолошког института*, 10/1967, 197-240. Слично, у свом пионирском раду, Александар Соловјев, „Судије и суд по градовима Душанове државе”, *Гласник Скопског научног друштва* 7/1930, 152. Њихове закључке о градском судству у ромејским градовима, у периоду српске власти, разрађује и Зоран Мирковић, „Суђење и судије у Србији од XIII до XV века” (*докторска дисертација*, Правни факултет Универзитета у Београду: 2002), 161-172.

⁵² За низ примера, Мирјана Живојиновић, „Судство у грчким областима”, 207-227, *passim*. Ипак, она тај суд и даље назива судом митрополије/ епископије, чак и кад га разматра у вези оних случајева када суди као мешовити.

⁵³ У већ поменутој простагми кир Георгију Фокопулу, помиње се збор који доноси „судску повељу”, под председништвом кефалије Сера, Михаила Аврабаке, а који чини царска властела, у којој Соловјев („Судије и суд”, 159) види мешовити суд црквене и световне властеле. О мешовитом суду у Серу пишу и Острогорски, *Византија и Словени*, 258-264; 534-555, бавећи се васељенским судијама у Серу, те општим уређењем Серске државе.

⁵⁴ У том смислу, Благојевић, *Српска државност*, 267.

Ова подела је оставила трага код ондашњих хроничара (Н. Григоре),⁵⁵ али и у другим савременим изворима – у више царевих повеља помињу се земље „краљевства и царства” – „српске и грчке земље”, малтене као два засебна ентитета, у погледу трговачких повластица, управе, судства, па и организације црквене и световне власти.⁵⁶ Ипак, стварни домаћај ове поделе од раније је утврђен као савим практично ограничен; докле год се владарска власт стварно налазила у рукама цара-оца, краљ-син стоји готово невидљив за политичку, док у правној историји оставља сасвим ограничен траг, рецимо, у сасвим кратким потврдама очевих повеља, као и као носилац јавних овлашћења из редова царског дома, увек уз цара и царицу у Душановом законуку (чл. 43. и 136).⁵⁷ Основни чиниоци врховне власти, краљ (макар као савладар) и сабор, „на јасан начин истичу разлику између структуре врховне власти у Душановом царству и Византији.”⁵⁸ Ова разлика допуњује сложени мозаик ранијих утицаја, српских и ромејских, у изградњи установа нове државе. Ипак, она не умањује јак утицај потоње, као непосредног узора и узрока за државноправне реформе.

ВАСЕЉЕНСКЕ СУДИЈЕ И СУДИЈЕ ЦАРСТВА МИ

Дугогодишња нестабилност, честе промене власти на појединим територијама, кварење управног и судског система кроз куповину звања и мито уопште, довели су до урушавања поверења у световне судове. Због овога су духовни судови, осим своје надлежности у верским и патримонијалним споровима, полако постали све уваженији као инстанце за изрицање правде и у другим случајевима. Појавила се потреба за новим уређењем судства у Ромејском царству, како би се показало да, барем у највишем степену, царска власт (као световна) може да обезбеди непристрасно и квалитетно дељење правде. У том циљу, по угледу на реформу Манојла Комнина, два Палеолога, Андроник II и III, у два наврата реформишу царско судство (*sekretion*), 1296. и 1329. године.⁵⁹

55 Фрањо Баришић и Божидар Ферјанчић, уред. *Византијски извори за историју народа Југославије, том VI* (Београд: Византолошки институт САНУ, 1986), 270. За нешто другачији превод Максимовић, *Византијски свет и Срби*, 236. У сваком случају, писање ондашњих ромејских јавних радника показује да је ова подела била сасвим позната на тадашњој политичкој сцени Полуострва.

56 О основаности ове поделе у изворима, уместо свих, Максимовић, *Византијски свет и Срби*, 235-238. и Ферјанчић (ВИИНЈ, 270-272.). Знаменит је и Михаљчићев суд: „По овој замишљеној правној граници пуцали су шавови Царства”. Михаљчић, „Душанов законик у судској пракси”, 35-36.

57 О овим питањима, уместо свих, Сима Ђирковић, „Краљ у Душановом законуку”, ЗРВИ 33/1994, 149-164, који наводи неколико ваљаних разлога за задржавање краљевске титуле, поверене Урошу, уз проглашење Царства. Даље напомиње да се код ове поделе: „налазимо у сфери симболичког и правног, јер фактички је све једноставно: Душан је стварни владар...” *Ibid.*, 152.

58 Благојевић, *Српска државност*, 270

59 Сумарно, са даљом литературом, Георгије Острогорски, *Историја Византије* (Београд: Miba Books, 2019), 369; Лемерл (Lemerle, *Le monde de Byzance*, 294), наводећи Пахимера, истиче као прави разлог за реформу Андроника Старијег: „la vénalité des juges, et peut-être le mécontentement populaire”, док је непосредан повод био страхан земљотрес који је погодио Цариград и друге делове Царства, а који је протумачен као божанско знамење.

Како највиши суд од 12 клирика и лаика сенаторског ранга није дуго потрајао, појавила се потреба да Андроник Млађи, 1329. године,⁶⁰ спроведе нову реформу судства, засновану на његовим темељима. Овога пута, цар је именовао четворицу васељенских судија, двојицу из реда клирика и двојицу из реда лаика, световњака.⁶¹ Њихова надлежност је, начелно, обухватала све световне порове. Они би их судили колегијално (саборно), а одлуке доносили једногласно и сви их потписивали, као највише, царске судије. То је значило и да незадовољне стране нису имале право на жалбу.

Како би се избегла корупција, која је, изгледа, била разлог како настанка, тако и нестанка претходног суда из времена старијег Андроника, цар-унук судијама даје значајне годишње приходе, као и друге гаранције положаја. Владар својом личношћу штити судије, а после њихове смрти и њихову децу, од освете ма ког лица.⁶² Са своје стране, они су се заклињали да неће примати мито, ни трпети туђе утицаје, као и да ће надокнадити штету проузроковану неправедним суђењем.⁶³

Васељенске судије су, у једном документу назване „главешине свима који живе у свим градовима и земљама”. Већ од 1334. године и простагме Андроника Трећег, ауторитет васељенског судије се простире где год да суди. Они могу позвати на испомоћ у вршењу својих надлежности и извршењу својих одлука ма ког локалног званичника. Ако му овај одбије помоћи у вршењу дужности, може га разрешити и му одузети сва добра и имовину, или га казнити другом казном коју нађе за сходно.⁶⁴ Дакле, они су били подвргнути како општој, тако и посебној надлежности васељенских судија - за пропуштање да му асистирају у вршењу његове службе.

Овакав правни положај показује велики значај овог покушаја централизације и подизања ауторитета световног судства у РOMEЈА. Међутим, већ 1337. године, у посебном поступку поводом примања мита, пред судом којим су председавали цар и патријарх у Светој Софији, тројица од прве четворице васељенских судија РOMEЈА су опозвани.⁶⁵ Већ у наредном периоду, учињене су измене у уређењу ове установе, јер се показало да „свемоћ” њиховог положаја није деловала као брана од корумпирања, већ (можда и) као подстицај.

Због малог броја судских аката и друге документарне грађе, тешко је успоставити сасвим прецизну хронологију ових измена, пошто је наредна деценија била врло нестабилна за Цариград.⁶⁶ Услед тога, тешко је одредити које од њих долазе као последица Андроникових реформи после овог скандала (1337-1341), а које су условљене логистичким потребама

⁶⁰ Разлози за окретање унутрашњим реформама на самом почетку самосталне владавине (јануар-март 1329. године) код Андроника Млађег могу се тражити у жељи за сређивањем прилика пре његове малоазијске кампање – завршене поразима код Пелеканона и Филокрене јуна 1329. године. После њеног краха, ромејска војска није могла предузимати никакве веће акције на тлу Мале Азије – до краја Андроникове владавине готово сви већи и значајнији градови, сем Филаделфије, пали су под османску власт. Уместо свих, Радивој Радић, *Црно столеће: Време Јована V Палеолога (1332-1391)* (Београд: Завод за уџбенике, 2013), 60-62. и даље.

⁶¹ Гр. *katolikos kritis*, фр. *juge général*, лат. *judex generalis*, општи или највиши судија, члан царског суда.

⁶² Lemerle 1978, 299

⁶³ Сачуван је и текст о постављењу, те заклетва васељенског судије по ступању на дужност. Видети код Lemerle, *Le monde de Byzance*, 298.

⁶⁴ Основним надлежностима и о положају ових судија, уместо свих, *Ibid.*, поглавља X-XIV.

⁶⁵ О овом скандалу, Лемерл (*Ibid.*, 301-302), који исправља и погрешно старије мишљење око личности јединог неопозваног судије.

⁶⁶ Поменимо само цара смрт Андроника III (јуна 1341. године) и дуги грађански рат (1341-1347) између Јована Кантакузина, великог доместика и његове „десне руке” и намесништва царевог сина Јована V у Цариграду.

саме установе (велики број предмета у раду) и расточене државе, која убрзо губи територијални континуитет и до своје пропасти опстаје само као низ слабо повезаних апанажа.

Било како било, ове промене брзо постају видљиве. Према једном судском акту из 1341. године, један васељенски судија може сам да доноси одлуку – тачније, по један решава за сваки крај царства.⁶⁷ Одлуке васељенских судија више нису биле ненападљиве. Најпре, уколико се одлука тичала црквене имовине, велики логотет је могао да је преиспита. Доцније, настаје и редовни поступак за преиспитивање њихових одлука. По Лемерлу (1978, 375), који анализира неколико доцнијих одлука васељенских судија: „Нико не може изменити пресуду васељенског судије, сем онога који ју је донео или, уз његову сагласност, један од његових колега, такође васељенски судија”. Дакле, прокламовани принцип саборности опстаје, али само на начелном нивоу и то у „другом степену”, без сумње као последица изнад наведених историјских околности.

Имајући у виду овакав њихов историјат, поставља се питање да ли је Душаново царство, те његове наследнице, могло да преузме установу васељенских судија.⁶⁸ Парадоксално, у науци је то одавно неспорно за потоње, али не и за претходно. За Лемерла, који се није бавио судством средњовековне српске државе, осим његовим додирима са ромејском правосудном организацијом,⁶⁹ васељенске судије, које се помињу у актима њених грчко-српских наследница, слично онима у Трапезунту, јесу само „имитација“ и слеђење узора реформе Андроника III.⁷⁰

Више писаца је проучавало васељенске судије које се јављају у појединим значајнијим наследницама Душанове државе: у Тесалији и Серској држави.⁷¹ Пошто помени у њима не долазе увек из судских аката – на пример, васељенски судија може бити само посведочен са том титулом у простагми, као што је случај са Антонијем, васељенским судијом под царем Симеоном-Синишом⁷² – тиме је проучавање њиховог положаја нешто теже. Једини изузетак

О томе, уместо свих, Радић, *Црно столеће*, 109-173. Управо ово време ће посведочити највећи успон Стефана Душана, овенчан и царском титулом.

⁶⁷ Лемерл (Lemerle, *Le monde de Byzance*, 304) дозвољава да је ова промена настала тек после скандала од 1337. године, настављајући: „али могуће је да је умножење случајева ово учинило неопходним”. Било како било, у доцнијем периоду се помињу васељенске судије као „обласне”, сем у престоници - у Солуну, на Лемносу, Мореји, те и у Трапезунтском царству. М. Живојиновић („Судство у грчким областима, 202) сматра да се васељенске судије у Серској држави јављају у склопу процеса децентрализације ове установе.

⁶⁸ За разлику од провинцијске управе Палеолога, за коју није било сумње да је преузета од српске државе тога времена, судски систем у балканским областима Ромејског царства био је, по свему судећи, већ у XIII веку потпуно урушен локалним привилегијама и конфузијом надлежности са управним властима, те фактички није ни постојао. Уместо свих, Макцимовић, *Византијска провинцијска управа*, 143.

⁶⁹ И када то чини, он узима уређење, по много чему специфичне, Серске државе деспине (царице) Јелене и деспота Јована Угљеше, која је без разлике преузимала ромејски управни и судски систем. Слично је и са поменом васељенских судија у држави цара Симеона – Синише Немањића Палеолога.

⁷⁰ Пишући о њима, Лемерл (Lemerle, *Le monde de Byzance*, X, 314) закључује: „C'est le titre, plus que la fonction, qui semble avoir été conservé, et il est probable qu'il faut souvent interpréter ainsi les titres grecs conservés dans l'empire serbe.” („Титула је, пре него функција, та која је изгледа остала очувана, и вероватно би требало овако тумачити и друге грчке титуле очуване у Српском царству.”)

⁷¹ О васељенским судијама под наследницама Душановог царства (1360-1371), видети Lemerle, *Le monde de Byzance*, X, 312-314; Острогорски, *Византија и Јужни Словени*, 235-254; Ферјанчић, *Србија и Византија*, 203-266, passim.

⁷² „Enfin dans un prostagma de Siméon Uroš, de mai 1362, on trouve encore mentionné Antoine avec le titre de Juge Général”. Lemerle, *Le monde de Byzance*, X, 311. Текст поменуте повеље, Соловјев и Мошин, *Грчке повеље*, бр. XXXIII, 93-95.

јесте Серска област, чија грађа, иако невелика бројем, представља релативно плодно тле за изучавање ове установе у српско(-грчко)м праву. У овој политици, васељенске судије суде као чланови већа, у коме учествују најзнатнији представници града: претходни и активни кефалија, митрополит и други чланови црквеног суда, који чине већину овог трибунала.⁷³ Овакав мешовити суд, у потпуности одговара слову и духу члана 176. Душановог законика, о чему је већ било речи. На тај начин, показује се континуитет са раније узаконеним привилегијама, мада ће пре бити речи о непосреднијем ромејском утицају, него о вољи да се задржи континуитет са царевим правом.

Осим једног помена у свом латинском облику (*iudex generalis*),⁷⁴ васељенске судије нису посведочене ни у једном извору из периода Душанове владавине, као ни у северним пределима у којима доцније врховну власт ефективно држи цар Урош. Ипак, могуће је да је српско право усвојило васељенске судије у једном другом облику. Судије „царства ми” су у нашој науци већ препознати као засебан судијски staleж, одвојен од патримонијалног и владаревог личног судства, као и других судских система у немањићкој држави.⁷⁵

Многобројне паралеле са васељенским судијама приметио је Мирковић (2005). Наиме, и они, као васељенске судије после 1341. године, имају своју област и изричу правду у име цара. Немају права на узимање „оброка”, те ни веће мито свакако не долази у обзир. О вредности њиховог звања говори и аналогно право да позову локалне органе на сарадњу, посебно у случају крађе и разбојништва, где неодозовање таквом налогу значи да би се казнили „као и они који су се оглушили о цареву заповед”.⁷⁶

Све напред речено наводи на помисао да је српско средњовековно право, поред непосредног преузимања ромејских установа у управном праву и судство, посредним или непосредним путем, прихватило многобројне узоре из истог правног система. Ипак, њихова трајност и утицај у новој средини варирају спрам потреба новонасталих држава обласних господара, до њиховог нестанка. Алимпић⁷⁷, неоправдано одлучно, закључује да су све „накалемљене” установе нестале током времена, а „народне” опстале. Нешто нијансиранији приступ, који на овом месту покушан, чини се да показује да и би и код њих требало са великом обазривошћу оценити њихов утицај и „животни век” до краја средњег века.

73 Соловјев („Греческие архонты” 1930, 285) наводи како све (махом грчке) кефалије, бивше и тренутне, заједно са грчким клиром суде у мешовитим судовима „носећи чисто византијску титулу васељенских судија”, док је посве ретко видети Србина међу судијама. О судовима и судијама у Серској држави, већ је било речи изнад.

74 Реч је о писму о саставу посланства које цар Душан упућује папи Иноћентију VI, које, поред осталих, чини и извесни Божидар, који носи поменути титулу, са којом су западњаци ословљавали и ромејске васељенске судије. Ово поистовећивање предлаже Ферјанчић, *Србија и Византија*, 215. Проблем са поистовећивањем ових звања настаје због ширине самог термина: *iudex generalis* означава највишег, општег судију. Због овога, у нашој науци су присутна још два могућа превода ове титуле – дворски судија (Јиречек и др.) и судија царства ми (Мирковић, „Судије царства ми”, 22 без инсистирања).

75 Мирковић, „Суђење и судије”, 49-65. Тарановски (*Историја*, 279-283) ове норме о судијама смешта, заједно са војним судством, у „државно судство”, не изјашњавајући се о пореклу ових судија. Наравно, судијску професију помињу начелно и извори пре Законика, тако да је пре истраживачима тешко питање које се норме о судијама односе на „судије царства ми”, а које на „државне судије” начелно и може ли се међу њима правити разлика.

76 Бубало, *Законик*, 206

77 Алимпић, 1921, 134-135.

ЗАКЉУЧАК

Реформе које се предузимају у Византији су последњи покушаји одржања централне власти (управне и судске) на колико-толико повезаној територији и заустављање њеног даљег осипања, чији ће успех бити променљив. Саме по себи, оне нису могле зауставити дугу силазну путању ромејског државног строја, убрзану исцрпљујућим грађанским ратовима, најпре Кантакузена и Палеолога, те потоњих између себе. Српско преузимање и разрада тих реформи у кратковекој Царевини Срба и Грка, имала је супротно постање и узроке. Душанова освајања су учинила његову државу легитимним настављачем Источног Рима, а „Романија“, као унеколико посебна политика у тој држави, изискивала одржање постојећег уређења. Отуда рецепција и традиција, као и унеколико прилагођавање њеног правног система под новом владавином.

Правни систем у српским земљама пре Душанових освајања, иако начелно приближан ромејском већ од времена првих Немањића, изискивао је даље унапређивање. У том циљу, заведене су и службе, попут кефалија, лототета, протовестијара, судија „царства ми“ и других, као и дворски церемонијал и титуле, које непосредно следе ромејским узорима. Чувајући затечено на новоприпојеним територијама и прилагођавајући га локалним потребама и стању у остатку своје државе, Душан својим законодавним радом покушава исто што и први Палеолози, па и његов савременик Андроник III – (ограничену) централизацију и ефикаснију управу проширеног царства – међутим, нестанак династије Немањића и феудална фрагментација њихове државе онемогућили су овај правац развоја. Његове наследнице, државе обласних господара, нису поседовале исте капацитете за такве подухвате. Оне најдуготечније међу њима, пре свих Српска деспотовина, своје судске и управне реформе спроводиће у другачијим околностима и у супротном смеру – повратком на конфузију војних, судских и управних власти – борећи се за опстанак.

ЛИТЕРАТУРА / LITERATURE:

1. Алимпић, Д. Ђ. *Управне власти у старој српској царевини – правно-историјска студија*. Београд: Издавачка књижарница „Напредак“, 1921. / Alimpić, D. Đ. *Upravne vlasti u staroj srpskoj carevini – pravno-istorijska studija*. Београд: Izdavačka knjižarnica „Napredak“, 1921.
2. Баришић Фрањо и Божић Ферјанчић, уред. *Византијски извори за историју народа Југославије, том VI*, Београд: Византолошки институт САНУ, 1986. / Barišić Franjo i Božidar Ferjančić, ured. *Vizantijski izvori za istoriju naroda Jugoslavije, tom VI*, Београд: Vizantološki institut SANU, 1986.
3. Благојевић, Милош, „Реформа државне управе и Душанов законик“, у *Душанов законик – 650 година од његовог доношења*, уред. Рајко Кузмановић. Бања Лука: Академија наука и уметности Републике Српске, 2000, 51-70. / Blagojević, Miloš, „Reforma državne uprave i Dušanov zakonik“, u *Dušanov zakonik – 650 godina od njegovog donošenja*, ured.

- Rajko Kuzmanović. Banja Luka: Akademija nauka i umetnosti Republike Srpske, 2000, 51-70
4. Благојевић, Милош. *Државна управа у српским средњовековним земљама*, Београд: Службени лист СРЈ, 2001. / Blagojević, Miloš. *Državna uprava u srpskim srednjovekovnim zemljama*, Beograd: Službeni list SRJ, 2001.
 5. Благојевић, Милош. *Немањићи и Лазаревићи и српска средњовековна државност*, Београд: Завод за уџбенике и наставна средства, 2004. / Blagojević, Miloš. *Nemanjići i Lazarevići i srpska srednjovekovna državnost*, Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, 2004.
 6. Благојевић, Милош. *Српска државност у средњем веку*, Београд: Српска књижевна задруга, 2011. / Blagojević, Miloš. *Srpska državnost u srednjem veku*, Beograd: Srpska književna zadruga, 2011.
 7. Бубало, Ђорђе, прир. *Душанов законик*, Београд: Завод за уџбенике/Службени гласник, 2010. / Bubalo, Đorđe, prir. *Dušanov zakonik*, Beograd: Zavod za udžbenike/Službeni glasnik, 2010.
 8. Бубало, Ђорђе, „Време Душановог законика”, *Slovene 2/2015*. / Bubalo, Đorđe, „Vreme Dušanovog zakonika”, *Slovene 2/2015*.
 9. Живојиновић, Мирјана. „Судство у грчким областима Српског царства”, *Зборник радова Византолошког института*, 10/1967, 197-240. / Živojinović, Mirjana. „Sudstvo u grčkim oblastima Srpskog carstva”, *Zbornik radova Vizantološkog instituta*, 10/1967, 197-240.
 10. Костренчић, Марко. „Душанов законик као одраз стварности свога времена” у *Зборник у част шесте стогодишњице Законика цара Душана*, уред. Никола Радојчић. Београд: САН, 1951, 27-44. / Kostrenčić, Marko. „Dušanov zakonik kao odraz stvarnosti svoga vremena” u *Zbornik u čast šeste stogodišnjice Zakonika cara Dušana*, ured. Nikola Radojčić. Beograd: SAN, 1951, 27-44.
 11. Lemerle, Paul. *Le monde de Byzance: Histoire et Institutions*, London: Variorum Reprints, 1978.
 12. Максимовић, Љубомир. *Византијска провинцијска управа у доба Палеолога*. Београд: Византолошки институт САНУ, 1972. / Maksimović, Ljubomir. *Vizantijska provincijska uprava u doba Paleologa*. Beograd: Vizantološki institut SANU, 1972.
 13. Maksimović, Ljubomir. *The Byzantine provincial administration under the Palaiologoi*, Amsterdam: Adolf M. Hakkert, 1988.
 14. Максимовић, Љубомир. *Византијски свет и Срби*, Београд: Историјски институт, 2008. / Maksimović, Ljubomir. *Vizantijski svet i Srbi*, Beograd: Istorijski institut, 2008.
 15. Марковић, Биљана. *Јустинијанов закон: средњовековна византијско-српска правна компилација*, Београд: САНУ, Одељење друштвених наука, Извори српског права XV, 2007, 40. / Marković, Biljana. *Justinijanov zakon: srednjovekovna vizantijsko-srpska pravna kompilacija*, Beograd: SANU, Odeljenje društvenih nauka, Izvori srpskog prava XV, 2007, 40.
 16. Мирковић, Зоран. „Суђење и судије у Србији од XIII до XV века”, *докторска диисертација*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2002. / Mirković, Zoran. „Suđenje i sudije u Srbiji od XIII do XV veka”, *doktorska diisertacija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2002.

17. Мирковић, Зоран, „Судије „царства ми” Душановог законика”, у *Законик цара Стефана Душана: Зборник радова са научног скупа одржаног 3. октобра 2000, поводом 650 година од проглашења*, уред. Сима Ћирковић и Коста Чавошки, Београд: САНУ, 2005, 21-35. / Mirković, Zoran, „Sudije „carstva mi” Dušanovog zakonika”, u *Zakonik cara Stefana Dušana: Zbornik radova sa naučnog skupa održanog 3. oktobra 2000, povodom 650 godina od proglašenja*, ured. Sima Ćirković i Kosta Čavoški, Beograd: SANU, 2005, 21-35.
18. Михаљчић, Раде, „Душанов законик у судској пракси”, у *Душанов законик – 650 година од његовог доношења*, уред. Рајко Кузмановић. Бања Лука: Академија наука и уметности Републике Српске, 2000, 35-50. / Mihaljčić, Rade, „Dušanov zakonik u sudskoj praksi”, u *Dušanov zakonik – 650 godina od njegovog donošenja*, ured. Rajko Kuzmanović. Banja Luka: Akademija nauka i umetnosti Republike Srpske, 2000, 35-50.
19. Новаковић, Стојан, „Византијски чинов и титуле у српским земљама XI-XV века”, *Глас СКА LXXVIII/1908*, 178-279. / Novaković, Stojan, „Vizantijski činovi i titule u srpskim zemljama XI-XV veka”, *Glas SKA LXXVIII/1908*, 178-279.
20. Острогорски, Георгије, „Душан и његова властела у борби са Византијом”, у *Зборник у част шетсте стогодишњице Законика цара Душана*, уред. Никола Радојчић, Београд: САН, 1951, 79-86 = Острогорски, Георгије. *Византија и Словени*, Сабрана дела, књ. 4. Просвета, Београд 1970, 190-196. / Ostrogorski, Georgije, „Dušan i njegova vlastela u borbi sa Vizantijom”, u *Zbornik u čast šetste stogodišnjice Zakonika cara Dušana*, ured. Nikola Radojčić, Beograd: SAN, 1951, 79-86 = Ostrogorski, Georgije. *Vizantija i Sloveni*, Sabrana dela, knj. 4. Prosveta, Beograd 1970, 190-196.
21. Острогорски, Георгије. *О византијском феудализму*, Сабрана дела, књ. 1. Београд: Просвета, 1969. / Ostrogorski, Georgije. *O vizantijskom feudalizmu*, Sabrana dela, knj. 1. Beograd: Prosveta, 1969.
22. Острогорски, Георгије. *Византија и Словени*, Сабрана дела, књ. 4. Београд: Просвета, 1970. / Ostrogorski, Georgije. *Vizantija i Sloveni*, Sabrana dela, knj. 4. Beograd: Prosveta, 1970.
23. Острогорски, Георгије. *О веровањима и схватањима Византинаца*. Сабрана дела, књ. 5, Београд: Просвета, 1970. / Ostrogorski, Georgije. *O verovanjima i shvatanjima Vizantinaca*. Sabrana dela, knj. 5, Beograd: Prosveta, 1970.
24. Острогорски, Георгије. *Историја Византије*. Београд: Miba Books, 2019. / Ostrogorski, Georgije. *Istorija Vizantije*. Beograd: Miba Books, 2019.
25. Радић, Радивој, „Преплитање византијских и српских утицаја у држави Симеона Уроша (Синише) Палеолога”, у *Душанов законик – 650 година од његовог доношења*, уред. Рајко Кузмановић, Бања Лука: Академија наука и уметности Републике Српске, 2000, 71-84. / Radić, Radivoj, „Preplitanje vizantijskih i srpskih uticaja u državi Simeona Uroša (Siniše) Paleologa”, u *Dušanov zakonik – 650 godina od njegovog donošenja*, ured. Rajko Kuzmanović, Banja Luka: Akademija nauka i umetnosti Republike Srpske, 2000, 71-84.
26. Радић, Радивој. *Црно столеће: Време Јована V Палеолога (1332-1391)*, Београд: Завод за уџбенике, 2013. / Radić, Radivoj. *Crno stoleće: Vreme Jovana V Paleologa (1332-1391)*, Beograd: Zavod za udžbenike, 2013.
27. Радојчић, Никола, „Душанов Законик и византиско право”, у *Зборник у част шетсте стогодишњице Законика цара Душана*, уред. Никола Радојчић, Београд: САН, 1951,

- 45-78. / Radojčić, Nikola, „Dušanov Zakonik i vizantisko pravo”, u Zbornik u čast šetste stogodišnjice Zakonika cara Dušana, ured. Nikola Radojčić, Beograd: SAN, 1951, 45-78.
28. Runciman, Steven. *Byzantine civilization*, Methuen, London 1966. = Ransiman, Stiven. *Vizantijska civilizacija*. prevod Desanka Kurtović. Beograd: Službeni glasnik, 2021.
 29. Соловјев, Александар В. *Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*. Скопље Скопско научно друштво, 1928. / Solovjev, Aleksandar V. *Zakonodavstvo Stefana Dušana cara Srba i Grka*. Skopje Skopsko naučno društvo, 1928.
 30. Соловјев, Александар. „Судије и суд по градовима Душанове државе”, *Гласник Скопског научног друштва* 7/1930, 147-162. / Solovjev, Aleksandar. „Sudije i sud po gradovima Dušanove države”, *Glasnik Skopskog naučnog društva* 7/1930, 147-162.
 31. Solov'ev, A. V. „Греческие архонты в сербском царстве”, *Bizantinoslavica* II/1930, 275-287. / Solov'ev, A. V. „Grečeskie arhonty v serbskom carstve”, *Bizantinoslavica* II/1930, 275-287.
 32. Соловјев, Александар и Владимир Мошин. *Грчке повеље српских владара*, London: Variourum Reprints, 1974. / Solovjev, Aleksandar i Vladimir Mošin. *Grčke povelje srpskih vladara*, London: Variourum Reprints, 1974.
 33. Соловјев, Александар. *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. године*, Извори српског права VI, Београд: САНУ – Одељење друштвених наука, 1980. / Solovjev, Aleksandar. *Zakonik cara Stefana Dušana 1349. i 1354. godine*, Izvori srpskog prava VI, Beograd: SANU – Odeljenje društvenih nauka, 1980.
 34. Спремић, Момчило. *Деспот Ђурађ Бранковић и његово доба*. Београд: Службени гласник, 2020. / Spremić, Momčilo. *Despot Đurađ Branković i njegovo doba*. Beograd: Službeni glasnik, 2020.
 35. Тарановски, Теодор. *Историја српског права у Немањинској држави I – Историја државног права*, Ниш: Талија, 2020. / Taranovski, Teodor. *Istorija srpskog prava u Nemanjićkoj državi I – Istorija državnog prava*, Niš: Talija, 2020.
 36. Ферјанчић, Божидар. *Византија и Јужни Словени*. Београд: Завод за издавање уџбеника СР Србије, 1966. / Ferjančić, Božidar. *Vizantija i Južni Sloveni*. Beograd: Zavod za izdavanje udžbenika SR Srbije, 1966.
 37. Ферјанчић, Божидар и Сима Ћирковић. *Стефан Душан*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства, 2005. / Ferjančić, Božidar i Sima Ćirković. *Stefan Dušan*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, 2005.
 38. Ферјанчић, Божидар. *Србија и Византија*, друго издање. Београд: Службени гласник, 2024. / Ferjančić, Božidar. *Srbija i Vizantija*, drugo izdanje. Beograd: Službeni glasnik, 2024.
 39. Šarkić, Srđan. „Zašto Syntagma, a ne Heksabiblos”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 40-1/1990, 73-79.

STATE LAW REFORMS OF STEFAN DUŠAN AND THE RHOMAIAN STATE LAW OF THE PALAIOLOGIANS

Dorđe Stepic⁷⁸

University of Belgrade Faculty of Law

Summary: After the conquest of important Rhomaian territories by the Serbian rulers, an increasingly strong influence of Rhomaian law appeared in the Serbian state order. It reached its peak with Emperor Stefan Dušan's legislative and legal-reform work in general, which steadily rested on Roman foundations. The purpose of this paper is to show that such a path of legal reorganization is not only carried out in principle, i.e. the way of relying on the thousand-year history of the Eastern Roman legal system, but that in many respects it is directly connected with the latest facets of Roman law, embodied above all in its development from the era of the first emperors of the Palaiologian dynasty, up to Dušan's contemporary, Emperor Andronikos III. Their rule brought an attempt to centralize the Eastern Roman state, which is seen in the closer subjugation of fragmented territories to the imperial power, through administrative measures, and diplomatic and military action, with variable success. At that time, the Blastares' Syntagma was drawn up (around 1335), the jurisdiction of the secular and ecclesiastical courts was more precisely defined, and the position of the highest imperial judges (universal judges) was redefined – who served as likely models for the “judges of the empire” of Dušan's Code. These and other parallels, primarily administrative and legal, will be viewed in a historical and comparative legal framework, in order to better understand the connection between Dušan's and previous reforms in the Roman Empire.

Key words: Dušan's legislation. Serbian medieval law. Judiciary and administration. Palaiologian dynasty. Rhomaian law

⁷⁸ The author is a Teaching Associate and a PhD student at the University of Belgrade Faculty of Law, djordje.stepic@ius.bg.ac.rs, ORCID iD: 0009-0004-0422-9686.

UMJETNA INTELIGENCIJA I ZAŠTITA POTROŠAČA – PRIMJER PROCJENE KREDITNE SPOSOBNOSTI

Anita Petrović¹

Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

Sažetak: Pojmom umjetna inteligencija označavaju se sistemi koji pokazuju inteligentno ponašanje tako što analiziraju svoje okruženje i izvode radnje – uz određeni stupanj autonomije – radi postizanja određenih ciljeva. Kako se umjetna inteligencija brzo infiltrira u razne sektore, uključujući sektor finansijskih usluga, pred regulatorima je izazov adekvatne pravne regulacije kako bi subjekti imali povjerenje u tehnologiju koja ima sposobnost autonomnog donošenja odluka. Krovni akt kojim Europska unija uređuje primjenu umjetne inteligencije jest Uredba o utvrđivanju usklađenih pravila o umjetnoj inteligenciji (Akt o umjetnoj inteligenciji). Kada su u pitanju transakcije koje uključuju potrošače masovna upotreba alata omogućenih umjetnom inteligencijom treba, između ostalog, biti usklađena sa zakonodavstvom o zaštiti potrošača. Nova Direktiva (EU) 2023/2225 o ugovorima o potrošačkim kreditima sadrži odredbu kojom se predviđaju određena prava potrošača u slučaju primjene umjetne inteligencije kod procjene kreditne sposobnosti. Cilj rada je analizirati pravila Direktive (EU) 2023/225 vezano za procjenu kreditne sposobnosti koja uključuje automatiziranu obradu podataka kako bi se utvrdilo kako nova pravila utječu na pravni položaj dužnika potrošača.

Кljučне riječi: automatizirana obrada podataka, potrošač, Direktiva 2023/2225, procjena kreditne sposobnosti.

1. UVOD

Strateški najznačajnija tehnologija 21. stoljeća jeste *umjetna inteligencija* (*artificial intelligence*, AI). To je tehnologija koja mijenja naš svijet, društvo i industriju na sličan način kao što je to nekad učinio parni stroj i električna energija.² Nauka se još uvijek nije složila oko jedinstvene i sveobuhvatne definicije pojma umjetna inteligencija.³

U najširem smislu umjetna inteligencija je skup tehnologija koje koriste ogromne količine podataka, napredne algoritme te snagu i brzinu računara.⁴ Podaci su „sirovine“ umjetne intelligen-

¹ Vanredni profesor, e-mail: anita.petrovic@untz.ba ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4164-3876>

² Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Europskom vijeću, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i odboru regija, Umjetna inteligencija za Europu, COM(2018) 237 fin., Brisel, 25.4.2018., 1-2.

³ O pojmu umjetne inteligencije vidi Ana Pošćić, „Postoji li potreba pravnog uređenja umjetne inteligencije u Europskoj uniji - razlozi za i protiv“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 42, 2 (2021):388-390.

⁴ Europska Komisija, *Bijela knjiga o umjetnoj inteligenciji* - Europski pristup izvrsnosti i izgradnji povjerenja, COM(2020) 65 final, Brisel, 19.2.2020., 2.

cije, a algoritmi su mehanizmi kojima alati umjetne inteligencije upotrebljavaju podatke i uče nove zadatke.⁵ Ova tehnologija temelji se na ideji da je ljudski intelekt moguće modelirati i simulirati na računar. Polazna točka umjetne inteligencije jesu napredni algoritmi koji kroz dinamične modele analize podataka oponašaju ljudske sposobnosti kao što su učenje, razmišljanje, razumijevanje, planiranje.⁶ Jedan od glavnih oblika umjetne inteligencije je strojno učenje (*machine learning*). Strojno učenje djeluje tako što algoritam prepoznaje obrasce i korelacije u postojećim podacima i zatim to znanje primjenjuje na nove podatke. Što je veći skup podataka bolje se mogu otkriti suptilni odnosi među podacima, jer algoritam iz podataka uči o svom okruženju i komunicira s njim. Algoritmi strojnog učenja mogu automatski učiti iz podataka i predviđati rješenja temeljena na iskustvu.⁷ Napredniji oblik umjetne inteligencije, odnosno podvrsta strojnog učenja je duboko učenje (*deep learning*) gdje algoritmi djeluju kao višeslojna neuronska mreža, odnosno oponašaju neurone ljudskog mozga što im omogućava još efikasnije učenje iz podataka i primjenu takvog znanja na nove podatke. Ovaj oblik umjetne inteligencije u mogućnosti je obavljati još složenije zadatke kao što je prepoznavanje slike ili govora.

Na nivou Europske unije (dalje: EU) prva definicija umjetne inteligencije sadržana je u Komunikaciji Komisije „Umjetna inteligencija za Europu“ gdje se pojmom umjetna inteligencija (UI) označavaju sistemi koji pokazuju inteligentno ponašanje tako što analiziraju svoje okruženje i izvode radnje – uz određeni stupanj autonomije – radi postizanja određenih ciljeva. Nadalje se pojašnjava da sistemi temeljeni na umjetnoj inteligenciji mogu biti samo softverski i djelovati u virtualnom svijetu (npr. glasovni asistent, softver za analizu slike, tražilice, sistemi prepoznavanja glasa i lica) ili mogu biti ugrađeni u hardverske uređaje (npr. napredni roboti, autonomni automobili, dronovi ili aplikacije za internet stvari).⁸

Revolucionaran korak na putu pravne regulacije sistema umjetne inteligencije učinjen je nedavnim usvajanjem Uredbe (EU) 2024/1689 o utvrđivanju usklađenih pravila o umjetnoj inteligenciji⁹ (dalje: Akt o umjetnoj inteligenciji). Akt o umjetnoj inteligenciji predstavlja prvi pravni akt u Europi, ali i svijetu, koji se bavi složenim pitanjima i rizicima umjetne inteligencije. Novim pravilima EU želi stvoriti ujednačen pravni okvir kako bi se poticali razvoj, korištenje i prihvaćanje antropocentrične i pouzdane umjetne inteligencije na unutarnjem tržištu i istodobno ostvarila visoka razina zaštite javnih interesa, kao što su zdravlje i sigurnost te zaštita temeljnih prava, uključujući demokraciju, vladavinu prava i zaštitu okoliša, kako su priznata i zaštićena pravom Unije od štetnih učinaka umjetne inteligencije, te poticale inovacije.¹⁰ Umjetna inteligencija je prisutna u svim sferama društva i većina sistema umjetne inteligencije ne predstavlja rizik, no ipak postoje i

5 Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Europskom vijeću, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i odboru regija, Dovršenje pouzdanog jedinstvenog digitalnog tržišta za sve, COM(2018) 320 final, Brisel, 15.5.2018., 9.

6 Serge Gijrath, „Consumer Law as a Tool to Regulate Artificial Intelligence“, in *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, eds. Hans-W. Micklitz, Oreste Pollicino, Amnon Reichman, Andrea Simoncini, Giovanni Sartor and Giovanni De Gregorio (Cambridge: Cambridge University Press, 2022), 282-283.

7 *Ibid.*, 283.

8 Umjetna inteligencija za Europu, 1.

9 Uredba (EU) 2024/1689 Europskog parlamenta i Vijeća od 13.6.2024. o utvrđivanju usklađenih pravila o umjetnoj inteligenciji i o izmjeni uredaba (EZ) br. 300/2008, (EU) br. 167/2013, (EU) br. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 i (EU) 2019/2144 te direktiva 2014/90/EU, (EU) 2016/797 i (EU) 2020/1828 (Akt o umjetnoj inteligenciji), OJ L 2024/1689, 12.7.2024.

10 Čl. 1. i t. 8. preambule Akta o umjetnoj inteligenciji.

oni koji stvaraju rizike. Pod rizikom se smatra kombinacija vjerojatnosti nastanka štete i težine te štete. Akt o umjetnoj inteligenciji temelji se na principu rizika, pa se sistemi umjetne inteligencije klasificiraju kao sistemi neprihvatljivog rizika, visokorizični, ograničenog rizika, minimalnog rizika. Što je stupanj rizika veći pravila su stroža. Sistemi umjetne inteligencije koji ulaze u kategoriju ograničenog rizika moraju ispuniti blaže zahtjeve vezano za transparentnost, dok sistemi umjetne inteligencije koji se smatraju visokorizičnim podliježu strogom nadzoru i obavezama.

2. ZAŠTITA PRAVA POTROŠAČA

Kada je u pitanju zaštita potrošača Europska komisija vrlo jasno naglašava da upotreba alata umjetne inteligencije u transakcijama između poduzeća i potrošača treba biti poštena, transparentna i usklađena sa zakonodavstvom o zaštiti potrošača. Ističe se da potrošači trebaju biti jasno informirani o upotrebi, značajkama i svojstvima proizvoda omogućenih umjetnom inteligencijom, trebaju moći kontrolirati podatke nastale upotrebom tih alata i znati komunicirati s uređajem ili drugim čovjekom. Osim toga, naglašava se da u interakciji s automatiziranim sistemom korisnike treba informirati o tome kako da stupe u kontakt s čovjekom i kako osigurati da se automatizirane odluke mogu provjeriti i ispraviti.¹¹

Primjena novih tehnologija prvenstveno služi personalizaciji transakcija koje uključuju potrošače, ali s druge strane nove tehnologije u određenoj mjeri mogu voditi i „personalizaciji“ pravnih pravila.¹² To ima i svoje prednosti. Tako primjerice, umjesto standardiziranog („neosobnog“) informiranja, za koje su i pravna teorija i praksa utvrdili da ima niz nedostataka, uz pomoć tehnologije Velikih podataka i alata umjetne inteligencije potrošačima se mogu pružiti informacije prilagođene njihovim potrebama, očekivanjima, kognitivnim sposobnostima i sl., odnosno može se postići personalizirano („osobno“) informiranje. Time se učinkovitije može ostvariti svrha obaveze informiranja, a to je donošenje individualne informirane i odgovorne odluke.¹³

2.1. Umjetna inteligencija i ciljano oglašavanje

Internetske platforme kao novi digitalni trgovci i društvene mreže zahvaljujući naprednim algoritmima obrađuju ogroman volumen osobnih podataka svojih korisnika kako bi dobili nove uvide i pronašli obrasce i korelacije u podacima s ciljem razvrstavanja korisnika u određene kategorije i predviđanja njihovog ponašanja.¹⁴ Kada su u pitanju potrošačke transakcije profiliranje

¹¹ Umjetna inteligencija za Europu, 17.

¹² Alberto De Franceschi and Reiner Schulze, „Digital Revolution-New Challenges for Law: Introduction“, in *Digital Revolution-New Challenges for Law*, eds. Alberto de Franceschi and Reiner Schulze (München-Baden-Baden: C.H. Beck-Nomos, 2019), 10.

¹³ Christoph Busch, „The future of pre-contractual information duties: from behavioural insights to big data“, in *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, ed. Christian Twigg-Flesner (Cheltenham-Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016), 232.

¹⁴ Gabriele Mazzini, „A System of Governance for Artificial Intelligence through the Lens of Emerging Intersections between AI and EU Law“, in *Digital Revolution – New challenges for Law*, eds. Alberto De Franceschi and Reiner Schulze (München-Baden-Baden: C.H. Beck-Nomos, 2019), 266-267.

korisnika, kao oblik automatizirane obrade podataka kojim se nastoji kategorizirati pojedince, najčešće služi za personalizirano oglašavanje, personalizirane ponude, tj. preporučeni sadržaj ili preporučeni proizvod, personalizirane cijene i sl. Trgovci koriste različite algoritme strojnog učenja kako bi pratili aktivnosti potrošača u online okruženju npr. pregledavanje sadržaja i interakcija, prethodna online kupovina, objave i lajkovi na društvenim mrežama, online plaćanje, korištenje aplikacija i sl., da bi potrošačima pružili odabrane informacije i oblikovali sadržaj spram njihovih interesa i potreba. Upravo korištenje alata umjetne inteligencije za predviđanje budućeg ponašanja potrošača omogućava trgovcima da svoju poslovnu praksu precizno usmjere na određene kategorije potrošača npr. novi roditelji, mladi, poslovne žene u dobi od 30 do 40 godina, trudnice, penzioneri, samci i sl. Na taj način se potrošaču iz određene kategorije preporučuje sadržaj ili proizvodi na temelju onoga što su kupili drugi potrošači iz njegove kategorije.¹⁵

Obrada osobnih podataka potrošača alatima umjetne inteligencije u svrhu personaliziranog oglašavanja ulazi pod pojam profiliranja iz Opće uredbe o zaštiti podataka¹⁶, (dalje: Opća uredba (EU) 2016/679). Prema čl. 4. st. 4. Opće uredbe (EU) 2016/679 „izrada profila” *znači svaki oblik automatizirane obrade osobnih podataka koji se sastoji od upotrebe osobnih podataka za ocjenu određenih osobnih aspekata povezanih s pojedincem, posebno za analizu ili predviđanje aspekata u vezi s radnim učinkom, ekonomskim stanjem, zdravljem, osobnim sklonostima, interesima, pouzdanosti, ponašanjem, lokacijom ili kretanjem tog pojedinca*. Profiliranje se oslanja na tehnike rudarenja podataka koji se potom koriste za izradu predviđanja i predviđanje potreba pojedinca. Profiliranje potrošača samo po sebi nije nedopušteno. Međutim, kad se profiliranje vrši u svrhu personaliziranog ciljanog oglašavanja shodno čl. 21. st. 2.-4. Opće uredbe (EU) 2016/679 ispitanik ima bezuvjetno pravo uložiti prigovor na obradu svojih podataka za potrebe direktnog oglašavanja, uključujući izradu profila, u mjeri u kojoj je ono povezano s takvim oglašavanjem.¹⁷ Ako ispitanik uložiti prigovor njegovi osobni podaci se više ne smiju koristiti za potrebe direktnog oglašavanja. Trgovci su dužni prilikom prve komunikacije s potrošačem skrenuti mu pažnju na pravo na prigovor, i to na jasan način odvojeno od bilo koje druge informacije. To znači ukoliko obrada podataka potrošača prevazilazi potrebe izvršenja ugovora, već trgovac podatke prikupljene putem svoje internet stranice obrađuje radi prodaje trećim osobama, potrošač mora biti jasno upoznat da ima pravo odbiti obradu svojih podataka u te dodatne svrhe. Međutim, često se događa da potrošači nisu ni svjesni u koje sve svrhe se obrađuju njihovi podaci, jer trgovci znaju vješto zamaskirati opciju pravo na prigovor za obradu podataka u svrhu direktnog oglašavanja.

Brojne su prednosti primjene umjetne inteligencije i kada su u pitanju potrošačke transakcije, ali ne smiju se zanemariti ni rizici. Jedan od rizika je monopol nad prikupljanjem podataka potrošača i njihovog iskorištavanja u ekonomske svrhe, npr. ciljano oglašavanje i poruke. Nadalje, umjetna inteligencija omogućava mehanizme kojima se kroz praćenje ranijeg ponašanja potrošača usmjerava i mijenja njihovo buduće ponašanje. Koristeći kognitivne i bihevioralne modele umjetna inteligencija može izdvojiti osobnost i psihološki profil potrošača i tako još učinkovitije

¹⁵ Online trgovci primjerice koriste sintagme „kupci koji su kupili ovaj proizvod također su kupili i ...” ili „možda će vas zanimati i ...” i sl.

¹⁶ Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka), OJ L 119/1

¹⁷ T. 70. preambule Opće uredbe (EU) 2016/679.

utjecati na njega.¹⁸ Slanjem velikog broja preporučenih poruka i oglasa, npr. preporučena kupovina, preporučeni odmor, preporučena muzika, preporučena financijska ili medicinska usluga i sl., stvara se prostor za manipulaciju odlukama potrošača. To otvara pitanja slobode izbora, autonomije volje i diskriminacije.¹⁹

2.2. Automatizirano pojedinačno donošenje odluka

Korištenje alata umjetne inteligencije za obradu podataka i izradu profila potrošača pored toga što služi u marketinške svrhe služi i za *automatizirano donošenje odluka*. Razvoj algoritama strojnog učenja i njihova sve veća upotreba u eri velikih podataka doveli su do toga da je automatizirano odlučivanje postalo skoro pa pravilo, a ne izuzetak.²⁰ U svim sektorima, uključujući i financijske usluge, masovno se koriste algoritamski sistemi odlučivanja (*algorithmic decision system*, ADS), gdje algoritam donosi odluku uz ili bez sudjelovanja čovjeka. Umjetna inteligencija obrađuje različite podatke, stoga se postavlja pitanje relevantnosti i točnosti samih podataka koji joj služe kao „sirovina“²¹, ali i relevantnost kvaliteta samog algoritma koji se koristi za profiliranje i automatizirano donošenje odluka. Ako podaci korišteni u postupku automatiziranog odlučivanja ili izrade profila nisu točni (zastarjeli podaci, netočno tumačenje podataka spram vanjskog okruženja), samim tim ni odluka ni profil neće biti točni. Čak i ako su neobrađeni podaci točno zabilježeni, skup podataka ne mora biti potpuno reprezentativan ili algoritam može sadržavati skrivene pristranosti. Rizik netransparentnosti algoritma Komisija je prepoznala kao konkretan i potencijalno veliki rizik za sigurnost i temeljna prava. Razlog tome je što često nije moguće odrediti kako je umjetna inteligencija došla do određenog rezultata - problem „crne kutije“²².

U praksi su sve češći primjeri da se algoritmi koriste za donošenje odluka o važnim pitanjima u životu pojedinca kao što je pristup kreditu, zaposlenje, liječenje, izricanje kazni i sl. Zbog čega neizostavno postoje i rizici kao što je diskriminacija, zatim povreda privatnosti, dostojanstva, autonomije volje, rizici vezani za zdravlje, kvalitet života, dobrobit i fizički integritet.²³ Diskriminacija je prepoznata kao glavni rizik automatiziranog odlučivanja. Razlog je što sami algoritmi u tehničkom smislu imaju zadatak klasificirati pojedince u određene kategorije prema određenim obilježjima, tj. praviti razlike među njima i tako ograničavati raznolikost sadržaja kojem su izloženi. Algoritamska diskriminacija već je prepoznata kod ciljanog oglašavanja, zapošljavanja, odobravanja

18 Giovanni Sartor, „New aspects and challenges in consumer protection“, Study for the committee on the Internal Market and Consumer Protection, Policy Department for Economic, Scientific and Quality for Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2020., 14-15. Dostupno na: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648790/IPOL_STU\(2020\)648790_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648790/IPOL_STU(2020)648790_EN.pdf), pristupljeno 17.7.2024.

19 *Ibid.*, 15.

20 Diana Sancho, „Automated Decision-Making under Article 22 GDPR: Towards a More Substantial Regime for Solely Automated Decision-Making“, in *Algorithms and Law*, eds. Martin Ebers and Susana Navas (Cambridge: Cambridge University Press, 2020), 141.

21 Umjetna inteligencija za Europu, 2.

22 Opširnije vidi Agnieszka Jabłonowska and Przemysław Pałka, „EU Consumer Law and Artificial Intelligence“, in *The Transformation of Economic Law: essays in honour of Hans-W. Micklitz*, eds. Lucila de Almeida, Marta Cantero Gamito, Mateja Durovic and Kai P. Purnhagen (Chicago: Hart Publishing, 2019), 96-99.

23 Claude Castelluccia and Daniel Le Métayer, *Understanding algorithmic decision-making: Opportunities and challenges*, Study for the European Parliament, 2019., 7. Dostupno na: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624261/EPRS_STU\(2019\)624261_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624261/EPRS_STU(2019)624261_EN.pdf), pristupljeno 18.7.2024.

kredita, pristupa pravdi.²⁴ Pojedinci iz određene skupine nikad neće primjerice dobivati oglase, poruke i ponude za određene vrste financijskih usluga ili će im se ciljano nuditi skupe i rizične financijske usluge, zato što se oglasi šalju spram ranijih klikova na internetu. Na taj način im je automatski uskraćen pristup određenom segmentu financijskog tržišta. Osim toga, primjerice u slučaju procjene kreditnog rizika koju provodi algoritam u obzir se uzimaju i podaci prikupljeni praćenjem aktivnosti pojedinca na internetu.

Kako je automatizirano odlučivanje postalo sve prisutnije po prirodi stvari nametnulo se pitanje pravne regulacije i zaštite pojedinaca na koje se odnose takve odluke, a koje su donesene na podlozi njihovih osobnih podataka. U tom smislu značajna je odredba čl. 22. Opće uredbe (EU) 2016/679 kojom se regulira zabrana potpuno automatiziranog pojedinačnog donošenja odluka. U čl. 22. st. 1. Opće uredbe (EU) 2016/679 propisano je da *ispitanik ima pravo da se na njega ne odnosi odluka koja se temelji isključivo na automatiziranoj obradi, uključujući izradu profila, koja proizvodi pravne učinke koji se na njega odnose ili na sličan način značajno na njega utječu*. Iako je propisano da ispitanik ima pravo, ipak čl. 22. st. 1. Opće uredbe (EU) 2016/679 shodno t. 71. preambule, tumači se kao opća zabrana potpuno automatiziranog pojedinačnog donošenja odluka, uključujući izradu profila, koja ima pravni ili sličan učinak na pojedinca. Razlog tumačenja čl. 22. st. 1. kao zabrane, a ne prava, je da se naglasi da pojedinci imaju nadzor nad svojim osobnim podacima i da su automatski zaštićeni od potencijalnih negativnih učinaka automatizirane obrade.²⁵ U čl. 22. st. 1. propisano je da se odluka mora temeljiti „isključivo na automatiziranoj obradi, uključujući izradu profila“. Isključivo automatizirano donošenje odluka znači donošenje odluka tehnološkim sredstvima bez sudjelovanja ljudi. Međutim, mišljenje je da čl. 22. st. 1. treba ekstenzivno tumačiti tako da automatizirano pojedinačno donošenje odluka može ipak uključivati simboličnu ljudsku intervenciju.²⁶ Da bi se nešto smatralo ljudskim sudjelovanjem, voditelj obrade mora osigurati da je svaki nadzor nad odlukom smislen, a ne samo simboličan čin. Trebao bi ga provoditi netko tko je ovlašten i kompetentan izmijeniti određenu odluku. Ta osoba u okviru analize mora razmotriti sve relevantne podatke.²⁷ Ključno pitanje kod automatiziranog odlučivanja nije može li se određena odluka kategorizirati kao ljudska ili strojna, već zadržava li svoju automatiziranu prirodu i u slučaju sudjelovanja ljudi u postupku odlučivanja.²⁸

Pojam „odluka“ koju donosi umjetna inteligencija također treba shvatiti u širem smislu, od toga da uključuje odluku *stricto sensu*, u formalnom smislu, npr. odluka o prijemu na fakultet donesena povodom zahtjeva pojedinca, ili donesena po službenoj dužnosti, npr. odluka o počinjenom prekršaju, do toga da se uvidi, zaključci i predviđanja koje generira umjetna inteligencija a koji kasnije služe za različite analize, procjene i odluke, npr. za oblikovanje sadržaja koji se na

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Radna skupina za zaštitu podataka iz čl. 29. Direktive 95/46/EZ, Smjernice o automatiziranom pojedinačnom donošenju odluka i izradi profila za potrebe Uredbe 2016/679, (WP251, rev. 01), usvojene 3.10.2017., revidirane 6.2.2018., 20. Dostupno na https://azop.hr/wp-content/uploads/2020/12/wp251rev01_hr.pdf, pristupljeno 22.7.2024.

²⁶ Danijela Vrbljanac, „Zaštita osobnih podataka“, u *Europsko privatno pravo, posebni dio*, Emilia Mišćenić, Ivana Kunda, Silvija Petrić, Vlatka Butorac Malnar, Danijela Vrbljanac i Sandra Winkler (Zagreb: Školska knjiga, 2021), 294-295.

²⁷ *Ibid.*, 21.

²⁸ Diana Sancho, „Automated Decision-Making under Article 22 GDPR: Towards a More Substantial Regime for Solely Automated Decision-Making“, 142-143.

internetu preporučuje pojedincu, ciljano oglašavanje, objave na društvenim mrežama i sl., isto tako smatraju „odlukom“.²⁹

Sljedeće što se u čl. 22. st. 1. propisuje je da odluka koja se temelji isključivo na automatiziranoj obradi proizvodi za ispitanika „pravni učinak“ ili „na sličan način značajno na njega utječe“. Primjerice automatizirana odluka o pojedincu dovodi do otkazivanja ugovora, ostvarivanju ili uskraćivanju prava na socijalnu pomoć, odbijanju ulaska u neku državu, uskraćivanja državljanstva i sl.³⁰ No, u slučaju da automatizirana odluka nema pravne posljedice bit će obuhvaćena čl. 22. st. 1. ako značajno utječe na pojedinca. U t. 71. preambule se navodi da je to npr. automatsko odbijanje online zahtjeva za kredit ili prakse zapošljavanja putem interneta bez ikakve ljudske intervencije. To znači da nivo značajnosti takve odluke za pojedinca mora biti sličan onome iz odluke koja proizvodi pravni učinak.

U čl. 22. st. 1. Opće uredbe (EU) 2016/679 propisana je opća zabrana isključivo automatiziranog pojedinačnog donošenja odluka, no u st. 2. propisani su izuzeci od zabrane. Shodno čl. 22. st. 2. automatizirano donošenje odluka je dozvoljeno samo ako je odluka: a) *potrebna za sklapanje ili izvršenje ugovora*; b) *dopuštena pravom Unije ili pravom države članice* ili c) *utemeljena na izričitom pristanku ispitanika*. Ovo su dakle tri osnova za donošenje automatiziranih odluka, ukoliko bi voditelj obrade takvu odluku zasnovao na nekom drugom osnovu to bi bilo zabranjeno shodno čl. 22. st. 1.

U čl. 22. st. 3. Opće uredbe (EU) 2016/679 propisano je da u slučaju kada je automatizirana odluka, uključujući izradu profila, dozvoljena jer je donesena a) radi sklapanja ili izvršenja ugovora, ili c) na osnovu izričitog pristanka ispitanika, voditelj obrade je dužan provesti odgovarajuće mjere zaštite prava i sloboda te legitimnih interesa ispitanika, koje uključuju barem pravo na ljudsku intervenciju voditelja obrade, pravo na izražavanje vlastitog stajališta te pravo na osporavanje odluke. Kada je u pitanju izvršenje ugovora ili pristanak ispitanika tada čl. 22. st. 1. ne sprječava automatizirano donošenje odluka, ali u st. 3. predviđaju se prikladne mjere radi zaštite prava i sloboda te legitimnih interesa ispitanika. Među zaštitnim mjerama ključno je pravo ispitanika na ljudsku intervenciju. Ljudska intervencija znači mogućnost preispitivanja ili reviziju automatizirane odluke koju provodi osoba koja ima ovlaštenje i sposobnost izmijeniti takvu odluku. Osoba koja preispituje odluku trebala bi provesti temeljitu procjenu svih relevantnih podataka, uključujući sve dodatne informacije koje je dostavio ispitanik.³¹ Naime, isključivo automatizirano donošenje odluka, uključujući izradu profila, isključuje svako značajnije sudjelovanje ljudi, no u cilju zaštite prava i interesa pojedinca pravo na ljudsku intervenciju omogućava mu osporavanje automatiziranih odluka.³² U t. 71. preambule Opće uredbe (EU) 2016/679 je pojašnjeno da bi u svakom slučaju odgovarajuće zaštitne mjere trebale uključivati davanje određenih informacija ispitaniku i pravo na ljudsku intervenciju, pravo na izražavanje vlastitog stajališta, pravo na objašnjenje odluke donesene nakon takve procjene i pravo na osporavanje odluke. Naime, zaštitne mjere iz čl. 22. st. 3. dovode se u vezu s ostalim pravima ispitanika, kao što je pravo na informacije shodno čl. 13. st.

29 Gabriele Mazzini, „A System of Governance for Artificial Intelligence through the Lens of Emerging Intersections between AI and EU Law“, 277-278.

30 Smjernice o automatiziranom pojedinačnom donošenju odluka i izradi profila za potrebe Uredbe 2016/679, 22.

31 *Ibid.*, 28.

32 Opširnije vidi Gianclaudio Malgieri, „Automated Decision-Making in the EU Member States: The Right to Explanation and Other “Suitable Safeguards” in the National Legislations“, *Computer Law & Security Review* 35 5(2019):2-5. Dostupno na <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364918303753?pes=vor>, pristupljeno 1.8.2024.

2. t. f) i čl. 14. st. 2. t. g), te pravo na pristup osobnim podacima i informacijama shodno čl. 15. st. 1. t. h). Ove odredbe imaju značajnu ulogu u osiguravanju učinkovite zaštite pojedinca u isključivo automatiziranim postupcima donošenja odluka. Da bi ispitanik mogao zatražiti primjenu neke zaštitne mjere nužno je da bude informiran da se provodi takva obrada, da mu se pruže smislene informacije o logici obrade i objasni važnost i predviđene posljedice obrade. Tek nakon što je informiran može zatražiti neku zaštitnu mjeru koja uključuje ljudsku intervenciju i osporavanje takve odluke. U pravnoj teoriji sporno je da li u čl. 22. Opće uredbe (EU) 2016/679 postoji tzv. pravo na objašnjenje, jer nije izričito propisano, nego se navodi u t. 71. preambule, koja za razliku od normativnog dijela uredbe nema obvezujuće dejstvo.³³

3. ODGOVORNO KREDITIRANJE PREMA DIREKTIVI (EU) 2023/2225 O UGOVORIMA O POTROŠAČKIM KREDITIMA

Europski zakonodavac nedavno je usvojio novu Direktivu (EU) 2023/2225 o ugovorima o potrošačkim kreditima³⁴ (dalje: Direktiva (EU) 2023/2225) koja će od 20.11.2026. godine zamijeniti trenutno važeću Direktivu 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkim kreditima³⁵ (dalje: Direktiva 2008/48/EZ). Direktiva (EU) 2023/2225 ima za cilj odgovoriti izazovima digitalizacije, jer brzi tehnološki razvoj koji je zabilježen od donošenja Direktive 2008/48/EZ donio je velike promjene na tržištu potrošačkih kredita, i na strani ponude i na strani tražnje, kao što je pojava novih kreditnih proizvoda, naročito u internetskom okruženju, i promjene u ponašanju i preferencijama potrošača.³⁶

Direktiva (EU) 2023/2225 donosi i značajne novine usmjerene na realizaciju načela odgovornog kreditiranja (*responsible lending*).³⁷ Ideja odgovornog kreditiranja je da zajmodavci ne bi trebali djelovati isključivo u vlastitom interesu, već bi u obzir trebali uzeti interese i potrebe zajmoprimaca, potrošača tijekom životnog ciklusa kreditnog proizvoda kako bi spriječili nastupanje štetnih posljedica za potrošače.³⁸ Odgovorno kreditiranje podrazumijeva cijeli niz mjera utvrđenih u okviru obaveze predugovornog informiranja, no najvažnija obaveza iz predugovornog stadija, koja služi realizaciji načela odgovornog kreditiranja je obaveza procjene kreditne sposobnosti.³⁹ Direktiva (EU) 2023/2225 u čl. 18. donosi puno preciznija i stroža pravila vezano

33 Lilian Edwards and Michael Veale, „Slave to the Algorithm? Why a ‘Right to an Explanation’ Is Probably Not the Remedy You Are Looking For”, *Duke Law & Technology Review* 18 (2017):18-84. Dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=2972855>, pristupljeno 23.7.2024.; Diana Sancho, „Automated Decision-Making under Article 22 GDPR: Towards a More Substantial Regime for Solely Automated Decision-Making”, 150-155.

34 Direktiva (EU) 2023/2225 Europskog parlamenta i Vijeća od 18.10.2023. o ugovorima o potrošačkim kreditima i stavljanju izvan snage Direktive 2008/48/EZ, OJ L 2023/2225, 30.10.2023.

35 Direktiva 2008/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23.4.2008. o ugovorima o potrošačkim kreditima i stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 87/102/EEZ, OJ L 133, 22.5.2008.

36 T. 4. i 7. preambule Direktive (EU) 2023/2225.

37 Opširnije vidi Siniša Petrović i Jan Torjanac, „Odgovorno kreditiranje de lege lata i de lege ferenda-opća pitanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 69, 1 (2019):37-58.

38 Olha O. Cherednychenko, „The proposal for a new EU Consumer Credit Directive: Towards responsible lending in the digital age?“, *Law and Financial Markets Review*, 15 (2022):183-206. Dostupno na <https://doi.org/10.1080/17521440.2022.2153611>, pristupljeno 27.7.2024.

39 Anita Petrović i Enes Bikić, *Pravo zaštite potrošača: obaveza informiranja i pravo na odustanak* (Tuzla: Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, 2018), 238-241.

za obavezu procjene kreditne sposobnosti u odnosu na Direktive 2008/48/EZ koja je ovu obavezu uređivala dosta uopćeno. Pored toga, jasno se naglašava da se procjena kreditne sposobnosti provodi u interesu potrošača kako bi se spriječile prakse neodgovornog kreditiranja i prezaduženost. Ovime se želi skrenuti pažnja da su pravila usmjerena prvenstveno na zaštitu dužnika potrošača, a potom na davatelja kredita.⁴⁰

3.1. Uloga umjetne inteligencije u procjeni kreditne sposobnosti

Pored niza novina vezano za obavezu procjene kreditne sposobnosti vrlo značajan je i odgovor Direktive (EU) 2023/2225 na digitalizaciju financijskog tržišta. Kako je ranije istaknuto alati umjetne inteligencija masovno se koriste za obradu podataka kako bi se dobili novi uvidi, predviđanja i zaključci, koji mogu poslužiti u najrazličitije svrhe kao što su nove preporuke, procjene i analize. To je prepoznala i Direktiva 2023/2225 pa je u čl. 18. st. 8. propisano *ako procjena kreditne sposobnosti uključuje primjenu automatizirane obrade osobnih podataka, države članice osiguravaju da potrošač ima pravo zatražiti i dobiti od davatelja kredita ljudsku intervenciju, u okviru koje ima pravo:*

- a) *zatražiti i dobiti od davatelja kredita jasno i razumljivo objašnjenje o procjeni kreditne sposobnosti, uključujući objašnjenje o logici i rizicima uključenima u automatiziranu obradu osobnih podataka, kao i o njezinu značaju i učincima na odluku;*
- b) *izraziti svoje stajalište;* i
- c) *zatražiti preispitivanje procjene kreditne sposobnosti i odluke o odobravanju kredita.*

Države članice osiguravaju da je potrošač obaviješten o pravu navedenom u prvom podstavu.

Odredba se odnosi na automatiziranu obradu osobnih podataka, kada tako prikupljeni i obrađeni podaci služe za procjenu kreditne sposobnosti. Iako nije precizirano šta se smatra „automatiziranom obradom“, ipak može se zaključiti da je to obrada koja se obavlja pomoću tehnoloških sredstava npr. različitih algoritama strojnog učenja. Automatizirana obrada je podloga za donošenje najrazličitijih vrsta odluka, bilo da odluke donosi sam algoritam, bilo da ih donosi čovjek na bazi onoga što je pripremio algoritam. Ako se konačna odluka temelji isključivo na automatiziranoj obradi podataka, to znači da u postupku odlučivanja ne sudjeluju ljudi ili je ta uloga samo simbolična, u smislu da donositelj odluke samo potvrđuje odluke koje je već donio algoritam. U tom slučaju riječ je o automatiziranom donošenju odluka (automatizirane odluke). S druge strane, ako se odluka temelji na automatiziranoj obradi podataka pri čemu u postupku odlučivanja sudjeluju ljudi, u smislu da će donositelj odluke pregledati odluku koju je donio algoritam i uzeti u obzir i druge elemente pri donošenju konačne odluke, u tom slučaju se ne radi o automatiziranom donošenju odluka.⁴¹ Čl. 18. st. 8. Direktive 2023/2225 odnosi se na odluke koje se ne temelje

⁴⁰ Olha O. Cherednychenko, „On the Bumpy Road to Responsible Lending in the Digital Marketplace: The New EU Consumer Credit Directive“, *Journal of Consumer Policy* 47 (2024):252-253.

⁴¹ Smjernice o automatiziranom pojedinačnom donošenju odluka i izradi profila za potrebe Uredbe 2016/679, 21.

isključivo na automatiziranoj obradi podataka, što znači da u postupku odlučivanja u određenoj mjeri i u određenoj fazi sudjeluju ljudi.

Naime, kada su u pitanju odluke koje se temelje samo na automatiziranoj obradi osobnih podataka i koje proizvode pravne učinke na pojedinca ili na sličan način značajno na njega utječu, takve odluke su shodno čl. 22. st. 1. Opće Uredbe (EU) 2016/679 zabranjene. To bi primjerice bio slučaj da odluku o odobravanju ili neodobravanju kredita donese algoritam i ona se automatski dostavi pojedincu, a da prethodno nijedan čovjek nije proveo nikakvu smisleni procjenu o tome.⁴² Ovakva automatizirana odluka bi prema čl. 22. st. 1. Opće Uredbe (EU) 2016/679 bila, dakle, zabranjena, jer u postupku odlučivanja nije postojala nikakva značajnija uloga ljudi.⁴³

Nedavno je Sud EU u predmetu *SCHUFA Holding (Scoring)*⁴⁴ odlučivao o tome može li se bodovanje kreditne sposobnosti (*credit scoring*), koje provodi privatna agencija za provjeru kreditne sposobnosti SCHUFA koristeći automatizirani postupak obrade osobnih podataka ispitanika (profiliranje), koje kasnije služi kao odlučujuća činjenica trećim stranama za zasnivanje, izvršenje ili prestanak ugovornog odnosa s tim ispitanikom smatrati „automatiziranim pojedinačnim donošenjem odluke“ u smislu čl. 22. st. 1. Opće Uredbe (EU) 2016/679.

SCHUFA je njemačka kreditna agencija koja svojim ugovornim partnerima pruža informacije o kreditnoj sposobnosti trećih strana, posebno potrošača. U tu svrhu provodi profiliranje na način da uzimanjem u obzir određenih osobnih aspekata potrošača primjenom matematičko-statističkih metoda svrstava ga u određenu skupinu osoba s usporedivim obilježjima koje su se ponašale na određeni način, kako bi se predvidjelo i njegovo buduće ponašanje, npr. otplata kredita. U konkretnom slučaju treća strana, tj. banka nije odobrila kredit potrošaču zato što je SCHUFA dala negativno mišljenje o njegovoj kreditnoj sposobnosti. Nakon toga potrošač je tražio da mu SCHUFA pruži informacije o pohranjenim osobnim podacima i izbriše one podatke koji su navodno pogrešni. Na što je SCHUFA samo uopćeno obavijestila potrošača o visini kreditnih bodova te ukratko obrazložila način njihova izračuna. Pozivajući se na poslovnu tajnu SCHUFA nije otkrila koje osobne podatke je uzela u obzir i način njihovog ponderiranja. Uz to je navela da tražene informacije dostavlja samo svojim ugovornim partnerima i da oni sami donose odluke o ugovoru. Sud EU je na prvom mjestu rješavao pitanje zadovoljava li bodovanje kreditne sposobnosti (*scoring*) kumulativne uvjete iz čl. 22. st. 1. Opće Uredbe (EU) 2016/679, odnosno može li se bodovanje smatrati „odlukom“ koja se „temelji isključivo na automatiziranoj obradi, uključujući izradu profila“ i, kao treće proizvodi li „pravne učinke (u odnosu na ispitanika)“ ili „na sličan način značajno“ na njega utječe. Kako bi se osigurala djelotvorna zaštita ispitanika Sud je svojom argumentacijom dao široko tumačenje pojma „odluka“ i obuhvatio njime i bodovanje kreditne sposobnosti, iako je postojala argumentacija da se bodovanje treba smatrati isključivo pripremnim aktom, te se samo akt koji je donijela treća strana može kvalificirati kao „odluka“ u smislu čl. 22. st. 1.⁴⁵ Ukoliko bi se, pak, prihvatila potonja argumentacija u tom slučaju bodovanje kreditne sposobnosti, iako se provodi automatskim putem i proizvodi učinke koji značajno utječu na ispitanika s obzirom na to da je bodovanje odlučujuća činjenica za djelovanje treće strane, ne bi bilo obuhvaćeno posebnim

⁴² *Ibid.*, 9.

⁴³ Vidi Peter Rott, „A consumer Perspective on Algorithms“ in *The Transformation of Economic Law: essays in honour of Hans-W. Micklitz*, eds. Lucila de Almeida, Marta Cantero Gamito, Mateja Durovic and Kai P. Purnhagen (Chicago: Hart Publishing, 2019), 56-59.

⁴⁴ Odluka Suda EU od 7.12.2023. godine u predmetu C-634/21, *SCHUFA Holding (Scoring)*, ECLI:EU:C:2023:957.

⁴⁵ *Ibid.*, par. 61.

zahtjevima iz čl. 22. st. 2 do 4. Opće uredbe 2016/679. Međutim, kako bi se izbjegao rizik izigravanja čl. 22. Opće uredbe 2016/679 te praznine u pravnoj zaštiti ispitanika Sud EU je utvrdio da je automatizirano bodovanje kreditne sposobnosti koje provodi SCHUFA zabranjeno shodno st. 1. čl. 22., osim ukoliko ne bi postojao neki izuzetak od zabrane iz st. 2. u kojem slučaju bi se morale ispoštovati i odgovarajuće mjere zaštite prava i sloboda te legitimnih interesa ispitanika iz st. 3. i 4., što je pak, na nacionalnom sudu da provjeri. I sam nacionalni sud iznio je ozbiljne sumnje o usklađenosti nacionalnog prava, tj. čl. 31. Saveznog zakona o zaštiti podataka kojim se dopušta automatizirano pojedinačno donošenje odluka, s pravom Unije, u kojem slučaju SCHUFA ne samo da je djelovala bez pravnog osnova, nego je *ipso iure* kršila i zabranu iz čl. 22. st. 1.⁴⁶

Na kraju Sud EU je presudio da automatizirano bodovanje kreditne sposobnosti koje provodi agencija za ocjenu kreditne sposobnosti, koje se temelji na ispitanikovim osobnim podacima i njegovoj sposobnosti da ubuduće ispuni obaveze plaćanja predstavlja „automatizirano pojedinačno donošenje odluka“ u smislu čl. 22. st. 1. ako je trećoj strani, koja je obaviještena o takvom bodovanju, to odlučujuća činjenica za zasnivanje, izvršenje ili prestanak ugovornog odnosa.

3.2. Mogući rizici

U postupku procjene kreditne sposobnosti kreditne institucije oduvijek koriste različite matematičke i statističke modele obrade podataka, pa tako i sada u digitalnom dobu koriste različite algoritme umjetne inteligencije koji s velikom preciznošću i pouzdanošću mogu obraditi relevantne podatke i dati određene uvide i zaključke. Takvi uvidi i zaključci koriste se za bolju procjenu kreditne sposobnosti i donošenje pametnije i manje rizične konačne odluke o odobravanju kredita. Stoga je važno, kako se naglašava u t. 71. preambule Opće uredbe 2016/679 predvidjeti odgovarajuće zaštitne mjere i osigurati poštenu i transparentnu obradu s obzirom na ispitanika, osobito poduzimanjem odgovarajućih matematičkih i statističkih postupaka za izradu profila i provođenjem odgovarajućih tehničkih i organizacijskih mjera kako bi se osiguralo da se rizici od pojave pogrešaka svedu na minimum.

U čl. 18. st. 3. Direktive (EU) 2023/2225 precizirane su vrste podataka koji se uzimaju u obzir pri procjeni kreditne sposobnosti. Ti podaci se skupljaju iz relevantnih unutarnjih i vanjskih izvora, uključujući od samog potrošača i prema potrebi iz relevantnih baza podataka. Za procjenu kreditne sposobnosti, posebno kada je u pitanju Internet i mobilno kreditiranje, uglavnom se koristi postupak automatizirane obrade podataka. Primjerice algoritam uzima u obzir podatke koje u online aplikaciju kreditnog zahtjeva unese sam potrošač, podatke o njemu prikupljene s interneta, npr. podaci o online transakcijama, podaci o online igrima na sreću, podaci o lokaciji, pregledavanje sadržaja, korištenje aplikacija i sl., s tim da su isključeni podaci o potrošaču prikupljeni s društvenih mreža, zatim podatke kojim raspolaže sam davatelj iz ranijeg odnosa s potrošačem, npr. način ispunjavanja financijskih obaveza, postojeća zaduženja, podatke iz relevantnih baza podataka, npr. izvod iz registra kreditnih zaduženja i dr. Izvori i vrste informacija koje algoritam obrađuje su raznoliki, gdje se pored ili čak umjesto konvencionalnih informacija o prihodima i rashodima potrošača za procjenu sve više koriste informacije dostupne na internetu ili prikupljene

⁴⁶ *Ibid.*, par. 64-72.

internetskim praćenjem. Na taj način „svi podaci postaju kreditni podaci“⁴⁷, a algoritam je *de facto* taj koji „odlučuje“ hoće li potrošaču biti odobren kredit ili ne.

Postupak automatizirane obrade podataka prate rizici kao što su netočnost u osobnim podacima, algoritamska netransparentnost te algoritamska diskriminacija.⁴⁸ To može rezultirati negativnom procjenom kreditne sposobnosti i neodobravanjem kredita. Tako primjerice, potrošaču nije odobren online gotovinski kredit zato što su prilikom automatizirane obrade osobnih podataka, koju banka koristi za procjenu kreditne sposobnosti, korišteni i netočni podaci o ponašanju potrošača prikupljenih s interneta. Potrošač je skoro svako jutro pio kavu u kafiću „Mozzart“ koji se nalazi blizu njegovog ureda, a njegov pametni telefon povezivao se na internet. Algoritam je potrošačevu aktivnost prepoznao kao sklonost kockanju, jer i lanac kockarnica ima isti naziv. Kockanje je rizik koji je algoritam uzeo u obzir prilikom izračuna vjerovatnoće redovne otplate kredita, a koji je za banku bio previsok zbog čega je potrošačev kreditni zahtjev odbijen.

U Aktu o umjetnoj inteligenciji na koji upućuje u t. 56. preambule Direktive (EU) 2023/2225 jasno je naznačeno da se sistemi umjetne inteligencije koji se upotrebljavaju za procjenu kreditne sposobnosti fizičkih osoba klasificiraju kao visokorizični, jer određuju pristup tih osoba financijskim resursima ili osnovnim uslugama kao što su stanovanje, električna energija i telekomunikacijske usluge. Takvi sistemi umjetne inteligencije svojim odlukama mogu dovesti do diskriminacije osoba ili skupina te perpetuirati povijesne obrasce diskriminacije, primjerice na temelju rasnog ili etničkog podrijetla, roda, invaliditeta, dobi ili seksualne orijentacije, ili mogu stvoriti nove vrste diskriminacijskih učinaka.⁴⁹

3.3. Prava potrošača

Imajući u vidu visoke rizike u slučaju kada se procjena kreditne sposobnosti temelji na automatiziranoj obradi podataka, potrošačima je prema čl. 18. st. 8. Direktive (EU) 2023/2225 priznato pravo na ljudsku intervenciju od strane davatelja kredita koje sadržava pravo na objašnjenje o procjeni kreditne sposobnosti, pravo na izražavanje vlastitog stajališta i pravo na preispitivanje procjene i odluke o kreditu. Navedena prava međusobno su povezana, a mogu se promatrati i u kontekstu zaštitnih mjera iz čl. 22. st. 3. Opće uredbe (EU) 2016/679. Iako ljudsku intervenciju uredba predviđa samo za dozvoljene automatizirane odluke (čl. 22. st. 2.), to nije slučaj s direktivom koja to pravo priznaje kada je konačnu odluku donio čovjek na podlozi automatizirane obrade podataka.

Da bi potrošač mogao ostvariti pravo na ljudsku intervenciju radi preispitivanja odluke o procjeni kreditne sposobnosti i same odluke o kreditu, mora biti propisno obaviješten da se procjena kreditne sposobnosti provodi putem automatizirane obrade njegovih podataka, a potom o pravima koja mu u tom slučaju pripadaju. Naime, pravo na ljudsku intervenciju ima trostruku ulogu, jer obuhvaća i pravo na objašnjenje i pravo na izražavanje vlastitog stajališta i pravo na preispitivanje. Samim tim kada je obaviješten o prava na ljudsku intervenciju, potrošač treba biti obaviješten i svim ostalim pravima koja čine njegov sadržaj. Direktiva propisuje samo obavezu

⁴⁷ Iain Ramsey and Toni Williams, „Peering Forward, 10 Years After: International Policy and Consumer Credit Regulation“, *Journal of Consumer Policy* 43 (2020):221-222.

⁴⁸ T. 71. preambule Opće uredbe (EU) 2016/679.; Smjernice o automatiziranom pojedinačnom donošenju odluka i izradi profila za potrebe Uredbe 2016/679, 29.

⁴⁹ T. 58. preambule Akta o umjetnoj inteligenciji.

obavješćavanja potrošača o pravu na ljudsku intervenciju, pri tome ne precizira način niti vrijeme obavješćavanja već to prepušta državama članicama.

U pravu zaštite podataka ljudska intervencija u pogledu odluka donesenih na temelju automatizirane obrade smatra se mjerom zaštite ispitanika od štete ili nepotrebnih ograničenja njegovih prava ili interesa.⁵⁰ Pravo na ljudsku intervenciju ne znači da u postupku procjene kreditne sposobnosti koja se temelji na automatiziranoj obradi nije bilo sudjelovanja ljudi. Iako je algoritam obradio podatke, ipak čovjek je taj koji može provjeriti, potvrditi i, ako je potrebno, izmijeniti procjenu koju je generirao algoritam. Ljudska intervencija zapravo omogućava potrošaču interakciju s davateljem kredita, a ne računarskim programom kako bi od njega saznao razlog zbog kojeg je donesena odluka kojom se odbija njegov kreditni zahtjev, odnosno kako bi saznao na osnovu kojih podataka je algoritam izvršio provjeru kreditne sposobnosti i eventualno je osporio. Drugim riječima, ljudska intervencija je određeni oblik kontrole i ima za cilj riješiti probleme i eventualne pogreške koje su nastale u postupku algoritamske obrade podataka.⁵¹ U slučaju procjene kreditne sposobnosti ljudska intervencija znači da procjenu provjerava netko tko ima ovlaštenje izmijeniti takvu procjenu i samu odluku o kreditu, a to je davatelj kredita. Davatelj kredita prilikom preispitivanja procjene u obzir mora uzeti sve relevantne podatke, ne samo one koji su bili predmet automatizirane obrade, već i dodatne informacije uključujući i one koje dostavi potrošač.⁵²

Kad zatraži i dobije ljudsku intervenciju od davatelja kredita tada potrošač u prvom redu ima pravo na objašnjenje. Pravo na objašnjenje jasno je navedeno u čl. 18. st. 8. t. a) Direktive 2023/2225, dok to primjerice nije slučaj u Općoj uredbi (EU) 2016/679 gdje je sporno postoji li pravo na objašnjenje ili ne.⁵³ Pravo na objašnjenje podrazumijeva pravo potrošača da od davatelja kredita dobije smisleno, razumljivo objašnjenje o provedenoj procjeni i načinu funkcioniranja upotrijebljene automatizirane obrade, uključujući glavne varijable, logiku i rizike povezane s obradom.⁵⁴ Postupak automatizirane obrade podataka može biti vrlo složen budući da se koriste napredni algoritmi strojnog učenja. Pravo na objašnjenje ne znači da je davatelj kredita dužan objasniti *modus operandi* samog algoritma, već je prvenstveno dužan objasniti iz kojih izvora i koje vrste podatke je algoritam obradio da bi došao do konkretne procjene kreditne sposobnosti. Ne objašnjava se dakle alat (algoritam, odnosno matematička formula), nego rezultat (procjena kreditne sposobnosti) do kojeg se došlo korištenjem tog alata. Na davatelju kredita je da na jasan i razumljiv način objasni potrošaču kako je automatizirana obrada njegovih podataka korištena za procjenu kreditne sposobnosti. Davatelj kredita ne mora, dakle, pružati složena objašnjenja o algoritmu ili potpuno otkriti algoritam, nego bi trebao naći jednostavne načine da potrošaču pruži razumljive informacije o logici obrade, zatim koji su to odlučujuće varijable korištene, npr. izvor informacija i njihova važnost, te rizici povezani s ovakvim načinom obrade podataka.⁵⁵

50 Marco Almada, „Human Intervention in Automated Decision-Making: Toward the Construction of Contestable Systems“ (April 23, 2019). 17th International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAAIL 2019), 1. Dostupno na <https://ssrn.com/abstract=3264189>, pristupljeno 31.7.2024.

51 *Ibid.*, 3.

52 Smjernice o automatiziranom pojedinačnom donošenju odluka i izradi profila za potrebe Uredbe 2016/679, 28.

53 Sandra Wachter, Brent Mittelstadt and Luciano Floridi, „Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation“, *International Data Privacy Law*, 7 (2017), Dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=2903469>, pristupljeno 30.7.2024.

54 T. 56. preambule Direktive (EU) 2023/2225.

55 Smjernice o automatiziranom pojedinačnom donošenju odluka i izradi profila za potrebe Uredbe 2016/679, 26-27.

Pravo na ljudsku intervenciju dalje vodi ostvarivanju prava potrošača da izrazi svoje stajalište - čl. 18. st. 8. t. b), te prava na preispitivanje procjene kreditne sposobnosti i preispitivanje odluke u vezi s odobravanjem kredita - čl. 18. st. 8. t. c). Naime, treba imati u vidu da su sva prava iz čl. 18. st. 8. međusobno povezana, pri čemu je ključno pravo na ljudsku intervenciju, a potrošač će se odlučiti za korištenje tih prava samo ako je odluka o odobravanju kredita negativna. Obavješćavanje potrošača o odbijanju zahtjeva za kredit i način kako je provedena procjena kreditne sposobnosti osnov su potrošaču da od davatelja kredita zahtijeva ljudsku intervenciju i preispitivanje procjene. Pravo na preispitivanje procjene kreditne sposobnosti, a potom i odluke koja se temelji na takvoj procjeni, na određeni način sublimiraju i pravo potrošača da izrazi svoje stajalište. Pravo da izrazi svoje stajalište bi se moglo tumačiti kao pravo potrošača da davatelju dostavi informacije koje bi mogle biti relevantne za ponovno razmatranje procjene.⁵⁶ Čl. 18. st. 8. Direktive (EU) 2023/2225 ne govori o pravu potrošača na novu procjenu kreditne sposobnosti, već jedino o pravu na preispitivanje postojeće procjene, u kojem slučaju davatelj treba uzeti u obzir i druge relevantne informacije pored onih prikupljenih automatiziranim obradom. To može rezultirati izmjenom procjene u odnosu na početnu osporavanu i odobravanjem kredita. Međutim, pravo na preispitivanja početne procjene i odluke o kreditu ne znači da će i doći do odobravanja kredita potrošaču.

U čl. 18. st. 9. Direktive (EU) 2023/2225 propisano je da *u slučaju odbijanja zahtjeva za kredit davatelj kredita mora bez odlaganja obavijestiti potrošača o činjenici da se procjena kreditne sposobnosti temelji na automatiziranoj obradi podataka te njegovu pravu na ljudsku procjenu i postupku osporavanja odluke*. Odredbom se propisuje obaveza davatelja kredita, ako je zahtjev za kredit odbijen, da obavijesti potrošača da se procjena temeljila na automatiziranoj obradi njegovih podataka. Dakle, dužan ga je na prvom mjestu obavijestiti o samom načinu koji je korišten za procjenu kreditne sposobnosti, a potom o pravima koja mu u tom slučaju pripadaju. S tim da nije preciziran način, niti rok u kojem ga je dužan obavijestiti, osim da to mora učiniti bez odlaganja. Kada je riječ o pravima, to je prema ovoj odredbi „pravo na ljudsku procjenu“ i dok se u čl. 18. st. 8. ne koristi pojam „ljudska procjena“ postavlja se pitanje je li pravo na ljudsku intervenciju koje sublimira tri druga prava zapravo pravo na ljudsku procjenu. Naime, suština prava na ljudsku intervenciju jeste osporavanje ili preispitivanje odluke koja se temelji na algoritamskoj obradi podataka, jer je takva obrada s aspekta potrošača iz nekog razloga pogrešna i za posljedicu je imala odbijanje kreditnog zahtjeva. Kada zatraži ljudsku intervenciju potrošač očekuje da će u tom slučaju čovjek, davatelj kredita preispitati odluku koja se temeljila na automatiziranoj obradi, uzeti u obzir i druge informacije i okolnosti, te da će ili izmijeniti raniju odluku ili donijeti novu koja se neće temeljiti na automatiziranoj obradi. Po svom sadržaju ljudska intervencija bi onda bila isto što i ljudska procjena, pa umjesto procjene koju je provela umjetna inteligencija potrošač ima pravo na procjenu od strane čovjeka. Pored toga, davatelj kredita dužan je ustanoviti postupak osporavanja odluke koja je donesena na temelju automatizirane obrade podataka i o tome obavijestiti potrošača.

⁵⁶ U našem primjeru „Mozzart“ to bi bilo pravo potrošača da obrazloži davatelju kredita kako je automatizirana procjena kreditne sposobnosti utemeljena na netočnim podacima ili na pogrešnom tumačenju tih podataka, tj. da ne posjećuje kockarnicu, nego kafić.

4. ZAKLJUČAK

U praksi su sve češći primjeri da se algoritmi umjetne inteligencije koriste za donošenje odluka o važnim pitanjima u životu svakog od nas kao što je npr. pristup kreditu, zaposlenje, liječenje, izricanje kazni i sl. Zbog čega jedno od otvorenih pitanja jeste pitanje primjene odluka koje je ili potpuno donijela umjetna inteligencija (automatizirano odlučivanje), ili koje je umjetna inteligencija pripremila a odluku je donio čovjek slijedeći preporuku umjetne inteligencije (odluke temeljene na automatiziranoj obradi podataka). Vrlo teško je danas znati je li određenu odluku npr. o zaposlenju, odobravanju kredita, upisu na fakultet i sl., donio čovjek ili algoritam sam, te kako ostvariti zaštitu prava i interesa ako u nekom slučaju algoritam kaže „ne“. Opća uredba (EU) 2016/679 o zaštiti podataka djelomično pruža zaštitu kada su u pitanju odluke koje se temelje isključivo na automatiziranoj obradi podataka.

Direktiva (EU) 2023/2225 o ugovorima o potrošačkim kreditima donosi određene novine vezano za digitalizaciju. Tako čl. 18. st. 8. uređuje prava koja pripadaju potrošaču u slučaju da se procjena kreditne sposobnosti temelji na automatiziranoj obradi podataka, odnosno na podacima koje je prikupio, pohranio i analizirao algoritam umjetne inteligencije te davatelju kredita „preporučio“ kakvu konačnu odluku o kreditu će donijeti. Ako je na temelju „preporuke“ algoritma potrošačev zahtjev za kredit odbijen tada potrošaču pripada pravo na ljudsku intervenciju koje uključuje, pravo na objašnjenje, pravo na izražavanje vlastitog stajališta, te pravo na preispitivanje odluke o procjeni kreditne sposobnosti i same odluke o kreditu. Koliko će navedena prava biti zaista učinkovita ostaje tek da se vidi, budući da se Direktiva (EU) 2023/2225 u državama članicama počinje primjenjivati od 20.11.2026. godine.

LITERATURA

1. Almada, Marco. „Human Intervention in Automated Decision-Making: Toward the Construction of Contestable Systems“ (April 23, 2019). 17th International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAAIL 2019). Dostupno na <https://ssrn.com/abstract=3264189>, pristupljeno 31.7.2024.
2. Busch, Christoph. „The future of pre-contractual information duties: from behavioural insights to big data“, in *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, ed. Christian Twigg-Flesner, 221-240. Cheltenham-Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016.
3. Castelluccia, Claude. Le Métayer, Daniel. „Understanding algorithmic decision-making: Opportunities and challenges“, Study for the European Parliament, 2019., Dostupno na: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624261/EPRS_STU\(2019\)624261_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624261/EPRS_STU(2019)624261_EN.pdf), pristupljeno 18.7.2024.
4. Cherednychenko, O. Olha. „On the Bumpy Road to Responsible Lending in the Digital Marketplace: The New EU Consumer Credit Directive“, *Journal of Consumer Policy* 47 (2024):241-270.

5. Cherednychenko, O. Olha. „The proposal for a new EU Consumer Credit Directive: Towards responsible lending in the digital age?“ *Law and Financial Markets Review*, 15 (2022):183-206. Dostupno na <https://doi.org/10.1080/17521440.2022.2153611>, pristupljeno 27.7.2024.
6. De Franceschi, Alberto. Schulze, Reiner. „Digital Revolution-New Challenges for Law: Introduction“, in *Digital Revolution-New Challenges for Law*, eds. Alberto de Franceschi, Reiner Schulze, 1-15. München -Baden-Baden: C.H. Beck-Nomos, 2019.
7. Direktiva (EU) 2023/2225 Europskog parlamenta i Vijeća od 18.10.2023. o ugovorima o potrošačkim kreditima i stavljanju izvan snage Direktive 2008/48/EZ, OJ L 2023/2225, 30.10.2023.
8. Direktiva 2008/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23.4.2008. o ugovorima o potrošačkim kreditima i stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 87/102/EEZ, OJ L 133, 22.5.2008.
9. Edwards, Lilian. Veale, Michael. „Slave to the Algorithm? Why a ‘Right to an Explanation’ Is Probably Not the Remedy You Are Looking For“, *Duke Law & Technology Review* 18 (2017):18-84. Dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=2972855>, pristupljeno 23.7.2024.
10. Gijrath, Serge. „Consumer Law as a Tool to Regulate Artificial Intelligence“, in *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, eds. Hans-W. Micklitz, Oreste Pollicino, Amnon Reichman, Andrea Simoncini, Giovanni Sartor, Giovanni De Gregorio, 281-298. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.
11. Jabłonowska, Agnieszka. Pałka, Przemysław. „EU Consumer Law and Artificial Intelligence“ in *The Transformation of Economic Law:essays in honour of Hans- W. Micklitz*, eds. Lucila de Almeida, Marta Cantero Gamito, Mateja Durovic, Kai P. Purnhagen, 91-115. Chicago: Hart Publishing, 2019.
12. Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Europskom vijeću, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i odboru regija, Umjetna inteligencija za Europu, COM(2018)237 fin., Brisel, 25.4.2018.
13. Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Europskom vijeću, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i odboru regija, Dovršenje pouzdanog jedinstvenog digitalnog tržišta za sve, COM(2018) 320 final, Brisel, 15.5.2018.
14. Malgieri, Gianclaudio. „Automated Decision-Making in the EU Member States: The Right to Explanation and Other “Suitable Safeguards” in the National Legislations“, *Computer Law & Security Review* 35 5(2019):1-26. Dostupno na <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364918303753?pes=vor>, pristupljeno 1.8.2024.
15. Mazzini, Gabriele. „A System of Governance for Artificial Intelligence through the Lens of Emerging Intersections between AI and EU Law“, in *Digital Revolution – New challenges for Law*, eds. Alberto De Franceschi, Reiner Schulze, 245-296. München-Baden-Baden: C.H. Beck-Nomos, 2019.
16. Odluka Suda EU od 7.12.2023. godine u predmetu C-634/21, *SCHUFA Holding (Scoring)*, ECLI:EU:C:2023:957.
17. Petrović, Anita. Bikić, Enes. *Pravo zaštite potrošača: obaveza informiranja i pravo na odustanak*. Tuzla: Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, 2018.
18. Petrović, Siniša. Torjanac, Jan. „Odgovorno kreditiranje de lege lata i de lege ferenda-opća pitanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 69, 1 (2019): 37-58.

19. Pošćić, Ana., „Postoji li potreba pravnog uređenja umjetne inteligencije u Europskoj uniji - razlozi za i protiv“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 42, 2 (2021):385-404.
20. Radna skupina za zaštitu podataka iz čl. 29. Direktive 95/46/EZ, „Smjernice o automatiziranom pojedinačnom donošenju odluka i izradi profila za potrebe Uredbe 2016/679“, (WP251, rev. 01), usvojene 3.10.2017., revidirane 6.2.2018. Dostupno na https://azop.hr/wp-content/uploads/2020/12/wp251rev01_hr.pdf, pristupljeno 22.7.2024.
21. Ramsey, Iain. Williams, Toni. „Peering Forward, 10 Years After: International Policy and Consumer Credit Regulation“, *Journal of Consumer Policy* 43 (2020):209-226.
22. Rott, Peter. „A consumer Perspective on Algorithms“ in *The Transformation of Economic Law: essays in honour of Hans- W. Micklitz*, eds. Lucila de Almeida, Marta Cantero Gamito, Mateja Durovic, Kai P. Purnhagen, 43-65. Chicago:Hart Publishing, 2019.
23. Sancho, Diana. „Automated Decision-Making under Article 22 GDPR: Towards a More Substantial Regime for Solely Automated Decision-Making“, in *Algorithms and Law*, eds. Martin Ebers, Susana Navas, 136-156. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
24. Sartor, Giovanni. „New aspects and challenges in consumer protection“, Study for the committee on the Internal Market and Consumer Protection, Policy Department for Economic, Scientific and Quality for Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2020. Dostupno na: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648790/IPOL_STU\(2020\)648790_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648790/IPOL_STU(2020)648790_EN.pdf), pristupljeno 17.7.2024.
25. Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka), OJ L 119/1
26. Uredba (EU) 2024/1689 Europskog parlamenta i Vijeća od 13.6.2024. o utvrđivanju usklađenih pravila o umjetnoj inteligenciji i o izmjeni uredaba (EZ) br. 300/2008, (EU) br. 167/2013, (EU) br. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 i (EU) 2019/2144 te direktiva 2014/90/EU, (EU) 2016/797 i (EU) 2020/1828 (Akt o umjetnoj inteligenciji), OJ L 2024/1689, 12.7.2024.
27. Vrbljanac, Danijela. „Zaštita osobnih podataka“, u *Europsko privatno pravo, posebni dio*, Emilia Miščenić, Ivana Kunda, Silvija Petrić, Vlatka Butorac Malnar, Danijela Vrbljanac, Sandra Winkler, 288-344. Zagreb: Školska knjiga, 2021.
28. Wachter, Sandra. Mittelstadt, Brent. Floridi, Luciano. „Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation“, *International Data Privacy Law*, 7 (2017), Dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=2903469>, pristupljeno 30.7.2024.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND CONSUMER PROTECTION – EXAMPLE ON CREDITWORTHINESS ASSESSMENT

Anita Petrovic⁵⁷

Faculty of law, University of Tuzla

Summary: Artificial intelligence (AI) refers to systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals. As artificial intelligence rapidly infiltrates into various sectors, including the financial services, regulators are facing the challenge of adequate legal regulation so that subjects could have confidence in technology that has the ability to make autonomous decisions. The umbrella act by which the European Union seeks to regulate the application of artificial intelligence is the Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act). When it comes to business-to-consumers transactions the mass use of AI-enabled tools should, among other, be harmonized with consumer legislation. Bearing in mind the Artificial Intelligence Act, the new Directive (EU) 2023/2225 on consumer credits includes a provision that grants certain consumer rights in the case of the use of AI tools for creditworthiness assessments. The aim of the article is to analyze the new provisions of Directive (EU) 2023/2225 related to the creditworthiness assessment when it involves the use of automated processing of personal data in order to determine how the new rules affect the legal position of the consumer debtor.

Keywords: Automated processing of personal data, Consumer, Directive (EU) 2023/2225 Creditworthiness assessment.

⁵⁷ Associate Professor, e-mail: anita.petrovic@untz.ba ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4164-3876>

IZMEĐU TUŽBE I SPORAZUMA ZA RAZVOD BRAKA: PROCESNA NEDOUMICA ILI IZIGRAVANJE ZAKONA

Dino Kovačević¹

Univerzitet u Sarajevu – Pravni fakultet

Ena Morankić²

Univerzitet u Tuzli – Pravni fakultet

Sažetak: Prema porodičnom zakonodavstvu u Federaciji Bosne i Hercegovine postupak za razvod braka može se pokrenuti tužbom ili zahtjevom za sporazumni razvod braka. Međutim, inicijalni podnesak ne mora nužno egzistirati kao takav do okončanja postupka. Naime, zakon prepoznaje dvije specifične procesne situacije, koje mogu biti aktivirane autonomijom volje bračnih partnera u toku brakorazvodnog postupka. Ukoliko jedan od bračnih partnera odustane od zahtjeva za sporazumni razvod braka, a drugi ostane pri zahtjevu, takav zahtjev ima se smatrati tužbom za razvod braka. S druge strane, ukoliko jedan bračni partner podnese tužbu za razvod braka, a drugi najkasnije do zaključenja glavne rasprave izričito izjavi da ne osporava osnovanost tužbenog zahtjeva, ima se smatrati da su bračni partneri podnijeli zahtjev za sporazumni razvod braka. Ovakvo disponiranje podneskom ima za posljedicu promjenu procesnog karaktera podneska i za sobom povlači niz pitanja koja opredjeljuju dalje postupanje suda, i središnja su tačka ovog rada.

Ključne riječi: razvod braka, zahtjev za sporazumni razvod braka, tužba za razvod braka, autonomija volja, procesni karakter brakorazvodnog podneska.

1. UVOD

Prema Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine³ (u daljem tekstu: PZ FBiH) brak kao zakonom uređena zajednica života žene i muškarca⁴ može, pored ostalih zakonom propisanih načina, prestati i razvodom braka kao najčešćim pravnim načinom prestanka. Razvod braka je način prestanka punovažnog braka za života bračnih partnera iz uzroka i na način predviđen zakonom.⁵ Postupak, načini i uzroci su elementi koji su kao takvi definisani imperativnim normama porodičnog zakona. U tom smislu, potrebno je naglasiti da pozitivno zakonodavstvo Federacije

¹ mr. iur., asistent, e-mail: d.kovacevic@pfsa.unsa.ba

² mr. iur., doktorandica, e-mail: enaa_115@hotmail.com

³ *Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine*, „Sl. novine FBiH“, br. 35/2005, 41/2005 – ispr., 31/2014 i 32/2019 – odluka US.

⁴ *Ibid.*, čl. 6.

⁵ Nerimana Traljić i Suzana Bubić, *Bračno pravo, prvo izdanje* (Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2007), 100.

BiH poznaje dva načina razvoda – po tužbi jednog bračnog partnera (tužitelja) i po zahtjevu za sporazumni razvod braka oba bračna partnera.⁶

Dakle, zakon bračnim partnerima kao prvi korak koji preduzimaju, ostavlja mogućnost izbora načina razvoda braka, odnosno dva oblika podneska kojim se pokreće brakorazvodni postupak, a od kojeg koraka zavisi sam postupak razvoda braka kao i potrebe tretiranja, odnosno dokazivanja samog uzroka za razvod braka – teške i trajne poremećenosti bračnih odnosa.

Način razvoda braka direktno je vezan za podnesak kojim se postupak pokreće. Ukoliko se postupak za razvod braka pokreće tužbom⁷, PZ FBiH ne propisuje posebne uvjete za bračne partnere koji nemaju zajedničku malodobnu djecu⁸, od kojih zavisi ostvarenje njihovog procesnog prava.

S druge strane, kada se postupak za razvod braka pokreće zahtjevom za sporazumni razvod braka zakonodavac propisuje dva uvjeta od kojih zavisi dopuštenost ovog zahtjeva.⁹ Prvi uvjet se odnosi na vremensko trajanje braka od minimalno šest mjeseci, a drugi uvjet na postojanje sporazuma bračnih partnera sklopljenog u postupku posredovanja o ostvarivanju roditeljskog staranja, izdržavanju djeteta, uvjetima i načinu održavanja osobnih odnosa i neposrednih kontakata djeteta sa roditeljem koji ne ostvaruje roditeljsko staranje i izdržavanju bračnog partnera.¹⁰

2. PROMJENA PROCESNOG KARAKTERA PODNESKA – PROCESNI SPECIFIKUM

Zakonodavac također predviđa i promjenu procesnog karaktera dva navedena podneska, na način da ostavlja mogućnost transformacije tužbe u zahtjev za sporazumni razvod braka, kao i zahtjeva za sporazumni razvod braka u tužbu. Pa tako, ukoliko jedan bračni partner podnese tužbu za razvod braka, a drugi najkasnije do zaključenja glavne rasprave izričito izjavi da ne osporava osnovanost tužbenog zahtjeva, smatrat će se da su bračni partneri podnijeli zahtjev za sporazumni razvod braka.¹¹ Normirajući ovakvo rješenje za situaciju kada bračni partner u procesnoj ulozi tuženog izjavi da ne osporava osnovanost tužbenog zahtjeva bračnog partnera u procesnoj ulozi tužitelja, zakonodavac predviđa da se ima smatrati da su oba bračna partnera podnijela zahtjev za sporazumni razvod braka.

Problemsko pitanje koje se nameće jeste postojanje potrebe ispitivanja uvjeta iz člana 44. PZ FBiH, odnosno da li sud može i treba da cijeni dopuštenost akta kojim je parnični postupak

⁶ Porodični zakon Republike Srpske, pored navedenih, predviđa još jedan način a to je po zajedničkom prijedlogu za razvod braka – *Porodični zakon RS*, „Sl. glasnik RS“, br. 17/2023 i 27/2024), čl. 53.

⁷ *Porodični zakon FBiH*, čl. 287.

⁸ Iako će o obligatornosti posredovanja biti riječi i kasnije, uputno je već ovdje naznačiti da su, u skladu sa članom 45. stav 1. PZ FBiH, prije pokretanja postupka za razvod braka bračni partner ili oba bračna partnera koji imaju djecu nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje, kao i za vrijeme trudnoće žene, dužni podnijeti zahtjev za posredovanje fizičkom i pravnom licu ovlaštenom za posredovanje. Ovdje Panov prigovara korištenju plurala (“koji imaju djecu”), jer posredovanje se provodi i kad bračni partneri imaju jedno dijete (Slobodan Panov, *Porodično pravo, dvanaesto izdanje* (Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo, 2022), 139). U nastavku rada plural će ipak biti korišten, prateći zakonsku terminologiju.

⁹ *Porodični zakon FBiH*, čl. 287. st. 2.

¹⁰ *Ibid.*, čl. 44. st. 1. tačka b.

¹¹ *Ibid.*, čl. 287. st. 3.

već pokrenut? Iz navedenog pitanja, kao i iz činjenice da zakonodavac, propisujući mogućnost transformacije podneska iz tužbe u zahtjev, ne stavlja rezervu u smislu primjene odredbe člana 44. stav 1. PZ FBiH, moglo bi se prigovoriti da zakonodavac nije postupao sinhronizirajuće prilikom propisivanja rješenja iz člana 287. stav 3. i člana 44. stav 1. PZ FBiH.

Međutim, suprotno postupanje zakonodavca bilo bi direktno usmjereno ka ograničivanju domašaja primjene odredbe koja ostavlja mogućnost promjene procesnog karaktera podneska, kao i dopuštanje sudu da retroaktivnim postupanjem primijeni pravo na radnju koja je već učinjena i koja je "prošla test" zakonitosti (kroz ispitivanje urednosti tužbe), a što bi vodilo ka poništenju svih događaja, radnji i činjenica u već konzumiranom dijelu parnice.

Dakle, vidljiva je potencijalna kolizija dva zakonska rješenja. Rješenje iz člana 44. stav 1. PZ FBiH odnosi se na sve situacije kada se podnosi zahtjev za sporazumni razvod braka i vrijedi za sve bračne partnere koji su saglasni da se njihov brak okonča (i takav konsenzus bračnih partnera postoji prije početka parničnog postupka), dok se rješenje iz člana 287. stav 3. PZ FBiH odnosi na specifičnu situaciju – kada konsenzus o okončanju braka nastupi tokom trajanja parnice.

Jezičko tumačenje odnosne odredbe, posebno u dijelu "*smatrat će se da su bračni partneri podnijeli zahtjev za sporazumni razvod braka*" upućuje na zaključak da je priznavanjem osnovanosti tužbenog zahtjeva, zahtjev za sporazumni razvod braka podnesen *ex tunc* i da je parnica u toku. Koristeći svršeni glagol u prošlom vremenu zakonodavac implicitno pokazuje intenciju da ovu radnju smatra perfektuiranom, odnosno da je ona preduzeta u skladu sa zakonom i da već proizvodi pravne efekte – što je potpuno saglasno situaciji u kojoj se postupak nalazi u momentu transformacije inicijalnog podneska. Drugim riječima, kao da tužbe nikada nije ni bilo. Također, iz dijela odredbe u kojem stoji "*smatrat će se*" nesumnjivo se može zaključiti da se radi o pravnoj fikciji. Dakle, smatra se da je u navedenoj situaciji pred sudom zahtjev za sporazumni razvod braka koji se nalazi u određenoj fazi postupka.

3. INICIJALNI AKTI U RASCJEPU PROCESNIH ARGUMENATA

Kako je prije priznavanja osnovanosti tužbenog zahtjeva tužba dostavljena tuženom na odgovor u skladu s članom 69. Zakona o parničnom postupku (u daljem tekstu: ZPP), to je parnica, shodno članu 60. stav 1. ZPP, počela da teče. Drugim riječima, momentom primjene navedene pravne fikcije – preoblikovanje tužbe u zahtjev za sporazumni razvod braka – sud pred sobom ima zahtjev za sporazumni razvod braka *ex tunc* za koji nije utvrdio nedostatak procesnih pretpostavki pa time nastavlja da vodi parnicu koja je započeta ranijim podneskom.

Naime, nakon što bračni partner – tuženi izričito prizna osnovanost tužbenog zahtjeva dolazi do transformacije podneska, ali ne i do započinjanja novog postupka, jer je on započeo podnošenjem tužbe, on traje i sud nastavlja da vodi parnicu čiji pravni efekti ne mogu biti poništeni. Profesorica Bubić¹² također naglašava da se upravo postojanjem ovakvog rješenja osigurava nastavljanje i okončanje započetog postupka, odnosno da se time uklanja potreba njegovog ponovnog pokretanja i vođenja od samog početka.¹³ Potonje u cijelosti korespondira sa principom efikasnosti i principom ekonomičnosti parničnog postupka.

¹² Suzana Bubić, profesorica emerita na Pravnom fakultetu Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru.

¹³ Vidjeti više: Traljić i Bubić, *Bračno pravo*, 118.

Nije moguće, u skladu sa odredbama ZPP, da sud u toku trajanja parnice procjenjuje da li su ispunjeni uvjeti za njeno vođenje, jer sud procesne pretpostavke ispituje prije dostavljanja tužbe na odgovor, pa se time ona može odbaciti samo nakon njenog prethodnog ispitivanja.¹⁴

Ako bismo prihvatili drugačiji stav, u smislu hronološkog prikaza, postojala bi sljedeća situacija: 1. tužitelj podnio tužbu, 2. sud ispitao tužbu i utvrdio da je uredna, 3. sud tužbu dostavlja tuženom na odgovor i počinje parnica, 4. preduzimaju se druge procesne radnje, a potom sud, nakon što su parnične stranke u skladu sa zakonom preduzele navedene procesne korake, preoblikovanjem tužbe (po sili zakona je preoblikovana) u zahtjev za sporazumni razvod braka odbacuje zahtjev za sporazumni razvod braka kao preuranjen, jer je, na primjer, brak trajao kraće od šest mjeseci.¹⁵

Naime, u slučaju kada se zahtjev prvi put pojavljuje pred sudom u svom izvornom obliku, ne spori se ocjena zakonskih uvjeta, ali je ona sporna u situaciji kada se ovaj zahtjev javlja kao procesna transformacija inicijalnog podneska, koji je, kada se prvi put našao pred sudom, prije početka parnice, ispitivan u skladu sa zakonskim odredbama. Stoga je nelogično da sud prethodno ispita tužbu, a da onda, kada tuženi prizna osnovanost tužbenog zahtjeva u dozvoljenoj fazi postupka, ispituje zahtjev koji je *ex lege* doživio svoju pravnu i zakonsku metamorfozu.

U situaciji kada bi takvo postupanje suda bilo opravdano, dala bi mu se mogućnost da preduzima procesne radnje u fazi postupka u kojoj to sud ne može činiti jer nema zakonskog uporišta za takvo postupanje, a također bi značilo zanemarivanje imperativne odredbe člana 287. stav 3. PZ FBiH, što bi bilo pravno neodrživo.

In linea extremis, bilo bi pravno neprihvatljivo da sud, primjerice, na glavnoj raspravi odbaci zahtjev za sporazumni razvod braka (i tako "riješi" problem) kada je već u istom tj. trenutnom postupku utvrdio da je postupak pokrenut na zakonom propisan način, što je dovelo do toga da su stranke preduzimale procesne radnje, izvođeni su dokazi, i tako dalje. Kako, u ovoj hipotetičkoj situaciji, tretirati sve pravne i materijalne akte koji su punovažno preduzeti do momenta priznanja osnovanosti tužbenog zahtjeva? Nova je samo izjava tuženog koja je data u skladu sa zakonom.

5. INICIJALNI AKTI I AUTONOMIJA VOLJE

Autonomija volje u porodičnom pravu najprije se afirmisala kroz bračno pravo, kako u smislu pristanka na zaključenje braka, tako i kroz uvođenje sporazumnog razvoda braka kreirajući pravnu normu koja bračnim partnerima na određeni način pruža mogućnost da svoje odnose urede autonomno.¹⁶

Nužni i jedini uvjet preoblikovanja tužbe u zahtjev za sporazumni razvod braka jeste izričita izjava tuženog da ne osporava osnovanost tužbenog zahtjeva. Dakle, izjava volje tuženog u smislu

¹⁴ *Zakon o parničnom postupku FBiH*, „Sl. novine FBiH“, br. 53/2003, 73/2005, 19/2006 i 98/2015, čl. 67, st. 1.

¹⁵ U klasičnoj situaciji kada bračni partneri brakorazvodni postupak pokreću zahtjevom za sporazumni razvod braka, a ne ispunjavaju uvjete iz člana 44. PZ FBiH, sud odbija zahtjev. Međutim, u ovoj hipotetičkoj situaciji navedeno je "odbacuje" a ne "odbija" uvažavajući temeljni procesni aparat prema kojem se podnesak odbacuje kada ne ispunjava formalnopravne kriterije.

¹⁶ Zoran Ponjavić, „O evoluciji porodičnog prava“, u *Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog: zbornik radova*, ured. Osman Pajić (Mostar: Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru, 2013), 15.

aplikacije načela autonomije volje vodi ka pravnoj transformaciji tužbe. Tužba pravno prestaje da postoji, a njeno mjesto "zauzima" zahtjev za sporazumni razvod braka.

Naravno, ovu autonomiju volje bračnog partnera koji se nalazi u ulozi tuženog, ne možemo poistovjetiti sa voljama bračnih partnera koji postupak započinju tako što zajedno podnose zahtjev za sporazumni razvod braka, jer tada oba bračna partnera moraju imati podudarne i afirmativne volje u smislu ideje da se njihov brak razvede.

Izričito priznavajući osnovanost tužbenog zahtjeva tuženi se direktno slaže sa svim navodima iz tužbe, koji se, pored razvoda braka, mogu ticati i ostvarivanja roditeljskog staranja, izdržavanja djeteta, uvjeta i načina održavanja osobnih odnosa i neposrednih kontakata djeteta sa roditeljem koji ne ostvaruje roditeljsko staranje i izdržavanja bračnog partnera. Ilustrativno rečeno, navedenoj situaciji pristupamo kao da sporazum o spornim pitanjima postoji od početka.

Razvod braka, neovisno o obliku inicijalnog akta (tužba ili zahtjev za sporazumni razvod braka), nerijetko predstavlja težak i zamoran period za oba bračna partnera. Stoga ne treba biti iznenađujuća situacija u kojoj jedan bračni partner mijenja svoju odluku u određenoj fazi sudskog postupka. Upravo ta promjena odluke predstavlja na neki način prevazilaženje ranijih neslaganja i razmimoilaženja glede spornih pitanja između bračnih partnera, pojednostavljenje samog sudskog postupka i olakšavanje bračnim partnerima kreiranja njihovih budućih odnosa u situaciji kada imaju djecu.

6. *RATIO* ODREDBE ČLANA 287. STAV 3. PZ FBiH?

Krajnje neobična pravna pozicija nastala bi kada porodično zakonodavstvo, u situaciji kada tuženi izjavi da ne osporava osnovanost tužbenog zahtjeva, ne bi poznavalo mogućnost transformacije tužbe u zahtjev za sporazumni razvod braka.

Ukoliko bi se postupak nastavio onako kako je započet (po tužbi), sud bi, da bi brak razveo, morao utvrđivati tešku i trajnu poremećenost bračnih odnosa. Kako je ovo brakorazvodni uzrok koji spada u neskrivljene uzroke, jer je krivnja bračnih partnera apsolutno irelevantna, postavilo bi se pitanje svrsishodnosti dokazivanja narušenih odnosa i potrebe da bračni partneri iznose činjenice i okolnosti koje su doveli do poremećenosti odnosa, kada je tuženi u konkretnom kreirao situaciju u kojoj se postupak može okončati sporazumom, jer između bračnih partnera ne postoje više sporna pitanja.

Ovo bi značilo da se zahtijeva od bračnih partnera da, uprkos postignutom sporazumu u toku trajanja brakorazvodnog postupka, okončaju svoj brak podneskom koji se naziva tužba, uvjetujući ih dodatno da dokazuju tešku i trajnu poremećenost bračnih odnosa. Apsurdno je od bračnih partnera, u situaciji kada su o svim spornim pitanjima postigli dogovor i sporazum, zahtijevati da u takvoj konstelaciji odnosa iznose činjenice koje su vezane za njihove konfliktne relacije u braku.

Također, odredba člana 287. stav 3. PZ FBiH može poslužiti izigravanju zakona. Konkretnu odredbu mogu (zlo)upotrijebiti bračni partneri koji su odlučili okončati svoj brak sporazumnim razvodom braka a ne ispunjavaju tražene uvjete za sporazumni razvod braka. Takvu situaciju imamo kada su bračni partneri u braku kraće od šest mjeseci a, iz sebi znanih razloga, ne žele čekati nastupanje uvjeta niti se žele razvesti po tužbi za razvod braka, kojom prilikom bi se našli u procesnim ulogama tužitelja i tuženog.

U konačnici, prilikom zaključivanja braka realiziran je princip afirmacije saglasne izjave volja bračnih partnera, pa bi suprotno postupanje predstavljalo negiranje principa afirmacije njihovih volja prilikom razvoda braka. Sud u konkretnom slučaju tuženom bračnom partneru dozvoljava izjavu o neosporavanju tužbenog zahtjeva, međutim, negira li zakonsku odredbu koju takva volja aktivira?

7. TRANSFORMACIJA PODNESKA VS. NAJBOLJI INTERES DJETETA

Bilo bi logično zaključiti da je intencija zakonodavca kreiranjem odredbe člana 287. stav 3. bila upravo ta da se bračnim partnerima, sve do okončanja glavne rasprave, ostavi mogućnost “promjene mišljenja”¹⁷, a koja vodi ka postizanju dogovora i sporazuma, što je svakako, u situaciji kada imaju zajedničko malodobno dijete, u najboljem interesu djeteta.

U odnosu na rješenja PZ SRBiH, gdje je mirenje bilo faza sudskog postupka, osnovna promjena u važećem porodičnom zakonodavstvu u BiH ogleda se u činjenici da je mirenje/posredovanje¹⁸ izdvojeno iz sudskog, brakorazvodnog postupka, “te mu se daje karakter procesne pretpostavke”¹⁹. Posredovanje je obligatorno za bračne partnere koji imaju djecu (dijete) nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje.

Neovisno o ranijim, čisto procesnim, argumentima, tumačenjem člana 287. stav 3. kroz prizmu najboljeg interesa djeteta, kod promjene procesnog karaktera podneska iz tužbe u zahtjev za sporazumni razvod braka, na sudu bi obavezno bilo provjeravanje ispunjenosti uvjeta iz člana 44. PZ FBiH.

Posredovanje jeste obligatorno za bračne partnere koji imaju djecu (dijete) nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje, ali ono može biti i neuspješno. Suprotno tome, kod zahtjeva za sporazumni razvod braka potrebna je veća angažiranost bračnih partnera, s obzirom na to da se zahtijeva ne samo da su bračni partneri “prošli” postupak posredovanja, već da su u postupku posredovanja postigli i sporazum o naprijed naznačenim pitanjima.

U prilog ovoj tvrdnji ide i činjenica da kod tzv. sporazumnog razvoda braka bračni partneri ne dokazuju postojanje teške i trajne poremećenosti njihovih bračnih odnosa, pa je time predstava djece o njihovim roditeljima koji se razvode neuporedivo povoljnija kada izostane dokazivanje onih postupaka i ponašanja jednog ili oba roditelja²⁰ koji su doveli do razvoda braka.

¹⁷ Posrijedi je ipak poseban parnični postupak. Iako se bračni sporovi smatraju građanskim sporovima, riječ je o predmetima u kojima primjena općih procesnih pravila ne bi do kraja zadovoljila sve oblike ostvarivanja pravne zaštite, v. Branko Čalija i Sanjin Omanović, *Građansko procesno pravo, 2. dopunjeno i izmijenjeno izd.* (Sarajevo: Pravni fakultet, 2000), 303.

¹⁸ Premda mirenje i posredovanje nisu fokus ovog rada, neophodno je dati nekoliko općih naznaka. Dok je PZ RS izvršio manje korekcije ranije važećih odredbi Porodičnog zakona iz 1979. godine, PZ FBiH uveo je posredovanje kao novo pojmovno određenje, kojim označava postupak koji se provodi u vezi sa razvodom braka. Ipak, važno je naglasiti da su skoro istovjetne odredbe PZ FBiH (članovi 45–52) i PZ RS (članovi 57–64. PZ RS iz 2005. godine, odnosno članovi 56–63. PZ RS iz 2023. godine) koje se odnose na institut mirenja/posredovanja.

¹⁹ Džamna Duman, „Institut posredovanja u porodičnom zakonodavstvu BiH”, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LII (2009): 73.

²⁰ Marija Draškić, *Porodično pravo i prava deteta, jedanaesto izdanje* (Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo, 2020), 139.

8. OD SPORAZUMA DO TUŽBE: MANJE SPORNA PROCESNA SITUACIJA?

Prema odredbi člana 287. stav 4. PZ FBiH, ukoliko jedan bračni partner odustane od zahtjeva za sporazumni razvod braka, a drugi ostane pri zahtjevu da se brak razvede, takav zahtjev smatrat će se tužbom za razvod braka. Vidljivo je da bilo koji od bračnih partnera izjavom volje vrši promjenu podneska ovaj put iz zahtjeva za sporazumni razvod braka u tužbu za razvod braka. U ovom slučaju, bračni partner koji je odustao do zahtjeva za sporazumni razvod braka preuzima procesnu ulogu tužitelja, dok je drugi bračni partner u ulozi tuženog. U tom smislu, izjava volje kojom jedan bračni partner odustaje od zahtjeva za sporazumni razvod braka, na izvjestan način, biva zanemarena.

Sama činjenica odustanka od sporazuma izgledno pokazuje da se u toku postupka javio uzrok za razvod braka po tužbi – a to je teška i trajna poremećenost bračnih odnosa, da je bračni partner u toku postupka promijenio mišljenje vezano za sporna pitanja koja su ranije bila regulisana njihovim sporazumom, te da taj bračni partner traži izmjenu onoga što jeste etablirano u zahtjevu za sporazumni razvod braka. Da bi se izmijenio ranije postignuti, a sada propali sporazum, sud mora da provede postupak po tužbi i dokaže tešku i trajnu poremećenost bračnih odnosa, a koja se nije morala u prvobitnom dokazivati, jer i nije bilo spora – spor je nastao u toku trajanja brakorazvodnog postupka.

I ovaj stav jezički je konstruisan kao i prethodni, odnosno vidljivo je da se radi o pravnoj fikciji, te da se ima smatrati da je tužba podnesena *ex tunc*. Sud ne prekida postupak, on nastavlja postupak, ali “ubacuje” dvije nove procesne radnje. Prva, koja se odnosi na dokazivanje brakorazvodnog uzroka kao *condicio sine qua non*, i druga, koja se odnosi na odlučivanja o pitanjima koja se tiču izdržavanja djeteta, uvjeta i načina održavanja osobnih odnosa i neposrednih kontakata djeteta sa roditeljem koji ne ostvaruje roditeljsko staranje i izdržavanja bračnog partnera.

Kao otvoreno pitanje nameće se zašto je zakonodavac uopće odredio vremenski uvjet trajanja braka od šest mjeseci, i to baš za sporazumni razvod braka, gdje su se bračni partneri očigledno saglasili da je došlo vrijeme da se razidu i da se njihov brak okonča. Drugim riječima, zašto im se to pravo uskraćuje u prvih šest mjeseci braka kada je posrijedi tzv. sporazumni razvod braka, dok u slučaju pokretanja razvoda braka tužbom to mogu učiniti bez ikakvog vremenskog uvjeta?

Spomenuti rok ima svoju analogiju kada je riječ o sklapanju braka. Naime, neka zakonodavstva predviđaju period između prijave namjere sklapanja braka i dana sklapanja braka (vjenčanja), odnosno od prijavljivanja do najranijeg mogućeg datuma sklapanja braka, koji se može produžiti ili skratiti, ako postoje opravdani razlozi. Prema PZ FBiH, potrebno je da protekne rok od 30 dana od dana prijavljivanja, ali izuzetno, kada postoje opravdani razlozi, matičar može odobriti zaključenje braka i prije isteka ovog roka.²¹ Navedeni rok ima za cilj spriječiti ishitreno sklapanje braka. Na tragu tog tumačenja, zahtijevani rok kod tzv. sporazumnog razvoda braka može služiti suzbijanju brzopletih ili ishitrenih razvoda. Ipak, samo djelomično, s obzirom na to da takav rok ne postoji kod razvoda braka po tužbi.

21 Vidi više: Džamna Duman Vranić i Dino Kovačević, „Preporuke matičara budućim bračnim partnerima – ukra-
sni karakter ili stvarna funkcija”, u *XI međunarodni naučni skup Dani porodičnog prava: zbornik radova*, ured.
Amra Jašarbegović (Mostar: Univerzitet “Džemal Bijedić”, Pravni fakultet, 2023), 242–243.

U ranijem republičkom zakonu vremenski uvjet za sporazumni razvod braka nije bio određen. Naime, bračni partneri koji nisu imali zajedničku malodobnu ili usvojenu djecu ili djecu nad kojom ostvaruju roditeljsko staranje²², mogli su da podnesu zahtjev za sporazumni razvod braka.²³ Dakle, relevantne su samo dvije činjenice – da je brak zaključen i da bračni partneri nemaju maloljetne djece.²⁴

Nejasno je i zašto je zakonodavac par decenija nakon (rok od šest mjeseci uveden je 2005. godine), odlučio da dodatno ograniči tzv. sporazumni razvod braka uvodeći vremenski uvjet trajanja braka od minimalno šest mjeseci, dok je, recimo, u slučaju razvoda braka po tužbi isključio dokazivanje subjektivnog elementa koji se odnosio na to da bračni partneri moraju da dokažu da je njihov zajednički život postao nepodnošljiv (ovakvo rješenje je PZ RS zadržao iz republičkog zakona).

Naime, u literaturi nalazimo prigovore tome da se sporazumnim razvodom suviše štite interesi pojedinca, a zanemaruje društveni značaj braka, te da on doprinosi neodgovornom, brzopletom i afektivnom prestanku braka.²⁵ Da se navedeni argument čini neodrživim proizlazi iz činjenice da ne postoji vremenski rok za podnošenje tužbe za razvod braka, pa bismo i tada mogli govoriti o brzopletom i afektivnom djelovanju bračnih partnera.

Suprotan argument ovoj tvrdnji bio bi da u ovom slučaju na teretu tužitelja leži obaveza dokazivanja teške i trajne poremećenosti bračnih odnosa kao brakorazvodnog uzroka. Budući da je riječ o pravnom standardu koji se cijeni od slučaja do slučaja, zakon ne nabraja taksativno koje su to situacije i razlozi koji dovode do teške i trajne poremećenosti bračnih odnosa. Samim tim što nije naveo šta se tačno podrazumijeva pod teškom i trajnom poremećenošću bračnih odnosa, praksa pokazuje, podrazumijeva se praktično sve.

9. ZAKLJUČAK

Bez obzira da li su bračni partner pokrenuli razvod braka po tužbi ili po zahtjevu za sporazumni razvod braka, zadatak suda jeste da brakorazvodni postupak provede što brže i efikasnije, a da pritom ne povrijedi temeljna prava stranaka u postupku, a naročito ne prava onih koji ni na koji način ne mogu utjecati na sam postupak i na njegov tok, a to su zajednička malodobna djeca stranaka, odnosno usvojena djeca ili djeca nad kojima je produženo roditeljsko staranje.

Za otvorenu raspravu je pitanje da li, u nekim budućim izmjenama porodičnog zakonodavstva, ukinuti vremenski uvjet od šest mjeseci minimalnog trajanja braka za bračne partnere koji se opredijele okončati brak sporazumnim razvodom, jer svakako postoji procesni mehanizam da

²² Porodični zakon SRBiH iz 1979. godine navedeni institut nazivao je "roditeljsko pravo", koje opredjeljenje su zadržali, kako PZ RS iz 2002. godine, tako i PZ RS iz 2023. godine. PZ FBiH odabire "roditeljsko staranje". Pozitivno zakonodavstvo roditeljsko staranje obično definira kao "skup odgovornosti, dužnosti i prava", i to primarno roditelja u (najboljem) interesu djeteta. Navedeni termin je, čini se, bolja zamjena termina "roditeljsko pravo", i znači svojevrsnu evoluciju shvatanja statusa djeteta, "od objekta ka subjektu", te se u savremenom pravu uglavnom koriste termini "roditeljsko staranje", "roditeljska skrb" i "roditeljska odgovornost".

²³ Sud će razvesti brak na osnovu sporazuma bračnih drugova, ako nemaju zajedničku maloljetnu ili usvojenu djecu ili djecu nad kojom je produženo roditeljsko pravo. (*Porodični zakon SR Bosne i Hercegovine*, „Službeni list Republike Bosne i Hercegovine“, br. 21/79, 42/89, čl. 58).

²⁴ Nerimana Traljić i Suzana Bubić, *Porodično pravo* (Sarajevo, Studentska štamparija Univerziteta, 1998), 84.

²⁵ Draškić, *Porodično pravo i prava deteta, jedanaesto izdanje*, 139.

propisani rok bude izbjegnut. Sve i kad zanemarimo mogućnost da propisani rok bude izigravan, neopravdanim se čini forsirati bračne partnere, među kojima postoji sporazum, da čekaju nastupanje uvjeta u braku koji je u stvarnosti već ugašen. U iščekivanju uvjeta teško da će među bračnim partnerima biti donesena odluka o opstanku braka, stoga je neodrživa teorija da je očuvanje braka svrha traženog šestomjesečnog trajanja braka, naročito što bračni partneri postupak mogu pokrenuti tužbom, i to bez ikakvog vremenskog uvjeta.

Uvjet koji se tiče sporazuma o sadržajima roditeljskog staranja (za bračne partnere koji imaju djecu), u slučaju transformacije podneska iz tužbe u zahtjev za sporazumni razvod braka, svakako je ispunjen, jer neosporavani tužbeni zahtjev *de facto* predstavlja sporazum, a na sudu je da procjenjuje da li je takav sporazum u najboljem interesu djeteta.

LITERATURA

- Bubić, Suzana, i Nerimana Traljić. Bračno pravo, prvo izdanje. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2007.
- Čalija, Branko, i Sanjin Omanović. Građansko procesno pravo, 2. dopunjeno i izmijenjeno izd. Sarajevo: Pravni fakultet, 2000.
- Draškić, Marija. Porodično pravo i prava deteta, XI izdanje. Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo, 2020.
- Duman, Džamna. "Institut posredovanja u porodičnom zakonodavstvu BiH", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LII (2009): 71–91.
- Duman Vranić, Džamna, i Dino Kovačević. "Preporuke matičara budućim bračnim partnerima – ukrasni karakter ili stvarna funkcija", u *XI međunarodni naučni skup Dani porodičnog prava: zbornik radova* ured. Amra Jašarbegović, 239–249. Mostar: Univerzitet "Džemal Bijedić", Pravni fakultet, 2023.
- Panov, Slobodan. Porodično pravo, dvanaesto izdanje. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo, 2022.
- Ponjavić, Zoran. "O evoluciji porodičnog prava", u *Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog: zbornik radova*, ured. Osman Pajić, 11–25. Mostar: Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru, 2013.
- Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, *Sl. novine FBiH*, br. 35/2005, 41/2005 – ispr., 31/2014 i 32/2019 – odluka US.
- Porodični zakon Republike Srpske, *Sl. glasnik RS*, br. 17/2023.
- Porodični zakon Republike Srpske, *Sl. glasnik RS*, br. 54/2002, 41/2008, 63/2014 i 56/2019 – odluka US.
- Porodični zakon SRBiH, *Službeni list SRBiH*, br. 21/79, 42/89.
- Traljić, Nerimana, i Suzana Bubić. *Porodično pravo*. Sarajevo: Studentska štamparija Univerziteta, 1998.
- Zakon o parničnom postupku FBiH, *Sl. novine FBiH*, br. 53/2003, 73/2005, 19/2006 i 98/2015.

BETWEEN DIVORCE COMPLAINT AND A REQUEST FOR AN AMICABLE DIVORCE: PROCEDURAL DOUBT OR CIRCUMVENTION OF THE LAW

Dino Kovačević²⁶

University of Sarajevo – Faculty of Law

Ena Morankić²⁷

University of Tuzla – Faculty of Law

Summary: According to the family law of the Federation of Bosnia and Herzegovina divorce proceedings can be initiated by a divorce complaint or a request for an amicable divorce. However, the initial submission does not necessarily have to exist until the end of the procedure. Namely, the law acknowledges two specific procedural situations, which may be initiated by the autonomy of the will of spouses during the divorce. If one spouse withdraws the request for an amicable divorce, and the other stands by the request, the request will be regarded as a divorce complaint. On the other hand, if one spouse files a divorce complaint, and the other no later than closing the main hearing explicitly states that he/she does not dispute the grounds for the complaint, it will be considered that the spouses filed a request for an amicable divorce. This disposal with the submission results in changing the procedural character of the submission and results in a series of questions that dictate further actions of the court and are the central point of this paper.

Keywords: divorce, request for amicable divorce, divorce complaint, autonomy of the will, procedural character of submission

²⁶ MA iur., assistant, e-mail: d.kovacevic@pfsa.unsa.ba

²⁷ MA iur., PhD candidate, e-mail: enaa_115@hotmail.com

ANALIZA PRAVNOG OKVIRA KAO IZVORA KONKURENTNOSTI ZASNOVANA NA IZVJEŠĆU SVJETSKOG GOSPODARSKOG FORUMA

Drago Pupavac¹

Veleučilište u Rijeci.

Sažetak: *Vladavina prava neophodna je za suradnju unutar i između regionalnih grupacija. Vladavina prava doprinosi jačanju konkurentnosti narodnih gospodarstava u regionalnom i globalnom gospodarskom sustavu, gospodarskom rastu i dobrobiti društava u cjelini. Tri područja u kojima države u regiji često najviše zaostaju jesu efikasnost pravnog okvira u osporavanju propisa, efikasnost pravnog sustava u rješavanju sporova, te opterećenje vladinim propisima. Predmet istraživanja ovoga rada jest međuodnos efikasnosti pravnog okvira u navedena tri područja i indeksa globalne konkurentnosti. Jačina veze između pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti utvrdit će se za 137 država koje su obuhvaćene Globalnim izvješćem o konkurentnosti. Jačina veze između pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti utvrdit će se posebno za nacionalna gospodarstva svrstana u različite razvojne faze njihovih ekonomija. Jačina veze utvrdit će se pomoću statističke metode korelacijske analize, a potom će se metodama analize i sinteze te komparativnom znanstvenom metodom izvući odgovarajući zaključci i donijeti preporuke za izgradnju pravnog okvira u funkciji podizanja razine konkurentnosti na globalnoj razini.*

Ključne riječi: *pravni okvir, efikasnost, konkurentnost, globalni indeks konkurentnosti, države u regiji, razvojne faze narodnog gospodarstva.*

1. UVOD

Uspješnost funkcioniranja tržišnog gospodarstva ovisi o širokom spektru tržišnih i netržišnih institucija čija je temeljna zadaća osigurati jednaka „pravila igre“ za sve sudionike gospodarskog sustava. Što su države u tome uspješnije imaju stabilniji gospodarski rast, ravnomjernije raspoređuju dohodak i imaju veću ekonomsku uspješnost (Rodrik, 2000). Dollar i Kraay (2003) koristeći se pokazateljem vladavine prava Svjetske banke, pokazali su na uzorku od stotinjak zemalja u svijetu da u razdoblju sedamdesetih do devedesetih godina 20. stoljeća veći učinak na povećanje BDP po stanovniku ima uključenost u međunarodnu trgovinu, a manji učinak ima unaprjeđenje institucija (mjereno funkcioniranjem pravne države). Nasuprot tome, Rodrik i suradnici (2002.) u svome su istraživanju došli do zaključka da kvaliteta institucija, mjerena zaštitom vlasničkih prava i vladavinom prava, ima višestruko veći značaj na povećanje BDP po stanovniku u odnosu

¹ Profesor stručnog studija u trajnom izboru, Veleučilište u Rijeci, email: drago.pupavac@veleri.hr

na utjecaj drugih nezavisnih varijabli u modelu - zemljopisnog položaja i razmjera međunarodne trgovine. Prema Edisonu (2003), države s višom kvalitetom institucija ostvaruju više i stabilnije stope povećanja BDP po stanovniku. Fukumoto (2008) i Kirchner (2012) u svojim su radovima utvrdili postojanje pozitivne veze između opsega zakonodavstva i gospodarskog rasta. U skladu s tim, predmet istraživanja od značaja za ovaj rad jest povezanost pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti.

Svrha i cilj ovoga istraživanja jest pronaći odgovore na sljedeća istraživačka pitanja:

1. Postoji li statistički značajna veza između efikasnosti pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti?
2. Postoje li razlike u jačini veze između pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti ovisno o razvojnoj fazi u kojoj se narodno gospodarstvo nalazi?
3. Postoje li statistički značajne razlike u razini indeksa globalne konkurentnosti ovisno o razvojnoj fazi u kojoj se narodno gospodarstvo nalazi?

S ciljem pronalaženja odgovora na postavljena pitanja u radu će se primijeniti više znanstvenih metoda od kojih se ističu komparativna metoda, metoda analize i sinteze te metode deskriptivne statistike (prosječna vrijednost, standardna devijacija, medijan, kvartili) i metode inferencijalne statistike (korelacijska i regresijska analiza i analiza varijance ANOVA).

2. KONCEPTUALNI MODEL ISTRAŽIVANJA

Temeljem proučene literature i postojećih znanstvenih spoznaja definiran je konceptualni model istraživanja (cf. sliku 1).

Slika 1. Konceptualni model



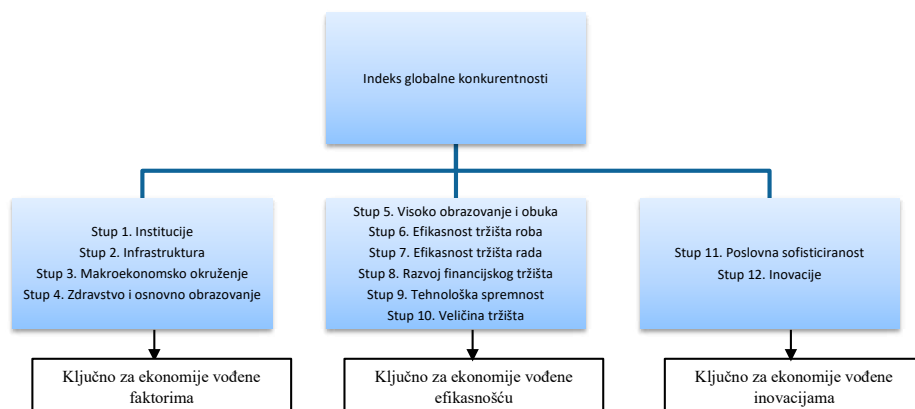
Izvor: autor

Postavljenim konceptualnim modelom analizira se međuodnos između pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti te međuodnos između pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti ovisno o razvojnoj fazi narodnog gospodarstva. Predmet analize temeljem postavljenog konceptualnog modela jest i ovisnost indeksa globalne konkurentnosti i razvojne faze narodnog gospodarstva.

Pravni okvir. Pravni okvir je strukturirani skup načela i pravila koja kreiraju i provode državna tijela kako bi regulirala ponašanje i osigurala red unutar društva. Obuhvaća zakone, propise, ugovore koji postavljaju granice i pojašnjavaju različita pravila i procedure štiteći pri tom prava pojedinaca i organizacija (<https://app.vaia.com>). Za aktivne sudionike gospodarskog sustava od posebne je važnosti na koji način pravni okvir regulira pravo vlasništva, financiranje, organiziranje i kontroliranje poduzeća, ali i reguliranje kreditnih tokova, tržišta kapitala i tržišta rada (Deakin, 2013). Razumijevanje pravnog okvira pomaže pojedincima i organizacijama da posluju u okviru zakona, promiču usklađenost i minimiziraju pravne rizike. Uloga pravnog okvira u promoviranju gospodarskog rasta i razvoja predmetom je brojnih recentnih istraživanja (Karkalakos, 2024.). Prema (Loayza et al., 2004.) regulacija može imati potencijalno značajne makroekonomske posljedice tako što pomaže ili koči dinamiku gospodarskog restrukturiranja i preraspodjele resursa koji karakteriziraju proces gospodarskog rasta. Suvremene ekonomije zahtijevaju efikasnu pravnu infrastrukturu usmjerenu prije svega na zaštitu vlasničkih i ugovornih prava (Posner, 1998.). Institucionalno okruženje često se navodi kao prvo koje treba reformirati s ciljem podizanja razine konkurentnosti. Kvaliteta u pravilnom funkcioniranju institucija javne uprave od ključne je važnosti za konkurentnost i rast gospodarstva. Kako održivi rast ovisi, prije svega, o investicijama, investitore zanima sigurno i pošteno okruženje gdje postoji vladavina prava i gdje se poštuju prava privatnog vlasništva. Ulagачe također zanima odgovorna i efikasna javna uprava čiji su upravni postupci jednostavniji i brži u kontekstu slobode poslovanja te čije se javne politike stvaraju u ozračju transparentnog i odgovornog javnog upravljanja. Konkurentnost izravno ovisi o pravnom (regulatornom) okviru. Pravni okvir, politička stabilnost i ekonomske slobode ubrzavaju gospodarski rast (Uzelac, Davidović i Mijatović, 2020). Složene i preklapajuće birokratske procedure, sporost u davanju odobrenja te sklonost stvaranju propisa koji sadržavaju prepreke i nameću opterećenja slobodi poslovanja, nužno je otkloniti. Previše regulacije može rezultirati visokom stopom nezaposlenosti i nižim prihodima (Botero et al. 2004, Di Vita 2017).

Indeks globalne konkurentnosti (IGK) mjeri nacionalnu konkurentnost i kreće se u rasponu od *min* 1 do *max* 7. Svjetski ekonomski forum definira konkurentnost kao skup institucija, politika i čimbenika koji određuju razinu produktivnosti gospodarstva, što pak određuje razinu prosperiteta koju ekonomija može postići. Indeks globalne konkurentnosti prati učinak gotovo 140 zemalja i kombinira 114 pokazatelja grupiranih u 12 stupova konkurentnosti (cf. sliku 2).

Slika 2. Okvir indeksa globalne konkurentnosti



Izvor: Priredio autor prema: *The Global Competitiveness Reports of the World Economic Forum for and 2017–2018*.

Radi se o četvrtoj preposljednjoj iteraciji metodologije koju koristi Svjetski ekonomski forum u svojem izvješću o globalnoj konkurentnosti, a koja je prethodila COVID-19 krizi. Naime, u uvjetima COVID-19 krize izmijenjeni su ključni faktori koji oblikuju poslovni ciklus. Pored autoru dostupnih podataka to je glavni razlog zašto je odabrano ovo izvješće za analizu utjecaja pravnog okvira na globalnu konkurentnost. Temeljem slike 2 može se zaključiti da 12 stupova na različite načine utječu na gospodarstva u različitim fazama razvoja. Na primjer, za gospodarstva potaknuta faktorima, konkurentnost prvenstveno ovisi o funkcioniranju institucija, (1. stup), dobro razvijenoj infrastrukturi (2. stup), stabilnom makroekonomskom okruženju (3. stup) i zdravoj radnoj snazi koja je stekla najmanje osnovno obrazovanje (4. stup).

Razvojna faza gospodarstva (RF). Uspješan gospodarski razvoj je proces koji se može opisati kao slijed tri faze. Prvu fazu označava faktorima vođena ekonomija (FVE), drugu fazu efikasnošću (investicijama) vođena ekonomija (EVE) i treću fazu inovacijama vođena ekonomija (IVE). U prvoj fazi konkurentska prednost temelji se isključivo na bogatstvu prirodnim resursima i radnoj snazi. Konkurentnost u ovoj fazi podupiru relativno niske plaće. U drugoj fazi učinkovitost u proizvodnji standardnih proizvoda i usluga postaje dominantan izvor konkurentske prednosti. U trećoj najvišoj fazi razvoja sposobnost proizvodnje inovativnih proizvoda i usluga korištenjem najnaprednijih tehnoloških metoda postaje dominantan izvor konkurentske prednosti (<https://www.isc.hbs.edu>). Za potrebe ovoga istraživanja u razmatranje su uzete i dvije prijelazne faze i to: faza tranzicije iz faktorima vođene ekonomije ka efikasnošću vođenoj ekonomiji (TFE) i faza tranzicije iz ekonomije vođene efikasnošću ka ekonomiji vođenoj inovacijama (TEI).

Prema Svjetskom ekonomskom forumu, ponderi za određivanje realtivne važnosti tri podindeksa indeksa globalne konkurentnosti i BDP po glavi stanovnika dati su u tablici 1.

Tablica 1. Ponderi i dohodovni pragovi za različite faze ekonomskog razvoja

	Faza 1 Faktorima vođena ekonomija	Tranzicija iz faze 1 u fazu 2	Faza 2 Efikasnošću vođena ekonomija	Tranzicija iz faze 2 u fazu 3	Faza 3 Inovacijama vođena ekonomija
BDP p.c. (US\$)	< 2000	2000-2999	3000-8999	9000-17000	>17000
Osnovni faktori	60%	40-60%	40%	20-40%	20%
Faktori ključni za efikasnost	35%	35-50%	50%	50%	50%
Faktori ključni za inovacije	5%	5-10%	10%	10-30%	30%
Broj država	35	15	31	20	36

Izvor: priredio autor prema: *The Global Competitiveness Reports of the World Economic Forum for 2017–2018.*

U skladu s postavljenim i elaboriranim konceptualnim modelom u radu se dokazuju sljedeće tri hipoteze:

H1: Između pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti postoji pozitivna i statistički značajna veza.

H2: Jakost statističke veze između pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti izražena je u gospodarstvima koja se nalaze u višim razvojnim fazama.

H3: Između gospodarstava u različitim razvojnim fazama postoje statistički značajne razlike u razini indeksa globalne konkurentnosti.

3. PODACI I METODOLOGIJA ISTRAŽIVANJA

Istraživanje se temelji na podacima predstavljenim u Izvješćima o globalnoj konkurentnosti Svjetskog ekonomskog foruma za 2017–2018. Iz izvješća su odabrani pokazatelji za 137 gospodarstava, a to su Indeks globalne konkurentnosti i pravni okvir mjeren s tri pokazatelja: a) efikasnost pravnog okvira u osporavanju propisa (OP), b) efikasnost pravnog sustava u rješavanju sporova (RS) i c) opterećenje vladinim propisima (VP). Jačina veze između pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti posebno će se utvrditi za nacionalna gospodarstva razvrstana u tri osnovne razvojne faze: ekonomije vođene faktorima, ekonomije vođene efikasnošću i ekonomije vođene inovacijama, te dvije prijelazne (tranzicijske) faze: od ekonomija vođenih faktorima ka ekonomijama vođenim efikasnošću i od ekonomija vođenih efikasnošću ka ekonomijama vođenim inovacijama.

Prikupljeni podaci obrađeni su pomoću programa za statističku obradu *Statistica*. Za potrebe istraživanja korištene su razne znanstvene metode. Indeks globalne konkurentnosti i pravni okvir analizirani su prvo metodama deskriptivne statistike (aritmetička sredina, medijan, standardna devijacija). Hipoteze H1 i H2 testirane su korelacijskom analizom. Korelacijskom analizom utvrđen je smjer i jakost statističke povezanosti između pravnog okvira s jedne strane i indeksa globalne konkurentnosti s druge strane za 137 država. Smjer i jakost ove veze potom je utvrđena

za gospodarstva svrstana u tri različite razvojne faze i dvije prijelazne razvojne faze. Za utvrđivanje povezanosti indeksa globalne konkurentnosti i razvojne faze gospodarstva (H3) korištena je jednosmjerna analiza varijance (ANOVA).

4. REZULTATI ISTRAŽIVANJA I DISKUSIJA

Na temelju prikupljenih podataka iz Globalnog izvješća o konkurentnosti 2017-2018. napravljena je kratka deskriptivna analiza indeksa globalne konkurentnosti i efikasnosti pravnog okvira mjenjenog s tri pokazatelja: a) efikasnost pravnog okvira u osporavanju propisa (OP) – odnosi se na pravna sredstva s ciljem zaštite ugovornih strana kod nevaljanih pravnih poslova kod kojih postoji razlog pobojnosti (Nikšić, 2015); b) efikasnost pravnog sustava u rješavanju sporova (RS) – označava kvalitetu sudskog postupka i načina njegovog provođenja s ciljem da se osiguraju sva procesna jamstva i provede postupak u kojemu će se maksimalno ispravno utvrditi činjenično stanje i na njega adekvatno primijeniti pravne norme (Uzelac, s tim da se postupak provede uz minimalni utrošak rada, sredstava i vremena (Triva i Dika, 2004); c) opterećenje vladinim propisima (VP) – odnosi se na percepciju poduzeća o lakoći usklađivanja s vladinim propisima i administrativnim zahtjevima (npr. Dozvole, izvješćivanja, zakonodavstvo). (cf. tablicu 2).

Tablica 2. Deskriptivna statistika indeksa globalne konkurentnosti i pokazatelja pravnog okvira za 137 država

	IGK	OP	RS	VP
Aritmetička sredina	4,30	3,46	3,73	3,42
Standardna greška	0,06	0,06	0,09	0,076
Medijan	4,3	3,4	3,6	3,3
Mod	4,3	3,3	3	2,6
Standardna devijacija	0,70	0,76	1,02	0,89
Varijanca	0,49	0,57	1,03	0,79
Raspon	3	3,9	4,6	4,4
Minimum	2,9	1,7	1,6	1,2
Maksimum	5,9	5,6	6,2	5,6
Zbroj	588,4	474,7	511,3	468,7
Ukupno	137	137	137	137

Sve promatrane države u regiji imaju manji indeks globalne konkurentnosti od prosječnog indeksa 137 država svijeta. Najvišu razinu IGK ostvarila je RH od 4,2 što se ne može reći za efikasnost pravnog sustava. Naime, po svim pokazateljima efikasnosti pravnog sustava država u regiji Republika Hrvatska pokazuje najlošije rezultate. Što se tiče efikasnosti pravnog sustava država u regiji samo Crna Gora i to po jednom pokazatelju (efikasnost pravnog okvira u osporavanju propisa - OP 3,6) pokazuje bolje rezultate od prosjeka 137 država svijeta.

H1: Između pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti postoji pozitivna i statistički značajna veza.

Provedena korelacijska analiza potvrdila je postojanja statistički značajne, srednje jake i pozitivne veze ($r=0,66$; $p < 0,05$) između indeksa globalne konkurentnosti i efikasnosti pravnog okvira (cf. tablicu 3), čime je dokazana hipoteza H1.

Tablica 3. Korelacijska analiza indeksa globalne konkurentnosti i efikasnosti pravnog okvira

Korelacija (List1 u Pravo_bl_podaci) Korelacija na razini značajnosti od $p < ,05000$ $N=137$				
	Aritmetička sredina	Std.Dev.	IGK	PO
IGK	4,294891	0,700978	1,000000	0,665738
PO	3,539124	0,839894	0,665738	1,000000

Od pokazatelja efikasnost pravnog sustava najjaču vezu s IGK (cf. tablicu 4) pokazuje opterećenje vladinim propisima ($r=0,70$; $p<0,05$) te efikasnost pravnog sustava u rješavanju sporova ($r=0,68$; $p<0,05$).

Tablica 4. Korelacijska analiza između IGK i pokazatelja efikasnosti pravnog okvira

	<i>IGK</i>	<i>OP</i>	<i>RS</i>	<i>OVP</i>
IGK	1			
OP	0,462484	1		
RS	0,687631	0,783906	1	
VP	0,704826	0,788027	0,92607	1

U skladu s dobivenim rezultatima korelacijske analize provedena je i regresijska analiza (cf. tablicu 5) te je sačinjen makroekonomski model (1) za procjenu indeksa globalne konkurentnosti ovisno o efikasnosti pravnog okvira

Tablica 5. Regresijska analiza

Ovisna varijabla: IGK $R= ,66573786$ $R^2= ,44320690$ Prilagođeni $R^2= ,43908251$ $F(1,135)=107,46$ p						
	b*	Std.gr. - of b*	B	Std.gr. - of b	t(135)	p-vrijednost
Odsječak			2,328456	0,194926	11,94535	0,000000
EPO	0,665738	0,064221	0,555627	0,053599	10,36629	0,000000

Dobiveni konkluzivni makroekonomski model za procjenu indeksa globalne konkurentnosti ovisno o efikasnosti pravnog okvira (EPO) može se zapisati u sljedećem obliku:

$$IGK=2,33 + 0,55EPO \quad (1)$$

Temeljem dobivenog modela procijenit će se indeks globalne konkurentnosti država regije kada bi one dostigle prosječnu razinu efikasnosti pravnog okvira 137 država svijeta od 3,54 (cf. tablicu 6).

Tablica 6. Stanje i procjena IGK država regije

Država	Razvojna faza gospodarstva	Trenutni IGK	Trenutno prosječna razina EPO	IGK pri razini prosječne EPO 137 država svijeta	Razlika
Republika Hrvatska	Prijelazna faza iz efikasnošću u inovacijama vođenu ekonomiju	4,2	2,03	4,28	+0,08
BiH	Efikasnošću vođena ekonomija	3,9	2,43	4,28	+0,38
Srbija	Efikasnošću vođena ekonomija	4,1	2,63	4,28	+0,18
Crna Gora	Efikasnošću vođena ekonomija	4,1	3,47	4,28	+0,18

Temeljem podataka iz tablice 6 razvidno je da bi povećanjem efikasnosti pravnog okvira do razine svjetskog prosjeka sve države regije ostvarile rast indeksa globalne konkurentnosti. Najveći rast indeksa globalne konkurentnosti ostvarilo bi gospodarstvo Bosne i Hercegovine, a najmanji gospodarstvo Republike Hrvatske.

H2: Jakost statističke veze između pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti izraženija je u gospodarstvima koja se nalaze u višim razvojnim fazama.

Države u nižim gospodarskim fazama razvoja trebaju posebnu pozornost posvetiti izgradnji efikasnost pravnog okvira kako bi u što većoj mjeri privukli strana ulaganja i tako značajno unaprijedila svoj gospodarski razvitak. Provedena korelacijska analiza (cf. tablicu 7) potvrdila je postojanja pozitivne veze između efikasnosti pravnog okvira i globalnog indeksa konkurentnosti neovisno o razvojnoj fazi u kojoj se narodno gospodarstvo nalazi.

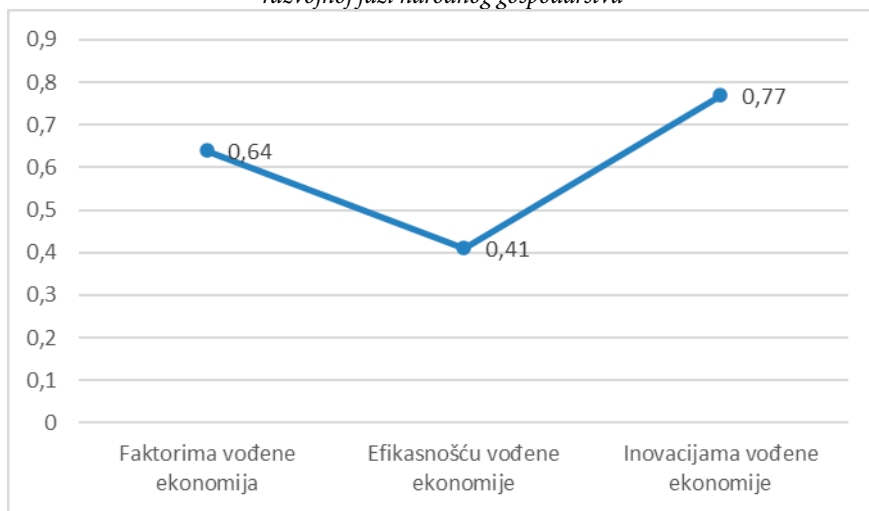
Tablica 7. Korelacijska analiza između efikasnosti pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti za gospodarstva u različitim razvojnim fazama

Razvojne faze	Pearsonov koeficijent korelacije (r)
Faza 1 Faktorima vođena ekonomija	0,64
Prijelazna faza: tranzicija iz faze 1 u fazu 2	0,74
Faza 2 Efikasnošću vođena ekonomija	0,41
Prijelazna faza: tranzicija iz faze 2 u fazu 3	0,51
Faza 3 Inovacijama vođena ekonomija	0,77

Izvor: vlastiti izračuni

Međutim, jačina veze između efikasnosti pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti je značajno različita. Statistički značajnu i jaku vezu između efikasnog pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti bilježe gospodarstva koja se nalaze u najnižoj i najvišoj razvojnoj fazi. U gospodarstvima koja se nalaze u drugoj fazi (efikasnošću vođene ekonomija) najslabija je jačina veze između efikasnosti pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti. Jačina veze između efikasnosti pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti u tri različite razvojne faze narodnih gospodarstava može se prikazati oblikom slova V (cf. sliku 3).

Slika 3. Jačina veze između efikasnosti pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti ovisno o razvojnoj fazi narodnog gospodarstva



Sukladno dobivenim nalazima hipoteza H2 se odbacuje.

H3: Između gospodarstava u različitim razvojnim fazama postoje statistički značajne razlike u razini indeksa globalne konkurentnosti.

Hipoteza H3 testirana je metodom analize varijance. Provedena analiza varijance potvrdila je postojanje statistički značajnih razlika u razini indeksa globalne konkurentnosti (cf. tablicu 8) između država u različitim fazama gospodarskog razvoja.

Tablica 8. ANOVA – indeks globalne konkurentnosti

Učinak: $F(4, 132)=72,933, p=0,0000$						
	RF	IGK – srednja vrijednost	IGK – standardna pogreška	IGK - -95,00%	IGK - +95,00%	N
1	FVE	3,571429	0,067127	3,438646	3,704212	35
2	TFE	4,100000	0,102538	3,897171	4,302829	15
3	EVE	4,164516	0,071326	4,023426	4,305606	31
4	TEI	4,365000	0,088800	4,189345	4,540655	20
5	IVE	5,152778	0,066188	5,021852	5,283704	36

Temeljem podataka iz tablice 8 razvidno je da gospodarstva u višim razvojnim fazama ostvaruju veći indeks globalne konkurentnosti. Dobiveni nalaz je logičan i očekivan. Hipoteza H3 se prihvća.

5. ZAKLJUČAK

Rezultati istraživanja upućuju na pozitivnu vezu između efikasnosti pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti. Ta veza posebno je izražena kod onih država čije su ekonomije faktorima vođene i država čije su ekonomije vođene inovacijama. Veza između efikasnosti pravnog okvira i indeksa globalne konkurentnosti statistički je značajna, jaka i pozitivna i u prijelaznoj fazi iz faktorima vođenih ekonomija u fazu efikasnošću vođenih ekonomija. Kod efikasnošću vođenih ekonomija ta veza je najslabija tako da ne čude niske vrijednosti pokazatelja efikasnosti pravnog okvira u državama regije. Sve države regije bi samo dostizanjem prosječne razine efikasnosti pravnog okvira 137 država svijeta povećale svoj indeks globalne konkurentnosti i time pridonijele rastu svojih gospodarstava. Najveću korist od podizanja razine efikasnosti pravnog okvira ostvarilo bi gospodarstvo Bosne i Hercegovine.

LITERATURA

- Botero, J., et al. (2004). "The Regulation of Labor," NBER Working Paper No. 9756.
- Budak, J. i Sumpor, M. (2009). Nova institucionalna ekonomika i institucionalna konvergencija. *Ekonomski pregled*, 60 (3-4), pp. 168-195. Preuzeto s <https://hrcak.srce.hr/36850>
- Deakin, S. (2013). The legal framework governing business firms and its implications for manufacturing scale and performance: the uk experience in international perspective, Centre for Business Research, University of Cambridge, Working paper No. 449, <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2023/05/cbrwp449.pdf>.
- Di Vita, G (2017), "Institutional quality and the growth rates of the Italian regions: The costs of regulatory complexity", *Papers in Regional Science* 97(4), pp. 1057-1081.
- Dollar, D., Kraay A. (2003). „Institutions, Trade and Growth“, *Journal of Monetary Economics*, (50), 1, pp. 133-162.
- Edison, H. (2003). „Testing the Links: How Strong are the Links Between Institutional Quality and Economic Performance?“, *Finance and Development*, (40), 2, pp.35-37.
- Fukumoto, K (2008), "Legislative production in comparative perspective: Cross-sectional study of 42 countries and time-series analysis of the japan case", *Japanese Journal of Political Science* 9(1), pp. 1-19. <https://www.isc.hbs.edu> (pristup: 15.07.2024.).
- <https://app.vaia.com/studyset/24990760/summary/72495538> (pristup: 30.11.2024.)
- Karkalakos, S. (2024). The Economic Consequences of Legal Framework, *Statute Law Review*, Volume 45, Issue 2, hmae024, <https://doi.org/10.1093/slr/hmae024>
- Kirchner, S (2012), "Federal legislative activism in Australia: a new approach to testing Wagner's law", *Public Choice* 153(3), pp. 375-392.
- Loayza et al. (2004). Regulation and Macroeconomic Performance, (dostupno na: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/650621468762575815/pdf/wps3469.pdf> (pristup: 28.11.2024.).

- Nikšić, S. (2015). Pravna sredstva za pobijanje nevaljanih pravnih poslova – ostvarivanje preobražajnog prava ili konstitutivna tužba?, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 3 – 4, pp. 361–386.
- Posner, R. (1998). Creating a Legal Framework for Economic Development, *The World Bank Research Observer*, Volume 13, Issue 1, pp. 1–11, <https://doi.org/10.1093/wbro/13.1.1>.
- Rodrik, D. (2000.). „Institutions for high-quality growth: what they are and how to acquire them“, NBER Working paper 7540.
- The Global Competitiveness Reports of the World Economic Forum for and 2017–2018.
- Triva, S., Dika, M. (2004): Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb.
- Uzelac, A. (2005). Efikasnost pravosuđa u europskom kontekstu: usporedba funkcioniranja europskih pravosudnih sustava, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 3 – 4, pp. 1101-1137.
- Uzelac, O., Davidovic, M., & Mijatovic, M. D. (2020). Legal framework, political environment and economic freedom in central and Eastern Europe: do they matter for economic growth? *Post-Communist Economies*, 32(6), 697–725. <https://doi.org/10.1080/14631377.2020.1722583>.

Analysis of the Legal Framework as a Source of Competitiveness Based on the World Economic Forum Report

Drago Pupavac²

Polytechnic of Rijeka.

Summary: *The rule of law is essential for fostering cooperation within and among regional groupings. It contributes to strengthening the competitiveness of national economies within regional and global economic systems, economic growth, and overall societal welfare. Three key areas where countries in the region often lag behind include the efficiency of the legal framework in challenging regulations, the efficiency of the legal system in dispute resolution, and the regulatory burden imposed by governments. This study examines the relationship between the efficiency of the legal framework in these three areas and the Global Competitiveness Index. The strength of the connection between the legal framework and the Global Competitiveness Index is analyzed for 137 countries included in the Global Competitiveness Report. The analysis also considers the relationship specifically for national economies categorized by different stages of economic development. The strength of the relationship is determined using statistical correlation analysis, followed by the application of analytical, synthetic, and comparative scientific methods to draw conclusions and provide recommendations for constructing a legal framework that enhances competitiveness on a global level.*

Keywords: *legal framework, efficiency, competitiveness, Global Competitiveness Index, countries in the region, stages of economic development*

² Professor of Professional Studies with Permanent Appointment, University of Rijeka, email: drago.pupavac@veleri.hr

THE LEGAL ASPECTS OF THE DIGITAL CURRENCIES CIRCULATION IN RUSSIA

Aleksei V. Sereda¹

Financial University under the Government of the Russian Federation

Summary: This article focuses on examining the legal regulation of digital currency circulation in the Russian Federation. The author studies the main provisions of the Federal Law of July 31, 2020 No. 259-FZ “On Digital Financial Assets, Digital Currency and on Amendments to Certain Legislative Acts of the Russian Federation”, which enshrines the normative definition of the concept and the basic principles of digital currency circulation in the Russian Federation. Specific types of transactions where the use of digital currency is permitted are identified, and the introduction of the digital ruble, a national digital currency issued by the central bank, which is intended to play a significant role in settlements is defined. The article concludes that the existing conceptual framework contains certain contradictions and suggests that the terms “private digital currencies” and “public digital currencies” should be formally defined and established in legislation.

Keywords: digital currency, digital ruble, bitcoin, legal regulation, settlements, credit institutions, CBDC.

1. INTRODUCTION

The prolonged absence in the Russian Federation of a full-fledged legal framework governing the circulation of digital currency has resulted in uncertainty in resolving the issue of the legality of transactions involving such financial tools, which comes from the analysis of the relevant jurisprudence of the national courts of the Russian Federation. As a result of lengthy consideration, in July 2020 the Federal Law of 31 July, 2020 No. 259-FZ “On Digital Financial Assets, Digital Currency and on Amendments to Certain Legislative Acts of the Russian Federation” (hereinafter - the *Law on Digital Financial Assets*) was enacted. This law aims to establish a regulatory framework for the circulation of digital currency, providing greater legal clarity and consistency in this domain. In addition, in 2023, the Federal Law of 24 July, 2023 No. 340-FZ “On Amendments to Certain Legislative Acts of the Russian Federation” was enacted, creating a legal framework for making settlements using the digital ruble, which is the digital currency of the central bank. In this regard, it seems necessary to analyze the main provisions of these regulations in order to assess their effectiveness and develop proposals for their improvement.

¹ Senior Lecturer, Department of Legal Regulation of Economic Activities of the Faculty of Law, Financial University under the Government of the Russian Federation, alysereda@fa.ru, +7 (499) 553 1301

2. LEGAL DEFINITION OF A DIGITAL CURRENCY

Attempts to develop a normative definition of cryptocurrency for the purposes of its full-fledged legal regulation have been made in Russia since the middle of the last decade. Thus, in September 2017, the Bank of Russia published an information letter “On the use of private ‘virtual currencies’ (cryptocurrencies)”, which duplicated the provisions of a similar 2014 document prohibiting the circulation of cryptocurrency in the Russian Federation. However, after the speech of the President of the Russian Federation Vladimir Putin in October 2017, in which he advocated for the creation of a legal framework to regulate virtual currencies and harness their beneficial features², the Central Bank of the Russian Federation prepared a report describing the existing practice of regulatory and legal regulation of cryptocurrency abroad. This document reflects the FATF approach, according to which cryptocurrency is a decentralized form of virtual currency, and acts by its nature as a digital representation of value, which does not have the force of legal tender in any jurisdiction.³ A similar approach to the classification of cryptocurrency is reflected in the report of the Kiel Institute for the World Economy prepared at the request of the European Parliament’s Committee on Economic and Monetary Affairs [European Parliament 2018].

As a result of the work carried out pursuant to the instruction of the President of the Russian Federation, the *Law on Digital Financial Assets* was adopted in 2020, according to paragraph 3 of Article 1 of which a digital currency is a set of electronic data (digital code or designation) that has the following set of characteristics:

- existence within an information system;
- possibility of acceptance as a means of payment or as an investment;
- use as a unit of account that operates independently and is not classified as a monetary unit of the Russian Federation, a foreign country, or an international monetary or settlement unit;
- the absence of a person obliged to the holder of digital currency, except for the operator and (or) nodes of the information system that perform technical functions to ensure compliance with the procedure for issuing electronic data and making records in the information system.

It should be noted that the terminological framework of this normative legal act currently needs to be revised due to the emergence of the digital ruble - a new form of existence of the Russian currency from the economic point of view, which is an obligation of the Bank of Russia and has the status of a legal tender [Bank of Russia 2020]. Since the ruble is obviously a currency, the digital ruble should be considered as a kind of digital currency, but this is impossible under the current wording of the *Law on Digital Financial Assets*. It should be recognized that when choosing the conceptual framework of the examined legal act, the legislator did not take into account the possibility of creating a central bank digital currency (CBDC), although this term could be found in various official international publications since 2016 [Broadbent 2016]. In this regard, it seems

² RBC. 2017. Putin stated about cryptocurrency risks. Accessed August 15, 2024. <https://www.rbc.ru/finances/10/10/2017/59dce47c9a7947e49a203b49>.

³ Bank of Russia. 2017. Bank of Russia’s review of cryptocurrencies, ICOs and approaches to their regulation. Accessed August 15, 2024. http://www.cbr.ru/content/document/file/36009/rev_ico.pdf.

appropriate to define the term “private digital currency” in the *Law on Digital Financial Assets*, which means a set of electronic data (digital code or designation) contained in the information system, which are created by individuals and legal entities for use as a means of payment, that is not a legal tender, as well as for investment. In turn, it is proposed to use the term “public digital currency” to designate digital currencies of central banks, which should be understood as a national monetary unit of a state or a group of states, which is issued in digital form by the national central bank or other body of a foreign state, whose functions include the issuance of such monetary units, and is recognized as a legal tender in the territory of the relevant state.

3. CIVIL CIRCULATION OF DIGITAL CURRENCIES

Despite its name, the *Law on Digital Financial Assets* devotes only Article 14 to the issues of regulating digital currency circulation. This article consists of 7 paragraphs, three of which contain only definition provisions. In the context of organizing digital currency circulation in the Russian Federation, this refers to the activities of providing services that facilitate civil law transactions and (or) operations resulting in the transfer of digital currency between holders, utilizing elements of the Russian information infrastructure. This activity, as well as the activity of issuing digital currency, should be regulated in accordance with federal laws, therefore, the performance of transactions involving digital currency is not prohibited in the Russian Federation. However, at the time of this study there is no relevant legal act in Russia, which indicates a serious gap in the law. At the same time, the wording used by the legislator is noteworthy: in accordance with paragraph 4 of the article in question, the mere performance of civil law transactions involving digital currency does not require any amendments to the current legislation; it is proposed to regulate only the provision of services that provide such an opportunity. It can be inferred that, from the legislator's perspective, the general legal provisions that do not reflect the peculiarities of digital currency as an object of civil rights are sufficient to regulate civil law transactions involving digital currency.

At the same time, paragraph 5 of Article 14 of the *Law on Digital Financial Assets* establishes the most significant restriction from the point of view of current Russian legislation, prohibiting tax residents of the Russian Federation from entering into civil law transactions (contracts of sale, purchase and sale, contracting, compensation for services) involving digital currency as a counteroffer for the transfer of goods, performance of work and rendering of services. Nevertheless, as S.V. Sarbash reasonably notes, this wording does not exclude the use of an indirect clause in the relevant contract, in which the obligation can be expressed in digital currency, and the payment will be made in rubles at a rate determined in advance by the parties (such a provision, among other things, will enable them to safeguard against significant fluctuations in digital currency exchange rates) [Sarbash 2022, 335]. At the same time, L.A. Novoselova concludes that there are no grounds for the application of civil liability measures to the parties to such a transaction and rightly believes that in this case we can only talk about liability under public law [Novoselova 2021, p. 7]. However, despite the absence of relevant *corpus delicti* of administrative offenses and crimes in the current legislation of the Russian Federation, there is a question about the expediency of such a clause and its relevance in real public relations.

In addition, paragraph 6 of the analyzed article establishes the obligation of tax residents to inform the tax authorities about the facts of possession of digital currency and transactions involving it; otherwise, the claims of these persons to protect their respective rights are not subject to judicial protection. The procedure for notification should be defined by a separate legal act, but such an act is currently lacking. At the same time, the State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation introduced a draft law establishing the procedure for reporting such information, but its consideration was suspended after its adoption in the first reading in February 2021. This circumstance also significantly reduces the level of legal protection of digital currency holders: in the absence of an approved procedure for the submission of information, law enforcement authorities have the right to refuse to satisfy their claims due to the violation of paragraph 6 of Article 14 of the *Law on Digital Financial Assets*.

Finally, paragraph 7 of Article 14 of the *Law on Digital Financial Assets* establishes a prohibition on the dissemination of information about the offer and/or acceptance of digital currency as a counteroffer under contracts of sale, contract, compensation for services, as well as any other method involving the possibility of using digital currency for payment purposes. The presence in this provision of the personal pronoun “they” in the absence of a noun is noteworthy; it should be assumed that this prohibition applies directly to those persons who express readiness to make settlements using digital currency; at the same time, if the information is shared by a third party, there will be no grounds for holding the person liable.

In this regard, it should be recognized that digital currency is an object of civil rights, limited in circulation in the territory of the Russian Federation, but the scope of transactions that can be conducted by all legal entities is relatively broad as the restrictions outline in Article 14 of the *Law on Digital Financial Assets* apply only to the use of digital currencies as a counteroffer. In particular, the permitted transactions include:

1) Issuance of new units of digital currency (mining). Despite the fact that this activity has all the attributes of entrepreneurial activity, at this point it is not officially recognized as such, which is also a serious shortcoming of the current Russian Federation legislation. Moreover, the legislative definition of the concept of “digital currency issuance” in the *Law on Digital Financial Assets* is not precisely stated either: its literal interpretation does not allow to consider the issuance of digital currency as an action performed in favor of the issuer directly, or of third parties. The ongoing discussion in the society shows that the majority of public authorities agree in principle with this position, but the negative attitude of the Bank of Russia to digital currencies largely prevents finding a consensus.⁴

2) Gift of digital currency. There is no corresponding prohibition in the *Law on Digital Financial Assets*, therefore the donation of digital currency is carried out in accordance with the general rules established by the Russian Federation Civil Code (including in the form of a donation). However, the wording of Article 572 of the Russian Federation Civil Code again draws attention to the legislator’s use of the term “thing” in relation to the object of donation, which does not fully reflect the essence of digital currency. The following case from judicial practice draws attention: when considering the dispute, the court considered the presence of electronic correspondence between two individuals as insufficient evidence that they had concluded a contract of

4 Regnum. 2022. In the Russian Federation it is necessary to recognize mining as an entrepreneurial activity. Accessed August 15, 2024. <https://regnum.ru/news/economy/3497283.html>.

gift of digital currency in oral form, and therefore considered this correspondence as inadmissible evidence. In this regard, given the anonymous nature of wallets used to store and perform transactions involving digital currencies, it seems appropriate to define in the legislation the requirement to conclude civil law transactions with the use of digital currency in writing.

3) Bequest (and, consequently, inheritance) of digital currency. Although digital currency can be inherited both by law and by will, the latter method is more beneficial for both the testator and the heir. If there is no will (or it does not mention the presence of digital currency on the part of the testator), it will be possible to include this property in the inheritance estate only if the heir is informed in advance about the presence of digital currency on the part of the testator and if the key (password) for access to digital currency is communicated to him [Mkhitarian 2019, 284]. Otherwise, the digital currency will actually be lost, although based on the provisions of Article 1151 of the Russian Federation Civil Code it should be recognized as escheat property and pass into the ownership of the state. The fact that the testator notified the tax authority about his possession of digital currency will not be of fundamental importance either, since the presence of the state information about the property will not provide real access to it in the absence of the appropriate key. In case of making a will, the proper level of protection of the rights and legitimate interests of the heir can be ensured by resorting to the closed form of the will and (or) depositing the key of access to the wallet with the notary or banking organization. However, if the password is subsequently changed by the testator, it will still be impossible to ensure the heir's access to the digital currency. In addition, some digital currency exchanges provide an opportunity to bequeath their account to another user [Sidorenko 2021, p. 752], but this requires the prior will of the testator. In other words, the relations on inheritance of digital currency seem to be almost the least subject to effective legal regulation.

4) Contribution to the authorized capital of a legal entity. The current Russian Federation legislation does not prohibit this sort of disposal of digital currency either. The first case of registration of such a transaction by the tax authorities dates back to 2019. According to media reports, this required submitting an expert opinion on the valuation of the wallet containing the digital currency, preparing an act of acceptance and transfer of access data, and having the resulting set of documents notarized.⁵ At the same time, there are certain doubts about the safety of digital currency, which is transferred in this way, since the transfer of a document containing the password to the wallet does not mean that the person who previously owned the wallet ceases to have access to it until the password is changed by the new owner. In this regard, there is a potential for offenses involving the transfer of “empty wallets” to the authorized capital, particularly if digital currency stored in these wallets is transferred to another wallet after the valuation process. Such fictitious increase of the authorized capital may be used to protect against suspicions of being a “one-day firm” or during bankruptcy proceedings. In view of the above and taking into account the restriction provided for in part 5 of Article 14 of the *Law on Digital Financial Assets* on a number of transactions involving the use of digital currency by tax resident organizations of the Russian Federation, it seems reasonable to restrict the possibility of contributing digital currency to the authorized capital of business entities.

⁵ RBC. Bitcoin for the first time contributed to the authorized capital of a Russian company. Accessed August 15, 2024. <https://www.rbc.ru/crypto/news/5ddbc3779a7947b7a56880cb>.

5) Use in the conclusion of bilaterally binding contracts (sale and purchase, exchange, loan, etc.). Despite the fact that digital currency cannot act as a counter-provision under a number of contracts, it can independently act as a commodity by virtue of its quasi-material nature, so there are currently no grounds to prohibit the conclusion of contracts of sale and purchase of digital currency, which is confirmed by the materials of jurisprudence.

6) Use of digital currency to ensure the fulfillment of obligations. The property nature of digital currency allows it to be used as collateral, as stated in paragraph 1 of Article 336 of the Russian Federation Civil Code, which specifies that any property, except for those explicitly prohibited by law, can serve as collateral. Since the *Law on Digital Financial Assets* does not include such a prohibition, it can be concluded that it is lawful to use digital currency in such a capacity. However, we could not find any examples of the use of digital currency in this manner in domestic law enforcement practice, and the information widely disseminated in the media about the issuance of a loan by Expobank against the pledge of “cryptocurrency” does not allow us to unambiguously determine the nature of the Waves token used as collateral.⁶ At the same time, foreign experience indicates the possibility of using digital currency as collateral⁷, so the lack of established practice in Russia can be attributed to the high volatility of digital currency rates and the insufficient level of development of legislation governing this area. At the same time, the open nature of the list of methods of securing the fulfillment of obligations contained in paragraph 1 of Article 329 of the Russian Federation Civil Code allows the parties to use models similar to those provided for in the Russian Federation Civil Code in relation to money (for example, to include a condition on the payment of a deposit in the text) when concluding a contract, and transform them for digital currency.

7) Use as a counter-provision under the contract on alienation of exclusive rights to the results of intellectual activity. This agreement is not mentioned in paragraph 5 of Article 14 of the *Law on Digital Financial Assets* either, so we should agree with the position of some authors on the possibility of its conclusion [Sitnik 2020, 110].

4. DIGITAL RUBLE AND ITS PROSPECTS

As mentioned earlier, the digital currency system is constantly evolving, driven by shifting economic demands and various external challenges. These include, among other factors, the cautious stance of many countries regarding the potential emergence of an alternative to traditional currency. Although the legalization of decentralized digital currencies carries significant risks, the use of the underlying distributed ledger technology can significantly improve various social processes that have traditionally been part of the public sphere of activity. In this context, the idea of digitalizing existing national currencies by developing new, faster and safer ways of settlement is rapidly gaining popularity. The term “central bank digital currency” has been established to describe the emerging phenomenon, with the digital ruble representing a specific example of it. In the framework of this study, it is of interest to analyze the civil law nature of the innovation,

6 Smorodskaya, Polina. 2020. “The first cryptocurrency loan has been issued in Russia”. Kommersant, August 19. <https://www.kommersant.ru/doc/4458824>.

7 Bloomberg. Goldman Offers Its First Bitcoin-Backed Loan in Crypto Push. Accessed August 15, 2024. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-04-28/goldman-offers-its-first-bitcoin-backed-loan-in-crypto-push>.

which is proposed to be carried out on the basis of the adopted Federal Laws of July 24, 2023 No. 339-FZ and No. 340-FZ along with the Bank of Russia Regulation No. 820-P “On the Digital Ruble Platform” dated August 3, 2023. The creation of a full-fledged regulatory and legal framework was a necessary condition for the beginning of the piloting stage of this project to introduce the digital ruble into full-fledged circulation in 2025-2027.⁸ We should agree with the authors who consider the adoption of legislation on the digital ruble as an example of legal programming - the impact by means of legal norms on not yet formed social relations in order to give them the most favorable form for the state [Sitnik 2023]. Additionally, this approach demonstrates the state's support for the introduction of the digital ruble into circulation, contrasting with its stance on private digital currencies. The legal regulation of private digital currencies was implemented with significant delay, after social relations surrounding their use had already formed, and is characterized by a restrictive nature.

The issue of the legal nature of the digital ruble was resolved in the updated version of Article 128 of the Russian Federation Civil Code, according to which the digital ruble is considered a type of non-cash monetary funds that are property rights. This decision contradicts to some extent the previous official statements that the digital ruble will become the third form of the ruble, different from cash and non-cash money. Nevertheless, in their public statements, representatives of the Bank of Russia still characterize the digital ruble as the third form of national currency, which will be issued by the Bank of Russia along with the traditional ones.⁹ The emerging contradiction was partially resolved by the legal department of the Bank of Russia itself: during the speech of its representative at the X Moscow Legal Forum “Sustainable Development of Russia: Legal Dimension” it was noted that the qualification of the digital ruble as an independent form of money is made not from a legal perspective, but from an economic one.¹⁰

At the same time, the updated versions of Articles 140 (1), 861 and 862 (2) of the Russian Federation Civil Code also use the phrases “non-cash settlements, including settlements with digital rubles” and “non-cash settlements, except for settlements with digital rubles”, which indicates the legislator's desire to maximally identify the digital ruble with the previously existing general legal category of non-cash money, singling it out as a special private case. Nevertheless, the wording used in the new version of Article 128 of the Russian Federation Civil Code still raises certain questions, since there are no references to any other types of non-cash funds other than the digital ruble in the Russian legislation at the moment. In this regard, the scientific literature suggests that it is possible to consider non-cash funds in a broad sense, including the digital ruble, and in a narrow sense, which does not include the digital ruble in the content of this concept [Sitnik 2023]. It seems possible to conclude that there are no grounds to consider the digital ruble as an independent form of money from the legal point of view, since it is a special type of non-cash money.

According to paragraph 4 of Article 861 of the Civil Code of the Russian Federation, digital ruble transactions are conducted on the digital ruble platform (hereinafter referred to as the “DRP”). The DRP is an information system that governs the interactions of participants in the digital ruble

⁸ TASS. 2023. The Bank of Russia said that mass use of the digital ruble in Russia is possible in 2025-2027. Accessed August 15, 2024. <https://tass.ru/ekonomika/18203187>.

⁹ Bank of Russia. 2023. All answers about the digital ruble. Accessed August 15, 2024. <https://www.cbr.ru/press/event/?id=14713>.

¹⁰ Moslegforum. X Moscow Legal Forum “Sustainable Development of Russia: Legal Dimension” (April 6-8, 2023). Accessed August 15, 2024. <https://moslegforum.ru/upload/iblock/8a0/8a09e3c75f7e92683020ad536dd9b5a6.pdf>.

system, enabling them to carry out transactions involving the digital ruble. . The latter include the DRP operator (the Bank of Russia, which sets the rules for its operation), DRP participants (Russian money transfer operators, except for the Bank of Russia, and foreign banks) and DRP users (legal entities and individuals, including individual entrepreneurs). This platform has a hybrid character, which allows combining the features of centralized and decentralized systems: on the one hand, the system is managed by a single entity (the DRP operator), and on the other, all the data in the system is protected by distributed registry technology.

In accordance with paragraph 7 of Article 845 of the Russian Federation Civil Code and Article 30.8 of the Federal Law of 27 June, 2011 No. 161-FZ “On national payment system” (hereinafter - the *NPS Law*), access to digital ruble settlements is provided on the basis of a concluded digital ruble account agreement, which, by its legal nature, is a separate type of bank account agreement. The parties to the digital ruble account agreement are the DRP operator, which undertakes to credit and debit digital rubles from the account, as well as to fulfill the account holder’s orders to perform transactions with them, and the DRP user, who, in turn, undertakes to pay remuneration to the DRP operator according to the tariffs established by the Bank of Russia.¹¹ The *NPS Law* also prohibits the DRP operator from any kind of determining and controlling the directions of spending by users of digital rubles in their accounts, as well as from imposing additional restrictions on the right to dispose of their digital rubles that are not provided for by law or contract. Unlike traditional bank accounts opened in credit organizations, the *NPS Law* prohibits crediting a digital ruble account, as well as charging interest on the balance of funds on it. In other words, it is reasonable to agree with the statement of A.S. Bakina, Director of the Department of the National Payment System of the Bank of Russia, who described the digital ruble as a “means of payment”¹², as this function is its primary purpose.

5. CONCLUSION

To conclude, the Russian Federation currently has a dual situation in the sphere of legal regulation of the circulation of digital currencies. On the one hand, the state significantly restricts the circulation of decentralized digital currencies, allowing their use only in transactions involving non-residents, taking into account the significant risks of using digital currencies to commit illegal acts. On the other hand, Russia has now created the necessary legal conditions for the introduction of a national public digital currency, the digital ruble, which will be issued by the Bank of Russia. Its active use in making payments is planned to start in 2025, but this payment instrument is currently considered more as a solution for the domestic market, since the use of the digital ruble in international settlements is limited by the lack of a unified technical infrastructure and a significant level of sanctions impact on the Russian financial system. In this regard, it should be concluded that the search for alternative financial instruments will continue, which will require further transformations of the national legislation of the Russian Federation.

¹¹ Bank of Russia. 2023. Documents on the digital ruble. Accessed August 15, 2024. https://www.cbr.ru/fintech/dr/doc_dr/tarif/.

¹² Bank of Russia. 2023. All answers about the digital ruble. Accessed August 15, 2024. <https://www.cbr.ru/press/event/?id=14713>.

REFERENCES

1. Bank of Russia. 2020 “Digital Ruble: CBR Report for Public Consultation” Accessed August 15, 2024. https://www.cbr.ru/StaticHtml/File/112957/Consultation_Paper_201013.pdf.
2. Broadbent, B. 2016 “Central Banks and Digital Currencies.” Speech given at the London School of Economics. <http://www.bankofengland.co.uk/publications/Pages/speeches/default.aspx>.
3. European Parliament. 2018. “Virtual Currencies. Monetary Dialogue July 2018. Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies.” Accessed August 15, 2024. https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/149902/KIEL_FINAL%20publication.pdf.
4. Mkhitarian, L. Yu. 2019. “Development of inheritance in Russia: the need to include digital assets in the inheritance estate.” *Perm Legal Almanac* 1: 283-89. ISSN 2618-8260.
5. Novoselova, L.A. 2021. “On the prohibition of cryptocurrencies in the Digital Financial Assets Act.” *Economy and Law* 3: 3-8. ISSN 0134-2398.
6. Sarbash, S.V. 2022. *Obligations and their performance: commentary to the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation dated November 22, 2016. N 54 “On Certain Issues of Application of General Provisions of the Civil Code of the Russian Federation on Obligations and their Execution”*. M-Logos.
7. Sidorenko, O.A. 2021 “Legal aspects of cryptocurrency inheritance.” *Innovation. Science. Education* 31: 749-54. ISSN 2687-1068.
8. Sitnik, A.A. 2020 “Digital currencies: problems of legal regulation.” *Topical problems of Russian law* 120 (11): 103-13. ISSN 1994-1471.
9. Sitnik, A.A. 2023 “Digital ruble as an object of financial and legal regulation.” *Topical problems of Russian law* 18 (8): 20-36. ISSN 1994-1471.

USKLAĐIVANJE ODREĐENIH ASPEKATA PRAVA O NESOLVENTNOSTI

Marija Vidić¹

Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

Miho Baće²

Pravni fakultet Sveučilišta u Dubrovniku

Sažetak: *Kako bi se prevladavale prepreke slobodi kretanja kapitala u Europskoj uniji i većoj integraciji tržišta kapitala izrađen je Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti. Prijedlog je usmjeren na tri ključne dimenzije prava o nesolventnosti: naplata imovinske koristi iz unovčene nesolvencijske mase, učinkovitost postupaka, i predvidljiva i pravedna raspodjela naplaćene vrijednosti među vjerovnicima.*

Odredbe o tužbama radi pobijanja dužnikovih radnji i praćenju imovine međusobno se nadopunjuju, te se kombiniraju s mogućnošću maksimiziranja vrijednosti naplate u ranoj fazi putem postupka pre-pack i obvezom direktora da odmah podnesu zahtjev za pokretanje postupka u slučaju nesolventnosti kako bi se izbjegli mogući gubici vrijednosti imovine za vjerovnike. Cilj je prijedloga i jačanje učinkovitosti postupaka, posebno za likvidaciju nesolventnih mikropoduzeća. To je popraćeno većom transparentnošću za vjerovnike u pogledu ključnih značajki nacionalnog prava o postupcima u slučaju nesolventnosti, uključujući okolnosti zbog kojih je pokrenut postupak u slučaju nesolventnosti. Prijedlogom se uvode zahtjevi za poboljšanje zastupanja interesa vjerovnika u postupcima putem odbora vjerovnika.

U radu će se analizirati postupak pre-pack i obveza direktora da odmah podnesu zahtjev za pokretanje postupka u slučaju nesolventnosti, i treba li u bosanskohercegovačko pravo uvesti podnošenje prijedloga za pokretanje stečajnog postupka po službenoj dužnosti. Kao i pravila za likvidaciju nesolventnih mikropoduzeća i eventualne zloporabe predloženih rješenja. Pored toga, prijedlogom države članice trebaju osigurati sustave elektroničkih dražbi za prodaju imovine dužnika, koji mora biti dostupan svim fizičkim i pravnim osobama, a uspostaviti će se i sustav međusobne povezanosti nacionalnih sustava elektroničkih dražbi putem europskog portala e-pravosuđe.

Prijedlozi će se usporediti s institutima koji su regulirani stečajnim zakonima u Bosni i Hercegovini kao i u stečajnom zakonu Republike Hrvatske, te će se ukazati na probleme provedbe i izazove koji se očekuju pri usklađivanju stečajnih zakona u Bosni i Hercegovini kako bi implementirane odredbe bile učinkovite i djelotvorne.

Ključne riječi: *stečaj, prijedlog direktive, nesolventnost, pre-pack, likvidacija nesolventnih mikropoduzeća*

¹ Izvanredna profesorica, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, tel.: 036 337 150, marija.vidic@pf.sum.ba

² Docent, Pravni fakultet Sveučilišta u Dubrovniku, Republika Hrvatska, tel.: +385 99 397 7319, miho.bace2@gmail.com; ORCID 0009-0000-9877-1388

1. UVOD

Prijedlog direktive o nekim aspektima insolventnosti³ je u potpunosti usklađen s drugim zakonodavnim aktima EU-a u ovom području politike, posebno s Direktivom (EU) 2019/1023⁴ i Uredbom (EU) 2015/848 Europskog parlamenta i Vijeća.⁵ Prijedlog se bavi problemima koji se ne rješavaju drugim postojećim zakonodavnim aktima i rješava pitanje stvarne praznine u zakonodavstvu. Nova pravila uređuju nesolventnost kada se dužnik ne može vratiti u stanje održivosti u restrukturiranju prije stečaja već mora ići u stečajni postupak.⁶ Direktiva o restrukturiranju i nesolventnosti obuhvaća mjere prije pokretanja stečajnog postupka i mjere za otpust duga.⁷ Prijedlog je u skladu s Direktivom Vijeća 2001/23/EZ,⁸ kao i s Direktivom 2004/35/EZ Europskog parlamenta i Vijeća⁹, čiji je cilj ograničiti akumuliranje odgovornosti za okoliš i osigurati poštovanje načela „onečišćivač plaća”.

Prijedlog direktive postavlja minimalne zahtjeve za usklađivanjem, i to u ciljanim područjima materijalnog prava o nesolventnosti.¹⁰ Prepreke koje proizlaze iz velikih razlika u nacionalnim stečajnim sustavima otežavaju ostvarenje jedinstvenog tržišta u EU-u,¹¹ a posebno stvaranje unije tržišta kapitala i stoga opravdavaju usklađeniji regulatorni okvir EU-a za nesolventnost.¹² Međutim, različite polazišne točke, pravne tradicije i prioritete politika država članica znače da reforme na nacionalnoj razini u ovom području vjerojatno neće dovesti do potpune konvergencije sustava nesolventnosti i tako poboljšati njihovu ukupnu učinkovitost.¹³ Pored toga, ne daje se usklađena

3 Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti, COM (2022) 702.

4 Direktiva (EU) 2019/1023 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o okvirima za preventivno restrukturiranje, otpustu duga i zabranama te o mjerama za povećanje učinkovitosti postupaka koji se odnose na restrukturiranje, nesolventnost i otpust duga i o izmjeni Direktive (EU) 2017/1132 (Direktiva o restrukturiranju i nesolventnosti) (SL L 172, 26.6.2019.).

5 Uredba (EU) 2015/848 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2015. o postupku u slučaju nesolventnosti (SL L 141, 5.6.2015.).

6 COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT, Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law, {COM(2022) 702 final} - {SEC(2022) 434 final} - {SWD(2022) 396 final}, EUROPEAN COMMISSION, Brussels, 7.12.2022, SWD(2022) 395 final, 13.

7 Vidi: Radni dokument službi Komisije sažetak izvješća o procjeni učinka, priložen dokumentu Prijedlog direktive o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti, 1, <https://op.europa.eu/hr/publication-detail/-/publication/2bbb9134-7a23-11ed-9887-01aa75ed71a1/language-hr/format-PDF/source-search>, pristupljeno 26. 7. 2024.

8 Direktiva Vijeća 2001/23/EZ od 12. ožujka 2001. o usklađivanju zakonodavstava država članica u odnosu na zaštitu prava zaposlenika kod prijenosa poduzeća, pogona ili dijelova poduzeća ili pogona (SL L 82, 22.3.2001.). Prijedlog je u potpunosti usklađen s tom odredbom u dijelu u kojem se uređuje „postupak pre-pack”.

9 Direktiva 2004/35/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 21. travnja 2004. o odgovornosti za okoliš u pogledu sprečavanja i otklanjanja štete u okolišu (SL L 143, 30.4.2004.).

10 COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT, 18. i Vidi Obrazloženje Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti, 6.

11 „Study to support the preparation of an impact assessment on a potential EU initiative increasing convergence of national insolvency laws”, Final Report – JUST/2020/JCOO/FW/CIVI/0186, Deloitte/Grimaldi (2022.), https://commission.europa.eu/document/download/c5725a01-ec9e-4838-9f97-cd75bee83515_en?filename=Insolvency%20laws_IA%20support%20study_Final%20Report.pdf, pristupljeno 27. 7. 2024., 68.

12 COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT, 18.

13 Ibid., 10.

definicija razloga nesolventnosti i razvrstavanja tražbina, a oboje je ključno za postizanje veće učinkovitosti i ograničavanje postojeće fragmentiranosti nacionalnih stečajnih sustava.¹⁴

Očekuje se da bi Prijedlog direktive trebao imati blago pozitivan učinak na digitalizaciju,¹⁵ što se posebno odnosi na viši stupanj automatizacije procesa u pojednostavnjenim postupcima likvidacije za mikropoduzeća i upotrebu digitalnog portala (portal e-pravosuđe) za pružanje informacija prilagođenih korisnicima o ključnim značajkama sustava nesolventnosti i o razvrstavanju tražbina.¹⁶

Predložena Direktiva podijeljena je u devet glava. Glava I. sadrži opće odredbe o području primjene i definicije. Prijedlog teži maksimiziranju naplata vrijednosti od nesolventnog poduzeća za vjerovnike. U tu se svrhu odredbe o tužbama radi pobijanja dužnikovih radnji¹⁷ i praćenju imovine međusobno nadopunjuju.¹⁸ To čine uvođenjem minimalnog skupa usklađenih uvjeta za provođenje tužbi radi pobijanja dužnikovih radnji i poboljšanjem sljedivosti imovine olakšavanjem pristupa upravitelja u slučaju nesolventnosti informacijama o bankovnim računima, informacijama o stvarnom vlasništvu i određenim nacionalnim registrima imovine, uključujući one iz drugih država članica.¹⁹ Ove odredbe kombiniraju se s mogućnošću maksimiziranja vrijednosti naplate u ranoj fazi putem postupka *pre-pack* i obvezom direktora da odmah podnesu zahtjev za pokretanje postupka u slučaju nesolventnosti kako bi se izbjegli mogući gubici vrijednosti imovine za vjerovnike.²⁰

Glava III. (o praćenju imovine koja pripada nesolvencijskoj masi), veže se na Uredbu (EU) 2015/848,²¹ (čl. 13. – 18.) i odnosi se na pristup stečajnim upraviteljima registru stvarnog vlasništva uspostavljenom u državama članicama kao i sustavu međusobne povezanosti registara stvarnog vlasništva BORIS.²² Međutim, takvi registri još uvijek nisu uspostavljeni u svim državama članicama.²³

14 Vidi: Mišljenje Europskog gospodarskog i socijalnog odbora o temi „Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti” (COM(2022) 702 final – 2022/0408 (COD)) (OJ C, C/184, 25.05.2023, p. 34, CELEX: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52022AE5781>), 1.

15 Vidi: Radni dokument službi Komisije sažetak izvješća o procjeni učinka, priložen dokumentu Prijedlog direktive o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti, 3.

16 Vidi Obrazloženje Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti, 10.

17 U glavi II. predviđena su minimalna pravila o usklađivanju čiji je cilj zaštita nesolvencijske mase od nezakonitog uklanjanja imovine provedenog prije pokretanja postupka u slučaju nesolventnosti (čl. 4. – 12.).

18 COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT, 10. i Patricia Ypma, et al., „Study on tracing and recovery of debtor’s assets by insolvency practitioners”, Final Report, Framework Contract JUST/2020/PR/03/0001 on Legal analysis services, including compliance assessment of national transposing measures, in the Justice and Consumers policy areas - Lot 2, (European Commission, 2022.), 23. <https://commission.europa.eu/system/files/2023-02/Final%20Report%20-%20Study%20on%20tracing%20and%20recovery%20of%20debtor%E2%80%99s%20assets%20by%20insolvency%20practitioners%20-%20March%202022.pdf>, pristupljeno 25. 7. 2024.

19 Vidi Obrazloženje Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti, 10.

20 Ypma, et al., „Study on tracing and recovery of debtor’s assets by insolvency practitioners”, 23.

21 Uredbom (EU) 2015/848 utvrđuje se da u načelu upravitelji u slučaju nesolventnosti i u drugim državama članicama mogu izvršavati ovlasti koje su im dodijeljene pravom države članice u kojoj je pokrenut glavni postupak u slučaju nesolventnosti i u kojoj su imenovani.

22 Sustav povezivanja registara stvarnog vlasništva („BORIS”) alat je za povezivanje nacionalnih središnjih registara koji sadržavaju informacije o stvarnom vlasništvu korporativnih i drugih pravnih subjekata i trustova te drugih vrsta pravnih aranžmana. Više na: Sustav povezivanja registara stvarnog vlasništva, dostupno na: https://e-justice.europa.eu/38590/HR/beneficial_ownership_registers_interconnection_system_boris, 9. 3. 2024.

23 Vidi: Mišljenje Europskog gospodarskog i socijalnog odbora o temi „Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti”, 4.

Prijedlogom se omogućuje i stranim upraviteljima u postupcima u slučaju nesolventnosti izravan i brz pristup registrima navedenima u Prilogu (pod uvjetom da su oni već dostupni u državi članici). Države članice će na svojem državnom području imenovati stečajne sudove koji će imati izravan pristup nacionalnim centraliziranim automatiziranim mehanizmima, kao što su središnji registri bankovnih računa ili elektronički sustavi za dohvat podataka.²⁴ Osigurat će se da samo stečajni sudovi koji su za to propisno ovlašteni i o kojima je Komisija obaviještena imaju izravan pristup registrima bankovnih računa ili elektroničkim sustavima za dohvat podataka, kao i međusobno povezanom sustavu centraliziranih registara bankovnih računa, jedinstvenoj pristupnoj točki BAR.²⁵

Registri koji su navedeni u prilogu Prijedloga, su:²⁶ katastri, zemljišne knjige, registri pokretne imovine, uključujući registre vozila, brodova i zrakoplova, registre oružja, donacija, hipotekarnih kredita, drugi registri vrijednosnih papira, uključujući registre depozitorija vrijednosnih papira i registre elektroničkih vrijednosnih papira, registri obveza, uključujući ugovore o leasingu i ugovore o kupoprodaji uz pridržaj prava vlasništva, registre koji sadrže akte o zaplijeni imovine, ostavinske registre, registre prava intelektualnog vlasništva, uključujući registre patenata i žigova, registre internetskih domena i registre općih uvjeta.²⁷

U nastavku će se poseban osvrt dati na postupak *pre-pack*-a, dužnost direktora da podnese zahtjev za pokretanje postupka, likvidaciju nesolventnih mikropoduzeća, te odredbe o odboru vjerovnika i mjerama za povećanje transparentnosti stečajnih propisa.

2. POSTUPAK *PRE-PACK*

Glava IV. odnosi se na unaprijed pripremljene postupke (čl. 19. – 35.). „Postupak *pre-pack*” znači ubrzani postupak likvidacije koji omogućuje prodaju dužnikova poduzeća, u cijelosti ili djelomično, kao društva koje trajno posluje, najboljem ponuditelju, s ciljem unovčenja dužnikove imovine zbog utvrđene nesolventnosti dužnika.²⁸ Taj postupak se smatra učinkovitim za naplatu vrijednosti za vjerovnike, stoga bi trebao biti dostupan u stečajnim sustavima svih država članica. U postupku *pre-pack* prodaja dužnikova poduzeća (ili njegova dijela) priprema se i dogovara prije službenog pokretanja postupka u slučaju nesolventnosti.²⁹ Time se omogućuje izvršenje prodaje i

²⁴ Uspostavljeni na temelju članka 32.a Direktive (EU) 2015/849 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2015. o sprečavanju korištenja financijskog sustava u svrhu pranja novca ili financiranja terorizma, o izmjeni Uredbe (EU) br. 648/2012 Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage Direktive 2005/60/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i Direktive Komisije 2006/70/EZ, SL L 849, 9.7.2018.

²⁵ Španjloska, Portugal i Italija zatražili su mišljenje o usklađenosti Prijedloga u dijelu pristupa podacima iz registrara s odredbama GDPR-a i presudom Suda EU C-37/20 i C-601/20 od 22. studenoga 2022. Vidi Stajalište Republike Hrvatske o Prijedlogu direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti, COM (2022) 702. Hrvatski sabor, Zagreb, 14. 3. 2023., 10.

²⁶ Vidi popis na: PRILOG PRIJEDLOGU DIREKTIVE EUROPSKOG PARLAMENTA I VIJEĆA o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti, Objavljeno: 2022-12-12, <https://op.europa.eu/hr/publication-detail/-/publication/771764ef-7a1f-11ed-9887-01aa75ed71a1/language-hr/format-PDF/source-search>, pristupljeno 26. 7. 2024.

²⁷ Stajalište Republike Hrvatske o Prijedlogu direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti, 11.

²⁸ Vidi članak. 2. Prijedloga direktive, toč. p.

²⁹ John, Armour, „The Rise of the ‘Pre-Pack’: Corporate Restructuring in the UK and Proposals for Reform (2012)“, Published in RP Austin and Fady JG Aoun (eds.), Restructuring Companies in Troubled Times: Director and Creditor

stjecanje prihoda ubrzo nakon pokretanja službenog postupka u slučaju nesolventnosti čiji je cilj likvidacija poduzeća.³⁰ Ova vrsta postupka se već provodi u brojnim sustavima insolventnosti, te ga sve veći broj država implementira.³¹ Cilj operacije *pre-packa* je „priprema prijenosa poduzeća sve do najmanjih detalja, kako bi se omogućilo brzo pokretanje održivih jedinica poduzeća nakon otvaranja stečaja, s ciljem da se na taj način izbjegne prekid koji bi proizašao iz naglog obustavljanja njegovih aktivnosti na dan otvaranja stečaja, s ciljem očuvanja njegove vrijednosti kao i očuvanja radnih mjesta”.³² Državama članicama omogućuje se izbor između osiguravanja konkurentnosti, transparentnosti i pravednosti postupka prodaje koji se provodi u (obično povjerljivoj) „fazi pripreme” i provođenja brze javne dražbe nakon pokretanja službenog postupka u „fazi likvidacije”.³³

Pre-packom se prije svega nastoji osigurati nastavak poslovanja poduzeća ili njegovih održivih jedinica i to upravo zato što baš taj nastavak čini pretpostavku za maksimalizaciju prihoda za vjerovnike. Do te maksimalizacije dolazi *zbog* nastavka poslovanja poduzeća. Slijedom toga, glavni cilj postupka *pre-packa* je nastavak poslovanja poduzeća koji omogućuje ostvarenje maksimalizacije zajedničkog namirenja vjerovnika.³⁴

Prema članku 20. prijedloga, utvrđuje se da se faza likvidacije smatra postupkom u slučaju nesolventnosti kako je definiran u članku 2. točki 4. Uredbe (EU) 2015/848. Države članice mogu nadzornike smatrati upraviteljima u slučaju nesolventnosti kako su definirani u članku 2. točki 5. Uredbe (EU) 2015/848. U skladu s presudom Suda Europske unije u predmetu „Heiploeg”,³⁵ ovim se prijedlogom posebno pojašnjava da se faza likvidacije u postupku *pre-pack* mora smatrati stečajnim postupkom ili postupkom u slučaju insolventnosti koji je pokrenut s ciljem likvidacije imovine prenositelja pod nadzorom nadležnog javnog tijela za potrebe članka 5. stavka 1. Direktive 2001/23/EZ.³⁶ Postupci koji prethode stečaju, kao što je to postupak *pre-packa*, imaju važnu ulogu u društvu i stoga ih treba poticati. Stoga je potrebno izbjegavati pretjerano stroge pristupe čija je posljedica neučinkovitost takvih postupaka u praksi.³⁷

Perspectives, 43-78. (Sydney: Ross Parsons Centre of Commercial, Corporate and Taxation Law, 2012), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2093134>, str. 18.

30 COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT, 16.

31 Armour, „The Rise of the ‘Pre-Pack’: Corporate Restructuring in the UK and Proposals for Reform (2012)“ 18.

32 Sud je u točki 49. presude *Smallsteps* istaknuo cilj postupka. Vidi toč. 56. Mišljenje nezavisnog odvjetnika G. Pitruzzelle od 9. prosinca 2021. *Federatie Nederlandse Vakbeweging* protiv *Heiploeg Seafood International BV* i *Heitrans International BV*. Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Hoge Raad der Nederlanden. Predmet C-237/20. Zbornik sudske prakse – Opći zbornik – odjeljak „Podaci o neobjavljenim odlukama”. Oznaka ECLI: ECLI:EU:C:2021:997.

33 COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT, 196.

34 Toč. 65. Mišljenje nezavisnog odvjetnika G. Pitruzzelle od 9. prosinca 2021. *Federatie Nederlandse Vakbeweging* protiv *Heiploeg Seafood International BV* i *Heitrans International BV*. Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Hoge Raad der Nederlanden. Predmet C-237/20. Zbornik sudske prakse – Opći zbornik – odjeljak „Podaci o neobjavljenim odlukama”. Oznaka ECLI: ECLI:EU:C:2021:997.

35 Presuda Suda (treće vijeće) od 28. travnja 2022. *Federatie Nederlandse Vakbeweging* protiv *Heiploeg Seafood International BV* i *Heitrans International BV*. Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Hoge Raad der Nederlanden. Predmet C-237/20. Zbornik sudske prakse – Opći zbornik – odjeljak „Podaci o neobjavljenim odlukama”. Oznaka ECLI: ECLI:EU:C:2022:321.

36 Vidi Obrazloženje Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti, 4.

37 Toč. 75. Mišljenja nezavisnog odvjetnika G. Pitruzzelle od 9. prosinca 2021. *Federatie Nederlandse Vakbeweging* protiv *Heiploeg Seafood International BV* i *Heitrans International BV*. Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Hoge Raad der Nederlanden. Predmet C-237/20. Zbornik sudske prakse – Opći zbornik – odjeljak „Podaci o neobjavljenim odlukama”. Oznaka ECLI: ECLI:EU:C:2021:997.

„Nadzornik” koji je glavni sudionik u „fazi pripreme” postupka *pre-pack* kao „budući upravitelj u slučaju nesolventnosti” mora ispuniti sve kriterije prihvatljivosti koje stečajno pravo u državi članici u kojoj je pokrenut postupak *pre-pack* zahtijeva za imenovanje upravitelja u slučaju nesolventnosti, čime se osigurava da ista osoba obavlja te dvije uloge u dvjema uzastopnim fazama postupka *pre-pack*. Nadzornik mora osigurati da je postupak prodaje koji se provodi u pripremnj fazi, obično na povjerljiv način, konkurentan, transparentan i pošten te da zadovoljava tržišne standarde. U skladu s tržišnim standardima u tom kontekstu trebalo bi zahtijevati da postupak bude u skladu sa standardnim pravilima i praksom u pogledu spajanja i preuzimanja u predmetnoj državi članici.³⁸

Sud mora ocijeniti je li postupak prodaje koji se provodi u pripremnj fazi u skladu s primjenjivim načelima i uvjetima. Ako sud ne potvrdi prodaju poduzeća stjecatelju kojeg je predložio nadzornik, stečajni postupak pokrenut na početku faze likvidacije nastavlja se bez zaključenja prodaje u okviru postupka *pre-pack*. Prodajom u okviru postupka *pre-pack* poduzeće ili njegov dio stječe se bez dugova i obveza.³⁹

Prijenos ugovora između dužnika i druge ugovorne strane u skladu s kojima obje strane u trenutku pokretanja postupka u slučaju nesolventnosti i dalje imaju obveze koje moraju ispuniti. Takvi bi se ugovori u pravilu trebali dodijeliti stjecatelju poduzeća, čak i bez suglasnosti druge ugovorne strane.⁴⁰ Međutim, EGSO poziva na revidiranje ove odredbe, kojom se od druge ugovorne strane, primjerice dobavljača poduzeća koje pokreće postupak u slučaju nesolventnosti zahtijeva da potpišu dvostrano obvezne ugovore koji se zatim prenose stjecatelju poduzeća bez suglasnosti druge ugovorne strane. To ih u praksi umjetno povezuje s ugovornim partnerom kojeg nikada nisu odabrali, niti provjerili i ograničava njihovu poduzetničku slobodu. Ograničavanjem prava na raskid ugovora u slučaju nesolventnosti smanjit će se spremnost ključnih dobavljača da daju kredite, posebno u slučaju mikropoduzeća i malih i srednjih poduzeća koja se suočavaju s finansijskim teškoćama.⁴¹

Stjecanje poduzeća postupkom *pre-pack* podliježe odluci tijela nadležnog za tržišno natjecanje.⁴²

Prema direktivi o restrukturiranju i nesolventnosti iz 2019., prodaja imovine ili dijelova poslovanja, i ako je tako predviđeno nacionalnim pravom, prodaja poslovanja kao društva koje trajno posluje, predviđeno je kao jedna od mjera restrukturiranja. Što znači da se to nudi samo kao jedna od mjera/opcija, ovisno o njihovim zakonima i nije usklađeno u svim državama članicama EU. U okviru preventivnog restrukturiranja takva je prodaja dio plana restrukturiranja te se pravna osoba (u pravilu) zadržava, ne ide u likvidaciju, ne prestaje postojati kao društvo. *Pre-pack* likvidacija je novo rješenje.⁴³

³⁸ Vidi: Stajalište Republike Hrvatske o Prijedlogu direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti, 7.

³⁹ Vidi članak 28. Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti.

⁴⁰ Člankom 27. utvrđuju se odredbe o prijenosu dvostrano obveznih ugovora.

⁴¹ Vidi: Mišljenje Europskog gospodarskog i socijalnog odbora o temi „Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti”, 2.

⁴² Vidi članak 35. Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti.

⁴³ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT, 198.

Prije implementiranja ovog postupka, bit će potrebno napraviti analizu postojećih zakonskih odredbi koje se odnose na prodaju imovine dužnika u stečajnom postupku. Iako u stečajnim zakonima u BiH⁴⁴ nije razrađen i jasno definiran institut prodaje imovine dužnika kao cjeline, bit će potrebno uskladiti bosanskohercegovačke stečajne zakone s ovom vrstom postupka, odnosno druga „faza likvidacije“ se treba implementirati reguliranjem instituta prodaje imovine kao cjeline.

3. DUŽNOST DIREKTORA

Iako je određivanje dužnosti i odgovornosti direktora element koji je teško uskladiti jer je usko vezan sa zakonima o trgovačkim društvima, tradicije i sl.,⁴⁵ Glava V. o dužnostima direktora dio je mjera čiji je cilj maksimizirati vrijednost nesolvencijske mase. Termin direktora bi se trebao tumačiti u širem smislu jer prijedlog direktive ne daje definiciju, odnosno „osoba se može smatrati direktorom kada je zadužena za donošenje ključnih odluka u pogledu upravljanja poduzećem ili kada te odluke stvarno donosi ili bi ih trebalo donositi“.⁴⁶ Direktori su među prvima koji imaju saznanja približava li se društvo rubu nesolventnosti ili je prešlo taj rub,⁴⁷ stoga bi trebali imati dužnost pravodobno podnijeti zahtjev za pokretanje postupaka. Vremenski rok za ispunjavanje te obveze je tri mjeseca nakon što su direktori saznali za nesolventnost pravne osobe ili se razumno može očekivati da su to saznali, uz građanskopravnu odgovornost.⁴⁸ Vrijeme u kojem se mora podnijeti zahtjev značajno varira u cijeloj EU, primjerice „odmah“ u Njemačkoj, unutar jednog mjeseca u Belgiji, unutar dva mjeseca u Španjolskoj, dok u nekim državama nema izričitog vremenskog ograničenja.⁴⁹

Postojanje ovog pravila u Republici Hrvatskoj nikada nije u potpunosti zaživjelo, odnosno nije provedena stvarna odgovornost direktora za ovu obvezu. Rezultat toga je pravilo da FINA (financijska agencija⁵⁰) ima ovlaštenje podnijeti zahtjev.⁵¹

⁴⁴ *Zakon o stečaju Republike Srpske*, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 16/2016, *Zakon o stečaju Brčko distrikta*, „Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“, br. 16/2019, 29/2020 i 16/2022, i *Zakon o stečaju Federacije BiH*, „Službene novine Federacije BiH“, br. 53/21.

⁴⁵ „Study to support the preparation of an impact assessment on a potential EU initiative increasing convergence of national insolvency laws“, 57.

⁴⁶ To je u skladu s prijedlogom iz Zakonodavnog vodiča o stečajnom pravu Komisije Ujedinjenih naroda za međunarodno trgovačko pravo (UNCITRAL). Zakonodavni vodič UNCITRAL-a o stečajnom pravu, četvrti dio: Obveze direktora u razdoblju koje se približava nesolventnosti (uključujući u skupinama poduzeća), str. 19. (točka 15.).

⁴⁷ Vidi str. 17. Obrazloženja Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti.

⁴⁸ Vidi čl. 36. Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti.

⁴⁹ Vidi: COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT, 15.

⁵⁰ Financijska agencija dužna je podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka ako pravna osoba u Očevidniku redosljeda osnova za plaćanje ima evidentirane neizvršene osnove za plaćanje u neprekinutom razdoblju od 120 dana, u roku od osam dana od isteka toga razdoblja, osim ako su ispunjene pretpostavke iz članka 428. ovoga Zakona. Sukladno čl. 110., st. 1. *Stečajni zakon* („Narodne novine“ br. 71/15., 104/17., 36/22., 27/24.)

⁵¹ Jelena Čuveljak, „Prijedlog europske direktive o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti“, u *Zbornik radova IX. Međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, ured. Dinka Šago, (Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2023), 288

U novom stečajnom zakonu FBiH je određeno da ako stečajni dužnik, odnosno organ ovlašten za zastupanje stečajnog dužnika ne podnese prijedlog za otvaranje stečajnog postupka u roku od 60 dana od dana nastupanja platežne nesposobnosti, kaznit će se novčanom kaznom za prekršaj. Ovlašteni organ za pokretanje prekršajnog postupka za utvrđeni prekršaj je FIA. Prekršajni postupak FIA pokreće izdavanjem prekršajnog naloga ili podnošenjem zahtjeva za pokretanje prekršajnog postupka pred nadležnim sudom.⁵² Međutim, bilo bi učinkovitije da se odredi da FIA po službenoj dužnosti podnosi prijedlog za pokretanje stečajnog postupka budući se odredba o neblagovremenom pokretanju stečajnog postupka u potpunosti ne provodi.

4. LIKVIDACIJA NESOLVENTNIH MIKROPODUZEĆA

Stečajni zakoni u mnogim državama su osmišljeni prema kompleksnim i sofisticiranim velikim poduzećima i ne bave se pitanjima koja su bitna za mala i srednja poduzeća.⁵³

Glava VI. sadrži pravila o pojednostavnjenim likvidacijskim postupcima za mikropoduzeća (čl. 38. – 57.), odnosno poseban postupak za olakšavanje i ubrzavanje gašenja mikropoduzeća. Budući nacionalni stečajni sustavi nisu uvijek djelotvorni za postupanje s nesolventnim mikropoduzećima, mnoge zemlje diljem svijeta usvajaju ili planiraju usvojiti posebne stečajne okvire za mala i srednja poduzeća.⁵⁴ Urednim gašenjem mikropoduzeća bez imovine riješile bi se situacije u kojoj neke države članice odbijaju pristup postupku u slučaju nesolventnosti ako je predviđena vrijednost naplate manja od sudskih troškova.⁵⁵ Ako bi se svim mikropoduzećima pružila mogućnost pokretanja postupka za rješavanje njihovih financijskih poteškoća, osiguralo bi se da poduzetnici osnivači mogu imati koristi od otpusta duga i krenu ispočetka, u skladu s odredbama Direktive (EU) 2019/1023.⁵⁶

U praksi mikropoduzeća ne podnose zahtjev za pokretanje klasičnog stečajnoga postupka na vrijeme, a kada to učine, često je prekasno za očuvanje njihove vrijednosti.⁵⁷ Od svih poduzeća u EU-u mala i srednja poduzeća predstavljaju po broju 99 %⁵⁸ i više od 50% zaposlenih u cijelom svijetu.⁵⁹ Uredna likvidacija mikropoduzeća ne provodi se jer klasični stečajni postupci nisu dostupni ili zbog nedostatnosti stečajne mase.⁶⁰ Kako bi se omogućila uredna likvidacija mikropoduzeća,

⁵² Na upit koliko je prekršajnih naloga podnijela sukladno SZ FBiH, do trenutka predaje ovog rada, nije odgovoreno, iako je upit poslan elektroničkom poštom 23. lipnja 2024.

⁵³ „Study to support the preparation of an impact assessment on a potential EU initiative increasing convergence of national insolvency laws“, 19.

⁵⁴ Gurrea-Martínez, A. (2021). Implementing an insolvency framework for micro and small firms. *International Insolvency Review*, 30(S1), S46–S66. <https://doi.org/10.1002/iir.1422>. 49.

⁵⁵ Vidi: Mišljenje Europskog gospodarskog i socijalnog odbora o temi „Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti“, 2.

⁵⁶ Vidi Obrazloženje Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti, 10.

⁵⁷ *Ibid.*, 18. i Gurrea-Martínez, „Implementing an insolvency framework for micro and small firms“, 49.

⁵⁸ Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, European Commission, https://single-market-economy.ec.europa.eu/smes/sme-fundamentals/sme-definition_en,

⁵⁹ Gurrea-Martínez, „Implementing an insolvency framework for micro and small firms“, 49.

⁶⁰ Vidi: „Study to support the preparation of an impact assessment on a potential EU initiative increasing convergence of national insolvency laws“, 19.

čak i onih bez imovine, cilj odredaba iz glave VI. je osigurati pojednostavljen postupak, te smanjenje povezanih administrativnih troškova.⁶¹ Primjerice, u pravilu u postupku ne bi trebalo imenovati upravitelja u slučaju nesolventnosti jer je intervencija upravitelja u slučaju nesolventnosti glavni čimbenik troška u postupku u slučaju nesolventnosti, a poslovanje predmetnih poduzeća obično nije toliko složeno da bi zahtijevalo upravitelja u slučaju nesolventnosti.⁶² U predloženoj direktivi navodi se da bi dužnik u pravilu trebao ostati u posjedu imovine i poslova poduzeća tijekom cijelog postupka.⁶³ To znači da bi direktori koji na vrijeme nisu podnijeli prijedlog za otvaranje postupka ipak ostajali i upravljali imovinom nakon otvaranja postupka što može dovesti do značajnih problema.⁶⁴ Prijedlog je sukladan ideji smanjivanja troškova postupka, ali upitno je da li će se time zaštititi interesi vjerovnika jer dužnika nastavlja voditi upravo ona osoba čiji su postupci doveli do stanja nesolventnosti.⁶⁵

Smanjenju troškova postupka doprinijet će mogućnost da sud nastavi s unovčenjem imovine putem sustava elektroničke dražbe, koji bi svaka država članica trebala uspostaviti u okviru svojih pojednostavnjenih postupaka za mikropoduzeća.⁶⁶ Mikropoduzeće se smatra nesolventnim za potrebe pojednostavnjenog postupka likvidacije ako općenito nije u mogućnosti platiti svoje dugove po dospijeću. Države članice utvrđuju uvjete pod kojima se smatra da mikropoduzeće općenito nije u mogućnosti platiti svoje dugove po dospijeću te osiguravaju da su ti uvjeti jasni, jednostavni i da ih predmetno mikropoduzeće može lako provjeriti.

Pojednostavnjeni likvidacijski postupci mogu se pokrenuti na zahtjev mikropoduzeća ili na zahtjev vjerovnika.⁶⁷ Ako je imenovan upravitelj u slučaju nesolventnosti, nadležno tijelo u odluci o imenovanju navode jesu li prava i dužnosti upravljanja imovinom dužnika i raspolaganja njome preneseni na upravitelja u slučaju nesolventnosti. Također, države članice određuju okolnosti u kojima nadležno tijelo može iznimno odlučiti oduzeti dužnikovo pravo na upravljanje svojom imovinom i raspolaganje njome. Takva se odluka mora temeljiti na procjeni za svaki slučaj pojedinačno s obzirom na sve relevantne pravne i činjenične elemente.⁶⁸

61 Kao prvi stup u izradi učinkovitog stečajnog okvira za mala i srednja poduzeća, neki autori predlažu da bi se trebalo promicati korištenje izvansudskog restrukturiranja za održiva mala i srednja poduzeća koja se suočavaju s financijskim problemima, te da se to može čak zahtijevati kao uvjet za pokretanje pojednostavljenog stečajnog postupka. Gurrea-Martínez, „Implementing an insolvency framework for micro and small firms“, 53.

62 U članku 39. pojašnjava se da bi imenovanje upravitelja u slučaju nesolventnosti u pojednostavnjenom postupku likvidacije trebalo biti iznimka, odnosno može se imenovati samo ako su ispunjena oba sljedeća uvjeta: (a) dužnik, vjerovnik ili skupina vjerovnika zahtijevaju takvo imenovanje; (b) troškovi intervencije upravitelja u slučaju nesolventnosti mogu se financirati iz nesolventnijske mase ili ih može financirati stranka koja je zatražila imenovanje.

63 Vidi čl. 43. Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti.

64 Iskustvo upućuje na lake i brojne zloporabe u postupcima naročito kada uzmemo u obzir činjenicu da se stečajevi u najvećem broju otvaraju nad mikropoduzetnicima. Čuveljak, „Prijedlog europske direktive o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti“, 291.

65 *Ibid.*, 292.

66 Člankom 40. od država članica zahtijeva se da omoguće upotrebu elektroničkih sredstava komunikacije za svu komunikaciju između nadležnog tijela i, prema potrebi, upravitelja u slučaju nesolventnosti i stranaka u postupku.

67 Vidi čl. 41. Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti. Kako bi se pojednostavno postupak podnošenja zahtjeva, na temelju provedbenog akta Komisije izraditi će se standardni obrazac.

68 Države članice osiguravaju da se, ako dužnik više nema pravo upravljati svojom imovinom i njome raspolagati te ako nije imenovan upravitelj u slučaju nesolventnosti, primjenjuje jedno od sljedećeg: svaka odluka dužnika u tu svrhu podliježe odobrenju nadležnog tijela, ili nadležno tijelo povjerava vjerovniku pravo na upravljanje imovinom dužnika i raspolaganje njome.

Dužnik bi trebao imati mogućnost zastoja pojedinačnih radnji ovrhe. Međutim, nadležno tijelo može, u unaprijed određenim okolnostima, izuzeti određene tražbine na pojedinačnoj osnovi.⁶⁹ Sud će morati pojedinačno obavijestiti o otvaranju postupka ne samo dužnika nego i sve vjerovnike koje je dužnik naveo u popisu tražbina. Ti vjerovnici mogu u roku od 30 dana prijaviti tražbinu, ispraviti netočnu izjavu u protivnom će se tražbina smatrati prijavljenom.

U odredbi čl. 46. Prijedloga direktive se pretpostavlja da se većina tražbina podnosi na temelju pisane izjave dužnika. Osim tražbina uključenih u tu izjavu, vjerovnici mogu podnijeti dodatne tražbine. Kako bi se pojednostavnio postupak priznavanja, tražbine navedene u izjavi dužnika smatraju se priznatima, osim ako vjerovnik izričito na njih uloži prigovor. Ako je dužnik naveo tražbinu u popis i ako se vjerovnik s time slaže, onda je ta tražbina prihvaćena.⁷⁰ Naime, samo u slučaju kada je vjerovnik sam prijavio tražbinu onda nadležno tijelo ili, ako je imenovan, upravitelj može prihvatiti ili odbiti priznavanje tražbina koje je prijavio vjerovnik odgovarajućim kriterijima definiranim nacionalnim pravom.

Nadležno tijelo ili, ako je imenovan, upravitelj u slučaju nesolventnosti, obvezno je utvrditi konačan popis imovine koja čini nesolventijsku masu. Nakon utvrđivanja nesolventijske mase nadležno tijelo odlučuje hoće li nastaviti s unovčenjem imovine ili odmah zaključiti pojednostavnjeni likvidacijski postupak jer je zbog vrijednosti imovine njezino unovčenje neopravdano. Nakon što se utvrdi nesolventijska masa i odredi popis tražbina prema dužniku, nadležno tijelo: nastavlja s unovčenjem imovine i raspodjelom prihoda; ili donosi odluku o okončanju pojednostavnjenog postupka likvidacije bez unovčenja imovine.⁷¹ Imovina dužnika treba se unovčiti elektroničkom javnom dražbom, osim ako nadležno tijelo smatra da je upotreba drugih sredstava za prodaju imovine primjerenija s obzirom na prirodu imovine ili okolnosti postupka.

Države članice obvezuje se da uspostave jednu ili više platformi za elektroničke dražbe radi unovčenja imovine iz nesolventijske mase u stečajnom postupku te da njima upravljaju. Sukladno čl. 51. Prijedloga direktive,⁷² od Komisije se zahtijeva da uspostavi sustav za međusobno povezivanje nacionalnih sustava elektroničkih dražbi putem europskog portala e-pravosuđe, koji bi trebao služiti kao središnja elektronička pristupna točka. Elektronička dražba imovine se mora pravodobno najaviti na platformi za elektroničke dražbe. Nakon raspodjele prihoda od prodaje dužnikova poduzeća ili imovine nadležno tijelo donosi odluku o okončanju pojednostavnjenog postupka likvidacije najkasnije dva tjedna nakon dovršetka raspodjele prihoda.⁷³

Iako je prema toč. 18. Uvodne izjave Direktive o restrukturiranju i nesolventnosti, predviđeno da bi pri definiranju MSP-ova države članice mogle uzeti u obzir Direktivu 2013/34/EU

⁶⁹ Čl. 44. Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti.

⁷⁰ Slično rješenje je postojalo temeljem čl. 60. st. 2. i 3. *Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi* ("Narodne novine" br. 108/12., 144/12., 81/13., 112/13., 121/13., 78/15., 71/15., 114/22.) te je postojala opravdana sumnja da su dužnici u dogovoru sa nekim vjerovnicima navodili nepostojeće tražbine kako bi smanjili mogućnost namirenja stvarnih vjerovnika. Čuveljak, „Prijedlog europske direktive o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti“, 291.

⁷¹ Vidi čl. 49. Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti.

⁷² Slijedeći primjer drugih projekata EU-a kojima se međusobno povezuju decentralizirani elektronički registri (sustav međusobne povezanosti poslovnih registara (BRIS), sustav međusobne povezanosti registara nesolventnosti (IRI)).

⁷³ Čl. 54. i 55. Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti.

Europskog parlamenta i Vijeća⁷⁴ ili Preporuku Komisije od 6. svibnja 2003. o definiciji mikropoduzeća te malih i srednjih poduzeća⁷⁵, u čl. 1. te direktive je određeno da se pojmovi mikropoduzeće, te mala i srednja poduzeća (MPS-ovi) trebaju tumačiti onako kako su definirani nacionalnim pravom.⁷⁶ Međutim, sporna je definicija iz čl. 1. Prijedloga direktive, (j) „mikropoduzeće” znači mikropoduzeće u smislu Priloga Preporuci Komisije 2003/361/EZ. Republika Hrvatska je zatražila obraloženje od Europske komisije zašto se sada mikropoduzeća definiraju u smislu Preporuke Komisije 2003/361/EZ, a nije kao u Direktivi 2019/1023 o restrukturiranju i nesolventnosti kao rješenje odabrano da se pojam mikropoduzeća definira onako kako je definiran nacionalnim pravom, te neće li primjena dvojake definicije mikropoduzeća, u državama članicama gdje se ona nepodudara, utjecati na različita prava mikropoduzeća u stečajnim postupcima. Italija smatra problematičnim što se definicija mikropoduzeća referira na broj zaposlenih jer u trenutačnim tržišnim uvjetima postoje poduzeća s malim brojem zaposlenih, ali velikim kapitalom te smatra da ne treba uzimati definiciju iz *soft law* izvora.⁷⁷

Neke države već imaju blaži režim za likvidaciju malih i srednjih poduzeća, ali se uvjeti i definicije MSP-ova značajno razlikuju.⁷⁸ Ovi postupci bi mogli dovesti do preopterećenosti nacionalnih sudova ako im se nametne odgovornost za procjenjivanje toga je li mikropoduzeće doista nesolventno i za provedbu potrebnih postupaka, uključujući unovčenje imovine i raspodjelu prihoda. Stoga bi trebalo razmisliti o ulozi drugih aktera, primjerice stečajnih upravitelja.⁷⁹

5. ODBOR VJEROVNICA

Budući postoje značajne razlike glede ovlasti odbora vjerovnika u stečajnim postupcima u glavi VII. utvrđuju se odredbe o Odboru vjerovnika,⁸⁰ a čiji je cilj ojačati položaj vjerovnika u postupku.⁸¹ Primjerice u Danskoj odbor vjerovnika ima samo savjetodavnu ulogu, u Grčkoj mu je funkcija pružanje podrške i nadzora stečajnom upravitelju i davanje suglasnosti za neke radnje.

⁷⁴ Direktiva 2013/34/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o godišnjim financijskim izvještajima, konsolidiranim financijskim izvještajima i povezanim izvješćima za određene vrste poduzeća, o izmjeni Direktive 2006/43/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i o stavljanju izvan snage direktiva Vijeća 78/660/EEZ i 83/349/EEZ (SL L 182, 29.6.2013., str. 19.).

⁷⁵ Preporuka Komisije od 6. svibnja 2003. o definiciji mikropoduzeća te malih i srednjih poduzeća (SL L 124, 20.5.2003.).

⁷⁶ Vidi: „Study to support the preparation of an impact assessment on a potential EU initiative increasing convergence of national insolvency laws“, 12.

⁷⁷ Vidi: Stajalište Republike Hrvatske o Prijedlogu direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti, 8. i 9.

⁷⁸ Pragovi za pristup pojednostavljenim stečajnim postupcima MPS razlikuju se: vrijednost poslovanja tvrtke mora biti manja od 100.000 EUR u Grčkoj; imovina tvrtke može biti maksimalno 5 milijuna eura u Španjolskoj; imovina mora biti manja od 300.000 EUR, bruto prihodi ispod 200.000 eura, a dug najviše 500.000 eura u Italiji. Vidi: „Study to support the preparation of an impact assessment on a potential EU initiative increasing convergence of national insolvency laws“, 41.

⁷⁹ Vidi: Mišljenje Europskog gospodarskog i socijalnog odbora o temi „Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti“, 2.

⁸⁰ Čl. 58. – 67. Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti.

⁸¹ Vidi Obraloženje Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti, 20.

U Austriji se traži suglasnost za bitne radnje (prodaja poduzeća), ta suglasnost je preduvjet za njihovu valjanost. U Njemačkoj za radnje od posebne važnosti, stečajni upravitelj treba odobrenje skupštine vjerovnika ili imenovanog odbora vjerovnika.⁸²

Prema čl. 2., st. 1., toč. 16. ZS FBiH, odbor vjerovnika je tijelo stečajnog postupka koji u stečajnom postupku zastupa interese vjerovnika.⁸³ Čl. 82. - 88. ZS FBiH reguliraju formiranje i rad odbora vjerovnika, te neće biti potrebe značajnije mijenjati ove odredbe. Primjerice, prema prijedlogu čl. 58., st. 2. Direktive države članice mogu predvidjeti da se prije pokretanja postupka u slučaju nesolventnosti odbor vjerovnika može osnovati od datuma podnošenja zahtjeva za pokretanje postupka u slučaju nesolventnosti ako jedan ili više vjerovnika sudu podnesu zahtjev za osnivanje takvog odbora. Čl. 63. prijedloga Direktive predviđa metode rada odbora vjerovnika. Tako bi odbor vjerovnika trebao utvrditi protokol o metodama rada u roku od 15 radnih dana nakon imenovanja članova,⁸⁴ koji mora biti dostupan svim vjerovnicima, sudu i upravitelju u slučaju nesolventnosti. Članovi odbora vjerovnika trebaju imati mogućnost sudjelovanja i glasanja bilo osobno ili elektroničkim putem, te da članove odbora vjerovnika može zastupati stranka kojoj je dana punomoć.

6. MJERE ZA POVEĆANJE TRANSPARENTNOSTI STEČAJNIH PROPISA

Dostupnost točnih i prvovremenih informacija preduvjet su za ispravno funkcioniranje stečajnog zakonodavnog okvira.⁸⁵ Pristup informacijama će odigrati značajnu ulogu u mijenjanju paradigme o stečaju.⁸⁶

Glavom VIII. obvezuju se države članice da za ulagače izrade i redovito ažuriraju jasno definiran, standardni informativni sažetak s praktičnim informacijama o glavnim značajkama nacionalnih stečajnih propisa, koji mora biti dostupan na portalu e-pravosuđe. Kao dio sadržaja koji Europska pravosudna mreža isporučuje u građanskim i trgovačkim stvarima,⁸⁷ na portalu e-pravosuđe već su dostupne neke informacije o nacionalnim sustavima nesolventnosti država članica. Međutim, sadržaj tih postojećih nacionalnih stranica nije usklađen na način koji bi ulagačima omogućio jednostavnu usporedbu različitih sustava.

Sadržaj informativnog sažetka s ključnim informacijama mora biti točan, jasan i nedvosmislen. Informativni sažetak s ključnim informacijama sadržava sljedeće odjeljke sljedećim

⁸² COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT, 18.

⁸³ Čl. 69. ZS FBiH kao jedno od tijela određuje i odbor vjerovnika.

⁸⁴ Ako odbor vjerovnika ne ispuni tu obvezu, sud je ovlašten utvrditi protokol u ime odbora vjerovnika u roku od 15 radnih dana od isteka prvih 15 radnih dana. Na prvoj sjednici odbora vjerovnika njegovi članovi odobravaju metode rada običnom većinom prisutnih članova.

⁸⁵ Više: Jean-Charles, Bricongne, et. al., „Macroeconomic Relevance of Insolvency Frameworks in a High-debt Context: An EU Perspective“, European Commission Directorate-General for Economic and Financial Affairs, European Economy, Discussion Paper 032, (2016.), str. 22., 24. 3. 2024. DOI 10.2765/704406, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1596d3ef-9ad0-11e6-868c-01aa75ed71a1/language-en>.

⁸⁶ M. Carpus Carcea, et. al., The Economic Impact of Rescue and Recovery Frameworks in the EU, European Commission, Discussion paper 004, september 2015, 4.

⁸⁷ Odluka Vijeća od 28. svibnja 2001. o uspostavi Europske pravosudne mreže u građanskim i trgovačkim stvarima (2001/470/EZ). Informacije o nacionalnim propisima o nesolventnosti koje su izrađene u kontekstu Europske pravosudne mreže dostupne su na europskom portalu e-pravosuđe na: <https://e-justice.europa.eu/447/EN/insolvencybankruptcy>.

redosljedom: uvjeti za pokretanje postupka pravila kojima se uređuju prijava, ispitivanje i priznavanje tražbina, pravila kojima se uređuje razvrstavanje tražbina vjerovnika i raspodjela prihoda od unovčenja imovine u postupku, prosječnu prijavljenu duljinu postupaka.⁸⁸

Povećanjem transparentnosti, boljim pristupom informacijama smanjit će se utrošeno vrijeme, povećati učinkovitost postupka i omogućit će se veći stupanj povrata imovine.⁸⁹

Cijeli proces usklađivanja stečajnog prava u država članicama još uvijek je u tijeku a to sveobuhvatnije usklađivanje stečajnog prava u EU ima bitne posljedice i svezu s drugim zakonima koji uređuju bliska područja, kao što je pravo društava i tgovačko pravo,⁹⁰ stoga ostaje za vidjeti koji konačni tekst će biti usvojen i hoće li ostvariti zasrtane ambiciozne ciljeve.

7. ZAKLJUČAK

Prijedlog direktive o nekim aspektima insolventnosti postavlja minimalne zahtjeve za usklađivanjem, i to u ciljanim područjima materijalnog stečajnog prava. Međutim, prijedlog ne daje usklađenu definiciju razloga nesolventnosti i razvrstavanja tražbina, a oboje je ključno za postizanje veće učinkovitosti i ograničavanje postojeće fragmentiranosti nacionalnih stečajnih sustava. Prijedlog direktive trebao bi imati blago pozitivan učinak na digitalizaciju.

„Postupak *pre-pack*” se provodi u dvije uzastopne faze, prva „faza pripreme” i druga provedba brze javne dražbe nakon pokretanja službenog postupka u „fazi likvidacije”. U stečajnim zakonima u BiH nije razrađen i jasno definiran institut prodaje imovine dužnika kao cjeline, stoga će biti potrebno uskladiti stečajne zakone s ovom vrstom postupka, odnosno druga „faza likvidacije” se treba implementirati reguliranjem instituta prodaje imovine kao cjeline.

Kako bi se omogućila uredna likvidacija mikropoduzeća, cilj odredaba iz glave VI. je osigurati pojednostavljen postupak. U pravilu u postupku ne bi trebalo imenovati upravitelja a dužnik bi u pravilu trebao ostati u posjedu imovine i poslova poduzeća tijekom cijelog postupka. U prijedlogu je sporna definicija mikropoduzeća, također, ovi postupci bi mogli dovesti do preopterećenosti nacionalnih sudova.

Ciljevi prijedloga su ambiciozno zamišljeni, međutim, cijeli proces usklađivanja stečajnog prava u država članicama još uvijek je u tijeku a to ima bitne posljedice i svezu s drugim zakonima koji uređuju bliska područja, kao što je pravo društava i tgovačko pravo, stoga će vrijeme pokazati koji tekst će u konačnici biti usvojen i hoće li ostvariti zasrtane ciljeve.

⁸⁸ Vidi čl. 68. Prijedloga direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti.

⁸⁹ „Study to support the preparation of an impact assessment on a potential EU initiative increasing convergence of national insolvency laws”, 57.

⁹⁰ „Study to support the preparation of an impact assessment on a potential EU initiative increasing convergence of national insolvency laws, 52.

8. LITERATURA

1. Direktiva (EU) 2015/849 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2015. o sprečavanju korištenja financijskog sustava u svrhu pranja novca ili financiranja terorizma, o izmjeni Uredbe (EU) br. 648/2012 Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage Direktive 2005/60/EZ Europskog parlamenta i Vijeća i Direktive Komisije 2006/70/EZ, (SL L 849, 9.7.2018.)
2. Direktiva (EU) 2019/1023 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o okvirima za preventivno restrukturiranje, otpustu duga i zabranama te o mjerama za povećanje učinkovitosti postupaka koji se odnose na restrukturiranje, nesolventnost i otpust duga i o izmjeni Direktive (EU) 2017/1132 (Direktiva o restrukturiranju i nesolventnosti) (SL L 172, 26.6.2019.)
3. Direktiva 2004/35/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 21. travnja 2004. o odgovornosti za okoliš u pogledu sprečavanja i otklanjanja štete u okolišu (SL L 143, 30.4.2004.)
4. Direktiva 2013/34/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o godišnjim financijskim izvještajima, konsolidiranim financijskim izvještajima i povezanim izvješćima za određene vrste poduzeća, o izmjeni Direktive 2006/43/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o stavljanju izvan snage direktiva Vijeća 78/660/EEZ i 83/349/EEZ (SL L 182, 29.6.2013.)
5. Direktiva Vijeća 2001/23/EZ od 12. ožujka 2001. o usklađivanju zakonodavstava država članica u odnosu na zaštitu prava zaposlenika kod prijenosa poduzeća, pogona ili dijelova poduzeća ili pogona (SL L 82, 22.3.2001.)
6. Odluka Vijeća od 28. svibnja 2001. o uspostavi Europske pravosudne mreže u građanskim i trgovačkim stvarima (2001/470/EZ)
7. Preporuka Komisije od 6. svibnja 2003. o definiciji mikropoduzeća te malih i srednjih poduzeća (SL L 124, 20.5.2003.)
8. Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti, COM (2022) 702
9. Stajalište Republike Hrvatske o Prijedlogu direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti, COM (2022) 702. Hrvatski sabor, Zagreb, 14. 3. 2023.
10. Stečajni zakon, "Narodne novine" br. 71/15., 104/17., 36/22., 27/24.
11. Uredba (EU) 2015/848 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2015. o postupku u slučaju nesolventnosti (SL L 141, 5.6.2015.)
12. Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, Narodne novine br. 108/12., 144/12., 81/13., 112/13., 121/13., 78/15., 71/15., 114/22.,
13. Zakon o stečaju Federacije Bosne i Hercegovine, "Službene novine Federacije BiH", br. 53/21.
14. Zakon o stečaju Republike Srpske, "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 16/2016,
15. Zakon o stečaju Brčko distrikta, "Službeni glasnik Brčko distrikta BiH", br. 16/2019, 29/2020 i 16/2022,
16. Mišljenje nezavisnog odvjetnika G. Pitruzzelle od 9. prosinca 2021. Federatie Nederlandse Vakbeweging protiv Heiploeg Seafood International BV i Heitrans International BV. Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Hoge Raad der Nederlanden. Predmet C-237/20. Zbornik

- sudske prakse – Opći zbornik – odjeljak „Podaci o neobjavljenim odlukama”. Oznaka ECLI: ECLI:EU:C:2021:997.
17. Presuda Suda (treće vijeće) od 28. travnja 2022. Federatie Nederlandse Vakbeweging protiv Heiploeg Seafood International BV i Heitrans International BV. Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Hoge Raad der Nederlanden. Predmet C-237/20. Zbornik sudske prakse – Opći zbornik – odjeljak „Podaci o neobjavljenim odlukama”. Oznaka ECLI: ECLI:EU:C:2022:321.
 18. Čuveljak, Jelena, „Prijedlog europske direktive o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti“, u *Zbornik radova IX. Međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, ured. Dinka Šago, 277 -300. Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2023.
 19. Armour, John, „The Rise of the ‘Pre-Pack’: Corporate Restructuring in the UK and Proposals for Reform (2012).“ Published in RP Austin and Fady JG Aoun (eds.), *Restructuring Companies in Troubled Times: Director and Creditor Perspectives*, 43-78. (Sydney: Ross Parsons Centre of Commercial, Corporate and Taxation Law, 2012), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2093134>
 20. Bankruptcy & insolvency registers - search for insolvent debtors in the EU https://e-justice.europa.eu/content_interconnected_insolvency_registers_search-246-en.do
 21. Bricongne, Jean-Charles, et. al., „Macroeconomic Relevance of Insolvency Frameworks in a High-debt Context: An EU Perspective“, European Commission Directorate-General for Economic and Financial Affairs, European Economy, Discussion Paper 032, (2016.), str. 22., 24. 3. 2024. DOI 10.2765/704406, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1596d3ef-9ad0-11e6-868c-01aa75ed71a1/language-en>
 22. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT, Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law, {COM(2022) 702 final} - {SEC(2022) 434 final} - {SWD(2022) 396 final}, EUROPEAN COMMISSION, Brussels, 7.12.2022, SWD(2022) 395 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022SC0395>,
 23. Europska pravosuдна mreža na portalu e-pravosuđe na: <https://e-justice.europa.eu/447/EN/insolvencybankruptcy>
 24. Gurrea-Martínez, A. (2021). Implementing an insolvency framework for micro and small firms. *International Insolvency Review*, 30(S1), S46–S66. <https://doi.org/10.1002/iir.1422>
 25. Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, European Commission, https://single-market-economy.ec.europa.eu/smes/sme-fundamentals/sme-definition_en
 26. M. Carpus Carcea, et. al., The Economic Impact of Rescue and Recovery Frameworks in the EU, European Commission, Discussion paper 004, september 2015, https://economy-finance.ec.europa.eu/system/files/2018-02/dp004_en.pdf
 27. Radni dokument službi Komisije sažetak izvješća o procjeni učinka, priložen dokumentu Prijedlog direktive o usklađivanju određenih aspekata prava o nesolventnosti, <https://op.europa.eu/hr/publication-detail/-/publication/2bbb9134-7a23-11ed-9887-01aa75ed71a1/language-hr/format-PDF/source-search>
 28. Study to support the preparation of an impact assessment on a potential EU initiative increasing convergence of national insolvency laws, Final Report – JUST/2020/JCOO/FW/

- CIVI/0186, Deloitte/Grimaldi (2022.), https://commission.europa.eu/system/files/2023-02/Insolvency%20laws_IA%20support%20study_Final%20Report.pdf
29. Ypma, Patricia, Peter McNally, Erika Sander, Chloe Fulcher i Morgana Grácio. Study on tracing and recovery of debtor's assets by insolvency practitioners. Final Report, Framework Contract JUST/2020/PR/03/0001 on Legal analysis services, including compliance assessment of national transposing measures, in the Justice and Consumers policy areas - Lot 2, European Commission, 2022., <https://commission.europa.eu/system/files/2023-02/Final%20Report%20-%20Study%20on%20tracing%20and%20recovery%20of%20debtor%E2%80%99s%20assets%20by%20insolvency%20practitioners%20-%20March%202022.pdf>

HARMONIZATION OF CERTAIN ASPECTS OF INSOLVENCY LAW

Marija Vidić⁹¹

Faculty of Law, University of Mostar

Miho Baće⁹²

Faculty of Law, University of Dubrovnik

Summary: *In order to overcome obstacles to the free movement of capital in the European Union and greater integration of capital markets, a Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the alignment of certain aspects of insolvency law has been drafted. The proposal focuses on three key dimensions of insolvency law: the recovery of assets from the insolvent estate, procedural efficiency, and the predictable and fair distribution of recovered value among creditors.*

Provisions on actions for the avoidance of debtor actions and asset tracing complement each other, combined with the possibility of maximizing recovery value in the early stages through the pre-pack procedure and the obligation of directors to immediately initiate insolvency proceedings to avoid potential asset value losses for creditors. The aim of the proposal is to strengthen procedural efficiency, particularly for the liquidation of insolvent microenterprises. This is accompanied by greater transparency for creditors regarding key features of the national law for insolvency proceedings, including the circumstances that led to insolvency proceedings. The proposal introduces requirements to improve creditor representation in proceedings through creditors' committees.

The paper will analyze the pre-pack procedure and the obligation of directors to immediately initiate insolvency proceedings, and whether the submission of a proposal for the initiation of bankruptcy proceedings should be introduced into Bosnian law as a matter of official duty, as well as the rules for the liquidation of insolvent microenterprises and potential abuses of the proposed solutions. In addition, member states are required to ensure electronic auction systems for the sale of debtor assets, which must be accessible to all natural and legal persons, and a system of mutual connectivity of national electronic auction systems will be established via the European e-Justice portal.

The proposals will be compared with the institutes regulated by bankruptcy laws in Bosnia and Herzegovina as well as in the bankruptcy law of the Republic of Croatia, and problems of implementation and challenges expected in aligning bankruptcy laws in Bosnia and Herzegovina will be pointed out in order for the implemented provisions to be effective and efficient.

Key words: *bankruptcy, directive proposal, insolvency, pre-pack, liquidation of insolvent microenterprises*

⁹¹ Associate Professor, Faculty of Law, University of Mostar, tel.: +387 36 337 150, marija.vidic@pf.sum.ba

⁹² Assistant Professor, Faculty of Law, University of Dubrovnik, Republic of Croatia, tel.: +385 99 397 7319

OSTAVKA JEDINOG DIREKTORA U JEDNOČLANOM DRUŠTVU SA OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU - (NE)MOGUĆ AKT?

Irena Radić Babić¹

Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci

Sažetak: Iako ostavka predstavlja jednostranu izjavu volje kojom direktor obavještava društvo da prestaje sa obavljanjem svoje funkcije, u praksi se dešava da je podnošenje ostavke u jednočlanom društvu sa ograničenom odgovornošću, nemoguć akt.

Naime, ukoliko iz bilo kog razloga jedini član društva, u funkciji skupštine, ne želi ili ne može da primi ostavku, izvrši upis promjene lica ovlašćenog za zastupanje u Registru poslovnih subjekata i imenuje drugo lice ovlašćeno za zastupanje, jedini direktor nema način da se "oslobodi" direktorske funkcije. Pitanje prava direktora da u parničnom postupku traži utvrđenje prestanka njegove funkcije direktora i naganje društvu da trpi brisanje tužioca kao direktora iz sudskog registra našlo se i pred Ustavnim sudom BiH. U ovom radu ćemo analizirati odredbe koje dovode do ovakve situacije u praksi, analizirati pomenutu odluku Ustavnog suda BiH, a potom dati prijedloge de lege ferenda, po ugledu na neka uporednopravna rješenja. Cilj autora je da pronađe rješenje koje neće ostaviti društvo bez odgovornog lica, ali će omogućiti direktoru koji podnese ostavku da bude razriješen funkcije.

Ključne riječi: ostavka, razrješenje, direktor, jednočlano društvo sa ograničenom odgovornošću, privremeni zastupnik, registracija ostavke.

1. UVOD

Iako na prvi pogled pitanje ostavke jedinog direktora društva sa ograničenom odgovornošću ne djeluje kao pitanje koje izaziva mnogo dilema, u praksi ipak, postoje brojni problemi. Usljed nedostataka u zakonskoj regulativi, problemi su naročito izraženi kod jednočlanih društava sa ograničenom odgovornošću koja imaju direktora, kao inokosni organ upravljanja, jer u tom slučaju jedini član društva obavlja funkciju skupštine te sam donosi odluke iz njene nadležnosti. Ovo znači da je on sam nadležan za imenovanje i razrješenje direktora, i podnošenje prijave Registru poslovnih subjekata za promjenu lica ovlašćenog za zastupanje. Osim toga, ostavka koju direktor eventualno želi da podnese, podnosi se upravo jedinom članu društva. *De lege lata*, ukoliko jedini član društva u funkciji skupštine, iz bilo kog razloga, ne može ili ne želi da primi ostavku, donese odluku o prestanku ovlašćenja za zastupanje ranijeg direktora i imenuje drugo lice ovlašćeno za

¹ Viši asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci, master prava, doktorand na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, email irena.radic@pf.unibl.org; ORCID 0009-0003-7396-2550

zastupanje, te izvrši upis te promjene u Registru poslovnih subjekata, jedini direktor nema mogućnost da se sam oslobodi direktorske funkcije. Prema dugogodišnjem stavu sudske prakse, direktor nije imao pravo ni da u parničnom postupku traži utvrđenje prestanka njegove funkcije direktora po osnovu podnesene ostavke i nalažanje društvu da trpi brisanje tužioca kao direktora iz Registra poslovnih subjekata. Prije tri godine, ovo pitanje se našlo i pred Ustavnim sudom BiH u predmetu AP-4430/19, koji je utvrdio povredu prava na pravično suđenje, ukinuo presudu Višeg privrednog suda u Banjoj Luci i vratio predmet na ponovno odlučivanje. U ponovljenom postupku, Viši privredni sud je utvrdio da je tužiteljki (direktoru društva sa ograničenom odgovornošću) prestalo pravo i obaveza obavljanja poslova direktora kao lica ovlaštenog za zastupanje na osnovu podnesene ostavke i naložio tuženom da trpi brisanje tužiteljke kao lica ovlaštenog za zastupanje tuženog.

Čak i ukoliko se praksa redovnih sudova nakon navedene odluke Ustavnog suda BiH promijenila, mišljenja smo da je pitanje ostavke potrebno urediti na drugačiji način, kako bi se direktorima jednočlanih društava omogućilo da podnesu ostavku i da im na osnovu toga prestane funkcija direktora, bez potrebe da vode skupe i dugotrajne sudske postupke. Sa druge strane, potrebno je zaštititi i interes društva i omogućiti mu nastavak poslovanja ili, u krajnjem slučaju, likvidaciju.

Pored problema koji nastaju kada jedini direktor društva podnese ostavku u društvu koje ima jednog ili manji broj članova koji, iz bilo kog razloga (najčešće zbog poremećenih međusobnih odnosa) ne žele da preduzmu korake kako bi direktoru prestala funkcija, dodatni problem su društva u kojima je jedini član društva istovremeno i direktor. Naime, kod ovakvog organizovanja društva, kada direktor (i jedini član društva) umre, važeći propisi ne predviđaju mjere koje bi omogućile funkcionisanje društva do okončanja ostavinskog postupka iza umrlog. To u praksi znači da je poslovanje društva blokirano i po nekoliko mjeseci, sve dok se ne odredi nasljednik imovine umrlog ostavioca.

Nakon analize važećih propisa u Republici Srpskoj, te uporednopravne analize, dali smo određene prijedloge *de lege ferenda* koji bi trebalo da riješe probleme do kojih dolazi u praksi.

2. OSOBENOSTI JEDNOČLANIH DRUŠTAVA SA OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU

Kao najvažnije osobenosti jednočlanih privrednih društava Jovanović ističe sljedeće: društvo se osniva odlukom o osnivanju, a ne ugovorom; osnovni kapital se sastoji od samo jednog udjela jedinog člana (iz čega proizilazi zabrana sticanja sopstvenih udjela); jedini član društva ili lice koje on ovlasti vrši funkciju skupštine; jedini član ne može istupiti iz društva niti može biti isključen iz njega; za pravne poslove ili radnje iz sukoba interesa nije dužan tražiti ničiju saglasnost itd.²

Međutim, za predmet ovog rada, najvažnija osobenost je činjenica da jedini član društva vrši funkciju skupštine. To praktično znači da on sam ili lice koje on ovlasti čini skupštinu,³ donosi sve odluke iz nadležnosti skupštine, te nema obavezu sazivanja i održavanja sjednica i poštovanja

² Nebojša Jovanović, "Privredno društvo", u *Kompanijsko pravo - Pravo privrednih društava*, aut. Nebojša Jovanović, Vuk Radović, Mirjana Radović (Beograd: Univerzitet u Beogradu, Pravni Fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2021), 101.

³ Član 131. stav 2. *Zakona o privrednim društvima* („Službeni glasnik Republike Srpske“, 127/2008, 58/2009, 100/2011, 67/2013, 100/2017, 82/2019 i 17/2023), dalje u tekstu *ZPD*.

drugih formalnosti. Jedina obaveza ustanovljena radi mogućnosti kontrole kod ovih društava je upisivanje svih odluka koje spadaju u nadležnost skupštine društva u knjigu odluka.⁴

Prema odredbama Zakona o privrednim društvima Republike Srpske (dalje u tekstu: ZPD) izbor i razrješenje direktora je u nadležnosti skupštine, što implicira da u jednočlanom društvu o tome odluku donosi jedini član društva. Pitanje ostavke se, po prirodi stvari, ne pominje u članu 132. ZPD koji uređuje djelokrug skupštine, jer je ostavka akt direktora, dok je imenovanje i razrješenje direktora akt skupštine. Ipak, kao što ćemo vidjeti u narednom odjeljku, shodnom primjenom člana 137. ZPD, ostavku je u pisanoj formi potrebno podnijeti skupštini društva, odnosno u ovom slučaju jedinom članu društva, a dejstvo ostavke se vezuje za sam čin podnošenja ostavke. Dakle, za prestanak funkcije direktora po ovom osnovu nije potrebna posebna odluka o prihvatanju ostavke od strane skupštine odnosno jedinog člana društva.

3. PRAVNA PRIRODA OSTAVKE

Ostavka je jednostrana izjava volje kojom direktor, u pisanoj formi, obavještava društvo da prestaje sa obavljanjem svoje funkcije, prije isteka perioda na koji je imenovan.⁵ Ostavka je, dakle, “pravo direktora, koje on može iskoristiti u svako doba”⁶ i bez navođenja razloga.

Veličković objašnjava da dvije okolnosti definišu pravnu prirodu ostavke direktora društva: a) činjenični osnov ili razlog zbog koga se može dati ostavka i b) pitanje da li je za pravno dejstvo ostavke dovoljna izjava volje direktora upućena društvu ili je neophodna i odluka određenog organa društva kojom se takva odluka direktora usvaja.⁷ U vezi sa tim, važno je uočiti da naš ZPD ne propisuje postojanje opravdanog razloga za davanje ostavke, te sloboda volje direktora u tom pogledu nije ograničena, a ostavka se može podnijeti i bez postojanja opravdanog razloga. Veličković takođe postavlja pitanje da li je dozvoljeno da društvo autonomnim aktima propiše postojanje (opravdanog) razloga za davanje ostavke, te zaključuje da takvo nešto ne bi bilo moguće, jer zakon prilikom definisanja uslova za davanje ostavke ne sadrži klauzulu “ukoliko osnivačkim aktom nije drugačije predviđeno”.⁸ Dijelimo mišljenje autora da nije moguće drugačije urediti ovo pitanje osnivačkim aktom. Kao što smo već istakli, druga okolnost koja definiše pravnu prirodu ostavke jeste pitanje da li je za pravno dejstvo ostavke neophodna odluka određenog organa društva kojom se ostavka direktora usvaja. Kao što ćemo vidjeti u nastavku rada, prema našem ZPD ostavka je izričito uređena kao jednostrani akt direktora za čije dejstvo se ne traži nikakva odluka o usvajanju od strane organa društva. S obzirom na sve navedeno, Veličković definiše ostavku kao “*izjavu volje (pravnu radnju) datu u propisanoj formi, kojom član uprave saopštava privrednom*

⁴ *Ibid.*, stav 3.

⁵ Zoran Vasiljević, Vuk Radović, *Kompanijsko pravo - Pravo privrednih društava* (Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, 2023), 529.

⁶ *Ibid.*, 575.

⁷ Jovana Veličković, “Ostavka direktora privrednog društva (pravna priroda i uslovi za prestanak funkcije)”, *Pravo i privreda* 52, no. 10-12/2014: 109.

⁸ *Ibid.*, 111.

društvu (zakonom određenom organu društva) da prestaje sa obavljanjem funkcije pre isteka perioda na koji je imenovan”.⁹

Kada je u pitanju ostavka direktora u društvu sa ograničenom odgovornošću, ZPD u ovom dijelu ne reguliše pitanje ostavke, već upućuje na odredbe koje se odnose na ostavku direktora ili članova upravnog odbora akcionarskog društva. Shodnom primjenom člana 137. ZPD koji uređuje ostavku direktora ili članova upravnog odbora akcionarskog društva, na direktora društva sa ograničenom odgovornošću, proizilazi da direktor može podnijeti ostavku u svako doba, bez obaveze navođenja razloga, davanjem pisanog obavještenja skupštini društva. Kod društava sa jednim članom, ostavka se podnosi jedinom članu društva (koji vrši funkciju skuštine). ZPD predviđa da ostavka ima pravno dejstvo od dana podnošenja (osim ako u njoj nije naveden neki kasniji datum). To znači da, prema odredbama ZPD, podnošenje ostavke (u propisanoj formi) ima konstitutivno dejstvo prema društvu od trenutka kad je odgovarajući adresat (jedini član društva) primio ostavku odnosno stekao mogućnost da sazna za njen sadržaj. Dakle, za prestanak funkcije direktora po tom osnovu nije potrebna posebna odluka jedinog člana društva o prihvatanju ostavke, a eventualna odluka o neprihvatanju ne bi imala pravno dejstvo.

4. PRAVNE POSLJEDICE OSTAVKE JEDINOG DIREKTORA DRUŠTVA

Najvažnija pravna posljedica ostavke direktora je svakako prestanak funkcije direktora društva. Međutim, jedno važno pitanje, koje je naš zakon propustio da uredi je pitanje pravnih posljedica ostavke jedinog direktora društva, koje time ostaje bez zakonskog zastupnika. Za razliku od našeg zakona, Zakon o privrednim društvima Srbije je predvidio dvije posebne pravne posljedice kada jedini direktor društva jednodome unutrašnje strukture podnese ostavku.¹⁰ Prva posebna pravna posljedica je zakonska obaveza direktora da u ograničenom trajanju - do imenovanja novog direktora, a najduže 30 dana od dana registracije ostavke - preduzima samo one poslove koji ne trpe odlaganje.¹¹ Druga posebna pravna posljedica propisana zakonom u slučaju ostavke jedinog direktora društva jednodome unutrašnje strukture je fakultativne prirode, u smislu da njeno nastupanje zavisi od volje ovlašćenih subjekata.¹² Riječ o mogućnosti da se na zahtjev člana društva ili drugog zainteresovanog lica, u vanparničnom postupku, postavi privremeni zakonski zastupnik društva, ukoliko društvo ostane bez jedinog direktora a novi direktor ne bude imenovan u daljem roku od 30 dana.

Naime, ako je jedini direktor društva podnio ostavku a novi direktor ne bude registrovan u daljem roku od 30 dana (počev od isteka roka u kome je jedini direktor bio dužan da preduzima poslove koji ne trpe odlaganje), član društva ali i svako zainteresovano lice može tražiti da sud u vanparničnom postupku postavi privremenog zastupnika društva. Ovaj postupak je hitan i sud

⁹ *Ibid.*, 113.

¹⁰ Jovana Veličković, “Pravne posledice ostavke direktora privrednog društva”, *Pravo i privreda* 51, no. 4-6/2013: 250.

¹¹ Čan 396. stav 5. srbijanskog Zakona o privrednim društvima („Službeni glasnik. glasnik Republike Srbije”, 36/2011, 99/2011, 83/2014 - dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 i 109/2021)

¹² Veličković, “Pravne posledice ostavke”, 251.

je dužan da odluku po zahtjevu donese u roku od osam dana od dana prijema zahtjeva. Zakon o privrednim društvima Srbije je takođe predvidio da u periodu kada društvo ostane bez direktora, pa do imenovanja novog direktora ili privremenog zastupnika, izajve volje upućene bilo kom članu društva obavezuju društvo.¹³ Na ovaj način se omogućava jedinom direktoru društva da podnese ostavku i oslobodi se direktorske funkcije, a da se istovremeno društvu omogući da nastavi poslovanje, čak i u situaciji kada nadležni organ društva ne imenuje drugog direktora. Zakon nije definisao na koji period se imenuje privremeni zastupnik, niti rok u kome je neophodno izabrati novog direktora, čime bi prestala funkcija privremenog zastupnika.

Zakon o trgovačkim društvima Hrvatske na sličan način uređuje pitanje ostavke direktora u društvu sa ograničenom odgovornošću. Ostavka se izjavljuje skupštini društva ako je bila najavljena u dnevnom redu, nadzornom odboru ako ga društvo ima ili svim članovima društva odnosno onom članu društva koji je društvenim ugovorom ovlašćen imenovati članove uprave. Ostavka djeluje od dana izjavljivanja ukoliko za ostavku postoji važan razlog, a u suprotnom u roku od 14 dana od dana podnošenja.¹⁴ Dejstvo ostavke se ne vezuje za donošenje bilo kakve odluke od strane organa odnosno lica kome se podnosi.¹⁵ Zakon o trgovačkim društvima eksplicitno propisuje da je upis promjene člana uprave u sudski registar deklaratorne prirode,¹⁶ što znači da on samo potvrđuje ili utvrđuje već postojeće stanje ili činjenicu, bez stvaranja novih pravnih učinaka.

U situaciji kada jedini član uprave društva da ostavku na dužnost direktora društva ili jedini član uprave umre, sud će na prijedlog zainteresovanog lica ili po službenoj dužnosti postaviti privremenog upravitelja društva. Dužnost privremenog upravitelja je da se brine o imenovanju nove uprave, a do tada je ovlašćen obavljati samo neodložne poslove (poput učešća u sudskim i drugim postupcima, opozivanja date punomoći ili opunomoćavanja novog punomoćnika za zastupanje u parničnom predmetu i sl.)¹⁷

Propisivanjem obaveze direktora koji podnosi ostavku da određeno vrijeme nakon podnošenja ostavke preduzima neodložne poslove, sprječava se blokada poslovanja društva i eventualna šteta koju bi društvo zbog toga moglo da trpi, a istovremeno se daje određeno vrijeme nadležnom organu društva da nađe i imenuje drugog direktora. Ukoliko i po isteku vremena u kome je direktor u ostavci dužan da vodi neodložne poslove društva, ne bude imenovan novi direktor, jedno od rješenja je svakako imenovanje privremenog zastupnika jer na taj način su adekvatno zaštićeni interesi društva, a istovremeno je omogućeno direktoru koji podnese ostavku da bude razriješen funkcije. Imenovanje privremenog zastupnika rješava situaciju, koja takođe nije rijetka u praksi, kada jedini direktor koji je istovremeno jedini član društva umre, jer tada nema ko da imenuje drugog direktora, i to bi mogao učiniti jedino sud na zahtjev zainteresovanog lica. U suprotnom bi smrt jedinog člana koji je istovremeno i direktor društva, u određenim situacijama, mogla značiti i faktičku smrt društva, što negira pravni subjektivitet privrednih društava.

¹³ *Ibid.*, čl. 396. stav 6.

¹⁴ Član 244a *Zakona o trgovačkim društvima* („Narodne novine“ 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15, 40/19, 34/22, 114/22, 18/23, 130/23)

¹⁵ Prema članu 424a stav 2. *Zakona o trgovačkim društvima*, stavka se u pravilu izjavljuje skupštini društva, nadzornom odboru ako ga društvo ima odnosno svim članovima društva ili onom članu koji je ovlašćen imenovati/opozvati člana uprave.

¹⁶ Član 425, st. 4. *Zakona o trgovačkim društvima*.

¹⁷ Vidi, primjera radi sentencu Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske br. Pž-2821/10 od 12.5.2010. godine

5. REGISTRACIJA PROMJENE LICA OVLAŠĆENOG ZA ZASTUPANJE

Kao što smo vidjeli, ostavka direktora je prema ZPD jednostrani akt koji proizvodi unutrašnje pravno dejstvo (ka privrednom društvu) od dana podnošenja ostavke u propisanoj formi nadležnom organu društva. Spoljašnje dejstvo ostavke, usmjereno ka trećim licima, a koje se ispoljava u činjenici da određeno lice više ne može predstavljati određeno društvo u skladu sa ovlašćenjima koje je imalo po osnovu zakona, unutrašnjih akata i odluka organa društva¹⁸ nastupa od momenta registracije nastale promjene u Registru poslovnih subjekata.

Međutim, odredbe Zakona o registraciji poslovnih subjekata u Republici Srpskoj¹⁹ mijenjaju pravnu prirodu ostavke iz jednostranog akta (što je rješenje ZPD-a) u dvostrani akt, za čije dejstvo potrebna i odluka određenog organa društva kojim se prihvata ostavka, odnosno utvrđuje da je "tom licu prestalo pravo zastupanja". Naime, član 52. stav 5. pomenutog Zakona predviđa sljedeće:

"Uz prijavu za upis promjene lica ovlašćenog za zastupanje subjekta upisa prilaže se odluka nadležnog organa subjekta upisa kojom je jedno lice razriješeno, odnosno kojom tom licu prestaje pravo zastupanja, a drugo lice imenovano odnosno ovlašćeno za zastupanje, kao i obim ovlašćenja tog lica, ovjeren potpis tog lica, te izjava direktora ili vršioca dužnosti direktora o prihvatanju dužnosti."

Iz navedene odredbe proizilazi da je upis promjene lica ovlašćenog za zastupanje moguć samo uz odluku nadležnog organa društva kojom je utvrđeno da licu ovlašćenom za zastupanje prestaje pravo zastupanja i kojom je imenovano drugo lice ovlašćeno za zastupanje, te ovjeren potpis tog lica i njegovu izjavu o prihvatanju dužnosti. Stoga, ne bi bilo moguće da sam direktor koji podnosi ostavku uz zahtjev za registraciju promjene lica ovlašćenog za zastupanje priloži svoju ostavku u pisanoj formi (čak ni uz dokaz da je istu dostavio ili pokušao dostaviti jedinom članu društva) i da na osnovu toga sud izvrši njegovo brisanje iz Registra poslovnih subjekata. Dakle, iako odredbe ZPD uređuju ostavku kao jednostrani akt direktora, za čije dejstvo (po izričitoj zakonskoj odredbi) nije potreban nikakav akt skupštine ili drugog organa kome se ostavka podnosi, Zakon o registraciji poslovnih subjekata pretvara ostavku u dvostrani akt i dodatno uslovljava ostavku direktora imenovanjem drugog lica i njegovim prihvatanjem funkcije. To znači da u situaciji kada niko ne želi da bude direktor nekog društva, postojeći direktor nema nikakve mogućnosti da se oslobodi funkcije.

Nasuprot tome, srbijanski Zakon o postupku registracije u Agenciji za privredne registre²⁰ propisuje da je prilikom registracije ostavke lica ovlašćenog za zastupanje, za podnošenje prijave ovlašćeno i samo lice koje podnosi ostavku. Dodatno, Pravilnik o sadržini Registra privrednih subjekata i dokumentaciji potrebnoj za registraciju²¹ predviđa da se uz prijavu registracije ostavke

¹⁸ Veličković, "Ostavka direktora privrednog društva", 117.

¹⁹ Zakon o registraciji poslovnih subjekata u Republici Srpskoj („Službeni glasnik Republike Srpske“ 67/2013, 15/2016, 84/2019)

²⁰ Član 5a. st. 2, tač 2. Zakona o postupku registracije u Agenciji za privredne registre („Službeni glasnik Republike Srbije“, 99/2011, 83/2014, 31/2019, 105/2021)

²¹ Čl. 32, st. 2. Pravilnika o sadržini Registra privrednih subjekata i dokumentaciji potrebnoj za registraciju („Službeni glasnik Republike Srbije“ 63/2023)

zakonskog zastupnika podnosi samo ostavka, sačinjena u skladu sa Zakonom. Dakle, daje se mogućnost samom direktoru da registruje svoju ostavku, pri čemu ne postoji obaveza da se uz prijavu registracije ostavke prilažu bilo kakvi drugi akti, pa ni odluka nadležnog organa društva o prihvatanju ostavke i imenovanju drugog lica ovlašćenog za zastupanje. Ovo rješenje je razumno i u skladu sa pravnom prirodom ostavke, kao jednostranog akta direktora za čije dejstvo nije potrebna nikakva odluka organa društva.

Odredbe domaćeg Zakona o registraciji poslovnih subjekata vjerovatno imaju za cilj da spriječe situaciju da društvo nema direktora, te da se na taj način ne onemogući poslovanje društva. Međutim, s obzirom na to da je imenovanje direktora u nadležnosti skupštine društva, ne smije se onemogućiti direktor da podnese ostavku iz razloga što skupština (odnosno jedini član društva kod jednočlanih društava) ne želi ili ne može da imenuje drugo lice na tu funkciju. Ukoliko je zakonodavac htio da spriječi situaciju u kojoj će društvo postojati bez odgovornog lica, mogla su se pronaći druga rješenja, kojima bi se društvo obavezalo da imenuje drugog direktora u određenom roku, predvidjela prekršajna odgovornost društva i lica sa dužnostima prema društvu (što bi uključivalo i većinskog člana društva) ukoliko društvo ne imenuje direktora, predvidjela prinudna likvidacija društva koje nema zastupnika određen period i sl.

Posmatrajući uporednopavno, šire od zakonodavstava zemalja u regionu koja smo prethodno analizirali, mogu se naći različita rješenja ove situacije. Primjera radi, britanski *Companies Act 2006* propisuje da svako zatvoreno društvo kapitala (*private company*) mora imati najmanje jednog direktora.²² Ukoliko se utvrdi da društvo nema direktora, nadležni ministar može izdati društvu nalog da otkloni taj nedostatak u određenom roku (ne kraće od mjesec dana i ne duže od tri mjeseca od davanja naloga). Ukoliko društvo propusti da imenuje direktora u predviđenom roku, samo društvo i odgovorno lice u društvu (što uključuje i direktora u sjenci) će biti odgovorno za prekršaj za koji je predviđena značajna novčana kazna kao i dnevne kazne za svaki dan zakašnjenja.²³ Štaviše, neimenovanje direktora može biti razlog za brisanje kompanije iz Registra.

6. MOŽE LI DIREKTOR TUŽBOM TRAŽITI UTVRĐENJE PRESTANKA FUNKCIJE DIREKTORA I NALAGANJE NJEGOVOG BRISANJA IZ SUDSKOG REGISTRA KAO ZASTUPNIKA DRUŠTVA?

U praksi nije rijedak slučaj da direktor podnese pismenu ostavku, ali da jedini član društva odbija da donese odluku o prihvatanju ostavke i prestanku prava zastupanja tog lica, imenuje novog direktora i izvrši brisanje iz registra direktora koji je podnio ostavku. Upravo jedan takav slučaj se našao prvo pred Okružnim privrednim i Višim privrednim sudom u Banjoj Luci, a potom i pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine u predmetu broj AP-4430/19. U predmetnom slučaju, apelantica je jedan od (dva) osnivača tuženog privrednog društva u kome je bila imenovana za direktora sa ugovorom o radu na neodređeno vrijeme. Zbog trajno poremećenih odnosa sa suosnivačem, ona je "više puta pismeno obavijestila tuženog odnosno suosnivača da želi da istupi kao osnivač i član društva, da ne želi više da obavlja dužnost direktora društva i da želi ovlašćenja

²² *Companies Act 2006*, section 154.

²³ *Companies Act 2006*, Section 156.

koja proizilaze iz funkcije direktora prenijeti na drugu osobu) ali tuženo privredno društvo niti drugi član društva na te zahtjeve nisu odgovorili, usljed čega je apelantica podnijela tužbu Okružnom privrednom sudom.

Presudom Okružnog privrednog suda br. 57 0 Ps 125495 18 Ps od 27. marta 2018. godine određeno je istupanje tužiteljke kao člana iz tuženog privrednog društva, naloženo tuženom da trpi da se iz sudskog registra izbriše apelantica kao suosnivač član privrednog društva - tuženog ali je odbijen kao neosnovan tužbeni zahtjev u dijelu u kojem je tražila da sud donese presudu kojom utvrđuje da joj je (ostavkom) prestalo pravo i obaveza obavljanja poslova direktora kao lica ovlaštenog za zastupanje tuženog i da sud naloži tuženom da trpi brisanje apelantice kao lica ovlaštenog za zastupanje. U dijelu u kome obrazlaže razloge odbijanja tužbenog zahtjeva u dijelu kojim je traženo utvrđenje prestanka prava i obaveze obavljanja poslova direktora, Okružni sud se oslanjao na odredbe člana 152. (djelokrug direktora) i 162. (razrješenje) ZPD. Suština obrazloženja je da, s obzirom na djelokrug poslova direktora, prestankom njene funkcije kao direktora bez istovremenog imenovanja drugog lica ovlaštenog za zastupanje, društvo ne bi više moglo poslovati. Sud dalje upućuje na odredbe o razrješenju, navodeći da nema osnova da sud donese presudu kojom utvrđuje da tužiteljki prestaje pravo i obaveza obavljanja poslova direktora, "jer je postupak imenovanja i razrješenja direktora društva sa ograničenom odgovornošću propisan Zakonom o privrednim društvima"²⁴ pa se tužiteljka "samo na osnovu tih odredaba može osloboditi obaveza koje je u smislu tih istih normi i preuzela".²⁵ Nejasno se zašto se sud u konkretnom slučaju pozivao na odredbe o razrješenju, s obzirom da se radi o dva potpuno različita osnova prestanka funkcije direktora. Razrješenje je "radnja kojom društvo ukida funkciju direktoru društva",²⁶ odnosno "jednostrano raskida ugovor kojim mu je povjerilo direktorsku funkciju", dok je ostavka "radnja kojom direktor otkazuje ugovor kojim mu je društvo povjerilo direktorsku funkciju". Stoga, nema mjesta pozivanje suda na odredbe o razrješenju u presudi kojom se odlučuje o prestanku funkcije direktora po osnovu ostavke, što je istakao i Ustavni sud odlučujući po apelaciji.²⁷

Okružni privredni sud je dodatno obrazložio da brisanje tužiteljke kao direktora bez istovremenog imenovanja drugog lica koje će te poslove obavljati, registarski sud ne bi mogao provesti u smislu odredaba Zakona o registraciji poslovnih subjekata, pa bi drugačija presuda u tom dijelu bila neprovodiva.

Protiv odbijajućeg dijela presude, tužiteljka je podnijela žalbu Višem privrednom sudu, koji je žalbu odbio i potvrdio prvostepenu presudu u pobijanom dijelu. U obrazloženju, Viši privredni sud je, između ostalog, podcrtao da je postojanje lica ovlaštenog za zastupanje jedno od osnovnih obilježja pravnog subjektiviteta privrednog društva jer pravna lica preko direktora, odnosno lica ovlaštenog za zastupanje, manifestuju svoj subjektivitet u pravnom prometu, te da bi usvajanjem tužbenog zahtjeva u ovom dijelu dovelo do blokade rada društva. Iako je ovaj dio obrazloženja nesporan, jer privredna društva kao pravna lica ne mogu direktno istupati u pravnom prometu i neposredno manifestovati svoju volju, već to čine preko fizičkih lica koja su za to ovlastili - na prvom mjestu preko direktora kao organa društva, ipak to ne može biti osnov da se direktoru uskrati pravo na podnošenje ostavke u društvu. Iako postoji prostor da se odredbe ZPD vezane

²⁴ Odluka Ustavnog suda br. AP-4430/19, tačka 7,

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Jovanović, "Društvo sa ograničenom odgovornošću", u *Kompanijsko pravo - pravo privrednih društava*, 405.

²⁷ Vidi tač. 29. Odluke

uz ostavku direktora unaprijede, one nedvosmisleno propisuju da je ostavka pravo direktora koje on može iskoristiti u svakom trenutku, bez obaveze navođenja razloga, te da mu za ostavku nije potrebna saglasnost organa društva. Značaj koji direktor ima za društvo i činjenica da društvo bez zastupnika ne može izražavati svoju volju ne negira ni na koji način odredbe o ostavci. Osim toga, obaveza je nadležnog organa društva (u ovom slučaju jedinog člana u funkciji skupštine) da imenuje drugo lice ovlašteno za zastupanje ukoliko želi da društvo nastavi sa poslovanjem, pa se njegovo propuštanje da to učini ne može stavljati na teret direktoru koji je podnio ostavku.

Viši privredni sud je odlučujući po žalbi ponovio obrazloženje prvostepenog suda vezano za odredbe člana 52. Zakona o registraciji poslovnih subjekata u RS i dodao da apelantica kao lice ovlašteno za zastupanje, može pokrenuti postupak likvidacije društva, pa bi u tom slučaju imenovanjem likvidacionog upravnika prestala njena funkcija uz zabilježbu u sudskom registru. Tačno je da po Zakonu o likvidacionom postupku prijedlog za pokretanje dobrovoljnog likvidacionog postupka može podnijeti lice ovlašteno za zastupanje ili vlasnik kapitala poslovnog subjekta, ali je uz taj prijedlog potrebna i odluka o prestanku poslovnog subjekta (na osnovu koje se sprovodi postupak dobrovoljne likvidacije). Odluka o prestanku društva sa ograničenom odgovornošću spada u djelokrug skupštine društva (osim ako nije drugačije predviđeno osnivačkim aktom ili ugovorom članova), što znači da tužiteljka nema tu mogućnost, naročito što je prethodno već istupila iz društva kao njegov član.

Postupajući po apelaciji, Ustavni sud je našao da su redovni sudovi proizvoljno primijenili odredbe člana 162. ZPD (odredbe o razrješenju), a da su propustili da okolnosti konkretnog predmeta sagledaju iz perspektive člana 131, 152. stav 5. člana 162. i 317. istog zakona, kojima je regulisano pitanje sastava i funkcionisanja skupštine društva sa ograničenom odgovornošću, ostavke direktora, prenosa ovlaštenja i posljedica ostavke, koje su vezane i za obavezu brisanja lica ovlaštenog za zastupanje iz registra poslovnih subjekata, što je propisano čl. 52. stav 3. Zakona o registraciji poslovnih subjekata. Ustavni sud je našao da su apelantici zahtjevi osnovani, te je utvrdio povredu prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav .1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, ukinuo presudu Višeg privrednog suda u Banjoj Luci i vratio predmet na ponovno odlučivanje. U ponovljenom postupku, Viši privredni sud je u pobijanom odbijajućem dijelu prvostepene presude utvrdio da je tužiteljki prestalo pravo i obaveza obavljanja poslova direktora kao lica ovlaštenog za zastupanje i naložio tuženom da trpi brisanje tužiteljke kao lica ovlaštenog za zastupanje tuženog.²⁸

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA I PRIJEDLOZI *DE LEGE FERENDA*

Iz odredaba ZPD proizilazi da je ostavka jednostrani akt direktora, koji ima pravo dati pismenu ostavku u svakom trenutku, bez obaveze navođenja razloga, te da ostavka ima (unutrašnje) dejstvo od dana njenog podnošenja nadležnom organu društva. Nasuprot tome, odredbe Zakona o registraciji poslovnih subjekata propisuju da se uz prijavu za upis promjene lica ovlaštenog za zastupanje subjekta upisa prilaže i odluka nadležnog organa subjekta upisa kojom tom licu prestaje pravo zastupanja i imenuje se drugo lice ovlašteno za zastupanje kao i ovjeren potpis

²⁸ Vidi, presuda Višeg privrednog suda u Banjoj Luci br. 57 0 Ps 124495 21 Pž 2, od 27. 09. 2021. godine.

tog lica, te izjava direktora ili vršioca dužnosti direktora o prihvatanju dužnosti. Na ovaj način se (vanjsko) dejstvo ostavke uslovljava odlukom nadležnog organa privrednog društva kojom se utvrđuje da je direktoru prestalo pravo zastupanja i imenuje drugo lice ovlašteno za zastupanje, čime se suštinski mijenja pravna priroda ostavke iz jednostranog u dvostrani akt. Uslovljavanje dejstva ostavke na ovaj način može dovesti do situacije u kojoj direktor mora da obavlja funkciju prinudno, mimo svoje volje, odnosno da se prema trećim licima smatra direktorom iako je podnio ostavku, što smatramo neprihvatljivim. Ipak, bez obzira na to, redovni sudovi ne mogu zanemariti ovu odredbu dok god ona ne bude izmijenjena, a njen *ratio legis* je dijelom opravdan, iako bi se isti cilj mogao postići na drugi, prikladniji način. Naime, omogućavanje direktoru da bez ikakvih ograničenja napusti društvo i ostavi ga bez zastupnika, olakšalo bi razne zloupotrebe i izigravanje obaveza prema povjericima, poput feniks aktivnosti.²⁹ Stoga je potrebno naći balansirano rješenje, koje će direktoru omogućiti da podnese ostavku, ali istovremeno zaštititi interese društva i njegovih povjerilaca. U svom obrazloženju Okružni sud je, kao što smo vidjeli, takođe, naglasio da se omogućavanjem jedinom direktoru da napusti kompaniju otvara prostor da izbjegne obaveze i odgovornosti, što svakako nije ishod koji se smije dopustiti. U tom smislu, predlažemo sljedeće prijedloge *de lege ferenda*.

Prije svega, po ugledu na čl. 396. stav 5. Zakona o privrednim društvima Srbije, u domaćem ZPD je potrebno predvidjeti da je jedini direktor društva koji podnese ostavku u obavezi da nastavi da preduzima poslove koji ne trpe odlaganje do imenovanja novog direktora, ali ne duže od 30 dana od dana registracije ostavke u skladu sa Zakonom o registraciji poslovnih subjekata. Potom je, ponovo po ugledu na rješenja iz Zakona o privrednim društvima Srbije,³⁰ ali i Zakona o trgovačkim društvima Hrvatske, potrebno predvidjeti mogućnost postavljanja privremenog zastupnika društva ukoliko je društvo (iz bilo kog razloga, ne samo po osnovu ostavke) ostalo bez direktora, a novi direktor ne bude imenovan u roku od 30 dana od dana kada je raniji direktor brisan iz registra. Postupak za postavljanje privremenog zastupnika bi bio hitan vanparnični postupak, u kome bi sud bio dužan da donese odluku u roku od 8 dana od prijema prijedloga. Što se tiče lica ovlaštenih da podnesu prijedlog za imenovanje privremenog zastupnika, to bi mogao biti svaki član društva i drugo zainteresovano lice. Funkcija privremenog zastupnika bi prestala kada društvo dobije novog zastupnika. Takođe, potrebno je urediti da u periodu kada društvo ostane bez direktora, sve do imenovanja novog direktora odnosno privremenog zastupnika izjave volje upućene bilo kom članu društva, obavezuju društvo.

U Zakonu o registraciji poslovnih subjekata potrebno je predvidjeti da se uz prijavu za upis u registar ostavke lica ovlaštenog za zastupanje podnosi samo ostavka tog lica u pisanoj formi, te da je za podnošenje prijave ovlašteno i samo lice koje podnosi ostavku. Kao što smo već ukazali, to je rješenje u skladu sa pravnom prirodom ostavke, kao jednostranog, ličnog akta direktora za čije dejstvo nije potrebna odluka nadležnog organa društva. Dodatno bi trebalo predvidjeti obavezu nadležnog registarskog suda da Agenciji za posredničke, informatičke i informacione usluge

29 Vidi više: Irena Radić, "Feniks se ponovo rađa," *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 59, no 88(2020): 247-269. Federalna Vlada Australije je upravo s ciljem subzivanja nezakonite feniks aktivnosti izmjenama Zakona o korporacijama (*Corporations Act 2001*) u članu 203AB ograničila mogućnost podnošenja ostavke ukoliko nakon podnošenje ostavke ne ostaje najmanje jedan direktor društva, ili istovremeno sa podnošenjem ostavke ne bude imenovan drugi direktor, izuzev ukoliko je će ostavka imati dejstvo momentom započinjanja ili nakon pokretanja postupka likvidacije (*winding up*) ili administracije.

30 Čl. 221. i 397. Zakona o privrednim društvima Srbije, i čl. 244a Zakona o trgovačkim društvima Hrvatske

(dalje u tekstu: APIF) dostavi rješenje o upisu ostavke direktora uz obavještenje da je društvo ostalo bez lica ovlaštenog za zastupanje. APIF bi morao biti obavješten i ako se društvu imenuje privremeni zastupnik, te ako se privremeni zastupnik briše iz Registra, uz obavještenje da li je imenovan novi zastupnik.

U Zakonu o likvidacionom postupku je kao osnov pokretanja prinudnog likvidacionog postupka potrebno navesti i okolnost kada društvo ostane bez zakonskog zastupnika, a ne registruje novog u roku od 90 dana od dana brisanja prethodnog zastupnika iz registra. Za podnošenje prijedloga za pokretanje prinudnog likvidacionog postupka mogao bi biti ovlašten APIF, koji bi na osnovu prethodno dostavljenih obavještenja mogao da ima potrebne informacije kada jedno društvo duže od 90 dana nema zastupnika. Zakon o privrednim društvima Srbije, u dijelu koji uređuje prinudnu likvidaciju, odnosno posljedice prinudne likvidacije, sadrži posebno pravilo o odgovornosti kontrolnih članova prema povjericima likvidiranog društva. Naime, kako ističe Radović, postupak prinudne likvidacije ne pruža veliku zaštitu povjericima likvidiranog dužnika, što se vidi po tome jer nema odredaba o unovčenju imovine, prijavi potraživanja, ispitivanju potraživanja, namirenju povjerilaca i sl.³¹ Stoga, zakon dodaje jedno novo pravilo, prema kojem kontrolni član društva sa ograničenom odgovornošću (kao i kontrolni akcionar akcionarskog društva) odgovara neograničeno solidarno za obaveze društva i nakon brisanja društva iz registra. Predviđeno je, takođe, da potraživanja povjerilaca društva prema članovima zastarijevaju u roku od 3 godine od dana brisanja društva iz registra. Smatramo da se na ovaj način pruža dodatna zaštita povjericima likvidiranog društva, te je poželjno na sličan način urediti posljedice brisanja društva iz registra u slučaju prinudne likvidacije i u domaćem pravu.

Zakonu o stečaju³² predviđa da je pokretanje stečajnog postupka obaveza organa ovlaštenog za zastupanje (zakonskog ili statutarog zastupnika), koji je dužan da u slučaju nastupanja platežne nesposobnosti bez odgađanja, a najkasnije u roku od 60 dana od dana nastupanja platežne nesposobnosti, podnese prijedlog za otvaranje stečajnog postupka. Nadalje, predviđeno je da je "organ ovlašten za zastupanje dužan da pravnom licu dužnika i drugim fizičkim i pravnim licima nadoknadi umanjenje imovine prouzrokovano njegovim pravnim radnjama preduzetim nakon nastupanja platežne nesposobnosti, osim ako se dokaže da je pravna radnja preduzeta sa pažnjom dobrog privrednika."³³ Kako bi detaljnija analiza ove odredbe i njene (ne)primjene u praksi bila izvan opsega ovog rada, na ovom mjestu ćemo samo ukazati da bi bilo neophodno napraviti izmjene u ovom članu u pogledu lica koja imaju dužnost da podnesu prijedlog za otvaranje stečajnog postupka kao i lica koja će biti odgovorna u slučaju da društvo nastavi da posluje nakon nastupanja platežne nesposobnosti. Prva izmjena bi se odnosila na situaciju kada društvo nema lice ovlašteno za zastupanje, kada je potrebno predvidjeti da ova obaveza pada na kontrolne članove društva sa ograničenom odgovornošću, ukoliko su znali ili morali znati da je stečajni razlog nastupio i da ne postoje lica ovlaštena za zastupanje. Drugom izmjenom bi trebalo obezbijediti da za nastavak poslovanja nakon nastupanja platežne nesposobnosti budu odgovorna i lica koja su imala status lica ovlaštenog za zastupanje u posljednje dvije godine prije otvaranja stečaja.

31 Vuk Radović, "Prestanak društva" u *Komanijsko pravo - Pravo privrednih društava*, aut. Nebojša Jovanović, Vuk Radović i Mirjana Radović, 293.

32 Čl. 53. st. 5. i 6. *Zakona o stečaju* („Službeni glasnik Republike Srpske“, 16/2016).

33 Čl. 53. st. 7. *Zakona o stečaju*.

Konačno, iako ZPD u kaznenim odredbama predviđa prekršajnu odgovornost društva, odgovornog lica u privrednom društvu i lica sa dužnostima prema društvu ukoliko ne bude izabrano lice ovlašćeno za zastupanje, formulacija ove odredbe ne daje osnova za prekršajnu odgovornost u situaciji kada skupština društva sa ograničenom odgovornošću (ili jedini član društva u funkciji skupštine) ne imenuju lice ovlašćeno za zastupanje, nakon što raniji direktor podnese ostavku. Naime, odredbom je propisano da propuštanje izbora lica ovlašćenog za zastupanje predstavlja prekršaj, i izvršeno je upućivanje na član 68, 86, 154. i 314. ZPD. Član 68. ZPD reguliše zastupanje ortaka u ortačkom društvu, čl. 86. na zastupanje u komanditnom društvu, čl. 314. na generalnog direktora akcionarskog društva dok član 154. reguliše pitanje samostalnog ili zajedničkog postupanja članova upravnog odbora. Ukoliko zakonodavac želi da propisivanjem prekršajne odgovornost zbog neizbora lica ovlašćenog za zastupanje dodatno djeluje na privredna društva odnosno lica koja donose odluke za društvo da uvijek ima bar jednog direktora, potrebno je ovu odredbu precizirati i predvidjeti obavezu imenovanja (i registracije) direktora u roku od 30 dana od dana kada je društvo ostalo bez direktora, te u dijelu kaznenih odredbi uputiti na taj član.

Na ovaj način bi se omogućilo direktoru da podnese ostavku, uz obavezu da određeno vrijeme u ograničenom obimu upravlja društvom, omogućilo imenovanje privremenog zastupnika koji bi se starao o imenovanju direktora i neodložnim poslovima, te konačno ukoliko i pored toga nadležni organ društva (u našem slučaju, jedini član u funkciji skupštine) ne imenuje zastupnika, sprovodio bi se postupak prinudne likvidacije društva (ukoliko je društvo solventno). Propisivanje jasne odgovornosti za prekršaj lica koje imaju dužnosti prema društvu (što bi u našem slučaju bio jedini član društva), ukoliko nakon što društvo ostane bez zastupnika u roku od 30 dana ne imenuju novog, djelovalo bi podsticajno na članove društva da imenuju zastupnike ili sami pokrenu postupak dobrovoljne likvidacije.

LITERATURA:

- Jovana, Veličković. "Pravne posledice ostavke direktora privrednog društva." *Pravo i Privreda* 51, no. 4-6/2013: 242-262.
- Jovana, Veličković, "Ostavka direktora privrednog društva (pravna priroda i uslovi za prestanak funkcije)." *Pravo i privreda* 52, no. 10-12/2014: 106-125.
- Irena, Radić. "Feniks se ponovo rađa." *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 59, no 88(2020): 247-269.
- Nebojša, Jovanović. Vuk, Radović. Mirjana, Radović. *Komanijsko pravo - Pravo privrednih subjekata*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2021.
- Zoran, Vasiljević. Vuk, Radović. *Komanijsko pravo - Pravo privrednih subjekata*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, 2023.

A SOLE DIRECTOR'S RIGHT TO RESIGN IN A SINGLE-MEMBER LIMITED LIABILITY COMPANY - AN (IM)POSSIBLE ACT?

Irena Radić Babić³⁴

Faculty of Law, University of Banja Luka

Summary: A director's resignation is a voluntary decision of a director to step down from their role within a company, ceasing to hold office and no longer being responsible for the company's management. It is a unilateral act that takes effect upon providing notice to the company (shareholders or the board of directors), or after a specified period in accordance with its terms and the company's governing documents. However, the resignation of a sole director in a single-member limited liability company can become impossible to implement. If for any reason the sole member of the company is unwilling or unable to accept and register the resignation in the Business Entities Register, appoint and register another person authorized to represent the company, the sole director has no means to "free" themselves from the director's position. In 2021, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina addressed the issue where courts had refused to release sole directors from their position, even after they resigned, making it impossible for them to free themselves from office. This case highlighted the challenges faced by sole directors seeking judicial intervention to remove their name from the Business Entities Register. In this paper, we will analyze the legal provisions that lead to such situations in practice, examine the mentioned decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, and then propose amendments to domestic legislation, drawing on comparative legal solutions. The author's goal is to find a solution that ensures the company is not left without a responsible person, while allowing a resigning director to be properly relieved of their duties

Keywords: resignation, dismissal, director, single-member limited liability company, temporary representative, resignation registration

³⁴ LLM, Senior Teaching and Research Assistant at Faculty of Law, University of Banja Luka, email: irena.radic@pf.unibl.org; ORCID 0009-0003-7396-2550

ПРИМЈЕНА РЕСТОРАТИВНЕ ПРАВДЕ ПРЕМА МАЛОЉЕТНИЦИМА У СУКОБУ СА ЗАКОНОМ – ДОБРОБИТИ АЛТЕРНАТИВНИХ МЈЕРА¹

Миомира Костић²

Универзитет у Нишу, Правни факултет у Нишу

Марина М. Симовић³

Факултет правних наука Паневропског универзитета "Апеирон" у Бањој Луци, Омбудсман за дјецу Републике Српске

Сажетак: У области малољетничког правосуђа дошло је до значајних промјена у другој половини 20. вијека, које се настављају. Те промјене су се односиле нарочито на кривичноправно реаговање државе на преступништво малољетника комбинавањем два модела, „заштитничког“ и „модела правичности“. У међународним документима је утврђена, а на националном плану у појединим државама прихваћена, примјена диверзионих модела и алтернативних санкција. Тако се у савременим системима малољетничког правосуђа суштина реаговања на малољетничко преступништво заснива на подстицању малољетника на промјене у понашању, на развијању осјећања личне одговорности за своје поступке и њиховог утицаја на друге, укључивању у појединим случајевима жртве/оштећеног у процес реализације мјере, на конструктивном рјешавању у оквиру заједнице, избјегавању укључивања формалног судског система и избјегавању, увијек када је то могуће, кажњавања.

Алтернативно поступање садржи велики број процесних могућности изрицања различитих мјера према малољетним преступницима прије покретања кривичног поступка или у току кривичног поступка ради његовог обустављања. Половином деведесетих година XX вијека најприје на основу експеримената, а затим и путем примјене тзв. «алтернативних мјера», у великом броју земаља формирао се сасвим нови научни и друштвени приступ у реаговању на малољетничко преступништво познат као ресторативна правда (restorative justice). Основна поставка ресторативног модела је да циљ интервенције послје извршеног кривичног дјела није кажњавање нити преваспитање малољетника, већ стварање услова да се поправи штета настала извршењем кривичног дјела. Опција ресторативне правде сагледава штетност извршеног кривичног дјела за жртву, друштво и извршиоца, фокусира интервенцију на поравнање и поправљање штете.

¹ Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/ 200120 од 5. фебруара 2024. године.

² Др Миомира Костић, редовни професор, Република Србија, Универзитет у Нишу, Правни факултет у Нишу, e-mail: kosticm@prafak.ni.ac.rs; ORCID 0000-0002-1802-7733.

³ Др Марина М. Симовић, редовни професор, Република Српска, Факултет правних наука Паневропског универзитета "Апеирон" у Бањој Луци, секретар Омбудсмана за дјецу Републике Српске, e-mail marina.simovic@gmail.com <https://orcid.org/0009-0008-3330-4023>.

Кључне ријечи: малољетничко правосуђе, ресторативна правда, диверзиони модели, алтернативне кривичне санкције.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Осмишљавање научне теме, одабир методолошког приступа и дискусија која сlijеди треба да отпочну афирмативним приступом истраживача/истраживачица када, у карактерима омеђеном обиму писанија, настоје да употпуне сазнањима правничку и лаичку стварност на тему која у свом подконтексту подразумијева правду. Међутим, мотивација истраживачица да пишу о ресторативној правди овога пута своје утемељење налази у равнодушности према овом концепту, и код практичара, и код грађанства. Ресторативна правда, као појам и концепт, најчешће не ствара одјек препознавања у стручној и општој јавности, а поготову је занимљиво да је ни они који су формално овлашћени да примјењују законске норме везане за кривично правосуђе - не уочавају као прописани облик правде који је често ефикаснији и ефективнији у односу на ретрибутивну правду. Такав приступ може само на први поглед изазвати чуђење, а у ствари потпуно је јасан зато што недостаје други, неопходни елемент, а то је систем институција за примјену ресторативне правде, и потпуно непоимање или равнодушност локалне заједнице према таквим законским рјешењима.

Систем кривичног правосуђа, спроводећи ретрибутивну правду, усмјерен је да одговори на питања о томе који је закон прекршен, ко га је прекршио и како санкционисати кривца тако да се постигне специјална превенција. Приступ ресторативне правде састоји се у стратегији окупљања и дискусије у оквиру локалне заједнице, окренут је појединцу и може се примијенити и у ширим градским срединама. Циљ је постизање јединствених рјешења која су прихватљива за људе у одређеним околностима и с обзиром на културне прилике које владају. Теоријска разматрања о стандардима, вриједностима и обезбјеђивању спровођења ресторативне правде често истичу занемаривање социјалних тежњи и традиције приликом усвајања овог процеса. Ресторативна правда се некада разматра само као могућност остваривања већег обима права жртава поред утемељеног кривичноправног система ретрибутивне правде, а некада опет као равнотежа између права делинквената и права жртава.

Ипак, и поред извјесних несугласица и недоследности у спровођењу, ресторативна правда примјеном својих принципа обезбјеђује реституцију жртава и друштвене заједнице, промовише реинтеграцију делинквената и поправљање односа између жртве, делинквената и друштвене заједнице. У процесу ресторативне правде предвиђена је могућност да се делинквентна понашања доживе као крајње озбиљна дјелања према којима ће се поступати без повишене репресије и без искључивања делинквената из друштвене заједнице и процеса реституције жртава. Како неки аутори истичу, ресторативна правда даје изглед да се избјегну тзв. "нулти износи", при чему бенефиције жртава погађају делинквента, не у његовим правима, већ у повећаном обиму обавеза због свог понашања.⁴

⁴ McEvoy Kieran, Mika Harry, Barbara Hudson, „Introduction – Practice, Reformance and Prospects for Restorative Justice”, *Brit. J. Criminol.* (2002) 42, 469.

Временом, у теоријским расправама и практичној примјени, ресторативна правда, као појам и процес, треба да добије значење кључног елемента друштвене правде. Ресторативној правди приписује се способност враћања правде у друштвену заједницу у којој је традиционални кривичноправни систем повезан са мјерама опресије унутар заједнице. Те мјере изричу органи формалне друштвене контроле у централизованом, статичном кривичном поступку који своје оправдање налази у општој, за све грађане доступној правди.⁵

Недавно учешће, у јуну 2024. године, на Округлом столу: „Систем за унапријеђивање вјештина практичара који раде са малољетним и млађим пунољетним лицима у систему за корекцију понашања“, са рефератом на тему: „Примјена ресторативне правде унутар система за корекцију понашања“⁶ уз излагања еминентних практичара из области малољетничког кривичног правосуђа у Нишу, указало је да су приједлози за утемељење активног доприноса локалних заједница у превенцији малољетничке делинквенције јасни, али да нико од учесника при томе није говорио непосредно о ресторативној правди према малољетницима „у сукобу са законом“. Отуда инспирација за овај рад.

2. УЛОГА И ЗНАЧАЈ РЕСТОРАТИВНЕ ПРАВДЕ ПРЕМА МАЛОЉЕТНИЦИМА У СУКОБУ СА ЗАКОНОМ

Данас се највећи број различитих активности у процесу ресторативне правде одвија од стране агенција за пружање друштвених услуга, школа, законодавних органа и одјељења за превенцију. Ове активности повезују заједнички елементи: лијечење, посредовање између жртве и учиниоца, извињење (осјећање стида) и реинтеграција. Зато је приликом дефинисања ресторативне правде неопходно садржајно објединити све ове процесе. Ресторативна правда се одређује као „процес помоћу кога стране, од којих свака учествује у дотичном кривичном дјелу, приступају заједно да колективно ријеше како да савладају посљедице злочина и његове импликације у будућности“.⁷

Ресторативна правда захтијева потпуно учешће и сагласност свих оних који су на било који начин били погођени извршењем кривичног дјела – жртве, делинквента, њихових породица и пријатеља, као и особа из друштвене заједнице. Затим, ресторативна правда покушава да исцјели оно што је уништено. Зато се процес усмјерава на потребе жртве (шта је потребно учинити да се траума зацјели; повраћај осјећања сигурности), делинквента (шта је потребно урадити да се зло више никада не понови; шта предузети да се делинквент понаша у сагласности са постигнутим договором) и чланова заједнице (шта ће им помоћи да се они осјећају сигурно; које кораке треба предузети за унапријеђење заједнице тако да

5 В. Миомира Костић, „Ресторативна правда – смисао и могућности примене“, *Социјална мисао*, часопис за теорију и критику социјалних идеја и праксе, Београд, април-септембар, 2-3/2005, 45.

6 Miomira Kostić, „Primena restorativne pravde unutar sistema za korekciju ponašanja“, Okrugli sto: „Sistem za unapređivanje vještina praktičara koji rade sa maloletnim i mladim punoletnim licima u sistemu za korekciju ponašanja“, sa referatom na temu: „Organizator: Institut za naučna istraživanja i edukacije Pro scientia et libertate, Niš, DACUM (Develop a Curriculum Methodology), Pictures (shaping Futures Emerging Adults Transitioning from Prisons), Niš, 24. jun 2024. godine.

7 B. Tom Cavanagh, Adopting New Values for the Courts: What is Restorative Justice? *The Court Manager*, (1998), 13, 2/3, 24-27. Williamsburg, VA: National Association for Court Management.

има мање изгледа да се злочин догоди у будућности). Сљедеће што је неопходно је да постоји потпуна и непосредна одговорност свих учесника. Оптужене особе суочавају се са својим жртвама и другима који трпе посљедице злочина и којима је дата могућност да објасне своје понашање, преузму пуну одговорност и буду дио процеса који одлучује о начину како објединити потребе свих заинтересованих. Такође, ресторативна правда тежи да врати у цјелину све оно што је било „раздвојено“, уништено кривичним дјелом. Наиме, злочин дијели чланове једне друштвене заједнице на „ми-они“ начин размишљања. Ресторативне расправе налазе начина да превазиђу ту разлику, тако да „ми и они“ буду поново повезани унутар једне друштвене заједнице постављене на здравим основама.

Повраћај у једну цјелину свих чланова заједнице онемогућава изолацију унутар заједнице. Изолација се иначе јавља као природан пратилац злочина. То је отуђеност коју осјећају како делинквент и жртва, тако и остали чланови друштвене заједнице који трпе посљедице. Међутим, ресторативна расправа не може да повеже жртву и делинквента у нешто што је већ постојало као нездрав, злостављајући однос. На крају, расправа у ресторативној правди стреми ка томе да оснажи заједницу у циљу да се спријечи даље повређивање тиме „што ће изградити односе и обратити пажњу на значајна социјална питања која су на првом мјесту узроци злочина“.⁸

У литератури постоји и мишљење по коме је ресторативна правда „начин размишљања, начин понашања и начин расуђивања“.⁹ Током деведесетих година прошлог вијека неки писци су описали ресторативну правду као одговор на криминално понашање које захтијева да буду надокнађени губици као посљедице злочина од којих су патиле жртве, да се олакша успостављање мира и остваре мирољубиви односи између супротних страна. Током 1991. године у Канади ресторативна правда је описивана као постојање принципа који подржавају и обештећују жртву уз посредовање, обештећују друштвену заједницу и уз помоћ којих се учествује у рехабилитацији делинквената, уз ограничену употребу рестрикција и надзора.

3. РЕСТОРАТИВНА ПРАВДА КАО РЕАКЦИЈА НА ПРЕСТУПНИШТВО МАЛОЉЕТНИКА

Диверзиони правно-социолошки концепт ресторативне правде заснива се на схватањима Диркема (Durkheim) и Вебера (Weber) и идејама које је средином седамдесетих година XX вијека изнио норвешки социолог Нилс Кристи (Nils Christie). У основи ових схватања је размишљање о могућностима да се конфликт између жртве и учиниоца кривичног дјела ријеша мирно и вансудским путем. Према тврђењу које заступа Кристи, спор између жртве и учиниоца кривичног дјела рјешава се путем поравнања око захтјева за накнаду штете. Држава се ограничава на улогу непристрасног „трећег“, који интервенише прије свега неформалним поступцима.¹⁰

⁸ Stephanie Coward, *Restorative Justice in Cases of Domestic Violence: Healing Justice?*, Directed Interdisciplinary Studies, Carleton University, Decembar 2000, 7.

⁹ Bria Nuculak, судија из Канаде који је учествовао на PATHS конференцији - изложио је ову дефиницију 1995. године.

¹⁰ B. Nils Christie, „Conflicts as Property“, *The British Journal of Criminology*, London, 1977/1, p. 1-15.

Половином деведесетих година XX вијека најприје на основу експеримената, а затим и путем примјене тзв. алтернативних мјера, у великом броју земаља формирао се сасвим нови научни и друштвени приступ у реаговању на малољетничко преступништво познат као ресторативна правда (*restorative justice*).¹¹ Добра искуства у пракси, допуњена позитивним теоријским налазима и подршком правосуђа, утицали су да се примјена модела ресторативне правде оцјењује као веома ефикасно средство у сузбијању малољетничког преступништва.

Основна поставка ресторативног модела је да циљ интервенције послје извршеног кривичног дјела није кажњавање нити преваспитање малољетника, већ стварање услова да се поправи штета настала извршењем кривичног дјела. За разлику од традиционалних модела код којих се постављају питања: ко је извршио кривично дјело; које су законске одредбе повријеђене и шта треба учинити да се малољетник казни или преваспита, модел ресторативне правде поставља сљедећа питања: каква је природа штете настале повредом закона, шта треба учинити да се штета поправи или надокнади и ко је одговоран за надокнаду или поправљање штете. Према томе, опција ресторативне правде сагледава штетност извршеног кривичног дјела за жртву, друштво и извршиоца, фокусира интервенцију на поравнање и поправљање штете, активно укључујући извршиоца који је одговоран за штету коју је учинио.

Приступ ресторативне правде, као алтернатива судском поступку или облик реаговања са становишта „терцијарне превенције“, има сљедеће карактеристике: малољетни извршилац кривичног дјела мора да преузме одговорност за извршено дјело и суочи се са посљедицама свог незаконитог поступања; малољетни извршилац може бити укључен у доношење одлуке о казни и обештећењу; проблем преступништва брзо се рјешава уз јасан поступак и без одлагања; постоји укљученост породице и заједнице; успоставља се контакт између извршиоца и жртве; извршилац чини директну компензацију оштећеном; избјегнут је контакт и укљученост у формални правосудни систем; нема оријентације ка лишавању слободе малољетника; процес је осмишљен да омогући реинтеграцију малољетника, а не његово искључење или удаљавање.¹²

Од већег броја аутора који се баве вриједносном основом реконструктивног приступа (Dekleva, 1996; Zehr, 1997; Viano, 2000; Seymour i Gregorie, 2002), Pranis¹³ је најјасније и најсвеобухватније поставио неколико кључних начела филозофије реконструктивног приступа: кривичним дјелом се повријеђују оштећени/жртва, заједница, малољетни извршилац и ствара обавеза да се ствари исправе; све стране треба да буду дио одговора на извршено кривично дјело, укључујући жртву, ако то жели, заједницу и малољетног преступника; поглед из перспективе оштећеног кључан је за доношење одлуке како поправити штету насталу извршењем кривичног дјела; одговорност малољетног извршиоца значи прихватање

11 Термин *restorative justice* користи се у енглеском језику и није га лако превести тако да сачува све конотације које у себи садржи: обнављање односа у заједници, поправљање или надокнада штете настале извршењем кривичног дјела, промјена вриједносног система и начина рјешавања проблема. Термин „реконструктивни“ или „обнављајући“ најбоље одражава промјену филозофије односа друштва према малољетним извршиоцима кривичних дјела и њиховом кажњавању. Цит. према: Слободанка Константиновић, Вилић, Миомира Костић, *Пенологија* (Ниш: СБЕН 2006), 299.

12 *Mladi u sukobu sa zakonom*, UNICEF, Save the Children, 2003, 60.

13 Kay Pranis, *Hometown Approach to Crime. State Government News*, 39., 9. internet version Database-Master FILE Premier, цит. према Nivex Koler-Trbović, Božica Cvjetko, Marija Koren-Mrazović, Antonija Žižak, „Model izvansudske nagodbe u kaznenom postupku prema maloljetnicima i mladim punoljetnicima“, *Hrvatska revija za rehabilitacijska istraživanja*, vol. 39, 2/2003, 211-222.

одговорности и дјеловање у правцу поправљања настале штете; заједница је одговорна за добробит свих својих чланова, укључујући оштећеног и извршиоца; сва људска бића имају своју вриједност и достојанство; реконструкција или поправљање штете и поновно успостављање односа у заједници основни је циљ корекцијског система; постигнути резултати се мјере тиме колики је дио штете надокнађен/поправљен, а не колика је казна досуђена; контролу над криминалитетом немогће је остварити без активног укључивања заједнице; у оквиру система правосуђа за малољетнике треба уважавати различитост култура и других чинилаца поријекла (расног, националног, географског, религиозног, економског, породичног, сексуално-оријентацијског или другог) и свима омогућити једнаку заштиту и правичан поступак.

Све наведене вриједности представљају оквир за постављање три циља у оквиру реконструктивног приступа: одговорност извршиоца, развој вјештина/компетенција/карактера извршиоца и заштита заједнице. У практичној примјени, основу за остварење ових циљева представља увјерење да млади који су везани за своју породицу, сусједство и заједницу рјеђе врше кривична дјела и тако не угрожавају оне који су им најзначајнији у животу. Ипак, у случају вршења кривичних дјела постоји велики број интервенционих мјера: од интервенција у заједници до интервенција у специјализованим корекционим институцијама. Према схватању Bazemore и Pranis (1997), заједницу не чини територија, већ породица, сусједство, родбина и друге значајне особе из социјалне мреже малољетног извршиоца и оштећеног.

Кључни учесници у реконструктивном приступу су: малољетни извршилац, оштећени (жртва), друштвена заједница и стручњак у правосудном/корекционом систему. Сваки од ових учесника има различиту улогу у ресторативном процесу.¹⁴

Малољетни учинилац мора да преузме одговорност, да се суочи са оштећеним и представником заједнице и да активно ради да надокнади штету. Због тога он судјелује у активностима које подижу квалитет живота у заједници, стиче нова искуства, постаје продуктиван члан заједнице, развија унутрашњу контролу понашања и укључује се у нове групе вршњака унутар друштвене заједнице.

Оштећени/жртва активно и добровољно учествује у свим фазама програма посредовања, свједочи о постојању психолошких и материјалних посљедица дјела и помаже у избору санкције. Осим тога, оштећени/жртва може да има увид у процес рехабилитације и да партиципира у програмима за жртве. Задатак оштећеног је такође и да се активно бави питањима сопствене сигурности у заједници и страха од малољетничког криминалитета.

Члан заједнице се укључује у ресторативни процес као волонтер, медијатор, фацилитатор, водитељ панел дискусије о развоју услуга заједнице и осигурању радних мјеста за малољетнике и подржава малољетнике у процесу извршења алтернативне мјере. Важно је да члан заједнице судјелује у стварању нових могућности у заједници за малољетнике како би се оснажио њихов осјећај припадности заједници. Такође, члан заједнице омогућава стварање „надзора младих“ и судјелује у препознавању проблема у заједници.

Стручњак у правосудном/корекционом систему фацилитира програме посредовања и помирења, ствара услове за омогућавање сусрета, креира програме, едукује чланове заједнице о њиховој улози, финансијској помоћи и сл. Задатак стручњака у правосудном систему је да

¹⁴ Kay Pranis, *Guide for Implementing the Balanced and Restorative Justice Model*, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 1988. <https://ojjdp.ojp.gov/library/publications/guide...>, accessed 3.8.24.

развија нову улогу малољетника у процесу њихове рехабилитације, да развија партнерство са заједницом, помаже породици и школи у настојању да контролишу понашање у заједници и развија превентивне потенцијале заједнице.

Разне врсте мјера и стратегије које се заснивају на моделу ресторативне правде и филозофији реконструктивног приступа, данас представљају доминантан начин реаговања на малољетничку делинквенцију у великом броју земаља Западне и Централне Европе, Сјеверној Америци, Аустралији, Новом Зеланду и неким афричким земљама. У Србији, Републици Српској¹⁵, Федерацији БиХ¹⁶ и Брчко дистрикту БиХ закони о малољетним учиниоцима кривичних дјела и кривичноправној заштити малољетних лица такође предвиђају примјену одређених васпитних налога, односно васпитних препорука, умјесто покретања кривичног поступка или у циљу обуставе поступка према малољетном делинквенту.

Постоје двије врсте мјера које се могу примијенити према малољетним делинквентима у оквиру ресторативног правосуђа. То су: диверзионе мјере које се примјењују прије него што се малољетник укључи у судски поступак и алтернативне казнене мјере, које се примјењују према малољетницима који су укључени у судски поступак. Диверзионе мјере се могу примијенити и у односу на малољетнике према којима се води судски поступак.

Диверзионе мјере прије укључивања малољетника у судски поступак могу да примјене разне државне и локалне агенције, службе или друга тијела који треба да учествују у овом процесу. Диверзија у овој фази често подразумијева посредовање између малољетног извршиоца и жртве (*victim-offender mediation*).

Посредовање између малољетног извршиоца и жртве, као облик реаговања на малољетничку делинквенцију, почео је да се примјењује 1988. године у САД у држави New Mexico (Мексико), као пројекат невладине организације Центар за рјешавање конфликта у сарадњи са службом за пробацију. У овом програму посредници су били волонтери из локалне заједнице који су завршили одређени тренинг. Упућивање на посредовање могао је да изврши службеник пробације, тужилац или суд и оно се примјењивало у различитим фазама поступка. У Норвешкој је 1991. године, према Закону о општинским посредничким одборима, дошло до примјене посредовања као алтернативе кривичном гоњењу када се радило о малољетним учиниоцима, примјерним делинквентима који су извршили лакша кривична дјела. У Данској је 1995. године, као једногодишњи експеримент, почео да се примјењује програм посредовања у пет полицијских области, али не као алтернатива кривичном гоњењу, већ уз постојеће кривичне санкције.

Примјена посредовања подразумијева испуњење два услова: 1) признање малољетника да је извршио дјело и извињење жртви; 2) договор између жртве и малољетника да малољетник поправи штету коју је нанио жртви. Ово се обично своди на финансијску надокнаду или договор о раду по коме малољетник треба нешто да уради за жртву, као на примјер,

15 В. Миодраг Н.Симовић, „Малољетничка делинквенција у Републици Српској и ново кривично законодавство“, *Српска правна мисао*, год. 4–6, 1–4 (1997–1999), 75–91; „Стратегија рада у области малољетничке делинквенције у Босни и Херцеговини“, *Споменица академика Рајка Кузмановића*, Академија наука и умјетности Републике Српске, 2006, 507–522 и „Карактеристике малољетничког кривичног права у Републици Српској“, *Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног*, *Зборник радова / Међународни научни скуп* (Источно Сарајево: Правни факултет, 2012), 295–318.

16 В. Мiodrag N. Simović, Dragan Jovašević, Vladimir M. Simović, „Osnovne karakteristike novog maloljetničkog krivičnog prava Federacije Bosne i Hercegovine“, *Dani kriznog upravljanja: zbornik radova*, 9. međunarodna znanstveno-stručna konferencija (Velika Gorica: Veleučilište, 2016), 243–255.

чишћење дворишта, рад у кући и сл. Посредовање је веома корисна метода диверзије у случају извршења кривичних дјела са мањим степеном друштвене опасности, као што су лакши имовински деликти – ситно дјело крађе, крађа, утаја и сл.

За успјех посредовања веома су важне способности које има посредник. Поред знања која омогућавају разумијевања искуства жртве и знања о развојним особинама дјете и младих, посредник мора да посједује медијацијске и вјештине рјешавања сукоба, комуникацијске вјештине, вјештине фацитилирања и сл. Врло је важно да се приликом примјене ове диверзионе мјере поступа у складу са чланом 40 (3) Конвенције УН о правима дјетета, да се малољетник не присиљава да призна дјело и да се у потпуности обавијести да у сваком моменту може да се одрекне диверзионог поступка и затражи званични судски поступак.

Поред посредовања, постоји низ других диверзионих модела поступања са малољетним преступницима: поправни одбор локалне заједнице (постоји од 1995. у неким градовима САД), заједнички породични састанак или породични суд (од 1989. постоји у Новом Зеланду, а од 1991. у Аустралији и неким државама САД), одлучивање у кругу (од 1992. у неким државама САД) и суд за малољетнике (од 1970. у САД, а затим у Канади, Њемачкој, Јапану).

Позитиван утицај диверзионих модела практично је потврђен истраживањима која показују да упозорење и опомена могу имати трајан утицај на живот малољетника и да га могу одвратити од вршења кривичних дјела.

Алтернативне казнене мјере примјењују се према малољетницима према којима се води судски поступак, али их је потребно одвратити од институционализације или примјене институционалног третмана. Као што постоји велики број диверзионих мјера, тако постоји и велики број алтернативних мјера које дозвољавају флексибилност и могу се комбиновати. Те мјере обухватају: налоге за старање, савјетовање и надзор, условни отпуст, налог за обављање друштвено корисног рада, новчане казне, надокнаду и повраћај, налоге за лијечење, налоге за присуствовање групном савјетовању и сличним активностима и налоге који се односе на образовање.

Поред наведених мјера, широку примјену има поравнање између извршиоца и жртве кривичног дјела. Поравнање је резултат посредовања између жртве и извршиоца и, према дефиницији коју је дала Експертска група за поравнање у кривичним поступцима при Савјету Европе, поравнање треба да жртви и извршиоцу омогући, уколико то желе, активно учешће у рјешењу спора насталог услед чињења кривичног дјела и то уз помоћ неутралне, треће особе – службеника који врши поравнање. Модел поравнања између прекршиоца и жртве у кривичном поступку највише се развио у Норвешкој, Француској, Аустрији, Њемачкој, Белгији, Канади и САД. У свим овим земљама постоје различити начини спровођења поравнања и тражења алтернативних рјешења умјесто кажњавања. Идеја Nilsa Christia да су конфликти власништво људи, а да их је држава украла како би могла да их држи и рјешава по своме¹⁷, оригинална је подлога поравнања, посебно модела који је развила Норвешка у којој постоји систем одбора у локалној заједници са добровољцима као службеницима који врше поравнање. На тај начин конфликт који је настао између извршиоца и жртве услед извршења кривичног дјела, поново је у власти људи и само од њих зависи како ће ријешити спор и санирати посљедице.

¹⁷ Christie, „Conflicts as Property“, 1-15.

Крајем XX вијека многе државе уводе у своје кривичне законе поравнање као облик алтернативног рјешавања конфликта насталог извршењем кривичног дјела и бројне конференције, семинари и стручна савјетовања посвећена су овој теми. У Словенији је Кривичним законом из 1995. године у члану 77. став 2. предвиђено да се „поравнање са оштећеним лицем може извршити на одређене начине, тако да малољетник извињењем, плаћањем, радом или на неки трећи начин надокнади оштећено, односно оно што је својим кривичним дјелом проузроковао“. У Републици Хрватској се у оквиру примјене члана 64. Закона о судовима за младеж препоручује примјена „извансудске нагодбе“, односно поступка поравнања када државни тужилац одлучује о сврсисходности покретања кривичног поступка према малољетном делинквенту.

Поравнање, као алтернативна мјера, предвиђено је и у кривичном законодавству Републике Србије (у оквиру кривичноправних одредби о малољетницима). Закон о малољетним учиниоцима кривичних дјела и кривичноправној заштити малољетних лица у члану 7. предвиђа као један од васпитних налога поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле, у цјелини или дјелимично, штетне последице дјела.

На међународном плану се посебним документима наглашава значај примјене алтернатива институционалном третману. Стандардна минимална правила Уједињених нација за алтернативне казнене мјере или Токијска правила, усвојена резолуцијом Генералне скупштине 45/110, 14. јануара 1990. године, промовишу употребу независних или алтернативних казних мјера, као минималне правне заштите за особе којима се изричу мјере алтернативне затварању. Намјена правила је да се друштвена заједница више укључи у управљање кривичним правосуђем, а посебно у третман преступника, као и да се међу преступницима промовише осјећај одговорности према друштву. Примјена Правила је предвиђена за све особе које су предмет гоњења, суђења или извршења пресуде и за које се користи термин преступници.

Предвиђено је да ће се Правила примјењивати без икакве дискриминације на основу расе, боје, пола, доби, језика, вјероисповјести, политичког и другог мишљења, националног или друштвеног поријекла, имовинског стања, мјеста рођења или другог статуса.

У погледу броја алтернативних мјера, Правила наглашавају да систем кривичног правосуђа треба да обезбиди примјену широког спектра алтернативних казних мјера - од фазе прије суђења до фазе послије изрицања пресуде. Примјена алтернативних казних мјера, које намећу обавезу преступнику, условљена је пристанком преступника. У току примјене алтернативних казних мјера у потпуности ће бити испоштовано право преступника на приватност, као и право на приватност преступникове породице. Осим тога, строго повјерљива ће бити и лична евиденција о преступнику, која се може ставити на увид само особама којих се директно тиче одлучивање о преступниковом случају или другим овлашћеним особама.

Дио Правила који регулише *Фазу прије суђења* предвиђа могућност да у периоду прије суђења полиција, служба гоњења или друге агенције које се баве кривичним случајевима могу да ослободе преступника уколико буду сматрале да није потребно даље наставити са случајем ради заштите друштва, превенције криминала или поштовања закона и права жртава. Тужилац може у лакшим случајевима изрећи одговарајуће алтернативне казнене мјере. Као и у другим документима, и у овом је предвиђено „избјегавање притвора прије

суђења“, односно изричито је наведено да у кривичним поступцима, притвор прије суђења може бити примијењен само као последња мјера, уз дужну пажњу према истрази наведеног преступа и ради заштите друштва и жртве. Уколико буде одређен притвор прије суђења, он треба да траје што је могуће краће, а алтернативе притвору ће бити употријебљене у што ранијој фази.

У дијелу Правила под насловом *Фаза суђења и изрицања пресуде* наведено је, поред осталог, да суд треба да прибави извјештај о социјалном статусу који садржи: социјалне податке о преступнику; врсту последњег извршеног и раније извршених преступа и информације и препоруке релевантне за одлучивање о пресуди. Такође је предвиђено да судски орган, имајући на располагању неколико алтернативних казних мјера, треба у фази доношења одлуке да узме у обзир потребе преступника за рехабилитацијом, заштиту друштва и интересе жртве. У овом дијелу предвиђене су алтернативне мјере које орган који доноси пресуду, може одредити: опомена, укор, упозорење (усмене санкције), условно пуштање на слободу, статусне казне, економске санкције и новчане казне (глобе и дневне глобе), запљенивање или налог о одузимању, одштета жртви или налог о компензацији; условна или одложена казна, условна осуда и судски надзор, налог о раду у заједници, упућивање у дисциплински дневни центар, кућни притвор, било који други облик неинституционалног третмана, неке комбинације наведених мјера.

Правила предвиђају да одлука послје изрицања пресуде може укључивати: одсуство или упућивање у полуотворене установе, отпуст због рада или образовања, различите облике условне осуде, смањење затворске казне и помиловање. Над спровођењем алтернативних мјера треба да се врши надзор чија је сврха смањење могућности да се поново изврши преступ и помагање преступнику при друштвеној интеграцији. У сваком случају, преступницима треба пружити психолошку, друштвену и материјалну помоћ и прилику да ојачају везе са заједницом и њихову реинтеграцију у друштво. Када је у питању трајање алтернативних казних мјера, Правила утврђују да се неће прекорачити период који је установио надлежни орган у складу са законом и да се може донијети одлука о раном окончању мјере - уколико је преступник на мјеру повољно реаговао.

Правила даље регулишу: процес третмана, дисциплину и кршење услова, особље, учешће јавности кроз рад волонтера и коришћење других ресурса у заједници и истраживање, планирање, изразу политике и евалуацију.

Процес третмана, како Правила предвиђају, одвија се кроз рад на случају, групни третман, разне програме и специјализовани третман различитих категорија преступника. Какав ће бити третман, зависи од многих околности, прије свега, од тога каква је прошлост преступника, његова личност, склоности, интелигенција, вриједности и посебно околности које су довеле до преступа. Третман спроводе стручњаци са одговарајућим образовањем и практичним искуством а за сваког преступника се отвара досије који води надлежни орган.

У оквиру Правила постоје одредбе о поступању надлежних органа у случају непоштовања примијењених алтернативних мјера. Уколико преступник прекрши услове које треба да поштује у оквиру примијењене алтернативне мјере, може доћи до измјене или повлачења алтернативне казнене мјере. У том случају, надлежни орган може установити неку другу алтернативну мјеру, што значи да није неминовна замјена алтернативне мјере казном затвора. Затворска казна се може изрећи само у недостатку других одговарајућих

алтернатива. Уколико надлежни орган, под законом одређеним условима, измијени или повуче алтернативну мјеру, преступник има право жалбе судском или другом независном надлежном органу.

Приликом спровођења свих облика третмана према малољетним преступницима неопходно је да особље, које долази у контакт са малољетником и примјењује третман, буде образовано на одговарајући начин и да има практично искуство. Због тога, Правила у неколико одредби разрађују стручност, квалификацију и обуку особља које примјењује алтернативне казнене мјере. Веома је важно да се стално унапријеђује знање и развијају стручне способности обуком на радном мјесту и курсевима обнове знања.

С обзиром на то да је примјена алтернативних казних мјера повезана са учешћем одговарајућих ресурса у друштвеној заједници, у Правилима се истиче да је учешће јавности један од најважнијих фактора у побољшању везе између преступника са породицом и заједницом. Због тога је, како се истиче у Правилима, неопходно: стално подстицати владине агенције, приватни сектор и ширу јавност на подржавање волонтерских организација које промовишу примјену алтернативних казних мјера; редовно организовати конференције, симпозијуме и друге активности да би се стимулисала свијест о потреби за учешћем јавности у примјени алтернативних казних мјера и коришћење свих средстава јавног информисања у креирању конструктивног става према примјени алтернативних казних мјера.

Ширење примјене алтернативних казних мјера могуће је једино уколико се редовно истражује проблем, анализирају подаци и успостављају везе између служби одговорних за алтернативне казнене мјере и других грана у систему кривичног правосуђа. Посљедњи дио Правила управо се односи на истраживање, израду политике и развој програма, као и успостављање веза са релевантним агенцијама и активностима. Значајно је такође поменути и међународну сарадњу која је, према тексту Правила, неопходна и значајна и састоји се у промовисању сарадње на пољу истраживања, обуке, техничке помоћи и размјене информација међу земљама чланицама, кроз тијела УН за превенцију криминалитета и третман преступника, уз блиску сарадњу Огранка за превенцију криминалитета и кривично правосуђе Центра за друштвени развој и хуманитарне послове секретаријата Уједињених нација.

4. МАЛОЉЕТНИЧКО КРИВИЧНО ПРАВОСУЂЕ У СРБИЈИ И ЕЛЕМЕНТИ РЕСТОРАТИВНЕ ПРАВДЕ

С обзиром на то да се у оквиру концепције ресторативне правде криминалитет сагледава као повреда или нанијето зло, извршилац кривичног дјела треба да настоји да отклони или исправи посљедице учињеног дјела. При томе се потенцирају потребе жртве и шири утицај криминалитета на друштво у коме преступник живи, како би се постојећи конфликт разријешо на најбољи могући начин. У практичној примјени ресторативно пресуђење се примјењује у следећим случајевима: 1. оштећење имовине, 2. вербални деликти (пријетње и увреде), 3. туче, 4. делинквенција малољетника.

Од 2002. године и активности УНИЦЕФ-а на пољу стицања знања и вјештина у односу на концепт ресторативне правде¹⁸ са центрима за социјални рад, тимовима за сузбијање малољетничке делинквенције при секретаријатима унутрашњих послова и установама за извршење васпитних мјера институционалног карактера све до доношења “новог” српског кривичног законодавства 2005. године, када је малољетничко кривично законодавство добило свој нови одраз у Закону о малољетним учиниоцима кривичних дјела и кривичноправној заштити малолетних лица.

У домаћој стручној и општој јавности познавање стандарда и принципа ресторативне правде није заступљено у већој мјери. Већ 2007. године, истраживачице М. Костић и С. Константиновић-Вилић, након издања првих факултетских уџбеника из Пенологије и система извршења кривичних санкција у српском извршном кривичном законодавству,¹⁹ настављају даљи рад на изучавању диверзионих модела поступања са малољетницима у сукобу са законом.²⁰ Међутим, сматра се да све то није било довољно за боље упознавање овог процеса.²¹

За разлику од ранијих одредби закона о материјалном, процесном и извршном кривичном праву у односу на малољетне извршиоце кривичних дјела, које су се заснивале на традиционалном систему заштите права малољетника и третирања малољетних делинквентата на класичан начин, Закон о малољетним учиниоцима кривичних дјела и кривичноправној заштити малољетних лица²², предвиђа алтернативне моделе реакције на малољетничку делинквенцију. Овај модел значи удаљавање малољетника од кривичног правосуђа и избјегавање стигматизације малољетника - вођењем кривичног поступка, изрицањем васпитних мјера и казне.

Диверзионе мјере су васпитни налози који су предвиђени Законом у чл. 5, 6, 7. и 8. Услови за примјену једног или више васпитних налога јесу да је: малољетник извршио кривично дјело за које је законом прописана новчана казна или казна затвора до пет година; малољетник признао извршење кривичног дјела и препознао своју одговорност према оштећеном с обзиром на кривично дјело које је извршио.

Сврха васпитних налога је да се не покреће кривични поступак према малољетнику или да се покренути поступак обустави, да се примјеном васпитног налога утиче на правилан развој малољетника и јачање његове личне одговорности како убудуће не би чинио кривична дјела. Закон предвиђа више врста васпитних налога, од којих је са становишта жртве посебно значајно поравнање са оштећеним, како би се накнадом штете, извињењем,

18 Погледати фусноту 19.

19 Слободанка Константиновић-Вилић, Миомира Костић, *Пенологија*, СБЕН, Ниш 2006; Константиновић-Вилић, Костић, *Извршење казни и других кривичних санкција у Републици Србији*.

20 В. Слободанка Константиновић-Вилић, Миомира Костић, „Диверзионии модели и алтернативне кривичне санкције примењене према малолетницима у сукобу са законом“, Зборник радова Правног факултета у Нишу. 2007, [бр.] 50, 87-101. <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z50/04z50.pdf>, accessed 22.7.2024.

21 „Primena diverzionog modela prema deci delinkventima i maloletnim delinkventima u opštini Niš“, Okrugli sto: „Ispitivanje mogućnosti za razvoj pilot projekta diverzionog modela za mlade u sukobu sa zakonom u opštini Niš“, UNICEF, 17. јули 2002. године; „Dalje istraživanje mera za odstupanje od redovnog postupka: Diskusija na drugom okruglom stolu u Nišu“, UNICEF, Ниш, 12. новембар 2002. године; 17. Restorative Justice and Victims' Rights: Raising the Awareness of Experts, Media and Citizens, Victimology Society of Serbia Project, Belgrade, September 1 to December 31, 2006, Project Associate, through participation in forums and seminars in Nis and other cities in Serbia; „Restorativna pravda i prava žrtava: podizanje svesti stručnjaka, medija i građana“, projekat Viktimološkog društva Srbije, Beograd, 1. sept.- 31. dec. 2006. године.

22 „Службени гласник Републике Србије“, бр. 85/2005.

радом или на неки други начин отклониле, у цјелини или дјелимично, штетне посљедице дјела, а са становишта локалне заједнице укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја.

Васпитни налог према малољетнику може примијенити надлежни јавни тужилац за малољетнике или судија за малољетнике. Приликом избора васпитног налога узеоће у обзир у цјелини интерес малољетника и оштећеног. Осим тога, примјењивањем једног или више васпитних налога не смије да се омета школовање или запослење малољетника. Трајање васпитног налога је одређено на временски период од најдуже шест мјесеци у ком року се може замијенити другим васпитним налогом или укинута. Приликом избора и примјене васпитних налога потребна је сарадња родитеља, усвојоца или староца малољетника. Закон не предвиђа у чему ће се састојати та сарадња, као начин на који ће се спроводити ова диверзиона мјера, тако да је остало да се подзаконским актима регулише низ питања везаних за конкретну примјену васпитних налога.

Васпитним мјерама упозорења и усмјеравања припадају и посебне обавезе које се могу изрећи малољетнику када суд оцијени да је одговарајућим захтјевима или забранама потребно утицати на малољетника и његово понашање (чл. 14). Закон таксативно набраја десет посебних обавеза и предвиђа да се малољетнику може изрећи једна или више ових обавеза, од којих су са становишта жртве посебно значајне: извињење оштећеном и надокнада проузроковане штете у оквиру сопствених могућности, а са становишта локалне заједнице волонтерско укључивање у рад хуманитарних организација или у послове социјалног, локалног или еколошког садржаја.

Критеријуми за избор посебних обавеза су: карактеристике личности малољетника, прилике у којима малољетник живи и спремност малољетника да сарађује у остваривању обавеза. Суд води рачуна о овим критеријумима и одлучује коју ће обавезу изрећи малољетнику уз васпитну мјеру, затим упозорава малољетника да му у случају неиспуњења једне или више посебних обавеза оне могу бити замијењене неком другом обавезом, односно другом васпитном мјером и такође врши надзор над извршењем посебних обавеза (судија за малољетнике суда који је судио у првом степену) о чему може тражити и мишљење органа старатељства (чл. 14 ст. 3, 7 и 8 и чл. 101 ст. 1 и 2).

У случају изрицања посебне обавезе која се састоји у накнади проузроковане штете, суд ће одредити висину и начин накнаде штете радом малољетника, и то највише 60 часова у периоду од три мјесеца, колико може трајати ова посебна обавеза, али тако да тај рад не омета школовање или запослење малољетника (чл. 14 ст. 5). У овим случајевима не тражи се пристанак жртве, а када се ради о примјени обавезе накнаде штете, суд одређује висину и начин накнаде штете радом малољетника, тако да се жртва не појављује као активни актер нити се узимају у обзир њене потребе, осјећања и размишљања. Посебне обавезе се могу изрећи малољетнику приликом изрицања било које од васпитних мјера, не само мјера појачаног надзора.

Сврха изрицања посебних обавеза је да малољетник преузме већи степен одговорности за своје понашање и да се над његовим понашањем врши одређени надзор од стране суда и стручних лица. Постоји извјесна сличност између посебних обавеза и диверзионих мјера, али се оне не могу изједначити. Смисао изрицања диверзионих мјера је да се оне изричу умјесто санкције, не уз санкцију и да на њих малољетник сам пристаје. Посебне обавезе

се изричу у току кривичног поступка и за њихово изрицање није потребна сагласност или пристанак малољетника.

Осим Закона о малољетним учиниоцима кривичних дјела и кривичноправној заштити малољетних лица, у Србији је донијет и низ подзаконских аката и правилника важних за његову примјену: Правилник о начину вођења контролника и списка извршења васпитних мјера,²³ Правилник о кућном реду васпитно-поправног дома,²⁴ Правилник о кућном реду казнено-поправног завода за малољетнике²⁵ и Правилник о извршењу васпитних мјера посебних обавеза.²⁶

Осим тога, донијета је и Одлука о оснивању Савјета за праћење и унапређење рада органа кривичног поступка и извршења кривичних санкција према малољетницима.²⁷ У оквиру свог дјелокруга, Савјет остварује следеће задатке: прати актуелне појавне облике преступништва малољетника и кривичноправне заштите малољетних лица анализирајући статистичке податке које води Републички завод за статистику, као и податке којима располажу други органи и организације који су надлежни за поступање у случају кривичних дјела и прекршаја које су учинили малољетници, односно када су кривична дјела учињена на штету малољетних лица и предлаже одговарајуће мјере; сарађује са надлежним државним органима и установама у примјени одредаба Закона и подзаконских аката; сарађује са научним установама, стручним удружењима и невладиним организацијама и од њих прибавља мишљења о проблемима који се односе на преступништво малољетника и кривичноправну заштиту малољетних лица и прати примјену преузетих међународних обавеза у области кривичноправне заштите малољетних лица.²⁸

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Савремене државе теже да као основ комуникације међу људима развију толеранцију – трпељивост према различитостима, без обзира да ли су оне етичке, расне или економске природе. На различитост треба гледати без приговарања. Међутим, трпељивост често није довољна да се њоме најтачније одреди садашњост и по мишљењу неких поборника ресторативне правде, она није рјешење. Толеранција, сама по себи, као појединачни, издвојени персонални акт, не утиче на „лијечење” друштвених рана нити пак елиминише социјалну изолацију и очај.²⁹ Заговорници ресторативне правде радије истичу да рјешавање питања друштвених девијација прије треба да се заснива на „општој добробити” заједнице. Општа

²³ „Службени гласник Републике Србије“ бр. 63/2006.

²⁴ „Службени гласник Републике Србије“ бр. 71/2006.

²⁵ „Службени гласник Републике Србије“ бр. 71/2006.

²⁶ „Службени гласник Републике Србије“ бр. 94/2006.

²⁷ „Службени гласник Републике Србије“ бр. 89/2009.

²⁸ Videti: Извештај о раду Савјета за праћење и унапређење рада органа кривичног поступка и извршења кривичних санкција према малољетницима у 2020. години. *chrome-extension://efaidnbnmnmbpcajpcglclefi ndmkaj/https://www.pars.rs/public/Saradnja/Izvestaj-o-radu-Saveta-za-maloletnike-u-2020-godini.pdf*, accessed 20.7.2024.

²⁹ Tom Cavanagh, “Restorative Justice and the Common Good: Creating a Culture of Forgiveness and Reconciliation”, *Blueprint for Social Justice*, Vo. LIII, No. 8 April 2000.

добробит заједнице одређује се као „читава мрежа друштвених услова који омогућавају појединцима и групама људи да се у потпуности развију и живе пуним животом, али тако да свако не буде усмјерен само на себе, већ су сви одговорни за све друге око себе”³⁰

Општа добробит у једној људској заједници значи да свако има обавезу да допринесе развоју општег добра у друштву, у интересу правде, као и у изналажењу рјешења социјалних питања у једној друштвеној заједници. Управо се на томе заснива основна критика ретрибутивне правде. Наиме, ретрибутивни кривичноправни систем управљен је на кажњавање делинквената, нарочито путем изрицања казни институционалног карактера. Установе за извршење казне затвора често се описују ријечима „увреда људског достојанства ... и отров у крвотоку нације”. Такав систем није утицао на сузбијање криминалитета зато што се не бави разрешењем узрока криминалног понашања. Ти узроци најчешће се налазе у најближем социјалном окружењу делинквента, у средини у коју се он иначе враћа по истеку казне.

Визија ресторативне правде, у контексту општег добра, усмјерена је на постизање мира у друштвеној заједници путем поправљања односа у друштву, што се односи на све чланове заједнице. Суштина спровођења ресторативне правде је „лијечење” сваке особе која је повезана са злочиним путем поправљања, а не кажњавања. Цјелокупан процес треба да се заснива на извињењу, опроштају и успостављању чврсте повезаности људи унутар заједнице.

Осим тога, неке женске феминистичке групе такође се не саглашавају са примјеном процеса ресторативне правде у случајевима породичног насиља. Наиме, у другој половини двадесетог вијека феминисткиње су сексуално насиље и насиље у породици прогласиле појавама које заслужују да буду третиране као злочини које треба казнити. Ресторативна правда, са своје стране, омогућава да напредак постигнут на том плану буде умањен зато што дозвољава да се о таквим злочинима расправља на приватним састанцима, гдје жене могу бити додатно виктимизирани због немогућности да се избјегне неравнотежа моћи. С друге стране, у Канади *Council on Justice and Corrections* је у току 1996. године поднио извјештај заснован на истраживању искустава жртава насиља и утврдио да је „...контакт између жртве и кривичног суда био примарни извор ревиктимизације, фрустрације, разочарања, досађивања, прије него ли допринос у рјешавању проблема жртава”. Исто тако, невладина организација из Njufaundlenda Provincial Association Against Family Violence PAAFV изнијела је резултате сопственог истраживања о положају жртава у кривичном поступку. Према овом извештају, „жртве су забринуте око сопственог минималног учешћа у кривичном поступку и некада се осјећају као особе којима се суди умјесто особе која је оптужена за злочин..., а садашњи систем функционише тако што делинквенте радије задржава у систему него што их охрабрује да престану да врше злочин”³¹

Један од главних поборника ресторативне правде у САД Tomas Cavanagh сматра да је класичан кривичноправни систем доживео крах и да ствара „спиралу учешћа сиромашних, ментално болесних и маргиналаца”, а да ресторативна правда помаже да људи „живе живот са страхћу, испуњен личним и заједничким циљевима и сновима у тежњи да достигну своје потпуне могућности”. Овај бивши новинар који је провео 28 година као извјештач из суда, сматра ресторативну правду изазовом који је „посвећен критичком размишљању

³⁰ *Ibid.*,

³¹ Stephanie Coward, *Restorative Justice in Cases of Domestic Violence: Healing Justice?* Directed Interdisciplinary Studies, Carleton University, Decembar 2000, 2-3.

и доживотном учењу у току којег се постављају питања на која се нема увијек одговор, гдје се човјек усуђује на нешто изванредно и преузима ризик”.³²

Заговорници ресторативне правде залажу се за неограничену експанзију у њеној примјени, док други упућују критику како претјерани циљеви само подривају остварење скромнијих, али реалнијих успјеха. Неке од главних критика усмјерене су на то да се примјеном ресторативне правде не остварују пропорционални резултати. Међутим, пропорционалност и није једна од кључних вриједности ресторативне правде, као ни евалуација њених успјеха, зато што она заступа задовољење свих учесника тог поступка, што није суштинска вриједност нити циљ конвенционалног кривичноправног система. Сматра се да је осјећање стида важнији вид контроле криминалитета од изречене кривичне санкције. Како осјећање стида не би произвело неповољне посљедице по делинквента и жртву потребно је да се процес оконча ритуалним чином кроз церемонију реинтеграције.³³

БИБЛИОГРАФИЈА

- Braithwaite John, Daly Kathleen „Muškosti, nasilje i kontrola zajednice”, *Temida* (2001) 2, godina 4.
- Cavanagh Tom, “Adopting New Values for the Courts: What is Restorative Justice?”, *The Court Manager*, (1998), 13/2/3, 24-27. Williamsburg,, VA: National Association for Court Management.
- Cavanagh Tom, “Restorative Justice and the Common Good: Creating a Culture of Forgiveness and Reconciliation”, *Blueprint for Social Justice*, vol LIII, No. 8, April 2000.
- Christie Nils, „Conflicts as Property”, *The British Journal of Criminology*, London, 1977/1, pp. 1-15.
- Coward Stephanie, „Restorative Justice in Cases of Domestic Violence: Healing Justice?“, *Directed Interdisciplinary Studies*, Carleton University, Decembar 2000, 7.
- McEvoy Kieran, Mika Harry, Hudson Barbara, „Introduction – Practice, Reformance and Prospects for Restorative Justice”, *Brit. J. Criminol.* (2002) 42, p. 469.
- Koller-Trbović, Nivex, Cvjetko Božica, Koren-Mrazović Marija, Žižak Antonija, „Model izvansudske nagodbe u kaznenom postupku prema maloljetnicima i mlađim punoljetnicima”, *Hrvatska revija za rehabilitacijska istraživanja*, Zagreb, vol. 39, 2, 2003, 211-222.
- Konstantinović Vilić, Slobodanka, Kostić Miomira, *Penologija*, SVEN, Niš, 2006.
- Konstantinović Vilić, Slobodanka, Kostić, Miomira, *Izvršenje kazni i drugih krivičnih sankcija u Republici Srbiji*, SVEN, Niš 2006.
- Konstantinović Vilić Slobodanka, Kostić Miomira, „Diverzioni modeli i alternativne krivične sankcije primenjene prema maloletnicima u sukobu sa zakonom”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 2007, 50, 87-101, <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z50/04z50.pdf>.

³² <http://www.Restorativejustice.Com/Tom.html>, accessed 27.7.2024.

³³ Braithwaite, John, Daly Kathleen „Muškosti, nasilje i kontrola zajednice”, *Temida* (2001) 2, godina 4, 29.

- Kostić Miomira, „Restorativna pravda – smisao i mogućnosti primene“, *Socijalna misao*, Beograd, april-septembar, 2-3, 2005, 45.
- Kostić Miomira, „Primena restorativne pravde unutar sistema za korekciju ponašanja“, Okrugli sto: „Sistem za unapređivanje vještina praktičara koji rade sa maloletnim i mlađim punoletnim licima u sistemu za korekciju ponašanja“, sa referatom na temu: „Organizator: Institut za naučna istraživanja i edukacije Pro scientia et libertate, Niš, DACUM (Develop a Curriculum Methodology), Pictures (shaping Futures Emerging Adults Transitioning from Prisons), Niš, 24. juni 2024. godine.
- Pranis, Kay, „A Hometown Approach to Crime“, *State Government News*, 39., 9. internet version *Database-Master FILE*.
- Pranis, Kay, „Guide for Implementing the Balanced and Restorative Justice Model“, *Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention*, 1988. <https://ojjdp.ojp.gov/library/publications/guide...>, accessed 3.8.24.
- Симовић Н. Миодраг, „Малољетничка делинквенција у Републици Српској и ново кривично законодавство“, *Српска правна мисао*, Banja Luka, год. 4–6, 1–4 (1997–1999), 75–91. (Simović N. Miodrag, „Maloljetnička delinkvencija u Republici Srpskoj i novo krivično zakonodavstvo“, *Srpska pravna misao*, Banja Luka, год. 4–6, 1–4 (1997–1999), 75–91.)
- Симовић Н. Миодраг, „Стратегија рада у области малољетничке делинквенције у Босни и Херцеговини“. *Споменица академика Рајка Кузмановића*, Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука, 2006, 507–522 (Simović N. Miodrag, „Strategija rada u oblasti maloljetničke delinkvencije u Bosni i Hercegovini“, *Spomenica akademika Rajka Kuzmanovića*, Akademija nauka i umjetnosti Republike Srpske, Banja Luka, 2006, 507–522)
- Симовић Н. Миодраг, „Карактеристике малољетничког кривичног права у Републици Српској“, *Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног*, Зборник радова, Међународни научни скуп, Источно Сарајево Правни факултет, 2012, 295–318. (Simović N. Miodrag, „Karakteristike maloljetničkog krivičnog prava u Republici Srpskoj“, *Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog*, Zbornik radova, Međunarodni naučni skup, Istočno Sarajevo Pravni fakultet, 2012, 295–318.)
- Simović N. Miodrag, Jovašević Dragan, Simović M. Vladimir, „Osnovne karakteristike novog maloljetničkog krivičnog prava Federacije Bosne i Hercegovine“, *Dani kriznog upravljanja: zbornik radova*, 9. međunarodna znanstveno-stručna konferencija, Velika Gorica, Veleučilište, 2016, 243–255.
- Simović N. Miodrag, Simović M. Vladimir, Govedarica Mladenka, *Krivično procesno pravo. II, (Krivično procesno pravo – posebni dio), 5. izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Istočno Sarajevo, Pravni fakultet, 2021.
- Simović N. Miodrag, Jovašević Dragan, Mitrović Ljubinko, Simović M. Marina, *Komentar Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Banja Luka, Službeni glasnik Republike Srpske, 2021.
- Simović N. Miodrag, Jovašević Dragan, Mitrović Ljubinko, Simović M. Marina, *Maloljetničko krivično pravo, 3. izmijenjeno i dopunjeno izd.*, Laktaši, Grafomark, 2021.

APPLICATION OF RESTORATIVE JUSTICE TO JUVENILES IN CONFLICT WITH THE LAW - BENEFITS OF ALTERNATIVE MEASURES

Miomira Kostić³⁴

University of Niš, Faculty of Law in Niš

Marina M. Simović³⁵

*Faculty of Law, Pan-European University "Apeiron" in Banja Luka, Ombudsman for Children of
the Republic of Srpska*

Summary: *In the field of juvenile judiciary, there were significant changes in the second half of the 20th century, which are ongoing. These changes were particularly related to the criminal law response of the state to the delinquency of juveniles by combining two models, the "protective" and the "fairness model". The application of diversionary models and alternative sanctions has been established in international documents, which is accepted at the national level in some countries. Thus, in modern systems of juvenile judiciary, the essence of responding to juvenile delinquency is based on encouraging minors to change their behavior, on developing a sense of personal responsibility for their actions and their impact on others, including in certain cases the victim/damaged person in the process of implementing the measure, on constructive resolution within the community, avoiding the involvement of the formal court system and avoiding punishment, whenever possible.*

Alternative treatment contains a large number of procedural options for imposing various measures on juvenile offenders before initiating criminal proceedings or during criminal proceedings in order to suspend them. In the mid-nineties of the 20th century, first on the basis of experiments, and then through the application of the so-called "alternative measures", in a large number of countries a completely new scientific and social approach in response to juvenile delinquency, known as restorative justice, has been formed. The basic premise of the restorative model is that the goal of intervention after a committed criminal offense is not to punish or re-educate the juvenile, but to create conditions to repair the damage caused by the commission of the criminal offense. The option of restorative justice takes into account the harmfulness of the committed criminal offense for the victim, society and the perpetrator, and focuses the intervention on settling and repairing the damage.

Key words: *juvenile judiciary, restorative justice, diversionary models, alternative criminal sanctions.*

³⁴ Dr Miomira Kostić, Full Professor, Republic of Serbia, University of Niš, Faculty of Law in Niš, e-mail: kosticm@prafak.ni.ac.rs; ORCID 0000-0002-1802-7733.

³⁵ Dr Marina M. Simović, Full Professor, Republic of Srpska, Faculty of Law, Pan-European University "Apeiron" in Banja Luka, Secretary of the Ombudsman for Children of the Republic of Srpska, e-mail marina.simovic@gmail.com <https://orcid.org/0009-0008-3330-4023>.

КРИВИЧНА ДЈЕЛА У ВЕЗИ СА “ПЛАЋЕНИЦИМА” – МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ И ПРАВО БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Миодраг Н. Симовић¹

Академија наука и умјетности Босне и Херцеговине, Правни факултет Универзитета у Бихаћу, Уставни суд Босне и Херцеговине

Владимир М. Симовић²

Тужилаштво БиХ, Факултет за безбједност и заштиту Независног универзитета у Бањој Луци

Сажетак: Плаћеници, који се називају и богати војници или “плаћени револверашаи”, су приватне особе које се придружују оружаној сукоби ради личне добити. Они нису чланови ни једне званичне војске, боре се за новац или друге облике плаћања, а не за политичке интересе.

Почевши од 20. вијека, плаћеници се све више сматрају мање квалификованим за право на заштиту од ратних правила који важе за неплаћенике. Женевске конвенције прописују да плаћеници нису признати као легитимни борци и да им се не мора додијелити иста правна заштита као заробљеним припадницима оружаних снага. У пракси, да ли је нека особа плаћеник, питање је сваког конкретног случаја, јер се финансијски и политички интереси могу преклапати. На темељу међународних обавеза које су преузете потписивањем и прихватањем међународних докумената који су донијети у оквиру Организације Уједињених нација, и Босна и Херцеговина је у свом кривичном законодавству прописала одговорност и кажњивост за кривична дјела у вези са “плаћеницима” (домаћим или иностраним). Наиме, Међународна конвенција против регрутовања, коришћења, финансирања и обуке плаћеника, усвојена у Њујорку 4. децембра 1989. године, поставила је стандард за ове инкриминације. Сходно томе, у Кривичном закону Босне и Херцеговине су предвиђена два кривична дјела којима је прописана кривица, односно кажњивост за плаћенике. Ова су дјела систематизована у глави шеснаестој овог закона под називом а) противзаконито формирање војних снага и б) противзаконито формирање и придруживање страним паравојним или паравојним формацијама. У раду се анализирају појам, елементи, садржина и карактеристике, те облици и видови испољавања ових инкриминација у кривичном праву Босне и Херцеговине, и то на темељу успостављених међународних стандарда.

Кључне ријечи: међународни стандарди, “плаћеници”, кривично дјело, формирање групе, казна.

¹ Редовни члан Академије наука и умјетности Босне и Херцеговине, редовни професор Правног факултета Универзитета у Бихаћу, професор емеритус, судија Уставног суда Босне и Херцеговине у пензији; e-mail: msimovic@anubih.ba; .

² Тужилац Тужилаштва БиХ и редовни професор Факултета за безбједност и заштиту Независног универзитета у Бањој Луци, e-mail: vlado_s@blic.net; <https://orcid.org/0009-0002-9640-6488>.

1. УВОД

Плаћеник или најамник је унајмљени професионални војник који се бори за било коју државу или нацију, без обзира на своје политичке и друге интересе. То је израз који се користи за сваку особу која учествује у оружаном сукобу или уз оружани сукоб везаним активностима, а којој је главни мотив за такву дјелатност стицање материјалног богатства.³ Обично се унајмљују као тјелохранитељи или безбједносно особље, поготово на непријатељским територијама стране која их унајмљује.⁴

Плаћеници се разликују од професионалних војника који су припадници редовне стајаће војске неке државе, односно од добровољаца који у рату учествују из идеалистичких побуда.⁵ Професионални припадници регуларне војске не сматрају се плаћеницима иако за своју службу добијају новчану награду. Као резултат претпоставке да је плаћеник мотивисан искључиво новцем, овај појам обично носи негативне конотације, иако то може бити комплимент у неким контекстима.⁶

Од најранијих дана организованог ратовања до развоја сталних војски средином XVII вијека⁷ - државе су често допуњавале своје војне снаге плаћеницима.⁸ Тако је забиљежено и "Anabasisu", историчара Xenophona, да су "Ten Thousand" ("Десет хиљада") били шаролики скуп грчких ратника које је Кир Млађи (Cyrus the Young) ангажовао да помогну свргнути свог брата краља Артаксеркса II (Artaxerxes II) са перзијског престола. Године 401. п.н.е. хеленски војници - многи од њих окорјели ветерани Пелопонеског рата - борили су се заједно с Киrom и његовом побуњеничком војском у сукобу с краљевим снагама у близини Багдада. Док се Ten Thousand држао у борби, Кир је погинуо у бици, а генерали плаћеника су преварени и убијени док су покушавали преговарати о повлачењу.

Или, White Company је била једна од најзлогласнијих тзв. "слободних компанија" ("free companies"), као група профитних војника који су водили највећи дио ратовања у Италији у XIV вијеку. Јединица је први пут постала позната 1360. године прије него што је пала под команду Johna Hawkwooda, Енглеца који је проглашен витезом за своју службу у Стогодишњем рату (Hundred Years' War). Са Hawkwoodom на челу, White Company је постала позната као једна од најелитнијих плаћеничких војски у Италији. Његове трупе - културна мјешавина енглеских, њемачких, бретонских и мађарских авантуриста - биле су познате по својој вјештини с дугим луком и копљем, а застрашивале су противнике својим муњевитим

3 Вид. John France, ed., „Mercenaries and Paid Men: The Mercenary Identity in the Middle Ages“, *Smithsonian History of Warfare*, 47/2008.

4 Вид. Peter J. Woolley, „Soldiers of Fortune“, *The Common Review*, vol. 5, 4(2007): 46–48; Enrique Rodriguez, Moises, *Freedom's Mercenaries: British Volunteers in the Wars of Independence of Latin America*, vol. 2. (Hamilton Books, 2006); Serge Yalichev, *Mercenaries of the Ancient World* (Constable, 1997); Katherine Fallah, „Corporate Actors: the Legal Status of Mercenaries in Armed Conflict“, *International Review of the Red Cross*, 863(2006): 599–611.

5 Вид. Liebligh Eliav, „The Status of Mercenaries in International Armed Conflict as a Case of Politicization of International Humanitarian Law“, *Bucerius Law Journal*, (March 2009). Available at <https://ssrn.com/abstract=1538046>.

6 Вид. Janice E. Thomson, *Mercenaries, pirates, and sovereigns: state - building and extraterritorial violence in early modern Europe* (Princeton University Press, 1994).

7 Вид. Avant Deborah. „From mercenary to citizen armies: Explaining change in the practice of war“, *International Organization* (2000): 41–72.

8 Вид. Percy Sarah, *Mercenaries: The history of a norm in international relations* (Oxford University Press, 2007).

изненадним нападима и спремношћу да се боре по тешким временским условима или чак ноћу.⁹

Међутим, плаћеничке војске (mercenary armies) су дјелимично “изашле из моде” у XIX вијеку¹⁰, а почевши од XX вијека се све више сматра да су са мање права на заштиту од неплаћеника. У том контексту, Додатни протокол уз Женевске конвенције од 12. августа 1949. године, који се односи на заштиту жртава међународних оружаних сукоба¹¹ (Протокол I)¹², даје најшире прихваћену међународну дефиницију плаћеника. Према члану 47. овог протокола, плаћеник нема право да буде борац или ратни заробљеник.¹³ Плаћеник је свака особа која: (а) је специјално регрутована локално или у иностранству да би се борила у оружаном сукобу; (б) стварно директно учествује у непријатељствима; (ц) је мотивисана да учествује у непријатељствима углавном са жељом за личном коришћу и којој је, у ствари, обећана, од стране у сукобу или у њено име, материјална накнада знатно већа од оне која је обећана или плаћена борцима сличног ранга или функције у оружаним снагама те стране; (д) није држављанин стране у сукобу нити има пребивалиште на територији коју контролише страна у сукобу; (е) није припадник оружаних снага стране у сукобу и (ф) није послата од државе која није страна у сукобу по службеној дужности као припадник њених оружаних снага.¹⁴

Иако плаћеници нису потпуно нестали, приватне војске и безбједносне компаније су постепено преузеле њихове активности.¹⁵ Неке од фирми за које се зна да се баве овим послом су „Akademi”¹⁶, некада позната као приватна компанија “Blackwater”¹⁷ чији припадници су 2007. године убили 17 и повриједили 20 цивила у Ираку. За вријеме америчких операција у Ираку, америчке службенике и дипломате су најчешће чували припадници “Blackwatera”, која је након низа скандала и убистава цивила - с временом уташена. Britanska firma „Aegis

9 Вид. Evan Andrews, 6 Legendary Mercenary Armies From History (A&E Television Networks, 2023), <https://www.history.com/news/6-legendary-mercenary-armies-from-history>, Date Accessed, July 27, 2024.

10 Вид. Guy Dempsey, *Napoleon's Mercenaries: Foreign Units in the French Army Under the Consulate and Empire, 1799–1814* (Frontline Books, 2002); Charles W. Ingrao, *The Hessian Mercenary State: Ideas, Institutions, and Reform Under Frederick II, 1760–1785* (Cambridge University Press, 2003).

11 Вид Christopher Greenwood, „Customary international law and the First Geneva Protocol of 1977“, in the Gulf conflict, in Peter Rowe, *The Gulf War 1990–91, International and English Law*, 63, 75 (1993).

12 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), Article 47. *International Committee of the Red Cross*.

13 Критичари ипак тврде да су Конвенција о плаћеницима и Протокол I Женевских конвенција дизајнирани да покрију активности плаћеника у постколонијалној Африци и да не покривају адекватно ангажовање плаћеника од стране суверених држава.

14 Вид. Amos N. Guiora, ed. (2009). *Top Ten Global Justice Law Review Articles 2008* (Oxford University Press, 2009), 175.

15 Вид. Marina Mancini, *Private Military and Security Company Employees: Are They the Mercenaries of the Twenty-first Century?* (EUI Working Paper AEL 2010/5, European University Institute, San Domenico di Fiesole, 2010).

16 Academi управља операцијама заштитних снага за владе и мултинационалне корпорације. Са бившим војним и полицијским службеницима, високо обучени стручњаци Academi су специјалисти за борбу против тероризма, специјалне операције, обуку, оружје, експлозиве, сигурносну стратегију и анализу, медицинску спремност и високоризичне кризне операције. Они су развили и имплементирали свеобухватне, теренски тестиране процедуре за процјену и смањење ризика, укључујући: федералне агенције Владе САД (U.S. Government federal agencies), нуклеарна постројења, националне лабораторије нафтних и рударских инфраструктура, корпоративне локације, критичну комуналну инфраструктуру и комуналне услуге.

Вид. Peter W. Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry* (New York: Cornell University Press, Ithaca, 2003).

17 Вид. Suzanne Simons, *Master of War: Blackwater USA's Erik Prince and the Business of War* (New York: Collins, 2009); Jeremy Scahill, *Blackwater: The Rise of the World's Most Powerful Mercenary Army* (Nation Books, 2007).

Defence Services¹⁸ била је под истрагом због снимака који су испливали на којима су пуцали у цивилна возила. У Сирији и Украјини се бори приватна војска Вагнер група “Wagner Group”¹⁹ чији је оснивач Јевгениј Пригожин страдао под још неразјашњеним околностима 23. августа 2023. године. Припадници Вагнера данас су активни и широм Африке²⁰ - у Судану, Либији, Малију и Буркини Фасо.²¹

Ово је сива зона активности.²² Међународна заједница је одавно учила опасност која пријети од врбовања, опремања, организовања, обуке, финансирања или коришћења (дакле, навођења или помагања, олакшавања дјеловања) плаћеника за учешће у различитим оружаним операција у иностранству. Ради се, заправо, о различитим противправним дјелатностима које су најуже повезане са кривичним дјелима тероризма, па чак и са “политичким” кривичним дјелима која су управљена против интегритета, безбједности или независности појединих држава. Тако је у оквиру Организације Уједињених нација донијета Међународна конвенција против регрутовања, коришћења, финансирања и обуке плаћеника²³ (1989. године)²⁴, коју је до сада ратификовало 35 држава. Међутим, земље попут САД²⁵, Велике Британије²⁶ и Русије, са великим војскама, нису је потписале.

На бази Повеље Уједињених нација и Декларације Уједињених нација о начелима међународног права о пријатељским односима и сарадњи међу државама од 24. октобра 1970. године²⁷ у Конвенцији о плаћеницима констатује се чињеница да се регрутовање, коришћење, финансирање и обука плаћеника врши у циљу вршења различитих активности којима се крше принципи међународног права, као што су суверена једнакост, политичка независност, територијални интегритет или право народа на самоопредјељење. Стога је још једном

18 Aegis Defence Services је британска приватна војна и приватна заштитарска компанија са прекоморским уредима у Афганистану, Уједињеним Арапским Емиратима, Ираку, Саудијској Арабији, Либији, Сомалији и Мозамбику. Дио Aegis Defence Services укључује Aegis LLC са сједиштем је у САД. Вид. Alice Ross, UK firm ‘employed former child soldiers’ as mercenaries in Iraq (London: *The Guardian*, 17 April 2016).

19 Wagner Group (руски: Группа Вагнера) је нова врста руске војске за коју се тврди да се “бори за идеје правде” (“сражається за идеи справедливости”). То се огледа у новом моту “оркестра” “Крв, част, правда, отацбина, храброст” (Кровь, Честь, Справедливость, Родина, Отвага). У исто вријеме, „правда“ је постала централни елемент око којег су се окупили сви остали. Вид. Геннадий Иванов, Борьба за справедливость: ЧВК „Вагнер“ изменила девиз на боевых знаменах, Петербургская газета” (in Russian, 25 August 2023).

20 Вид. Anthony Mockler, *The New Mercenaries: The History of the Mercenary from the Congo to the Seychelles* (Paragon House, 1987).

21 Вид. Christopher Othen, *Katanga 1960–63: Mercenaries, Spies and the African Nation that Waged War on the World* (History Press, 2015).

22 Вид. Albertus Johannes Venter, *War Dog: Fighting Other People’s Wars: The Modern Mercenary in Combat* (Lancer Publishers, 2010).

23 International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries, 4 December 1989 General Assembly, resolution 44/34. *The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Archived from the original on 9 June 2022. Retrieved 25 January 2023*; У даљем тексту: Конвенција о плаћеницима.

24 Вид. Atwood Rodney, *The Hessians: Mercenaries from Hessen-Kassel in the American Revolution* (Cambridge University Press, 1980).

25 Вид. Stuart L. Weiss, „American Foreign Policy and Presidential Power: The Neutrality Act of 1935“, *The Journal of Politics*, vol. 30, 3 (1968): 672-695; Matthew Underwood, “Jealousies of a standing army: the use of mercenaries in the American revolution and its implications for Congress’s role in regulating private military firms”, *Northwestern University Law Review*, 106 (2012): 317-349.

26 Вид. Ralph J. Q., Adams & Philip P. Poirier, *The Conscription Controversy in Great Britain, 1900–18* (Palgrave Macmillan UK, 1987).

27 <https://prezi.com/5ne1q5c8bg9w/deklaracija-o-nacelih-mednarodnega-pr...>, 25.7.1924.

потврђено настојање да регрутовање, коришћење, финансирање и обуку плаћеника треба квалификовати као тешко, друштвено опасно кривично дјело које представља повод за велику забринутост свих држава чланица и да свако лице које изврши било које од ових кривичних дјела - треба да буде кривично гоњено или кажњено према одредбама домаћег кривичног законодавства²⁸.

Такође, државе чланице Уједињених нација изразиле су забринутост због нових облика противзаконитих међународних активности које све више повезују трговце опојним дрогама и плаћенике у вршењу радњи насиља које су усмјерене на подривање уставног поретка, безбједности, територијалног интегритета или суверенитета појединих држава. Стога је логично и оправдано било очекивање да ће усвајање конвенције против регрутовања, коришћења, финансирања и обуке плаћеника допринијети потпуном искорјењивању ових противправних, недозвољених, али изузетно опасних активности, а самим тим - поштовању циљева и начела садржаних у Повељи Организације Уједињених нација.

Кад је у питању подршка Украјини, владе широм свијета придружују се санкцијама и избјегавају Русију. Европске владе, укључујући многе које су раније фаворизовале неутралност или на неки други начин пажљиво корачају у односу на Русију, придружују се опозицији Москви, а многе шаљу војну помоћ.²⁹ Након почетка рата у Украјини, 24. фебруара 2022. године, предсједник Украјине Зеленски је основао Међународну легију за територијалну одбрану Украјине (International Legion for the Territorial Defence of Ukraine) и почео да позива (стране) добровољце да се придруже. Посебан website посвећен је помоћи страним волонтерима да дођу и подрже Украјину.³⁰ Украјина тврди да се од почетка сукоба око 20.000 појединаца придружило украјинским оружаним снагама. Страни појединци су се такође придружили руској страни сукоба. Руски предсједник Владимир Путин објавио је да је 16.000 волонтера са Блиског истока спремно да подржи Русију. Укључени су и странци из Чеченије и плаћеници који се придружују Вагнер групи из Сирије и Либије.

2. "ПЛАЋЕНИЦИ" У МЕЂУНАРОДНИМ ДОКУМЕНТИМА

Међународни докуменат универзалног карактера који представља солидну правну основу за национална законодавства (па тако и за кривично законодавство Босне и Херцеговине), у смислу сузбијања различитих облика противправних активности плаћеника, представља Конвенција о плаћеницима³¹. Ова конвенција у члану 1. одређује појам плаће-

28 Вид. Божидар Јеличић, Плаћеници у савременим међународним и унутрашњим сукобима (*докторска дисертација*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 1987): 178-192.

29 Вид. Daniel L. Byman, Foreign fighters in Ukraine? Evaluating the benefits and risks (Brookings, 3 March 2022). <https://www.brookings.edu/articles/foreign-fi...>

30 Вид. Van Tan Dongen, Gijs Weijenberg, Martijin Vugteveen & Joshua Farrell-Molloy, Foreign Volunteers in Ukraine: Security Considerations for Europe (*International Centre for Counter-Terrorism*, 4 May 2022); Mark Guarino, Foreign fighters in Ukraine speak out on their willingness to serve: I had to go (*ABC News*, 6 November 2022); Tanya Mehra & Abigail Thorley, Foreign Fighters, Foreign Volunteers and Mercenaries in the Ukrainian Armed Conflict (*International Centre for Counter-Terrorism*, 11 July 2022).

31 Вид. Зоран Вучинић, *Међународно јавно право* (Београд: Факултет безбедности, 2013), 121-125.

ника.³² То је лице: а) које је посебно регрутовано, у земљи или у иностранству, за борбу у оружаном сукобу, б) које је мотивисано да учествује у непријатељствима, ради остваривања личне користи и коме је, заправо, у име или од стране учеснице у сукобу, обећана материјална накнада, која је значајно већа од накнаде, обећане или исплаћене борцима сличног ранга или положаја у оружаним снагама те стране, ц) које није држављанин стране у сукобу, нити има пребивалиште на територији коју контролише страна у сукобу, д) које није припадник оружаних снага стране у сукобу и е) које није упутила држава која није страна у сукобу, по службеној дужности, као припадника својих оружаних снага.

Међутим, као “плаћеник” (на које се лице односи примјена Конвенција о плаћеницима) сматра се и свако лице које је у било којој другој ситуацији: а) посебно регрутовано, у земљи или у иностранству, с циљем учествовања у организованом акту насиља које је усмјерено на: 1) свргавање владе или подривање уставног поретка државе, на било који други начин или 2) подривање територијалног интегритета земље, б) мотивисано да учествује у сукобу превасходно ради остварења значајне личне користи и подстакнуто обећањем, односно исплатом материјалне накнаде, ц) није држављанин, нити има пребивалиште у држави против које је такав акт усмјерен, д) није упућено од стране државе по службеној дужности и е) није припадник оружаних снага државе на чијој се територији врши такав акт.

Од кривице, поред “плаћеника”, није изузето ни лице које регрутује, користи, финансира или обучава плаћенике (члан 2), што указује да се овдје радње подстрекавања (навођења другог лица на забрањене активности) или радње помагања (олакшавања, омогућавања другом лицу започињања или извршења забрањене активности) сматрају самосталном инкриминацијом која подлијеже кажњавању, али не као саучесништва³³.

За постојање одговорности, односно кажњивости за кривична дјела у вези са плаћеницима потребно је да плаћеник непосредно (директно) учествује у непријатељствима или у организованом акту насиља, у зависности од околности³⁴. Као извршилац овог кривичног дјела (члан 4. Конвенције) сматра се лице³⁵: а) које покуша (умишљајно започне предузимање радње извршења без наступјеле посљедице) да изврши неко од кривичних дјела и б) које је саучесник (подстрекач или помагач) лица које врши или покуша да изврши неко од кривичних дјела.

Државе потписнице Конвенције (члан 5.) се обавезују: а) да неће регрутовати, користити, финансирати или обучавати плаћенике са циљем супротстављања легитимном остваривању неотуђивог права народа на самоопредјељење, како је предвиђено међународним правом, те да ће предузети, у складу са међународним правом, одговарајуће мјере да спријече регрутовање, коришћење, финансирање или обуку плаћеника у ову сврху и б) да ће такве радње инкриминисати као кривично дјело за које је предвиђен одговарајући опсег казни водећи рачуна о тешкој природи самих дјела³⁶. Уз то, у циљу спрјечавања кри-

32 Вид. Sean McFate, *The Modern Mercenary: Private Armies and What They Mean for World Order* (Oxford University Press, 2016).

33 Вид. Родољуб Етински, Сања Ђајић и Бојан Тубић, *Међународно јавно право* (Нови Сад: Правни факултет, 2021), 178-182.

34 Вид. Азис Тафро, *Руски и грчки плаћеници у рату у Босни и Херцеговини* (Сарајево: Азис Тафро, 2014), 164-173.

35 Вид. Дејан Маролов, *Међународно јавно право* (Штип: Универзитет Гоце Делчев, 2020), 171-174.

36 Вид. Миленко Крећа, *Међународно јавно право* (Београд: Правни факултет, 2022), 149-152.

вичних дјела из ове конвенције (члан 6.), државе су обавезане посебно да³⁷: а) предузимају све практично оствариве мјере за спречавање припремања ових кривичних дјела на својој територији, ради извршења на својој или ван своје територије, укључујући забрану противзаконитих активности појединаца, група и организација које подстрекавају, подстичу, организују или учествују у припремању ових кривичних дјела и б) координирају, када је то потребно, у примјени административних и других мјера ради спречавања вршења ових кривичних дјела.

Свака држава (члан 8) која основано сумња да је извршено неко од кривичних дјела из ове конвенције, да је његово извршење у току или да ће оно бити извршено, чим до таквих сазнања дође, у складу са својим националним законодавством, доставља релевантне информације оштећеној држави чланици, непосредно или преко генералног секретара Уједињених нација. У смислу заснивања своје надлежности за ова кривична дјела - државе предузимају неопходне мјере за процесуирање кривичних дјела (члан 9)³⁸: а) која су извршена на њеној територији или на њеном броду или у авиону, који су уписани у њен регистар и б) која су извршили њени држављани или, ако то држава сматра прихватљивим, лица без држављанства - која бораве на њеној територији.

Члан 10. Конвенције о плаћеницима налаже за све државе обавезу да пошто се увјере да то околности налажу, да се на њеној територији налази окривљени, да му одреде притвор, у складу са домаћим законима или да предузима друге мјере којима се обезбјеђује његово присуство, у трајању колико је неопходно - да се покрене кривични поступак или поступак његовог изручења другој држави. Држава у том случају, без одлагања, предузима предистражне радње ради утврђивања чињеница.³⁹

Када су за то испуњено законом прописани услови, према таквом лицу се одређује притвор или се предузимају друге мјере, о чему се, без одлагања, обавјештава, непосредно или преко генералног секретара Уједињених нација⁴⁰: а) држава чланица на чијој територији је извршено кривично дјело, б) држава чланица према којој је кривично дјело било усмјерено или покушано, ц) држава чланица чији је држављанин физичко или правно лице на које је кривично дјело било усмјерено или против кога је било покушано, д) држава чланица, чији је окривљени држављанин или, ако је окривљени лице без држављанства - држава на чијој територији има уобичајено пребивалиште и е) свака држава чланица за коју сматра да је неопходно да буде обавијештена. При томе, свако лице према којем се предузимају ове мјере, има гарантовано право⁴¹: а) да без одлагања ступи у контакт са најближим надлежним представником државе чији је држављанин или која је на други начин овлашћена да штити његова права или ако се ради о лицу без држављанства - са представником државе на чијој територији има пребивалиште и б) да га подсјети представник те државе. Поред тога, сваком лицу против кога се води поступак због неког од кривичних дјела из Конвенције,

37 Вид. Владимир Ортаковски и Марија Миленковска, *Међународно јавно право* (Скопје: Факултет за безбедност, 2014), 212-214.

38 Вид. Миленко Крећа и Тијана Шурлан, *Међународно јавно право* (Београд: Криминалистичко-полицијска академија, 2016), 141-144.

39 Вид. Љиљана Мијовић, *Основе међународног јавног права, Први дио* (Бања Лука: Комесграфика, 2019), 131-133.

40 Вид. Марија Миленковска, *Међународно јавно право* (Скопје: Факултет за безбедност, 2019), 161-164.

41 Вид. Борис Кривокапић, *Међународно право* (Београд: Мегатренд универзитет, 2017), 270-273.

гарантује се право на правично суђење током цијелог поступка, као и сва друга права и гаранције предвиђене законом државе у питању (члан 11).

Напослијетку, држава чланица на чијој територији се налази окривљени, дужна је да, уколико га не изручи, без изузетка и без обзира да ли је дјело извршено на њеној територији, предмет достави надлежним органима ради спровођења кривичног поступка, у складу са поступком предвиђеним унутрашњим прописима те државе (члан 12). Приликом доношења одлуке надлежни органи поступају на исти начин као у случају било ког другог тешког кривичног дјела прописаног законом те државе.

3.КАЖЊИВОСТ ЗА ПЛАЋЕНИКЕ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Поменути кривична дјела у вези са плаћеницима систематизована су у глави шеснаестој Кривичног закона Босне и Херцеговине⁴² (КЗБиХ) под називом “Кривична дјела против интегритета Босне и Херцеговине”. То су следећа дјела: противзаконито формирање војних снага (члан 162а) и б) противзаконито формирање и придруживање страним паравојним или параполицијским формацијама (члан 162б). На више или мање сличан начин кривична дјела у вези са плаћеницима (у групи међународних кривичних дјела са различитим називима) прописују и друга регионална кривична законодавства.

Тако, Кривични законик Сјеверне Македоније⁴³ у глави XXXIV (под називом “Кривична дјела против човјечности”) прописује дјело “Учешће у страним војним, полицијским, паравојним или параполицијским формацијама” (члан 322а). С друге стране, Казенски законик Словеније⁴⁴ у глави XIV под истим називом (“Кривична дјела против човјечности”) предвиђа дјело “Регрутовање војних плаћеника и лица млађих од осамнаест година” (члан 106). Казнени закон Хрватске⁴⁵ у глави IX која је сличне природе или садржине (под називом “Казнена дјела против човјечности и људског достојанства”) прописује одговорност и кажњивост за дјело “Новачење плаћеника” (члан 95).

У Републици Србији су ова кривична дјела систематизована у глави XXXIV Кривичног законика⁴⁶ под називом “Кривична дјела против човјечности и других добара заштићених међународним правом”. То су кривична дјела: а) учествовање у рату или оружаном сукобу у страној држави (члан 386а) и б) организовање учествовања у рату или оружаном сукобу у

42 „Службени гласник БиХ”, бр. 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 32/2007, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015 35/18 и 46/2021.

43 „Службен весник на Република Македонија”, бр. 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 827/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014 и 132/2014, 160/2014, 199/2014, 196/2015, 226/2015, 169/2016, 97/2017, 170/2017, 248/2018, 36/2023 и 188/2023.

44 „Урадни лист Републике Словеније”, бр. 55/2008, 66/2008, 39/2009, 91/2011, 50/2012, 54/2015, 6/2016, 38/2016, 27/2017, 23/2020, 91/2020, 95/2021, 186/2021, 105/2022 и 16/2023.

45 „Народне новине Републике Хрватске”, бр. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019, 84/2021, 114/2022 и 114/2023.

46 „Службени гласник Републике Србије”, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

страној држави (члан 386б). Коначно, Кривични законик Црне Горе⁴⁷ у члану 449б. садржи кривично дјело “Учествовање у страним оружаним формацијама” (у глави XXXV) под називом “Кривична дјела против човјечности и других добара заштићених међународним правом”.

Поред наведених кривичних дјела у вези са “плаћеницима”, постоји и кривично дјело *delicta preparata* (члан 170. КЗБиХ) под називом “Оснивање удружења или набављање средстава за учињење кривичних дјела из ове главе овог закона”. Овдје су, заправо, прописане кажњиве припремне радње, које су због високо испољег степена тежине, односно друштвене опасности - добиле карактер самосталне инкриминације. То значи да самим моментом предузимања неке од законом прописаних припремних радњи, постоји ово кривично дјело, под условом да су ове радње управљене на извршење било ког од кривичних дјела против интегритета Босне и Херцеговине.

Кривично дјело из члана 170. КЗБиХ се састоји у оснивању удружења или у набављању средстава за учињење кривичних дјела против интегритета Босне и Херцеговине. Ово дјело има за објект заштите интегритета државе Босне и Херцеговине.

Радњу извршења овог дјела чине двије алтернативно прописане припремне дјелатности. То су:

- а) оснивање удружења. То је дјелатност проналажења, анимирања, придобијања, те повезивања више лица са заједничким циљем. Овдје се, заправо, ради о организовању “злочиначког удружења”. Ријеч је о удружењу које представља било који облик удруживања три или више лица (члан 1. тачка 17. КЗБиХ) и
- б) набављање средстава. То је дјелатност прибављања, непосредног (директног) или посредног (индиректног) долажења у посјед (државину, притежање) учиниоца било ког средства (оруђа или оружја) за извршење било ког од законом прописаних “политичких” кривичних дјела.

Дјело⁴⁸ у овом облику испољавања је свршено самим моментом предузимања било које дјелатности која је управљена на оснивање удружења или за набављање средстава, без обзира на то да ли је радња била успјешна. Битно је да се нека од двије алтернативно прописане припремне радње предузима у циљу учињења неког од кривичних дјела против интегритета Босне и Херцеговине.

Извршилац овог дјела може да буде свако лице. У погледу кривице, потребан је умишљај који обухвата свијест учиниоца да своје радње управо предузима са циљем извршења неког од кривичног дјела против интегритета Босне и Херцеговине, односно њеног уставног (државног или друштвеног уређења, система политичке власти, економског поретка, те организације власти) интегритета, те спољне, односно унутрашње безбједности, суверенитета или територијалног интегритета.

За ово дјело је прописана казна затвора најмање три године. С обзиром на висину прописане казне и покушај овог кривичног дјела (односно умишљајно започињање извршења неке од припремних радњи) је кажњив.

⁴⁷ „Службени лист Републике Црне Горе“, бр. 70/2003, 13/2004, 47/2006, 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 14/2015, 42/2015, 58/2015, 44/2017, 49/2018, 3/2020, 26/2021, 144/2021, 145/2021 и 110/2023.

⁴⁸ Вид. Ђорђе Ђорђевић, *Кривично право, Посебни део* (Београд: Криминалистичко-полицијска академија, 2016), 118.

4. ПРОТИВЗАКОНИТО ФОРМИРАЊЕ ВОЈНИХ СНАГА

Ово дјело (члан 162а. КЗБиХ) се састоји у организовању, обучавању, опремању или мобилизирању војне снаге на територији БиХ противно Закону о одбрани БиХ⁴⁹ или Закону о служби у Оружаним снагама БиХ⁵⁰ или у руковођењу на било који начин овим дјелатностима. Као објект заштите овог дјела јавља се уставни поредак и безбједност Босне и Херцеговине.

Радњу извршења овог дјела чини више законом алтернативно прописаних дјелатности: а) организовање – проналажење, анимирање, придобијање и повезивање више лица на одређеном простору, у одређено вријеме са одређеним циљем - за непосредно или посредно учешће у војним (оружаним) снагама, б) обучавање – омогућавање стицање основних, унапрјеђених, продубљених, додатних или специјалних знања и вјештина за учешће за извршење било којих задатака или служби у војним снагама, ц) опремање – обезбјеђење основне или специјалне борбене или друге опреме, средстава или оруђа за извршење свих или појединих задатака или служби у оквиру војне снаге, д) мобилизирање – позивање, подстицање или окупљање више људи са одређеним циљем - ради ступања у војне снаге и е) руковођење – усмјеравање, управљање или координирање дјеловања војних снага у цјелини или појединих њених дијелова.

За постојање овог кривичног дјела је потребно да је радња извршења предузета: а) на одређеном мјесту – на територији Босне и Херцеговине, што значи да је мјесто предузимања радње извршења елемент његовог бића и б) на одређени начин – противправно - противно одредбама Закона о одбрани БиХ или Закона о служби у Оружаним снагама БиХ. То значи да учинилац управо у вријеме предузимања радње извршења кривичног дјела мора бити свјестан ове противправности.⁵¹

Извршилац овог кривичног дјела може бити свако лице, док је у погледу кривице потребан умишљај који обухвата свијест о противправности поступања учиниоца. За ово дјело је прописана казна затвора најмање пет година.

Посебан облик овог дјела (став 3) чини лице које се придружи војној снази организованој, обученој, опремљеној или мобилизованој противно Закону о одбрани БиХ или Закону о служби у Оружаним снагама БиХ на било који други начин.⁵²

Радња извршења овог облика дјела је одређена као придруживање војној снази. То је свака дјелатност којом учинилац постаје припадник, ступа у чланство војне снаге (без обзира на то ко ју је, када или гдје формирао, у БиХ или пак у иностранству) у било ком облику организовања или било које величине, са било којим циљем. Придруживање се може јавити као формално ступање у оружане снаге, усменом или писаном изјавом или пак фактичким вршењем, у њеном саставу или за њу - појединих задатака. Ова се дјелатност може предузети на два законом прописана начина: а) непосредно (директно) и б) посредно (индиректно), при чему учешће у оружаним снагама може бити трајно (дугорочено) или привремено, односно повремено (краткотрајно).

49 „Службени гласник Босне и Херцеговине“, број 88/2005.

50 „Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 88/2005, 53/2007, 59/2009, 74/2010, 42/2012 и 41/2016.

51 Вид. Саша Мијалковић и Марко Ђорђевић, “Одговорност плаћеника за учествовање у оружаним сукобима у иностранству”, *Правни живот*, 9 (2019): 155-165.

52 Вид. Дејан Лабовић, “Приватне војне компаније као фактор безбедности – предности и недостаци”, *Безбедност*, 3 (2015): 142-157.

За постојање овог облика кривичног дјела потребно је да се радња извршења предузима у односу на војну снагу која је организована, обучена, опремљена или мобилизована противно одредбама Закона о одбрани БиХ или Закона о служби у Оружаним снагама БиХ. За ово дјело је прописана казна затвора најмање три године.

Лакши облик дјела (став 4) представљају кажњиве припремне радње које су због високог степена друштвене опасности, односно тежине добиле карактер самосталног дјела (*delicta preparata*)⁵³. То значи да је кривично дјело у овом облику свршено самим моментом стварања услова или претпоставки да дође до извршења основног дјела. Дјело у овом облику се састоји у набављању средстава за учињење основног кривичног дјела – противзаконитог формирања војних снага, без обзира на облик његовог испољавања (односно врсту, природу или карактер предузетих радњи извршења).

Радња извршења је набављање. То је дјелатност којом учинилац непосредно или посредно долази у посјед, у државину, у фактичко притежање на било ком предмету, средству или оруђу које је подобно, у стању или могућности да својим дјеловањем на објект напада доведе до извршења основног дјела. Дјело је свршено самим моментом набављања оваквог средства са одређеним циљем, без обзира на то да ли је оно уопште употребљено.

За ово дело је прописана казна затвора у трајању од једне до десет година. Уз казну се може (не обавезно) изрећи мјера безбједности одузимања предмета који је на овај начин набављен.

5. ПРОТИВЗАКОНИТО ФОРМИРАЊЕ И ПРИДРУЖИВАЊЕ СТРАНИМ ПАРАВОЈНИМ ИЛИ ПАРАПОЛИЦИЈСКИМ ФОРМАЦИЈАМА

Ово кривично дјело чини лице које противно Закону о одбрани БиХ или Закону о служби у Оружаним снагама БиХ организује, руководи, обучава, опрема или мобилише појединце или групе људи с циљем придруживања, на било који начин, страном војној, страном паравојној или страном параполицијској формацији које дјелују ван БиХ или које се на било који начин придружи страном војној, страном паравојној или страном параполицијској формацији, обученој, опремљеној или мобилисаној да дјелује ван територије БиХ. Овом се инкриминацијом прописује кривица, односно кажњивост за организовање, регрутовање или постајање страним плаћеником.

Објекат заштите дјела чини интегритет и безбједност државе, како Босне и Херцеговине, тако и друге, било које државе као субјекта међународног јавног права. С друге стране, објект напада се јавља као иностранна група људи у виду стране војне, стране паравојне или стране параполицијске формације под условом да оне дјелују ван Босне и Херцеговине.

Кривично дјело из члана 162б. КЗ БиХ има два основна облика испољавања.

Први основни облик дјела⁵⁴ се састоји у организовању, руковођењу, обучавању, опремању или мобилисању појединаца или групе људи противно Закону о одбрани БиХ или

53 Вид. Наташа Делић, *Кривично право, Посебни део* (Београд: Правни факултет, 2021): 429-430.

54 Вид. Божидар Јеличић, "Покрет несврставања и плаћеници", *Међународна политика*, 40(1989): 23-25.

Закону о служби у Оружаним снагама БиХ са циљем придруживања, на било који начин, страној војној, страној паравојној или страној параполицијској формацији која дјелује ван Босне и Херцеговине.

Радњу извршења чини више законом алтернативно прописаних дјелатности. То су: а) организовање – проналажење, анимирање, придобијање, те повезивање више лица са заједничким циљем. Она се испољава као: 1) стварање нове, до тада непостојеће групе људи или 2) искоришћавање, у виду преусмјеравања дјеловања неке постојеће групе људи, б) руковођење – усмјеравање, управљање, координирање рада цијеле групе људи или њеног дијела, ц) обучавање – омогућавање стицања основних, додатних, продубљених или специјалних знања или вјештина, д) опремање – обезбјеђење, стављање на располагање групи борбене или друге опреме, оруђа или средстава и е) мобилисање – позивање, подстицање, врбовање више лица за приступање групи људи.

За постојање овог дјела је потребно да је радња извршења у било ком облику испољавања предузета⁵⁵: а) у погледу другог појединца или групе људи, б) на одређени противправан начин - противно одредбама Закона о одбрани БиХ или Закона о служби у Оружаним снагама БиХ, ц) са одређеним циљем - придруживања, ступања у чланство, постајања припадником на било који начин, без обзира на то да ли је овај циљ у конкретном случају остварен и д) у односу на одређену групу – инострану војну, страну паравојну или страну параполицијску формацију, под условом да она дјелује ван територије Босне и Херцеговине.

Извршилац дјела може бити свако лице, док је у погледу кривице потребан директан умишљај који обухвата свијест о противправности поступања учиниоца, односно одређени циљ који га мотивише на предузимање радње, али циљ који не мора бити остварен у сваком конкретном случају. За овај облик дјела је прописана казна затвора у трајању од најмање осам година.

Други основни облик кривичног дјела се састоји у придруживању на било који начин страној војној, страној паравојној или страној параполицијској формацији, обученој, опремљеној или мобилисаној која дјелује ван БиХ. Радњу извршења дјела у овом случају чини придруживање. То је дјелатност ступања у чланство, у постајању припадником, формално (јасним, недвосмисленим приступањем, усменим или писаним путем) или фактичким предузимањем дјелатности у оквиру, у име и за рачун групе. За постојање овог дјела је потребно да се радња извршења предузима: а) у односу на страну војну, страну паравојну или страну параполицијску формацију, б) на одређени начин и ц) у односу на групу људи – страну формацију (групу људи) која има одређени циљ, која је обучена, опремљена или мобилисана за дјеловање ван БиХ – на одређеном мјесту. За ово дјело је прописана казна затвора у трајању од најмање три године.

Извршилац дјела може бити свако лице. При томе, сам закон (став 6) искључује одговорност лица (било ког облика кривичног дјела – основног, посебног или лаког) која су на законит начин стекла држављанство стране земље признате од стране Босне и Херцеговине у чијој војсци или војној формацији служе или служе војним формацијама под контролом међународно признатих влада од стране Уједињених нација, формираним на основу закона.

55 Вид. Божидар Јеличић, *Плаћеници у међународном праву и међународним односима* (Београд: ауторско издање, 2016):171-185.

У погледу кривице потребан је умишљај који обухвата свијест о противправности поступања учиниоца.

Посебан облик дјела заправо представља кажњиве припремне радње које су због високог степена тежине и друштвене опасности добиле карактер самосталне радње извршења. Дјело у овом облику испољавања се састоји у набављању или оспособљавању средства, уклањању препреке, стварању плана, договарању са другима, врбовању другог или предузимању било које друге радње којом се стварају услови за директно (непосредно) извршење овог кривичног дјела. На овај начин се стварају услови или претпоставке за непосредно, директно извршење овог кривичног дјела.

Ово дјело се предузима сљедећим алтернативно прописаним радњама извршења⁵⁶: а) набављање (непосредно или посредно долажење у посјед, у државину) или оспособљавање средстава (оруђа) за извршење кривичног дјела, б) уклањање препреке за циљем омогућавања уопште или олакшавања извршења кривичног дјела, ц) стварање (у виду израде, новог или преправке, преинаке постојећег) плана за извршење дјела, д) договарање (постизање сагласности воља или споразума) са другим лицима ради извршења дјела, е) врбовање у виду подстрекавања, подстицања другог на извршење дјела у смислу предузимања психолошких дјелатности утицања на вољу другог лица и ф) предузимање било које друге радње којом се стварају услови за директно (непосредно) извршење овог кривичног дјела. За ово дјело је прописана казна затвора у трајању од једне до десет година.

Поред два основна, те једног посебног облика, кривично дјело из члана 1626. КЗ БиХ има и два лакша (привилегована) облика испољавања.

Први лакши облик дјела (став 4) чини лице које јавно, путем средстава информисања, дистрибуира или на било који други начин упути поруку јавности, која за циљ има подстицање другог на извршење овог кривичног дјела. Ово је посебан облик подстрекавања које овдје није предвиђено као облик саучесништва, већ као самостална радња извршења - због високо исполене друштвене опасности, односно тежине. Дјело у овом облику је свршено самим јавним подстрекавањем, навођењем других лица на извршење овог кривичног дјела, иако до њега уопште није дошло у конкретном случају.

Ово кривично дјело чине сљедећи конститутивни елементи⁵⁷:

- а) објект напада је порука (изјава воље или мисли неког лица) која је упућена јавности, дакле, са циљем сазнавања њене садржине од стране индивидуално неодређеног броја људи,
- б) радњу извршења чине двије законом алтернативно прописане дјелатности. То су: 1) дистрибуирање поруке јавности – чињење доступним, ширење у виду омогућавања или олакшавања сазнавања другим лицима садржине одређене поруке или изјаве мисли или воље и 2) упућивање - одашиљање, непосредно или посредно, поруке или изјаве воље или мисли упућивање јавности њене садржине на било који други начин,
- ц) радња извршења се предузима на одређени начин: 1) јавно – на начин да буде, сазнат доступан индивидуално неодређеном броју људи и 2) путем средстава информисања (мас медија - било штампаних или електронских),

56 Вид. Берислав Павишић, Велинка Грозданић и Петар Веић, *Коментар Казненог закона* (Загреб: Народне новине, 2007), 169-173.

57 Миодраг Симовић и Владимир Симовић, *Кривично право Брчко дистрикта БиХ, Посебни дио* (Лакташи: Графомарк, 2021), 41 и 42.

- д) порука јавности треба да има одређени циљ - подстицање (стварања нове или учвршћивање постојеће, недовољно чврсте, колебљиве поруке или изјаве воље или мисли) другог лица на извршење овог кривичног дјела.

За ово дјело је прописана казна затвора у трајању од три мјесеца до три године.

Најлакши облик дјела (став 5), за који је прописана казна затвора у трајању од шест мјесеци до три године, али за који се учинилац дјела може (факултативно) потпуно ослободити од прописане казне (односно може му се ублажити законом прописана казна), чини лице које откривањем групе спријечи извршење кривичног дјела или које открије групу прије извршења кривичног дјела. Група људи (члан 1. тачка 20. КЗ БиХ) представља удружење које је састављено од најмање три лица која су повезана ради чињења кривичних дјела, при чему свако од њих даје свој удио у извршењу кривичног дјела.

Ово је специјалан облик добровољног одустанка за чије је постојање потребно испуњење сљедећих услова: а) учинилац дјела може бити само члан групе, али не и њен коलोвођа или руководилац (односно организатор), б) учинилац дјела мора да спријечи извршење (да онемогући наступање, проузроковање посљедице у смислу материјалне промјене или стања у спољном свијету) припреманог или планираног кривичног дјела – на посебан начин, откривањем групе, дакле, њеним пријављивањем надлежним државним органима. Ово пријављивање може бити предузето непосредно или посредно, усмено, у писаној форми или на други начин, путем потписане или непотписане, анонимне или псудонимне пријаве која се доставља, благовремено надлежном државном органу – полицији, тужилаштву или суду, ц) учинилац дјела треба да открије групу надлежним државним органима у одређено вријеме (које чини елеменат бића овог кривичног дјела, што представља фактичко питање које суд рјешава у сваком конкретном случају) – то је вријеме прије него што је припадник групе (пријавилац дјела) у њеном саставу или за њу учинио неко, било које кривично дјело, ради чијег извршења је ова група управо основана (формирана).

6. ЗАКЉУЧАК

Жртве рата могу се повећати када су плаћеници укључени у сукоб, и то не само да могу компликовати, већ и продужити сукоб. С тим у вези, оквир међународног хуманитарног права пружа конкретан основ кроз који се плаћеници класификују током оружаног сукоба. Међутим, погрешним означавањем бораца као плаћеника, страних добровољаца или страних терористичких бораца, појединцима се накнадно не пружају права или заштита коју би требали имати у складу са законом. Злоупотреба, односно неразумијевање закона о тероризму и недостатак разлике између страних добровољаца, страних бораца и плаћеника подрива сврхе међународног хуманитарног права да регулише оружани сукоб, да заштити цивиле и ризикује да појединце подвргне лошем или нехуманом третману упркос томе што имају право на статус ратног заробљеника.

Нажалост, плаћеници су реалност и данас. Они који мисле да се приватна војна индустрија може игнорисати, регулисати или категорички забранити - реаговали су прекасно.

Тржиште силе је поново постало реалност и расте алармантном брзином. Уз то, појављивање плаћеника је један од најопаснијих трендова нашег времена. Нуђење ратних средстава свакоме ко то може да приушти, трансформисаће ратовање и будућност рата.

Ако новац може да купи ватрену моћ, онда ће велике корпорације и супер - богати постати нова врста суперсиле. Ово ће донијети нова правила глобалног поретка, која нису одавно виђена. Ко, како и зашто се људи боре - мијења се схватање о томе, убрзавајући глобални хаос. Као и према питању тероризма деведесетих година прошлог вијека, мора се повећати стратешки однос и према приватном ратовању или претрпiti стратешко изненађење.

ЛИТЕРАТУРА

- Adams Ralph J. Q. & Poirier Philip P. The Conscription Controversy in Great Britain, 1900–18 (Palgrave Macmillan UK, 1987).
- Andrews Evan, 6 Legendary Mercenary Armies From History (A&E Television Networks, 2023), <https://www.history.com/news/6-legendary-mercenary-armies-from-history>.
- Byman Daniel L. Foreign fighters in Ukraine? Evaluating the benefits and risks (Brookings, 3 March 2022).
- Deborah Avant, "From mercenary to citizen armies: Explaining change in the practice of war", *International Organization* (2000): 41–72.
- Делић Наташа. *Кривично право. Посебни део*. Београд: Правни факултет, 2021. (Delić Nataša. *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd: Pravni fakultet, 2021.)
- Dempsey Guy. *Napoleon's Mercenaries: Foreign Units in the French Army Under the Consulate and Empire, 1799–1814* (Frontline Books, 2002).
- Dongen van Tan, Weijenberg Gijs, Vugteveen Martijin, Farrell-Molloy Joshua. *Foreign Volunteers in Ukraine: Security Considerations for Europe* (International Centre for Counter-Terrorism, 4 May 2022).
- Ђорђевић, Ђорђе. *Кривично право. Посебни део*. Београд: Криминалистичко-полицијска академија, 2016. (Đorđević, Đorđe. *Krivično pravo. Posebni deo*. Beograd: Kriminalističko-policijska akademija, 2016.)
- Иванов Геннадий. „Борьба за справедливость: ЧВК „Вагнер“ изменила девиз на боевых знаменах“. *Петербургская газета* (in Russian, 25 August 2023). (Ivanov Gennadij. „*Bor'ba za spravedlivost'*: CHVK „Vagner“ izmenila deviz na boevykh znamenakh“. *Peterburgskaya gazeta*)
- Eliav Lieblich. "The Status of Mercenaries in International Armed Conflict as a Case of Politicization of International Humanitarian Law, *Bucerius Law Journal*, (March 2009), Available at <https://ssrn.com/abstract=1538046>.
- Етински Родољуб, Ђајић Сања и Тубић, Бојан. *Међународно јавно право*. Нови Сад: Правни факултет, 2021. (Etinski Rodoljub, Đajić Sanja i Tubić, Bojan. *Međunarodno javno pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet, 2021.)
- Fallah Katherine. "Corporate Actors: the Legal Status of Mercenaries in Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, 863(2006): 599-611.

- France John ed. „Mercenaries and Paid Men: The Mercenary Identity in the Middle Ages“, *Smithsonian History of Warfare*, 47/2008.
- Greenwood Christopher. „Customary international law and the First Geneva Protocol of 1977“, in the Gulf conflict, in Peter Rowe, The Gulf War 1990–91, *International and English Law*, 63, 75 (1993).
- Guarino Mark. Foreign fighters in Ukraine speak out on their willingness to serve: I had to go (ABC News, 6 November 2022).
- Guiora Amos, N. ed. *Top Ten Global Justice Law Review Articles* (Oxford University Press, 2009).
- Ingrao Charles W. *The Hessian Mercenary State: Ideas, Institutions, and Reform Under Frederick II, 1760–1785* (Cambridge University Press, 2003).
- Jeličić Božidar. „Plaćenici u savremenim međunarodnim i unutrašnjim sukobima“, doktorska disertacija. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 1987.
- Jeličić Božidar. „Pokret nesvrstavanja i plaćenici“, *Međunarodna politika*. 40(1989): 23-25.
- Jeličić Božidar. *Plaćenici u međunarodnom pravu i međunarodnim odnosima*. Beograd: autorsko izdanje, 2016.
- Kreća Milenko i Šurlan Tijana. *Međunarodno javno pravo*. Beograd: Kriminalističko-policijska akademija, 2016.
- Kreća Milenko. *Međunarodno javno pravo*. Beograd: Pravni fakultet, 2022.
- Krivokapić Boris. *Međunarodno pravo*, Beograd: Megatrend univerzitet, 2017.
- Labović Dejan. „Privatne vojne kompanije kao faktor bezbednosti – prednosti i nedostaci“, *Bezbednost*, 3 (2015): 142-157.
- Mancini Marina. *Private Military and Security Company Employees: Are They the Mercenaries of the Twenty-first Century?* (EUI Working Paper AEL 2010/5, European University Institute, San Domenico di Fiesole, 2010).
- Marolov Dejan. *Megunarodno javno pravo*. Štip: Univerzitet Goce Delčev, 2020.
- McFate Sean. *The Modern Mercenary: Private Armies and What They Mean for World Order* (Oxford University Press, 2016).
- Mehra Tanya & Thorley Abigal, *Foreign Fighters, Foreign Volunteers and Mercenaries in the Ukrainian Armed Conflict* (International Centre for Counter - Terrorism, 11 July 2022).
- Mijalković, Saša i Đorđević, Marko. „Odgovornost plaćenika za učestvovanje u oružanim sukobima u inostranstvu“, *Pravni život*, 9 (2019): 155-165.
- Mijović Ljiljana. *Osnove međunarodnog javnog prava. Prvi dio*. Banja Luka: Komesgrafika, 2019.
- Milenkovska Marija. *Megunarodno javno pravo*. Skopje: Fakultet za bezbednost, 2019.
- Mockler Anthony. *The New Mercenaries: The History of the Mercenary from the Congo to the Seychelles* (Paragon House, 1987).
- Ortakovski, Vladimir i Milenkovska Marija. *Megunarodno javno pravo*. Skopje: Fakultet za bezbednost, 2014.
- Othen Christopher. *Katanga 1960–63: Mercenaries, Spies and the African Nation that Waged War on the World* (History Press, 2015).

- Pavišić Berislav, Grozdanić Velinka i Veić, Petar. *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine, 2007.
- Rodney Atwood. *The Hessians: Mercenaries from Hessen-Kassel in the American Revolution* (Cambridge University Press, 1980).
- Rodriguez Moises Enrique, *Freedom's Mercenaries: British Volunteers in the Wars of Independence of Latin America*, vol. 2. (Hamilton Books, 2006).
- Ross Alice. *UK firm 'employed former child soldiers' as mercenaries in Iraq* (London: *The Guardian*, 17 April 2016).
- Sarah Percy, *Mercenaries: The history of a norm in international relations* (Oxford University Press, 2007).
- Scahill Jeremy, *Blackwater: The Rise of the World's Most Powerful Mercenary Army* (Nation Books, 2007).
- Simons Suzanne, *Master of War: Blackwater USA's Erik Prince and the Business of War* (New York: Collins, 2009).
- Simović Miodrag i Simović Vladimir. *Krivično pravo Brčko distrikta BIH. Posebni deo*. Laktaši: Grafomark, 2021.
- Singer W. Peter. *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry* (New York: Cornell University Press, Ithaca, 2003).
- Starčević Miodrag. "Položaj plaćenika u savremenom međunarodnom pravu oružanih sukoba", *Bilten pravne službe JNA*, 3-4 (1991): 19-31.
- Tafro Azis. *Ruski i grčki plaćenici u ratu u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Azis Tafro, 2014.
- Thomson Janice E. *Mercenaries, pirates, and sovereigns: state-building and extraterritorial violence in early modern Europe* (Princeton University Press, 1994).
- Underwood Matthew, "Jealousies of a standing army: the use of mercenaries in the American revolution and its implications for Congress's role in regulating private military firms", *Northwestern University Law Review*, 106 (2012): 317-349.
- Vučinić, Zoran. *Međunarodno javno pravo*. Beograd: Fakultet bezbednosti, 2013.
- Venter Albertus Johannes *War Dog: Fighting Other People's Wars: The Modern Mercenary in Combat* (Lancer Publishers, 2010).
- Weiss Stuart L., "American Foreign Policy and Presidential Power: The Neutrality Act of 1935", *The Journal of Politics*, vol. 30, 3 (1968): 672-695.
- Woolley Peter J., "Soldiers of Fortune", *The Common Review*, vol. 5, 4(2007): 46-48.
- Yalichev Serge, *Mercenaries of the Ancient World* (Constable, 1997).

CRIMINAL OFFENSES RELATING TO “MERCENARIES” - INTERNATIONAL STANDARDS AND THE LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Miodrag N. Simović⁵⁸

*Academy of Sciences and Arts of Bosnia and Herzegovina, Faculty of Law, University of
Bihać, Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina*

Vladimir M. Simović⁵⁹

*Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina, Faculty of Security and Protection Independent
University in Banja Luka*

Summary: Mercenaries, also called rich soldiers or „hired gunmen“, are private individuals who join an armed conflict for personal gain. They are not members of any official army, they fight for money or other forms of payment, not for political interests.

Beginning in the 20th century, mercenaries were increasingly considered less eligible for protection from the rules of war that apply to non-mercenaries. The Geneva Conventions stipulate that mercenaries are not recognized as legitimate fighters and do not have to be granted the same legal protection as captured members of the armed forces. In practice, whether a person is a mercenary is an issue of each specific case, because financial and political interests can overlap.

On the basis of international obligations undertaken by signing and accepting international documents adopted within the framework of the Organization of the United Nations, Bosnia and Herzegovina also prescribed in its criminal legislation, the liability and punishment for criminal offenses related to „mercenaries (domestic or foreign). Namely, the International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries, adopted in New York on 4 December 1989, set the standard for these incriminations. Accordingly, the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina provides for two criminal offenses that prescribe criminal liability, i.e. punishment for mercenaries. These offenses are systematized in chapter sixteen under the title a) illegal formation of military forces, and b) illegal formation and joining to foreign paramilitary or parapolice formations. The paper analyzes the concept, elements, content and characteristics, as well as the forms and types of manifestation of these incriminations in the criminal law of Bosnia and Herzegovina, based on established international standards.

Keywords: international standards, “mercenaries”, criminal offense, formation of a group, punishment.

⁵⁸ Academician, full member of the Academy of Sciences and Arts of Bosnia and Herzegovina, full professor at the Faculty of Law, University of Bihać, professor emeritus, retired judge of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, e-mail: msimovic@anubih.ba; <https://orcid.org/0000-0001-5116-680X>.

⁵⁹ Prosecutor of the Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina, full professor at the Faculty of Security and Protection Independent University in Banja Luka, e-mail: vlado_s@blic.net; <https://orcid.org/0009-0002-9640-6488>.

ДОПРИНОС ТУЖИЛАЧКЕ ИСТРАГЕ (НЕ) ЕФИКАСНОСТИ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА¹

Иван Илић²

Правни факултет Универзитета у Нишу

Димитрије Андрејић³

Правни факултет Универзитета у Нишу

Сажетак: Талас реформи кривичног процесног права донео је у кривично законодавство Републике Србије конкретно у Законик о кривичном поступку из 2011. године, модел јавно тужилачке истраге. Од дана увођења јавно-тужилачке истраге у кривично процесно законодавство, овај модел истраге се налази под лупом стручне јавности. С тим у вези, аутори у раду настоје да објасне на који се начин јавно-тужилачка истрага, као прихваћени модел истраге у савременом кривичном процесном праву Републике Србије и кривичном поступку у Републици Србији, одражава на ефикасност кривичног поступка у целини. Аутори ће кроз анализу деловања органа јавног тужилаштва у свим фазама претходног и главног кривичног поступка указати и на степен поштовања и усклађености постојећег правног оквира у Републици Србији са стандардима Европског суда за људска права у контексту права на суђење у разумном року као једног од основних људских права која су гарантована и у кривичном поступку.

Кључне речи: тужилачка истрага, ефикасност кривичног поступка, ЗКП, кривични поступак, јавни тужилац, ЕСЉП

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Кривични поступак какав познајемо, поједини аутори сагледавају кроз његову двојаку функцију,⁴ односно у науци кривичног процесног права можемо наићи на став да кривични поступак јесте изграђен на две тенденције⁵, прво да се заштитна улога кривичног поступка

¹ Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/ 200120 од 05.02.2024. године.”

² Ванредни професор на Правном факултету Универзитета у Нишу E-mail ivan@prafak.ni.ac.rs

³ Докторанд и демонстратор на Правном факултету Универзитета у Нишу E-mail: dimitrije@prafak.ni.ac.rs

⁴ Д. Радуловић, „Ефикасност кривичног поступка и њен реални утицај на сузбијање криминалитета“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, Вол. 35, Бр. 2-3, 1997, стр. 166

⁵ У теорији кривичног процесног права можемо наићи и на схватања која представљају опозит оваквом поимању кривичног поступка израженом кроз две тенденције, примера ради видети: М. Колаковић-Бојовић, *Појам ефикасности кривичног поступка – Разумемо ли идеал коме тежимо?*, Криминал, државна реакција и хармонизација са европским стандардима. (Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања,

оствари ефикасно⁶ и да се у што већој мери обезбеди заштита грађанина, односно његових права и слобода.⁷ Материјализацију две поменуте тенденције можемо уочити и тексту важећег Закона о кривичном поступку⁸ и то у ставу 1 члана 1:

„Овај законик утврђује правила чији је циљ да нико невин не буде осуђен⁹, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција¹⁰ под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка.“ на шта и указују и други теоретичари кривичног процесног права.¹¹ Јасно је да се двојако одређене функције кривичног поступка врло често налазе у контрадикцији или можемо рећи да се пред државу¹² постављају сукобљени захтеви, адекватна заштита друштва од криминалитета, али таква да буде ефикасна.

Када говоримо о тужилачком моделу истраге и њеном инкорпорирању у правне системе држава европског континента, први корак учинила је Немачка 1974. године онда када је до тада прихваћени модел судске истраге заменила тужилачким моделом истраге, Законом о реформи кривичног процесног права, притом је, како истичу аутори кривичног процесног права, у Немачкој управо тужилачка истрага дала и најбоље резултате, што видимо из чињенице да је тужилачки модел истраге опстао до данас.¹³ На простору Балканског полуострва, у свој правни систем, с циљем унапређења и повећања ефикасности фазе истраге, односно кривичног поступка у целини, тужилачки модел истраге прва је унела Босна и Херцеговина.¹⁴

Управо у том духу, вођен циљем ефикасности кривичног поступка, новелираним текстом Закона о кривичном поступку из 2011. године, који је настао као резултат реформи кривичног законодавства Републике Србије, у кривично процесно право, законописац уводи концепт тужилачке истраге.¹⁵ На тај начин, законописац, увођењем новог модела тужилачке истраге у битноме одступа од континенталне правне традиције каква карактерише правни систем Републике Србије.

Заговорници модела тужилачке истраге¹⁶ *inter alia* наводе да је увођење оваквог модела истраге оправдано и из разлога ефикасности кривичног поступка у целини.¹⁷ Међутим, поставља се питање да ли тужилачка истрага онако као је она нормирана важећим Законом о кривичном поступку из 2011. године пружа барем нормативну основу да се кроз

2013), 373-384; Међутим, аутори прихватају у раду истакнуто разумевање кривичног поступка као логички тачно, правно утемељено и науком оправдано.

6 Лат. *efficacitas*, успешност

7 Видети више код: В. Бајер, *Кривично процесно право* (Загреб: 1980)

8 („Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС)

9 Заштита права грађана.

10 Ефикасност кривичног поступка.

11 Д. Радуловић, „Ефикасност кривичног поступка и њен реални утицај на сузбијање криминалитета“, 166

12 Која како знамо једина има *ius puniendi*.

13 С. Бејатовић, *Тужилачка истрага као обележје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона (криминалнополитички разлози озакоњења, стање и перспективе)*, Тужилачка истрага – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, (Београд: Мисија ОЕБС у Србији, 2014), 14

14 *Ibid.*

15 О истрази као почетној фази редовног кривичног поступка и моделу тужилачке истраге биће више речи у наставку.

16 Разлогом унапређења ефикасности кривичног поступка у целини, водиле су се све државе које су у свој правни систем унеле модел тужилачке истраге, почевши од Немачке 1974. године.

17 С. Бркић, „Да ли је јавнотужилачка истрага ефикаснија од судске истраге?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Вол. 54 бр. 4 (2020): 1183

бржи завршетак фазе истраге допринесе следствено и бржем окончању кривичног поступка у целини?

Ефикасност кривичног поступка, врло често се истиче као посебан циљ, али и идеал коме тежи сваки правни систем, модерних демократских друштава. У прилог томе говори и посебна пажња коју регионални и међународни документи правног карактера, пре свега у области заштите људских права, поклањају праву на правично суђење, те у том контексту посебно трајању кривичних поступака, у којима несумњиво долази до најозбиљнијег и најобимнијег задирања државних власти у основна људска права и слободе грађана. Наравно, брзо окончање кривичног поступка, у овом случају конкретно фазе истраге никако не сме бити водећи и главни циљ јавног тужиоца који има доминанту улогу у фази истраге.

Посебно треба указати и на чињеницу да се не може примат дати ефикасности кривичног поступка¹⁸ и бржем окончању фазе истраге као прве фазе редовног кривичног поступка, науштрб квалитетне и адекватне заштите друштва од криминалитета.

2. КАРАКТЕРИСТИКЕ ТУЖИЛАЧКЕ ИСТРАГЕ ПРЕМА ЗАКОНИКУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ИЗ 2011. ГОДИНЕ

Тужилачку истрагу можемо дефинисати као прву фазу редовног кривичног поступка, коју иницира јавни тужилац одлуком у форми наредбе¹⁹, против пунолетног лица, или ако је то неопходно против непознатог лица, онда када постоје основи сумње²⁰ да је извршено официјелно²¹ кривично дело.²² Законописац, ставом 2 члана 295 Законика о кривичном поступку (важећег процесног законика) одређује сврху оваквог модела истраге тако да се у истрази прикупљају докази и подаци који су потребни да би се могло одлучити да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак, докази који су потребни да се утврди идентитет учиниоца, докази за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано, као и други докази који могу бити од користи за поступак, а чије се извођење, с обзиром на околности случаја, показује целисходним.²³

18 Неодољив утисак је да законописац под појмом ефикасности разуме у највећој мери брзину окончања поступка, изузимајући његову вредносну, односно његову квалитативну форму.

19 Судска истрага се раније покретала захтевом за покретање истраге који је јавни тужилац подносио истражном судији. Такође треба указати на чињеницу да се у стручној јавности јавила интенција да се изменама и допунама Законика о кривичном поступку промени досадашњи начин покретања истраге, те да се у будућем истрага покреће одлуком у форми решења.

20 Законик о кривичном поступку у члану 2, ставу 1, тачки 17 дефинише основ сумње као скуп чињеница које посредно указују да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинилац кривичног дела. На овом месту такође треба поменути да би у духу неопходности постојања својеврсне динамичности кривичног поступка у његовој целини, јер сама реч поступак указује на нешто што се развија временом (лат. *procedere*), неопходно било да се следећим изменама и допунама Законика о кривичном поступку истрага покреће онда када постоји основана, а не основи сумње.

21 Кривично дело за које се кривично гоњење предузима по службеној дужности.

22 С. Кнежевић, *Кривично процесно право - посебни део*, (Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2019), 23

23 Члан 295, став 2 Законика о кривичном поступку

2.1. Покретање истраге и предузимање радњи у истрази

Како је већ речено прва фаза редовног кривичног поступка, фаза истраге покреће се одлуком надлежног јавног тужиоца, у форми наредбе. Наредба о спровођењу истраге доноси се пре или одмах након прве доказне радње коју су предузели јавни тужилац или полиција у предистражном поступку, најкасније у року од тридесет дана од дана када је јавни тужилац обавештен о првој доказној радњи коју је полиција предузела.²⁴ *Dominus litis* прве фазе редовног кривичног поступка јесте јавни тужилац.²⁵

Даље, према слову Законика о кривичном поступку јавни тужилац предузима доказне радње, по правилу, само на подручју надлежности суда пред којим поступа.²⁶ Ако интерес истраге захтева, јавни тужилац може поједине доказне радње предузети и ван подручја овог суда, али је дужан да о томе обавести јавног тужиоца који поступа пред судом на чијем подручју предузима доказне радње. Притом, уколико је јавном тужиоцу приликом извођења појединих доказних радњи неопходна помоћ других државних органа, полиције, или било ког другог правног лица, они су дужни да ту помоћ обезбеде, јер предузимање доказних радњи не сме трпети било какво одлагање.²⁷

Такође, законописац улогу *dominus litis*-а јавног тужиоца материјализује и кроз став 4 члана 299 Законика о кривичном поступку, којим је предвиђено да јавни тужилац може поверити полицији извршење појединих доказних радњи у складу са одредбама овог законика.²⁸ Дакле Законик о кривичном поступку, барем нормативно, даје могућност јавном тужиоцу да у потпуности оствари своју доминантну, водећу улогу током фазе истраге, што даље видимо у члану 287 Законика о кривичном поступку где је нормирано да ако полиција у предистражном поступку предузме доказну радњу о томе ће без одлагања обавестити јавног тужиоца.²⁹ Наравно, докази које је полиција прибавила предузимањем доказних радњи могу бити коришћени у даљем току кривичног поступка, ако су доказне радње спроведене у складу са овим закономиком.³⁰

Из поменутих одредби Законика о кривичном поступку које нам ближе указују на однос јавног тужиоца и полиције током кривичног поступка, конкретно током фазе истраге, јасно можемо закључити да у нашем кривичном процесном праву егзистира више „тужилачко-полицијски“ модел истраге више него „чисти“ тужилачки модел, управо сличан модел истраге какав јесте прихваћен и у Немачкој³¹, одакле, како смо већ изнели, наш законописац, али и законописац из држава бивше Југославије преузима овај модел истраге.

²⁴ Члан 296, став 1 и став 2 Законика о кривичном поступку

²⁵ В. Ђурђић, *Кривично процесно право – општи део*, (Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2014), 18

²⁶ За више о надлежности судова и јавних тужилаштава погледати Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава, „Сл. гласник РС“, бр. 101/2013

²⁷ Члан 298, став 3 и став 4 Законика о кривичном поступку

²⁸ Став 4, члан 299 Законика о кривичном поступку

²⁹ Чл. 287 Законика о кривичном поступку

³⁰ Став 2, члан 287 Законика о кривичном поступку.

³¹ Милан Шкулић, „Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка“ *Crimen*, вол. 4 бр. 2 (2013): 191-192

2.2. Предузимање радњи у корист одбране

Законописац, када је реч о улози одбране и праву на одбрану у формалној фази истраге, предвиђа да осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе и материјал у корист одбране. Како би се ова нормативна могућност материјализовала осумњичени и његов бранилац дакле имају право: да разговарају са лицем које им може пружити корисне податке за одбрану и да од тог лица прибављају писане изјаве и обавештења уз његову сагласност³², да улазе у приватне просторије или просторе који нису отворени за јавност, у стан или у просторе повезане са станом, уз пристанак њиховог држаоца, да од физичког или правног лица преузму предмете и исправе и прибаве обавештења којима оно располаже уз његову сагласност, уз обавезу да том лицу издају потврду са пописом преузетих предмета и исправа.³³

Такође ако осумњичени и његов бранилац сматрају да је потребно предузети одређену доказну радњу, предложиће јавном тужиоцу да је предузме. Међутим уколико јавни тужилац одбије предлог за предузимање одређене доказне радње или о предлогу не одлучи у року од осам дана од дана подношења предлога, осумњичени и његов бранилац могу поднети предлог судији за претходни поступак, који одлуку о томе доноси у року од осам дана. Ако судија за претходни поступак усвоји предлог осумњиченог и његовог браниоца, наложиће јавном тужиоцу да предузме доказну радњу и одредити му за то рок.³⁴

2.3. Присуство окривљеног и браниоца извођењу радњи током истраге

Док још увек говоримо о остваривању права на одбрану током фазе истраге, потребно је указати на важећа законска решења садржана у Законику о кривичном поступку, која се тичу права осумњиченог и његовог браниоца да присуствују извођењу доказних радњи. Чланом 300 Законика о кривичном поступку уређена су правила о присуству доказним радњама, те је тако првим ставом одређено да је јавни тужилац дужан да браниоцу осумњиченог упути позив да присуствује саслушању осумњиченог, односно да осумњиченом и његовом браниоцу упути позив, а оштећеног обавести³⁵ о времену и месту испитивања сведока или вештака.³⁶

Међутим, већ у другом ставу члана 300 Законика о кривичном поступку, законописац уводи спорну одредбу којом предвиђа изузетак од става 1. овог члана, у поступцима за кривична дела за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности³⁷, где јавни тужилац може испитати сведока и без позивања осумњиченог и његовог браниоца да присуствују испитивању ако оцени да њихово присуство може утицати

32 Ово овлашћење се не односи на оштећеног и на лица која су већ испитана од стране полиције или јавног тужиоца.

33 Члан 301 Законика о кривичном поступку

34 Члан 302 Законика о кривичном поступку

35 Присутан је став да између позива који се упућује осумњиченом и обавештења које се упућује оштећеном у кривичном поступку нема суштинских разлика, међутим, поменути се јасно прави разлика између ова два процесна субјекта што и јесте *ratio legis*.

36 Став 1, члан 300 Законика о кривичном поступку

37 Тужилаштво за организовани криминал, тужилаштво за ратне злочине.

на сведока.³⁸ Не треба занемарити релативизацију овако спорног законског решења тиме што се истим ставом нормира да се у случају поменутог изузетка судска одлука не може заснивати искључиво или у одлучујућој мери на том исказу сведока, добијеног без присуства осумњиченог и његовог браниоца, међутим јасна је дерогација права на одбрану, што свакако мора бити у фокусу законописцу приликом наредне измене и допуне Законика о кривичном поступку.

Осумњичени, његов бранилац и оштећени могу да присуствују увиђају, што се јемчи ставом 3 члана 300 Законика о кривичном поступку³⁹, док аутори указују на спорну одредбу из става 4 поменутог члана. Наиме, ставом 4, члана 300 Законика о кривичном поступку је, између осталог, одређено да ако је осумњичени у притвору, а доказна радња се предузима ван седишта суда, јавни тужилац ће одлучити да ли је потребно присуство осумњиченог.⁴⁰ Сматрамо да се не може оставити дискреционој процени јавног тужиоца процена да ли је потребно присуство осумњиченог извођењу одређене доказне радње. Управо се поменутим ставом 4 члана 300 Законика о кривичном поступку још једном занемарује једнакост оружја у кривичном поступку, јер ако знамо да лица која присуствују доказним радњама могу предложити јавном тужиоцу да ради разјашњења ствари постави одређена питања осумњиченом, сведоку или вештаку, а по дозволи јавног тужиоца могу постављати питања и непосредно, те да ова лица имају право да захтевају да се у записник унесу и њихове примедбе у погледу предузимања појединих радњи, а могу и предложити прикупљање појединих доказа,⁴¹ поставља се питање, да ли се може дати моћ јавном тужиоцу да директно утиче на активну улогу осумњиченог у кривичном поступку, последично и на његово остваривање права на одбрану? Не смемо заборавити чињеницу да и поред законске могућности и обавезе јавног тужиоца да прикупља доказе и у корист одбране, пракса нам управо показује, да осим тога што је то јако редак случај, да се јавни тужиоци, по природи ствари, понашају као супротна, односно противна страна одбрани и осумњиченом.

2.4. Окончање истраге

Коначно, када јавни тужилац нађе стање ствари довољно разјашњеним, доноси наредбу о завршетку истраге, коју доставља осумњиченом и његовом браниоцу, уколико осумњичени има браниоца, и обавештава оштећеног о завршетку истраге. Ако јавни тужилац не оконча истрагу против осумњиченог у року од шест месеци⁴², дужан је да обавести непосредно вишег јавног тужиоца о разлозима због којих истрага није окончана, те ће непосредно виши јавни тужилац бити дужан да предузме радње и мере да се покренута истрага оконча.⁴³

Притом у сваком конкретном случају може доћи и до допуне окончане истраге, те јавни тужилац доноси наредбу о допуни истраге онда када након завршетка истраге утврди да је потребно предузети нове доказне радње. Иницијативу за допуну истраге могу имати и

³⁸ Став 2, члан 300 Законика о кривичном поступку

³⁹ Став 3, члан 300 Законика о кривичном поступку

⁴⁰ Став 4, члан 300 Законика о кривичном поступку

⁴¹ Став 8, члан 300 Законика о кривичном поступку

⁴² Када је реч о кривичном делу за које је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности, онда у року од једне године.

⁴³ Члан 310 Законика о кривичном поступку

осумњичени и његов бранилац, притом они могу одмах по сазнању, односно најкасније до завршетка истраге, поднети приговор непосредно вишем јавном тужиоцу због одуговлачења поступка и других неправилности током истраге, те се на тај начин додатно обезбеђује нека врста корективних механизма истраге коју спроводи и којом ексклузивно руководи јавни тужилац.⁴⁴

3. ЗАКОНСКА РЕШЕЊА КОЈА НЕ ДОПРИНОСЕ ЕФИКАСНОСТИ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

На самом почетку разматрања утицаја тужилачког концепта истраге, као прихваћеног концепта истраге Законом о кривичном поступку, на ефикасност кривичног поступка, потребно је појмовно одредити значење појма ефикасности кривичног поступка. Тако, у теорији кривичног процесног права можемо наићи на схватање појединих аутора да се под појмом ефикасности кривичног поступка разуме законитост вођења кривичног поступка односно доношење правилне и законите судске одлуке, али и временски период од покретања кривичног поступка до доношења правноснажне судске одлуке.⁴⁵

Дакле, погрешно је схватање које егзистира у науци кривичног процесног права, без важности да ли је у већој и мањој мери заступљено, према коме се појам ефикасности кривичног поступка везује једино за трајање кривичног поступка, односно да је временско трајање кривичног поступка одлучујући стандард према коме се цени да ли можемо говорити о ефикасном или неефикасном кривичном поступку. Са друге стране, свакако се поштовање временске компоненте мора посматрати као обавеза правне природе с обзиром да бројни правни документи, на првом месту и Устав Републике Србије⁴⁶, националног, регионалног и међународног карактера јемче право на суђење у разумном року.⁴⁷

3.1. Тужилачка истрага заснована на постулатима судске

Уколико желимо да на свеобухватан и на аргументима заснован начин анализирамо утицај тужилачке истраге на ефикасност кривичног поступка у целини, онда морамо најпре установити да законодаписац када уређује модел истраге као тужилачки задржава карактеристике блиске инквизиционом моделу кривичног поступка.⁴⁸

⁴⁴ Члан 311 и члан 312 *Законика о кривичном поступку*

⁴⁵ С. Бејатовић, „Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард и реформа кривичног процесног законодавства Србије (Норма и пракса)“, *Наука, безбедност, полиција*, вол. 20, исс 2, (2015): 27- 53; Д. Радуловић, „Поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству Црне Горе“, *Зборник „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривично-процесна законодавства и искуства у примени“*, (Београд: Мисија ОЕБС у Србији, 2013): 45–55

⁴⁶ „Сл. гласник РС“, бр. 98/2006 и 115/2021

⁴⁷ Европска конвенција о људским правима итд.

⁴⁸ В. Ђурђић, „Нормативна основа ефикасности кривичног поступка“, *Тринаеста Међународна научно- стручна конференција, Добој (2022): 149*

Наиме, Законом о кривичном поступку, улога суда у истрази своди се само на заштиту људских права и слобода окривљеног, те како смо раније указали на чињеницу да јавни тужилац јесте *dominus litis* фазе истраге, не би било претенциозно рећи да јавни тужилац, на основу својих законом датих овлашћења и права, готово преузима прерогативе суда.⁴⁹

Притом, законописац предвиђа истрагу као формалну фазу кривичног поступка и то онда када тачком 1, става, члана 7 Законика о кривичном поступку⁵⁰, одређује да је, између осталог, кривични поступак покренут и доношењем наредбе о спровођењу истраге, из чега се јасно може закључити да законописац види истрагу као фазу кривичног поступка у ужем смислу, чиме на својеврстан начин тужилачку истрагу изједначава са некадашњим моделом судске истраге. Управо то поимање тужилачке истраге као строго формалне фазе кривичног поступка може одредити или може указати на немогућност постизања жељене ефикасности истраге, те самим тим и кривичног поступка у целини, најпре на нормативном плану, што јесте проблематично, с обзиром да знамо да је свако реаговање државе у смеру измене процесног законодавства најпре мотивисано жељом да се допринесе ефикасности кривичног поступка.⁵¹

У том духу, законописац је, уколико је *ratio legis* „новог“ Законика о кривичном поступку био побољшање ефикасности кривичног поступка кроз увођење тужилачког модела или концепта истраге, могао истрагу оставити без „сувишног“ формализма, чиме би се онда несумњиво добило на брзини спровођења фазе истраге, чији би се коначни циљ огледао у прикупљању доказа минималног квантитета, али довољног да јавни тужилац одлучи о подизању оптужнице.⁵²

Када говоримо *de lege ferenda*, једно од могућих решења приликом следећег новелирања текста Законика о кривичном поступку Републике Србије, које јесте неопходно, предвиђало би формално покретање, односно почетак кривичног поступка од тренутка потврђивања оптужнице, а не од тренутка доношења наредбе о спровођењу истраге како то јесте *de lege lata*.⁵³ Наравно, деформализација фазе истраге као фазе редовног кривичног поступка никако не сме утицати на степен поштовања основних људских права и слобода окривљеног односно осумњиченог, те би о задирању у његова основна људска права свакако коначну реч имао суд, чиме би се додатно појачала деценијска тенденција јачања улоге судије у смеру заштите људских права.

Притом, потврђивање оптужнице *per se* захтева постојање већег степена вероватноће да је неко лице учинило одређено кривично дело и као такво јесте подесно да представља почетак кривичног поступка, док са друге стране важећа законска решења нарушавају неопходну динамику кривичног поступка тиме што за фазу предистражног поступка и за фазу истраге као материјални услов захтевају постојање најнижег степена уверења да је неко лице учинило кривично дело – основе сумње, те управо разлика од основа сумње, којом тужилац располаже на почетку истраге, до оправдане сумње, до које тужилац мора стићи

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Члан 7, став 1, тачка 1 Законика о кривичном поступку

⁵¹ С. Бејатовић, „Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард и реформа кривичног процесног законодавства Србије (Норма и пракса)“, 14

⁵² Више видети: Eisenberg, U. *Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar*, 4. Auflage, München: Verlag C.H.Beck. 2008

⁵³ Т. Бугарски, „Непосредно оптужење“, *Тужилачка истрага, регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, (Београд: Мисија ОЕБС у Србији, 2014): 221

прикупљеним доказима, јесте исувише велика, што доводи до дугог трајања истраге, честих допуна истраге, напослетку и до ситуација када након дугог трајања истраге оптужница ипак не буде потврђена.

Сви ови проблеми, настали недовољно dobrим нормативним решењима садржаним у важећем Законику о кривичном поступку Републике Србије би могли бити стављени по страни управо деформализацијом фазе истраге, чиме више не би говорили о истрази као строго формалној фази редовног кривичног поступка, већ би она уз предистражни поступак представљала део преткривичног поступка.

3.2. Однос између јавног тужиоца и полиције

На овом месту треба указати и на „изостанак храбрости“ законописца да у потпуности са судског модела истраге пређе на тужилачки модел истраге, онако како је то урађено у земљама у региону.⁵⁴ Са друге стране, треба указати и на чињеницу да се земље у региону чији су правни системи прихватили и инкорпорирали у своје законодавство тужилачку истрагу, сусрећу са истим проблемима као и ми у Републици Србији. Наиме, један од већих проблема код модела тужилачке истраге јесте сарадња, односно међусобни однос између органа тужилаштва и органа министарства унутрашњих послова, конкретно полиције.

Након реформе кривичног процесног законодавства Републике Србије од тужиоца се очекује активнији приступ не само у фази истраге, већ и током предистражног поступка. Међутим, никако се не сме заборавити чињеница да полицијски службеници са којима сарађује тужилац током предистражног поступка и фазе истраге нису формално подређени јавном тужиоцу, већ свом начелнику унутар полиције.

У пракси се овај проблем манифестује и кроз немогућност јавног тужиоца да убрза рад полицијских службеника са којима сарађује, нити јавни тужилац има довољно капацитета да сам изводи све потребне радње током предистражног поступка и фазе истраге што свакако утиче у целини на ефикасност кривичног поступка. Идентичан проблем се јавља и у Босни и Херцеговини, где је услед ширења овлашћења органа унутрашњих послова током спровођења истраге дошло до недовољно јасно нормираних надлежности тужиоца и полиције, те такође говоримо о неформалној сарадњи између ова два врло важна органа, органа тужилаштва и полиције.⁵⁵

De lege ferenda треба размислити о увођењу такозване тужилачке полиције⁵⁶, односно о могућности јавног тужиоца да сам оформи тим са којим ће сарађивати током фазе истраге који би директно био подређен њему. Резултати увођења тужилачке полиције највидљивији су у Румунији, Хрватској и Северној Македонији.

⁵⁴ Примера ради Босна и Херцеговина је у том задатку реформисања фазе истраге отишла даље од Републике Србије, али за више видети: М. Симовић, „Концепција тужилачке истраге у Закону о кривичном поступку Босне и Херцеговине: стање и проблеми“, *Тужилачка истрага, регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, (Београд: Мисија ОЕБС у Србији, 2014): 43-58

⁵⁵ Симовић, Концепција тужилачке истраге у Закону о кривичном поступку Босне и Херцеговине: стање и проблеми“, 45

⁵⁶ Није од значаја да ли ћемо припаднике органа унутрашњих послова који би били подређени јавном тужиоцу, називати тужилачка полиција, тужилачки истражитељи итд.

3.3. Степен уверења неопходан за отварање истраге

Дакле, реч је о томе да је концепт тужилачке истраге, онако како је нормиран Законом о кривичном поступку, уз поједине разлике⁵⁷, сличан у великој мери судском моделу истраге.⁵⁸ Са друге стране, промене у тексту Законика о кривичном поступку које се тичу увођења концепта тужилачке истраге довеле су до озбиљних критика стручне јавности.

Тако, за покретање фазе истраге, односно за доношење наредбе јавног тужиоца о спровођењу истраге је довољно до буде испуњен најнижи степен уверења да је неко лице учинило кривично дело – основи сумње⁵⁹, идентичан степен уверења који је потребан и за покретање неформалног предистражног поступка.⁶⁰ На тај начин, законско решење свакако да даје могућност да формални кривични поступак отпочне раније, међутим управо чињеница да је јавном тужиоцу за доношење наредбе о спровођењу истраге довољан најнижи степен уверења директно може утицати на обе компоненте ефикасности кривичног поступка. Притом, треба имати на уму да би поменуто значи да се формални кривични поступак може водити против одређеног лица чак и само на основу претпоставки или индиција, што сложићемо се, није у духу савременог кривичног процесног права.

Такође, чињеница да је, између осталог, потребно да тужилац задовољи најнижи степен уверења да је одређено лице извршило кривично дело, основе сумње, да би донео наредбу о спровођењу истраге чиме и формално отпочиње кривични поступак, јасно указује да је законписац погрешно онда када је пропустио да кроз законски текст материјализује неопходну динамику кривичног поступка, тако што би за покретање формалне фазе истраге као материјални услов предвидео основану сумњу, као степен уверења који јесте виши од основа сумње. На тај начин, законписац би нормативним решењем директно утицао на дужину трајања фазе истраге, тако што би „олакшао“ пут тужиоцу који би почетни степен вероватноће да је неко лице учинило кривично дело морао подићи само за „једну степенницу“ изнад, до оправдане сумње, како би дошло до потврђивања оптужнице, за разлику од важећег нормативног решења који тужиоцу на терет ставља подизање степена вероватноће за „две степеннице“.

3.4. “Приватна истрага” и једнакост оружја

Даље, на ефикасност фазе истраге, следствено и на кривични поступак у целини утичу и одредбе Законика о кривичном поступку, конкретно члана 301, који даје могућност браниоцу и осумњиченом да прикупљају доказе у своју корист самостално.⁶¹ Нејасно је да ли се на

⁵⁷ Реч је једино о променама „козметичког“ карактера, попут наредбе о спровођењу истраге коју доноси јавни тужилац, а на коју осумњичени ни његов бранилац немају право на жалбу, те она добија правну снагу самим доношењем, што последично доводи до бржег почетка кривичног поступка, али што *a priori* не значи да ће такав кривични поступак бити и ефикасан. Притом се јавља каталог проблема у вези права на правично суђење и права на одбрану.

⁵⁸ Ђурђић, „Нормативна основа ефикасности кривичног поступка“, 15

⁵⁹ М. Буха, „Истрагом руководи тужилац (не) руководи овлашћена службена лица у БиХ“, *Анали Правног факултета*, бр. 32, год. 16, (2024): 76

⁶⁰ Кнежевић, *Кривично процесно право - посебни део*, 23

⁶¹ Члан 301, став 1, Законика о кривичном поступку

тај начин у правни систем Републике Србије, како на то указују поједини аутори⁶², уводи уз модел тужилачке истраге, и модел паралелне истраге коју би водили осумњичени и његов бранилац. Додатну забуну, притом потврђују постојање неког модела паралелне истраге, производе одредбе Законика о кривичном поступку Републике Србије које налажу тужиоцу да прикупља доказе како на штету, тако и у корист одбране односно у корист осумњиченог.

Конечно, уколико осумњичени и његов бранилац сматрају да је потребно извести одређену доказну радњу током трајања фазе истраге, предложиће извођење те доказне радње јавном тужиоцу. Ако јавни тужилац одбије предлог или не донесе одлуку у року од осам дана од дана подношења предлога, осумњичени и његов бранилац могу се обратити судији за претходни поступак, те судија за претходни поступак јесте дужан да донесе одлуку у року од осам дана. Ако судија за претходни поступак нађе оправданим предлог осумњиченог или његовог браниоца, наложиће јавном тужиоцу да спроведе доказну радњу у одређеном року.⁶³

Овакво законско решење је такође наишло на оправдану критику стручне јавности. Очигледно је да у поменутом случају судија за претходни поступак има овлашћења таквог карактера која доводе у питање руководећу улогу јавног тужиоца током одвијања фазе истраге, шта више судија за претходни поступак налаже јавном тужиоцу који је како знамо *dominus litis* фазе истраге да поступа на одређени начин.⁶⁴ Такође, наведене законске одредбе садржане у Законнику о кривичном поступку указују на еклектичност законског текста и његову недо-вољну и непрецизну одређеност, тим пре што се важећим законским решењима ствара један хибридни модел истраге, али се елемент хибридности уноси и у читав кривични поступак. Јасно је да и ово законско решење доводи у питање ефикасност кривичног поступка у целини.

3.5. Тужилачка истрага и суђење у разумном року

Напослетку, потребно је подсетити да је ефикасност кривичног поступка у корелацији са правом на правнични поступак, конкретно са правом на суђење у разумном року. Европски суд за људска права налази да је право на суђење у разумном року применљиво и на кривични поступак, те у том контексту да ли је конкретни кривични поступак трајао у року који се може окарактерисати као разуман, цени од тренутка хапшења до поступка пред другостепеним судом.⁶⁵ Управо због поменуте чињенице да Европски суд за људска права узима као релевантан узима моменат хапшења осумњиченог, неопходно је да фаза истраге буде окончана у најкраћем року, али тако да се њеним кратким трајањем не доведе у питање делотворност истраге.

Питање које се само поставља јесте да ли тужилачка истрага, онако како је она нормирана Закоником о кривичном поступку, пружа нормативну основу потребног квалитета, како би могли да кривични поступак у целини оценимо као ефикасан? Одговор аутора је,

62 Бејатовић, „Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард и реформа кривичног процесног законодавства Србије (Норма и пракса)“, 60

63 Члан 302 Законика о кривичном поступку

64 Бејатовић, „Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард и реформа кривичног процесног законодавства Србије (Норма и пракса)“, 59

65 И. Илић, *Утицај праксе Европског суда за људска права на савремени кривични поступак*, (Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2023), 194

не. Конкретно, циљ реформи кривичног процесног законодавства није остварен, што видимо из вишедеценијске примене „новог“ Законика о кривичном поступку. Узрок томе треба потражити у недовољно добрим нормативним решењима за које се одлучио законописац у важећем Законнику о кривичном поступку.

Како кривични поступак представља једну нераскидиву нит, нужно пратећу динамиком самог кривичног процеса, тако у том духу мора размишљати законописац приликом следеће реформе кривичног процесног законодавства. Потпуна ефикасност кривичног поступка, којој свакако треба тежити, док је питање колико је реално остварива, бољу нормативну основу може добити следећим изменама и допунама Законика о кривичном поступку, које ће, надамо се, *inter alia*, коначно одредити какав модел истраге бити прихваћен у кривичном поступку у Републици Србији. Да ли је то тужилачки модел истраге⁶⁶, судски модел истраге, за шта је мало вероватно да ће се законописац одредити, или хибридни модел какав данас егзистира?

Оно што се несумњиво може потврдити јесте да тренутна, важећа решења у Законнику о кривичном поступку Републике Србије, нужно захтевају нове измене и допуне процесног законика, ако не и потпуну реформу кривичног процесног законодавства.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Реформа кривичног процесног законодавства почела је почетком трећег миленијума, доношењем Законика о кривичном поступку 2001. године⁶⁷, да би се процес реформи завршио 2011. године, доношењем „новог“ Законика о кривичном поступку. Талас реформи у наведеном периоду унео је у кривично процесно законодавство велики број новина, док је свакако једна од највећих новина увођење концепта тужилачке истраге, те напуштање дотадашњег модела судске истраге.

Треба подсетити да је читав процес реформи кривичног процесног законодавства на првом месту отпочет из два циља. Први циљ свакако јесте стварање законом утврђене основе за постизање веће ефикасности кривичног поступка, док би други циљ могао да се означи као хтење да се кривично процесно законодавство Републике Србије у доброј мери хармонизује у складу са упоредно-правним решењима кривичних процесних законика земаља Европе и региона⁶⁸, али и усклађивање Законика о кривичном поступку Републике Србије са трендовима у науци кривичног и кривичног процесног права.⁶⁹

Овако постављени циљеви реформе кривичног законодавства, односно кривичног процесног законодавства очито су резултат и одраз друштвено-политичке стварности у којој се наша држава нашла након демократских промена 2000. године, те је зато у највећој мери изражена интенција законописца ка примарној заштити људских права у кривичном поступку. Проблем оваквих реформи настаје онда када законописац иде корак даље и наопако

⁶⁶ Наравно, у његовом пуном капацитету.

⁶⁷ Законик о кривичном поступку, „Сл. лист СРЈ“, бр.70/2001,68 /2002 и „Сл. гласник РС“, бр.58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2007 и 20/2009

⁶⁸ Пре свега се мисли на државе некадашње СФРЈ.

⁶⁹ С. Бејатовић, „ЗКП Србије из 2011 – крај реформе или само један неуспешан корак процеса реформе?“, *Странаи правни живот* (2014): 48

покушава да на нормативном плану решава проблеме настале у судској и тужилачкој пракси, изузимајући из вида целину и концепцију кривичног процесног права и кривичног поступка, као и правну традицију, која мора бити строго конзервативна⁷⁰ и отпорна на брзе и фундаменталне легислативне промене и реформе.

Дакле, једна од управо таквих новела која напушта континенталну правну традицију и континуитет несумњиво јесте тужилачка истрага. Међутим, чини се да резултат увођења тужилачке истраге у кривично процесну легислативу није онакав какав се очекивао. На овом месту аутори желе подсетити на добијене резултате једног емпиријског истраживања и упоредбе трајања тужилачке и судске истраге,⁷¹ из којих видимо да је судски концепт истраге далеко бржи и том делу временске компоненте далеко ефикаснији од концепта тужилачке истраге. Наиме резултати истраживања су показали да се судска истрага завршавала најчешће за време до три месеца, у проценту 74%, док је тужилачка истрага била окончана у трајању до три месеца у само 40% случајева.⁷²

Из изнетих резултата јасно се да извести закључак да се *ratio* законописца да створи нормативну основу за ефикаснији кривични поступак, пре свега увођењем тужилачког модела истраге, није материјализовао на довољно добар начин. Закључујемо да је Законик о кривичном поступку из 2011. године само производ, данас се чини, неуспело покушаја реформе кривичног процесног законодавства Републике Србије, док разлоге за то можемо наћи у чињеници да Законик о кривичном поступку не представља израз континуитета кривичног процесног законодавства Републике Србије.

Шта више, није реч само о неуспелој реформи кривичног процесног законодавства, већ и сам тренутно важећи, номинално тужилачки концепт истраге који је октроисан у Законик о кривичном поступку, није до краја остварен у пуном капацитету, те тренутна ситуација указује да данас у кривичном процесном законодавству егзистира један хибридни, паралелни модел истраге као строго формална фаза у једном хибридном кривичном поступку. Решење, за даљу неопходну реформу кривичног процесног законодавства Републике Србије треба тражити, по мишљењу аутора, у великим комисијама чији би задатак био новелирање тако важних законских текстова какав јесте и сам Законик о кривичном поступку.

Не може се рад на изменама и допунама овако важног законског текста, поверити неколицини стручњака из области теорије и праксе, већ нови, у правом значењу реформисани Законик о кривичном поступку мора бити резултат озбиљне, стручне и дуготрајне сарадње и дискусије већег броја процесуалиста, теоретичара и практичара.

Напослетку, Законик о кривичном поступку који би настао на наведени начин имао би потребан ауторитет закона и свакако би у већој мери него што је то данас, био израз целине и стварности, лишен како то називају поједини теоретичари кривичног процесног права, нормативног романтизма,⁷³ што би последично, готово довело надамак испуњења идеала потпуне ефикасности кривичног поступка.

⁷⁰ На овом месту треба указати на чињеницу да се конзервативизмом правне традиције и правног система не одбијају реформе, већ се оне смислено, промишљено, темељно и полако уводе у систем, овде, кривичног процесног права.

⁷¹ За више видети: Бркић, „Да ли је јавнотужилачка истрага ефикаснија од судске истраге?“, 1183-1202

⁷² *Ibid.*

⁷³ Радуловић, „Ефикасност кривичног поступка и њен реални утицај на сузбијање криминалитета“, 180

ЛИТЕРАТУРА

1. Eisenberg, U. Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 4. Auflage, München: Verlag, C.H. Beck. 2008
2. В. Бајер, Кривично процесно право, Загреб, 1980 (V. Bajer, Krivično procesno pravo, Zagreb, 1980)
3. В. Ђурђић, Кривично процесно право – општи део, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2014 (V. Đurđić, Krivično procesno pravo – opšti deo, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2014)
4. В. Ђурђић, Нормативна основа ефикасности кривичног поступка, Тринаеста Међународна научно-стручна конференција, Добој, 2022 (V. Ćurčić, Normativna osnova efikasnosti krivičnog postupka, Trinaesta Međunarodna naučno-stručna konferencija, Doboj, 2022)
5. Д. Радуловић, Ефикасност кривичног поступка и њен реални утицај на сузбијање криминалитета, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Вол. 35, Бр. 2-3, 1997 (D. Radulović, Efikasnost krivičnog postupka i njen realni uticaj na suzbijanje kriminaliteta, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, Vol. 35, Br. 2-3, 1997)
6. Д. Радуловић, Поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству Црне Горе, Зборник „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривично-процесна законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013. стр. 45–55 (D. Radulović, Pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Crne Gore, Zbornik „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivično-procesna zakonodavstva i iskustva u primeni“, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013. str. 45–55)
7. Европска конвенција о људским правима, Рим, 1950 (Evropska konvencija o ljudskim pravima, Rim, 1950)
8. Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава, Сл. гласник РС, бр. 101/2013 (Zakon o sedištim i područjima sudova i javnih tužilaštava, Sl. glasnik. RS, br. 101/2013)
9. Законик о кривичном поступку Сл. гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС (Zakonik o krivičnom postupku Sl. glasnik RS, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – odluka US i 62/2021 – odluka US)
10. Законик о кривичном поступку, Сл. лист СРЈ, бр.70/2001,68 /2002 и Сл. гласник РС, бр.58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2007 и 20/2009 (Zakonik o krivičnom postupku, Sl. list SRJ, br.70/2001,68 /2002 i Sl. glasnik RS, br.58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2007 i 20/2009)
11. И. Илић, Утицај праксе Европског суда за људска права на савремени кривични поступак, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2023 (I. Ilić, Uticaj prakse Evropskog suda za ljudska prava na savremeni krivični postupak, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2023)
12. М. Буха, Истрагом руководи тужилац (не) руководи овлашћена службена лица у БиХ, Анали Правног факултета, бр. 32, год. 16, 2024 (M. Buha, Istragom rukovodi tužilac (ne) rukovodi ovlašćena službena lica u BiH, Anali Pravnog fakulteta, br. 32, god. 16, 2024)

13. М. Колаковић-Бојовић, Појам ефикасности кривичног поступка – Разумемо ли идеал коме тежимо?, Криминал, државна реакција и хармонизација са европским стандардима. Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2013 (М. Kolaković-Bojović, Pojam efikasnosti krivičnog postupka – Razumemo li ideal kome težimo?, Kriminal, državna reakcija i harmonizacija sa evropskim standardima. Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2013)
14. М. Симовић, Концепција тужилачке истраге у Закону о кривичном поступку Босне и Херцеговине: стање и проблеми, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2014 (М. Simović, Концепција tužilačke istrage u Zakonu o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine: stanje i problemi, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2014)
15. С. Бејатовић, Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард и реформа кривичног процесног законодавства Србије (Норма и пракса), Наука, безбедност, полиција, вол. 20, исс 2, 2015 (S. Bejatović, Efikasnost krivičnog postupka kao međunarodni pravni standard i reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije (Norma i praksa), Nauka, bezbednost, policija, vol. 20, iss 2, 2015)
16. С. Бејатовић, ЗКП Србије из 2011 – крај реформе или само један неуспешан корак процеса реформе?, Страни правни живот, 2014 (S. Bejatović, ZKP Srbije iz 2011 – kraj reforme ili samo jedan neuspešan korak procesa reforme?, Strani pravni život, 2014)
17. С. Бејатовић, Тужилачка истрага као обележје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона (криминалнополитички разлози озаконења, стање и перспективе), Тужилачка истрага – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2014 (S. Bejatović, Tužilačka istraga kao obeležje reformi krivičnog procesnog zakonodavstva zemalja regiona (kriminalnopolitički razlozi ozakonjenja, stanje i perspektive), Tužilačka istraga – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2014)
18. С. Бркић, Да ли је јавнотужилачка истрага ефикаснија од судске истраге?, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 4/2020, Вол. 54 (S. Brkić, Da li je javnotužilačka istraga efikasnija od sudske istrage?, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 4/2020, Vol. 54)
19. С. Кнежевић, Кривично процесно право - посебни део, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2019 (S. Knežević, Krivično procesno pravo - posebni deo, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2019)
20. Устав Републике Србије, Сл. гласник РС, бр. 98/2006 и 115/2021 (Ustav Republike Srbije, Sl. glasnik RS, br. 98/2006 i 115/2021)
21. М. Шкулић, „Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка“ Crimen, вол. 4 бр. 2, Београд, 2013 (М. Škulić, „Dominantne karakteristike osnovnih velikih krivičnoprocesnih sistema i njihov uticaj na reformu srpskog krivičnog postupka“ Crimen, vol. 4 br. 2, Beograd, 2013)

THE CONTRIBUTION OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S INVESTIGATION TO THE (IN) EFFICIENCY OF CRIMINAL PROCEEDINGS

Ivan Ilić⁷⁴

Faculty of Law, University of Niš

Dimitrije Andrejic⁷⁵

Faculty of Law, University of Niš

Summary: *The wave of criminal procedural law reforms brought to the criminal legislation of the Republic of Serbia, specifically the Criminal Procedure Code from 2011, a model of public prosecutorial investigation. Since the introduction of the public prosecutor's investigation into the criminal procedural legislation, this model of investigation has been under the scrutiny of the professional public. In this regard, the authors of the paper try to explain how the public prosecutor's investigation, as an accepted model of investigation in the modern criminal procedural law of the Republic of Serbia and criminal procedure in the Republic of Serbia, reflects on the effectiveness of the criminal procedure. Through the analysis of the actions of the public prosecution authorities in all stages of the preliminary and main criminal proceedings, the authors will point out the degree of respect and compliance of the existing legal framework in the Republic of Serbia with the standards of the European Court of Human Rights in the context of the right to a trial within a reasonable time as one of the basic human rights, which are also guaranteed in criminal proceedings.*

Key words: *Public prosecutor's investigation, efficiency, CPC, criminal procedure, public prosecutor, ECtHR*

⁷⁴ Associate Professor at the Faculty of Law, University of Niš E-mail ivan@prafak.ni.ac.rs

⁷⁵ Doctoral student and demonstrator at the Faculty of Law, University of Niš E-mail: dimitrije@prafak.ni.ac.rs

ИСТОРИЈСКО-ДОГМАТСКИ РАЗВОЈ УЧЕЊА О БИЋУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Иван Ђокић¹

Правни факултет Универзитета у Београду

Сажетак: Аутор у раду разматра историјско-догматски развој учења о бићу кривичног дела. Док је тај појам у почетку био схватан само у смислу трагова и предмета извршеног кривичног дела, на прелазу између XVIII и XIX века бићем се почиње означавати укупност обележја која чине појам неког кривичног дела. Самосталну улогу у систему кривичног дела овај појам задобија почетком XX века, када га је немачки теоретичар Белинг (Beling) одредио као елемент у општем појму кривичног дела. Појам бића кривичног дела у том периоду, у духу класичног приступа систему кривичног дела, бива схватан искључиво као објективна категорија, лишена субјективних примеса (које припадају кривици), са елементима која су дескриптивног карактера. Тек доцније се и у оквиру неправда, па и самог бића уочавају и субјективни елементи, као и одређена обележја која не могу бити сазната чулним опажањем, већ их је потребно вредновати и чији смисао зависи од одговарајуће правне, или какве друштвене, односно моралне норме. Упркос томе што у савременој науци кривичног права, наспрам ранијег приступа, доминира другачије виђење бића кривичног дела, и даље постоје одређена неслагања у погледу његове садржине, што у суштини зависи и од основних одлика и традиције одређеног кривичноправног система.

Кључне речи: кривично дело, законски опис, биће кривичног дела, услови кажњивости.

1. УВОД

Иако се данас сматра једним од највиших кривичноправних појмова, мање-више неспорне садржине, појам „биће“ кривичног дела је кроз свој историјски развој имао више различитих значења. У почетку је за биће кривичног дела употребљаван израз *corpus delicti*, који се с краја XVI века први пут налази код Фаринацијуса (Farinacius) и имао је углавном процесни значај, јер је означавао трагове кривичног дела, да би доцније био схватан и као сâм предмет према коме је, или на коме је извршено кривично дело, да би тек у XIX веку попримио значење које му се и данас у модерној доктрини приписује – скуп свих обележја која чине појам одређеног кривичног дела.² У европску кривичноправну терминологију и

¹ Доцент, Правни факултет Универзитета у Београду, djokic@ius.bg.ac.rs

² Вид. Божидар Марковић, Кривично право, (израдио Живко Топаловић) (Београд: 1909), 294-295. Таховић чак истиче да је појам „биће“ кривичног дела био познат још у римском праву. Јанко Таховић, Кривично право. Општи део. (Београд: 1961), 96.

догматику уводи га Белинг, који га, услед тога што у њему види оличење обележја која чине дело кажњивим, третира као засебну категорију и елемент који би у оквиру општег учења о појму кривичног дела био уметнут између елемената „радње“ и „противправности“. У то време кривично дело је уобичајено било дефинисано као „противправно, скривљено и казном забрањено понашање човека“. Појам бића кривичног дела је у овом систему био уткан у категорију кажњивости (забрањености казне за радњу која је дефинисана као кривично дело), што је представљало предмет критике и самог Белинга, јер се из ње није могло јасно уочити која су то обележја која радња мора испуњавати да би била забрањена казном.³

Биће кривичног дела произлази из законског описа и његова оствареност се испитује на нивоу другог општег елемента кривичног дела – предвиђености дела у закону – констатовањем да одређено чињенично стање у потпуности одговара специфичним претпоставкама конкретног деликта. Законско биће у ствари садржи слику материјалног неправу у коју треба да се уклопи конкретан криминални догађај.⁴ Законодавац кроз елементе кривичног дела, уопштавањем појединачних обележја, описује понашања која се начелно сматрају забрањеним, с тим да се коначан суд о невредности понашања и његовој противправности изводи тек након констатовања да понашање у конкретном случају није дозвољено неким основом оправдања. Обично се истиче да на овом степену кривичноправног урачунавања законодавац врши типизирање кривичног неправу,⁵ што у суштини значи да творац кривичноправне норме кроз законски опис одређује обележја која су карактеристична, типична, за одређено кривично дело. Наиме, законодавац одређено понашање инкриминише тако што одређује његове конститутивне елементе, описујући без изузетка субјекта, као и радњу извршења, уз евентуално преостале ознаке конкретног кривичног дела. С обзиром на то да биће кривичног дела произлази из законског описа, оно се углавном са њим и поклапа, односно сви елементи садржани у законском опису по правилу у целости припадају и бићу кривичног дела. Међутим, могућа су у том смислу одступања и то у оба правца. Најпре, могуће је да законски опис кривичног дела буде шири него биће, јер код узаног круга кривичних дела законодавац поред обележја која улазе у биће кривичног дела предвиђа и неке додатне, допунске елементе, који се уобичајено означавају као услови кажњивости. Код таквих кривичних дела оствареност бића представља „латентно“ кривично дело, које се тог стања ослобађа тек наступањем каквог услова кажњивости, након чега постаје стварно кривично дело.⁶ Насупрот томе, ређе су ситуације када је законски опис кривичног дела ужи спрам бића; то је пре свега случај када у садржај бића кривичног дела улази неко неописано (незаписано) обележје, попут узрочне везе, која редовно није непосредно садржана у законском опису, или у случају неправих кривичних дела нечињења, с обзиром на то да таква кривична дела у свом опису не садрже радњу нечињења, па је биће комисивно-омисивног деликта потребно проширити у односу на она обележја која непосредно произлазе из законског описа.

Основна одлика бића кривичног дела и његових конститутивних обележја јесте скривљеност – сва обележја (објективног) бића кривичног дела морају бити обухваћена

3 C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, (2020), 383.

4 Владо Камбовски, Казнено право. Општ дел (Скопје: 2006), 294.

5 Зоран Стојановић, Кривично право. Општи део (Нови Сад: 2024), 107.

6 Драгољуб Атанацковић, „Објективни услов инкриминације и његово разграничење од последице кривичног дела“, у: Проблеми реинтеграције и реформе југословенског кривичног законодавства, Београд, (1995), 54.

учиниоцевом кривицом.⁷ У том смислу постоји важна разлика између обележја која улазе у биће кривичног дела и оних елемената који стоје ван бића, а представљају (објективне) услове кажњивости. Док прва обележја морају у целости бити покривена кривицом, за друга је важно да само објективно буду присутна, док учинилац за њих уопште не мора знати (код одређених кривичних дела учинилац чак и не сме имати субјективни однос према овим условима, јер би се радило о сасвим другом кривичном делу).

У ранијој доктрини било је уобичајено разликовање између тзв. општег и посебног бића кривичног дела.⁸ Опште биће је у ствари представљало синоним за општи појам кривичног дела, тј. елементе које свако понашање човека мора да испуни да би се могло сматрати кривичним делом, док је посебно биће означавало скуп обележја, ознака, која припадају поједином кривичном делу, на основу којих се оно разликује од других кривичних дела, што је у суштини и значење које се овом појму данас приписује.⁹ Такође, врло рано је у науци кривичног права истакнуто разликовање између објективног и субјективног бића кривичног дела; док објективно биће чине обележја која припадају спољашњој страни кривичног дела, а тичу се радње којом се дело врши, предмета на коме се врши, последице итд, субјективно биће чине таква обележја која се тичу унутрашњих процеса и стања код субјекта кривичног дела.¹⁰

У нашој старијој кривичноправној литератури за појам „биће“ кривичног дела у употреби су били и изрази „тело“, или „састав“ кривичног дела.¹¹ Иако и поменути термини указују на оно што чини суштину овог института, чини се да је израз „биће“ не само семантички прикладнији,¹² већ и као традиционално устројен ближи суштини коју треба да појмовно изрази.¹³ Другим речима, термин „биће“ кривичног дела, данас потпуно неспоран и у општој употреби,¹⁴ заслужује предност, јер на прави начин одражава мешовиту, објективно-субјективну, садржину која чини правну и чињеничну физиономију кривичног дела.

7 Игор Вуковић, Кривично право. Општи део (Београд: 2024), 68.

8 У нашој доктрини тако већ Божићар Марковић. Вид. Марковић, *Кривично право*, 296-298; Миодраг Аћимовић, Кривично право (Суботица: 1937), 41; исто и Тома Живановић, *Основи кривичног права*. Општи део (Београд: 1922), 56.

9 Модерна наука кривичног права израз „биће“ кривичног дела употребљава искључиво у његовом ужем значењу, које се своди на скуп посебних елемената типичних за одређено кривично дело, на основу којих је одређена његова специфична физиономија. Љубиша Јовановић, Кривично право I. *Општи део* (Београд: 1995), 96; Никола Срзентић, Александар Стајић, Љубиша Лазаревић, Кривично право Југославије. Општи део (Београд: 2000), 129-130; Игор Вуковић, Објективни услови инкриминације (магистарски рад) (Београд: 2004), 79; у том контексту нешто раније и Радовановић. Вид. Милош Радовановић, Кривично право СФРЈ. Општи део (Београд: 1972), 62.

10 Марковић, *Кривично право*, 298.

11 Тома Живановић, „Биће (тело) кривичног дела“, Бранич, № 8-9/1928, 141.

12 Једно од значења које се појму „биће“ приписује јесте и: а) бит, битност, суштина, б) оно што је карактеристично (за неког, за нешто), природа, карактеристика. Речник српског језика, Матица српска, Нови Сад, (2011), 86.

13 Наш израз „биће“ кривичног дела не представља буквални превод немачког израза *Tatbestand*, који би се дословно могао изразити као „стање/постојање дела“.

14 Истине ради, израз биће кривичног дела не представља део законске појмовне апаратуре и законодавац га ни на једном месту у Кривичном законик у („Службени гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005 - испр, 107/2005 - испр, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019 – у даљем тексту КЗ) не употребљава, већ уместо њега користи израз „обележја кривичног дела“.

2. ФУНКЦИЈЕ БИЋА КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Уобичајено се сматра да биће кривичног дела има троструку функцију: системску, криминалополитичку и догматску функцију. Утврђивање кривичног неправа почива на две претпоставке; прва подразумева проналажење кривичноправне норме којом је изражена невређност каквог понашања човека под коју ће бити подведен конкретан догађај, а друга се своди на негативну констатацију да се на појединачни случај не може применити ниједан основ искључења противправности. Први задатак који се пред законодавца, као носиоца политике сузбијања криминалитета, поставља, јесте да након одабира правног добра коме треба пружити заштиту, опише обележја понашања која представљају напад (повређивање или угрожавање) на то добро. На равни законског описа се на апстрактан начин одређују обележја која представљају материјалноправне претпоставке кривичноправне кажњивости. У овом контексту, институт бића кривичног дела, обавља своју системску функцију, јер оно представља оваплоћење обележја из којих се може препознати о ком деликту се типично ради.¹⁵

Криминалополитичка димензија бића кривичног дела огледа се у томе што оно обезбеђује остваривање гарантивне функције кривичног права; само оно кривично право које у оквиру бића кривичног дела на прецизан начин описује забрањено понашање може представљати легитиман основ за примену казне у духу начела *nullum crimen sine lege*. Уосталом, од грађана се може очекивати да поштују кривичноправне норме само онда када им је њихова садржина унапред позната, и наравно, под условом да се тачно може утврдити на шта се кажњиво понашање односи, а све то омогућава биће кривичног дела.

Конечно, догматска функција бића кривичног дела остварује се на тај начин што су њиме описана обележја кривичног дела чије непознавање од стране учиниоца за последицу има искључење умишљајне кривице. У том светлу треба разумети одредбу члана 28. Кривичног законика којом је предвиђено да неотклоњива заблуда у погледу неке стварне околности која представља обележје кривичног неправа искључује постојање кривичног дела.

3. РАЗВОЈ УЧЕЊА О БИЋУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА И ЊЕГОВИМ ЕЛЕМЕНТИМА

У духу старије доктрине, за коју је било карактеристично оштро одвајање и супротстављање објективног неправа и субјективно обојене кривице, биће кривичног дела имало је две упечатљиве одлике: сматрано је скупом искључиво објективних елемената и вредносно неутралном категоријом. С једне стране, објективна природа бића кривичног дела означавала је искључивање из њега свих субјективних елемената, унутрашњих процеса, који према том концепту припадају искључиво кривици, док је с друге стране биће било лишено и свих нормативних елемената, тј. оно у себе није укључивало правно вредновање, које је било разматрано на плану противправности (бићу сходне) радње. Према том, класичном, приступу општем појму кривичног дела, биће је дакле подразумевало искључиво

¹⁵ Roxin, Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 383.

објективну и вредносно неутралну категорију; све субјективне претпоставке кажњивости испитиване су на плану кривице, док је сваки вид правног вредновања чињеничног стања које одговара објективној слици деликта вршена на пољу противправности. Биће је третирано као категорија која је очишћена од свих нормативних елемената – у њему није било места за правно вредновање. Испитивање остварености бића почивало је, према речима Белинга, на строго неутралној равни. Оно стога не представља категорију у оквиру које се врши вредновање, већ сâм објект вредновања, који испливава на површину тек на нивоу елемента противправности.¹⁶

Међутим, каснији развој науке кривичног права довео је до постепеног напуштања концепције о бићу кривичног дела као чисто објективној и на дескриптивним обележјима заснованој категорији.

Тако су и у сâмом неправу, поред објективних, откривена и одређена субјективна обележја, која примарно припадају кривици, али су у извесној мери уграђена већ у биће деликта. Јер, уколико је на нивоу бића кривичног дела садржано оно што је типично за одређено кривично дело, онда оно садржи не само спољашње, већ и извесне елементе који зависе од унутрашњих процеса и стања код учиниоца, јер и они (са)одређују неправу (тип) деликта. Тако је за крађу типично не само одузимање другогме туђе покретне ствари, већ и одговарајућа субјективна усмереност, намера да се присвајањем ствари себи или другом прибави противправна имовинска корист.¹⁷ Тврдити да је одузимањем другогме туђе покретне ствари засновано биће кривичног дела крађе, али да оно у конкретном случају не постоји услед изостанка одговарајуће намере, као састојка кривице, не одговара правом стању ствари и већ реченом, да сва обележја која саодређују неправу припадају бићу кривичног дела, јер типизирају одређени деликт. Без намере присвајања ствари, као и намере обogaћења, сâмо одузимање туђе ствари другогме не заснива биће кривичног дела из члана 203. КЗ, јер су сва она неопходна да би успостављање новог притежања на туђој ствари представљало кривично дело крађе. Слично важи и за многе политичке деликте, код којих од одговарајуће субјективне мотивације учиниоца зависи да ли ће дело имати карактер политичког кривичног дела, као и за кривична дела против полне слободе, где се углавном захтева тенденција побуђивања или задовољења сексуалног нагона. Учење о субјективним обележјима бића кривичног дела,

¹⁶ *Ibid*, 385.

¹⁷ Чак би се могло тврдити да и одузимање, као радња извршења и типично објективно обележје бића кривичног дела крађе, садржи и одговарајућу субјективну компоненту, јер је питање да ли се захват у туђе притежање без потребне свести о томе да се прекида туђа фактичка власт на ствари и заснива сопствено притежање, упркос томе што се на покретну ствар физички делује може сматрати одузимањем. Уосталом, неспорно је да је појам одузимања тесно повезан са појмом притежања; одузимање постоји у случају када учинилац прекине туђе и успостави сопствено притежање на ствари, док сâмо притежање не подразумева искључиво фактичку власт на ствари, већ и вољу да се таква власт врши. На тај начин, прецизнијим дефинисањем и у оквиру једног типично објективног обележја – одузимање као радња извршења – открива се и одговарајући субјективни садржај. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, (2003), 114-115. Слично важи и за нека друга обележја објективног карактера, за која се уобичајено наводи да садрже и специфичну субјективну компоненту. Тако се за поједине квалификоване облике кривичног дела убиства, попут убиства на свиреп, или подмукао начин, традиционално већ на нивоу неправих захтева специфична субјективна садржина. Зоран Стојановић, *Кривично право*. Посебни део (Нови Сад: 2022), 10-11.

које је обогатило садржину и структуру бића кривичног дела, однело је превагу у четвртој деценији XX века, а оно је данас у немачкој, као и у српској доктрини потпуно неспорно.¹⁸

Сличну је судбину доживело и схватање о бићу кривичног дела као вредносно неутралној категорији, коју је уздрмало Мајерово (Mayer) откриће нормативних обележја кривичног дела. За разлику од дескриптивних обележја, која описују предмете спољног света доступних чулном опажању (покретна ствар, човек итд.) и могу се разумети на темељу свакодневног искуства, биће каткад садржи и обележја која додуше не стоје у каузалној повезаности са радњом извршења, али која се налазе у претпољу правног вредновања које је карактеристично за ступањ противправности. Крадљивац који другоме одузме туђу ствар захвата у својинска овлашћења другог лица, и управо у повреди својине лежи централно обележје неправда кривичног дела крађе.¹⁹ Међутим, утврђивање да ли се одређена покретна ствар налази у својини учиниоца, или не, претпоставља одговарајуће вредновање, тј. у конкретном случају примену грађанскоправне норме којом се уређује власт на ствари и њена припадност одређеном лицу. Слично важи и за неке друге елементе који се срећу код појединих кривичних дела, а чије утврђивање претпоставља примену одговарајуће норме, најчешће правне („исправа“, „сродство по крви у правој линији“), али понекад и обичајне („тешко вређање“), или моралне („ниске побуде“). Заправо је број тзв. нормативних обележја бића кривичног дела знатно већи него што се најпре сматрало, с обзиром на то да су и нека типично дескриптивна обележја у граничним подручјима нормативно обојена. Тако појам „човек“, иако представља класично дескриптивно обележје, ипак захтева одређену процену и вредновање, јер је код примера ради убиства, где је објект радње (пасивни субјект) жив човек, централно питање када започиње, а када се завршава живот једног човека.²⁰

Занимљиво је да је садржина бића кривичног дела у свом историјско-догматском развоју значајан преображај добила у Меркеловом (Merkel) учењу о тзв. негативним обележјима бића кривичног дела. Према овом учењу, биће кривичног дела осим позитивних обележја, а то су она која су садржана у законском опису и чије је присуство неопходно за заснивање кажњивости, садржи и негативна обележја, која морају бити одсутна да би кривично дело постојало. Негативна обележја бића кривичног дела се у ствари изједначавају са основима искључења противправности, и названа су тако, јер је потребно њихово одсуство да би позитивна бића засновала кажњивост. Та обележја нису непосредно садржана у законском опису, али их према овом учењу биће кривичног дела обухвата, као негативну претпоставку за потврду своје испуњености. Другим речима, одредбу из члана 113. КЗ би према овом тумачењу требало читати на следећи начин: Ко другог лиши живота казниће се казном затвора од пет до петнаест година, осим уколико је то учињено у нужној одбрани,

18 Roxin, Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 385; Стојановић, *Кривично право. Општи део*, 108-111; Вуковић, *Кривично право. Општи део*, 77-80. Отклон од схватања о чисто објективној природи неправда присутан је и у оквиру учења о финалном појму радње, где критички став у односу на раније схватање доживљава врхунац, с обзиром на то да финалисти неправдо (радњу) кривичног дела потпуно субјективизују, уношењем умишљаја у дефиницију радње кривичног дела, која се одређује као сврсисходно и ка одређеном циљу управљено понашање.

19 Roxin, Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 386.

20 С тим у вези, мењала су се схватања у погледу питања када човек долази, а када одлази са овог света. Данас преовлађује схватање да човеков живот почиње у тренутку започињања порођаја, а гаси се у моменту престанка свих можданих функција (раније се сматрало да је човек мртав већ у тренутку када наступи престанак крвотока). Стојановић, *Кривично право. Посебни део*, 7-8.

крајњој нужди... На овај начин се одступа од класичног четворостепеног схватања општег појма кривичног дела (радња-предвиђеност у закону-противправност-кривица), јер елемент противправности губи самосталност и утапа се у елемент предвиђености у закону.²¹

Основни приговор који се у доктрини упућује овом учењу јесте што на истом нивоу разматра претпоставке које заснивају кажњивост и оне које је искључују, што је правнодогматски неприхватљиво. На тај се начин изједначавају, примера ради, ситуације усмрћења каквог инсекта и лишења живота другог у нужној одбрани, јер се на истом ступњу разматра постојање оних обележја која су садржана у законском опису кривичног дела и без којих оно не може постојати већ на том првом кораку, и оних обележја која изузетно својим постојањем искључују кривично дело у конкретном случају. Док у првом случају не би постојала ни позитивна ни негативна обележја, у другом би упркос постојању позитивних обележја кривичног дела убиства кривично дело било негирано присуством негативног обележја које дело ипак чини дозвољеним (нужна одбрана). С обзиром на то да су у питању оцене које, иако су тесно међусобно повезане и логички следе једна за другом, подразумевају другачији правац испитивања нечије одговорности за учињено дело, може се закључити да их је неприхватљиво на један вештачки начин третирали као претпоставке истог општег елемента кривичног дела.²²

У сваком случају, развој науке кривичног права довео је до значајних промена у схватању структуре и садржине бића кривичног дела. Од почетног гледишта, утопљеног у класичан систем разумевања кривичног дела, према коме је биће скуп објективних елемената који изражавају реално, чулима доступно, језгро кривичног дела, прешло се на спознају сложене природе бића кривичног дела, које на апстрактан начин у себе укључује и одређене субјективне састојке, без којих се смисао (карактер) понашања не би могао исправно разумети, као и извесне елементе који су нормативно обојени и није их могуће схватити без

21 Вид. Стојановић, *Кривично право. Општи део*, 143.

22 Међутим, прави разлог појаве овог учења треба видети у специфичном режиму који у немачком кривичном праву важи за стварну заблуду у ширем смислу, тј. заблуде у односу на чињеничне претпоставке признатих основа оправдања. Јер, за разлику од стварне заблуде о обележјима бића, која искључује умишљајну кривицу (или умишљај као субјективни садржај бића кривичног дела) и чије је дејство непосредно законом регулисано (§ 16), немачки законодавац изричито не уређује дејство стварне заблуде у погледу неких стварних околности чије би постојање водило искључењу противправности дела у конкретном случају. Изједначавање дејства стварне заблуде у ужем смислу и стварне заблуде у ширем смислу (што је традиционално присутно у српском кривичном законодавству) наилази на одређене догматске препреке, с обзиром на то да у другом случају учинилац поступа умишљајно у односу на сва обележја бића кривичног дела (умишљајно лако повређује свог пријатеља који га је шале ради препао, мислећи да је реч о каквом разбојнику). Учиниоцу у том случају не недостаје исправна свест у односу на какво објективно обележје бића кривичног дела (свесно и вољно повређује другог), већ код њега постоји погрешна свест у односу на неку стварну околност која би његово дело чинила дозвољеним (да је заиста нападнут поступао би у нужној одбрани). Управо због тога што немачки законодавац није решио питање дејства стварне заблуде о основима искључења противправности у наведеном смислу, у доктрини преовлађује схватање да за овакве констелације треба аналогно примењивати норму која уређује дејство правне заблуде (§ 17). Како би се ипак избегло строго везивање оваквих случајева за одредбу којом је уређен правни значај правне заблуде, јер се заблуда тиче стварних околности и не дотиче погрешно правно вредновање, учење о негативним обележјима бића омогућава да се и таква крива слика у погледу објективних претпоставки основа оправдања једнако третира као и стварна заблуда у односу на објективна обележја бића кривичног дела. Учиниоца би, доследно схватању о негативним обележјима бића кривичног дела, за потврду умишљаја морао имати свест о позитивним обележјима бића кривичног дела, док би његова свест морала обухватити и околност да никакав основ искључења противправности у конкретном случају његово дело не оправдава. Сходно томе, учинилац који има исправну свест о свим позитивним обележјима, која неправно заснивају, али криву свест о томе да неки основ оправдања није присутан, не би поступао умишљајно.

одговарајућег вредновања. С обзиром на то да кривично дело представља јединство конститутивних елемената, који су међусобно испреплетани и тесно повезани, тако да се једни од других не могу у потпуности одвојити, и биће кривичног дела, као његов саставни део има исту природу. Уосталом, њиме су описане типичне материјалне претпоставке конкретног деликта, који се увек своди на одређено људско понашање, а оно по себи представља дубоко субјективан чин, који се исправно може разумети тек када се препозна његова унутрашња усмереност.

4. ЗАКЉУЧАК

Свако кривично дело има своје биће, скуп особених елемената која одређују његов појам, дају му карактеристично обличје и одвајају га од осталих кривичних дела. Природно је да та обележја пре свега описују спољашње карактеристике деликта, јер пукe помисли и унутрашњи садржаји субјекта нису кривичноправно релевантни све док нису на неки начин материјализовани у стварности. Осим субјекта кривичног дела и радње извршења, сви остали елементи објективне природе су факултативни, али су у тесној вези са радњом, јер је ближе одређују, „тј. говоре о томе ко предузима радњу, како, на чему или према коме, чиме, где, када итд.“²³ Разумевање бића кривичног дела је испрва у науци кривичног права било ограничено искључиво на објективна обележја, за која се сматрало да припадају неправу, док су све субјективне претпоставке кривичне одговорности биле утопљене у кривицу. Поред тога, у поједностављеном класичном духу, биће је интерпретирано искључиво као опис понашања, ослобођено сваког вида правног вредновања, које би карактер забрањеног задобило тек на кораку општег елемента противправности.

Прелаз од традиционалног, класичног, ка модерном, неокласичном, приступу општем појму кривичног дела означио је и промене у поимању бића кривичног дела.

Поред чисто објективних обележја која граде спољашњу слику кривичног дела, на нивоу законских елемената откривена су и субјективна обележја (умишљај, нехат, намера, побуда), која не припадају тек кривици, већ су на један апстрактан начин уграђена у сâм опис деликта. Субјективна обележја бића кривичног дела указују на природу понашања, одређују смисао радње и квалитативно мењају карактер делатности. Једно кривичноправно ирелевантно понашање (случајно усмрћење другогa) у очима неупућеног посматрача може имати исти карактер као и оно понашање које је споља идентично, али које се, због негативне субјективне усмерености онога који то понашање предузима, од њега суштински разликује (умишљајно, или нехатно усмрћење другогa). Да ли је у питању догађај који за кривично право нема никакав значај, или се ради о остварењу бића кривичног дела, зависи управо од субјективних карактеристика понашања. Због тога се не би могло рећи да опис дела на нивоу законског бића садржи само објективне елементе, а да се сви унутрашњи садржаји испитују на плану кривице, јер би се у том случају и понеки друштвено прихватљиви и пожељни поступци начелно могли сматрати бићу сагласним, што већ прејудуцира и противправни

²³ Стојановић, *Кривично право. Општи део*, 107.

карактер сâмог понашања.²⁴ Услед тога је у немачкој доктрини владајући став да поред објективног бића постоји и њему корелативно субјективно биће, те да се умишљај у потпуности исцрпљује на нивоу законског бића кривичног дела, за разлику од класичног учења, које је у умишљају видело само један од два облика кривице. И заиста, уколико би се прихватило старије схватање да умишљај и нехат ни делимично нису садржани у бићу кривичног дела, онда већ на плану предвиђености дела у закону не би било могуће разграничити различите типове кривичних дела. Умишљај и нехат на нивоу законског описа битно утичу на одређивање појма конкретног кривичног дела; од њих, као и од осталих обележја зависи испуњеност општег елемента предвиђености кривичног дела у закону.²⁵ Без тих обележја не би било могуће установити да ли се, на пример, у случају усмрћења другог лица ради о убиству, нехатном лишењу живота, или евентуално случају. Подвођење чињеничног стања под одговарајућу кривичноправну норму нужно укључује у себе и испитивање субјективне стране понашања, јер се у супротном не би могло извршити исправно правно квалификовање конкретног догађаја. Стога се у немачкој доктрини полази од тога да умишљај представља општи услов сваког законског описа кривичног дела,²⁶ који по правилу представља неописано обележје кривичног дела.²⁷ Због тога умишљај и нехат нису само одраз степена моралног прекора који се учиниоцу може упутити за остварено неправо, већ су саставни делови неправа, односно представљају различите типове понашања који обликују сâмо неправо деликта.²⁸ Ту чињеницу уочава и наш законодавац који, за разлику од наших ранијих прописа, нехатно лишење живота више не назива убиством (из нехата), већ га издваја у засебан члан, сматрајући га својеврсним деликтом, за који се чак и не би могло рећи да представља лакши облик кривичног дела из члана 113. КЗ, јер убиство подразумева искључиво свесно и вољно усмрћење другог лица. Иако се убиство и нехатно лишење живота начелно разликују само према субјективном обележју законског описа, ради се о разлици која је суштинске природе, тако да оба кривична дела изражавају различиту тежину неправа, упркос томе што им је објективна страна у начелу иста („Ко другог лиши живота...“). Другим речима, невређност радње почива не само на негативним спољашњим карактеристикама понашања, већ и на правно неодговарајућем обликовању воље.²⁹

Иако наше кривично законодавство полази од схватања да умишљај и нехат представљају пре свега облике кривице (члан 22. КЗ), савремена српска теорија већински прихвата став да су умишљај и нехат, на један апстрактан начин садржани већ у бићу кривичног дела

24 Не би се могло рећи да лекар који у сврху прегледа додирује пацијенткињу по телу остварује биће кривичног дела недозвољених полних радњи, јер уколико се пође од тога да је остварено биће наведеног кривичног дела, а да лекар не одговара због тога што није крив, једну друштвено корисну делатност бисмо начелно прогласили криминалном, а то је неодрживо. Стога је исправно узети да биће кривичног дела недозвољених полних радњи постоји само ако је присутно и одређено субјективно обележје (сексуална тенденција). Petar Novoselec, *Opći dio kaznenog prava* (Zagreb: 2007), 148.

25 Стојановић, *Кривично право. Општи део*, 109.

26 K. Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (München: 2008), 67.

27 Стога би, на пример, члан 113. КЗ требало читати: „Ко са умишљајем другог лиши живота...“.

28 Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 67.

29 J. Eisele, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, (Schönke/Schröder), (München: 2019), 159. Радња кривичног дела понекад и нема себи инхерентан негативни, криминални, садржај; стављање потписа на какво писмено може да представља уобичајену, социјално адекватну, радњу, али и радњу кривичног дела фалсификовања исправе, што се споља не да спознати, већ тек кад се узме у обзир усмереност понашања оног ко га предузима.

и да на том нивоу прејудуирају постојање умишљаја и нехата као облика кривице.³⁰ У том контексту, прихвата се учење о двострукој функцији умишљаја и нехата,³¹ које је развијено у немачкој доктрини (али тамо мањински заступано), према коме умишљај и нехат на нивоу бића кривичног дела представљају облике понашања (одређујући смисао понашања), док на плану кривице изражавају различите облике (степене) кривице (квантификујући степен моралног прекора који се учиниоцу може упутити за остварено неправо).

Осим обележја која су доступна чулној спознаји, биће кривичног дела садржи и обележја која су нормативне природе, јер захтевају одговарајуће вредновање, тј. примену извесне правне, или какве друге норме. С обзиром на то да сазнање смисла таквих обележја подразумева познавање одређене норме, поставља се питање да ли је за потребну свест, као компоненту умишљаја, нужно да учинилац зна и правни (нормативни) значај таквог обележја. Како би било неприхватљиво захтевати да учинилац познаје и одговарајућу норму, да би својом субјективном сфером обухватио и нормативно обележје, преовлађујући став у теорији јесте да је довољно да учинилац препозна друштвени смисао нормативног обележја, тј. да му буде познат смисао који обележје остварује у друштвеном животу, или како се то често истиче у немачкој литератури – довољно је паралелно вредновање у лаичкој сфери. Тако би учинилац који преправи број на шасији моторног возила поступао умишљајно иако му кривичноправни појам исправе није познат, уколико је свестан да поменута ознака служи за препознавање возила у саобраћају.

Коначно, премда на нивоу бића кривичног дела законодавац начелно изражава став о кажњивом карактеру понашања, оно представља само први корак у оцени конкретног понашања као несагласног праву, јер тек констатовањем да једно понашање које испуњава сва обележја кривичног дела није покривено каквим основом искључења противправности може бити закључено да је оно и кривичноправно забрањено, тј. да представља кривично неправо. Међутим, иако је однос између ова два елемента логички условљен и тесан, пошто биће кривичног дела углавном заснива кривично неправо, ипак се ради о два одвојена елемента, која не могу природно бити уклопљена у један виши елемент, како је то заговарало учење о негативним обележјима кривичног дела. Чак иако би се вештачки сматрали деловима једног истог општег елемента увек би било прво потребно утврђивати да ли се конкретно чињенично стање може подвести под законом предвиђени опис кривичног дела, а тек затим, у случају сумње, да ли је присутан неки од постојећих основа искључења противправности, тако да се на плану редоследа утврђивања претпоставки кривичноправног урачунавања ништа не би променило.³²

³⁰ Стојановић, *Кривично право. Општи део*, 108.

³¹ *Ibid.*, 108-109.

³² *Ibid.*, 144.

ЛИТЕРАТУРА:

- Миодраг Аћимовић, Кривично право. Суботица: 1937. (Miodrag Aćimović, Krivično pravo. Subotica: 1937.)
- Драгољуб Атанацковић, „Објективни услов инкриминације и његово разграничење од последице кривичног дела“, у: Проблеми реинтеграције и реформе југословенског кривичног законодавства, Београд, (1995), 53-64. (Dragoljub Atanacković, „Objektivni uslov inkriminacije i njegovo razgraničenje od posledice krivičnog dela“, u: Problemi reintegracije i reforme jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva, Beograd, (1995), 53-64.)
- J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Bielefeld: 2003.
- J. Eisele, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, (Schönke/Schröder). München: 2019.
- Љубиша Јовановић, Кривично право I. Општи део. Београд: 1995. (Ljubiša Jovanović, Krivično pravo I. Opšti deo. Beograd: 1995.)
- Владо Камбовски, Казнено право. Општ дел. Скопје: 2006. (Vlado Kambovski, Kazнено pravo. Opšt del. Skopje: 2006.)
- K. Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. München: 2008.
- Божидар Марковић, Кривично право, (израдио Живко Топаловић). Београд: 1909. (Božidar Marković, Krivično pravo, (izradio Živko Topalović). Beograd: 1909.)
- Petar Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb: 2007.
- Милош Радовановић, Кривично право СФРЈ. Општи део. Београд: 1972. (Miloš Radovanović, Krivično pravo SFRJ. Opšti deo. Beograd: 1972.)
- C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, (2020).
- Никола Срзентић, Александар Стајић, Љубиша Лазаревић, Кривично право Југославије. Општи део. Београд: 2000. (Nikola Srzentić, Aleksandar Stajić, Ljubiša Lazarević, Krivično pravo Jugoslavije. Opšti deo. Beograd: 2000.)
- Зоран Стојановић, Кривично право. Посебни део. Нови Сад: 2022. (Zoran Stojanović, Krivično pravo. Posebni deo. Novi Sad: 2022.)
- Зоран Стојановић, Кривично право. Општи део. Нови Сад: 2024. (Zoran Stojanović, Krivično pravo. Opšti deo. Novi Sad: 2024.)
- Јанко Таховић, Кривично право. Општи део. Београд: 1961. (Janko Tahović, Krivično pravo. Opšti deo. Beograd: 1961.)
- Игор Вуковић, Објективни услови инкриминације, (магистарски рад). Београд: 2004. (Igor Vuković, Objektivni uslovi inkriminacije, (magistarski rad). Beograd: 2004.)
- Игор Вуковић, Кривично право. Општи део. Београд: 2024. (Igor Vuković, Krivično pravo. Opšti deo. Beograd: 2024.)
- Тома Живановић, Основи кривичног права. Општи део. Београд: 1922. (Toma Živanović, Osnovi krivičnog prava. Opšti deo. Beograd: 1922.)
- Тома Живановић, „Биће (тело) кривичног дела“, Бранич, № 8-9/1928, 141-143. (Toma Živanović, „Biće (telo) krivičnog dela“, Branič, № 8-9/1928, 141-143.)

HISTORICAL-DOGMATIC DEVELOPMENT OF THE UNDERSTANDING OF ACTUS REUS OF THE CRIMINAL OFFENCE

Ivan Đokić

Faculty of Law University of Belgrade

Summary: *In the paper, the author discusses the historical-dogmatic development of the concept of the actus reus of a criminal offence. While this notion was initially understood only in the sense of the traces and objects of the committed criminal offence, at the turn of the 18th and 19th centuries, the term “actus reus” began to denote the totality of features that make up the concept of a criminal offence. This term acquired an independent role in the criminal offence system at the beginning of the 20th century, when the German theoretician Beling defined it as an element in the general concept of a criminal offence. The concept of actus reus of a criminal offence in that period, in the spirit of the classic approach to the criminal offence system, is understood exclusively as an objective category, devoid of subjective admixtures (which belong to guilt), with elements of a descriptive character. It is only later that subjective elements are noticed within the framework of unlawfulness, and even of actus reus itself, as well as certain characteristics that cannot be known by sensory perception, but must be evaluated and whose meaning depends on the appropriate legal, social, or moral norm. Despite the fact that in the modern science of criminal law, a different view of the essence of an actus reus dominates, there are still certain disagreements regarding its content, which essentially depends on the basic features and traditions of a certain criminal justice system.*

Key words: *criminal offence, legal description, actus reus, conditions of punishment.*

ПОГЛЕД НА ТЕОРИЈСКЕ ОСНОВЕ НЕПРИЈАТЕЉСКОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Ивана Марковић

Правни факултет Универзитета у Београду¹

Милош Здравковић

Правни факултет Универзитета у Београду²

Сава Војновић

Правни факултет Универзитета у Београд³

Сажетак: Аутори се у раду баве теоријским основама такозваног непријатељског кривичног права - концепта који је критикован, а чије одражаје видимо у данашњем кривичном праву и криминалној политици. Примери за то би били превентивни затвор (у Немачкој) или казна доживотног затвора без права на условни отпуст за одређена кривична дела (у Србији). Према овој теорији, развијеној од стране немачког професора Гинтера Јакобса (Günther Jakobs), разликују се тзв. грађанско кривично право (Bürgerstrafrecht) са функционалном комуникацијом у вези са злочином и кажњавањем, и тзв. непријатељско кривично право (Feindstrafrecht), где је учинилац свесно прекршио норму, због чега је де-персонализован. Као филозофски корени овог концепта помињу се теорија друштвеног уговора, односно радови Хобса, Русоа, Канта, Фихтеа и других. Осветљавање теоријских основа значајно је утолико што је концепт непријатељског кривичног права контроверзан и критикован, а ипак се може препознати у признатим и често другачије конципираним радовима поменутих мислилаца, постављајући напослетку питање њихових правилних тумачења.

Кључне речи: непријатељско кривично право, грађанско кривично право, друштвени уговор, де-персонализација, нормативна пријемчивост.

1 Доцент, Правни факултет Универзитета у Београду, ivana.markovic@ius.bg.ac.rs

2 Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, milos.zdravkovic@ius.bg.ac.rs

3 Асистент, Правни факултет Универзитета у Београду, sava.vojnovich@ius.bg.ac.rs

1. УВОД

Последње измене српског кривичног законодавства,⁴ пре свега увођење казне доживотног затвора у Кривични законик (у даљем тексту: КЗ),⁵ изазвале су много полемика. Оне су се, додуше, водиле превасходно у општој, лаичкој јавности, уз врло ретко навођење стручних мишљења. Разлог измештања дискурса о овако далекосежним изменама најпре-пресивније правне области лежи у томе што се јавна расправа о новели КЗ, уз консултације са експертима, како је иначе предвиђено, није ни водила. У атмосфери легислативне журбе, Закон о изменама и допунама Кривичног законика (у даљем тексту: ЗИД КЗ) усвојен је по хитном поступку у мају месецу 2019. године; ни шест месеци након оснивања радне групе која је била задужена за његову израду, крајем децембра 2018. године. Ако, пак, освести-мо садржински опсег тих измена, онда овакав исхитрени законодавни поступак делује не само неуобијачено, већ и несхватљиво. Њиме се уводи, између осталог, најстрожа санкција коју постојеће српско право познаје – доживотна казна затвора. Њоме је замењена до тада најстрожа казна, казна затвора у трајању од 30 до 40 година, која је 2006. године била уве-дена као замена за смртну казну.

Друга специфичност ЗИД КЗ јесте искључење могућности пуштања на условни отпуст осуђеног на одређена кривична дела, и то: тешко убиство (члан 114. став 1. тачка 9), сило-вање (члан 178. став 4), обљубу над немоћним лицем (члан 179. став 3), обљубу са дететом (члан 180. став 3) и обљубу злоупотребом положаја (члан 181. став 5).

Изгледно је да ће ова одредба о селективном искључењу условног отпуста бити тре-тирана као кршење члана 3. Европске конвенције о људским правима о основним слободама (забрана мучења), о коме се Европски суд за људска права већ увелико изјашњавао.⁶

Уколико поменути измене и допуне КЗ посматрамо у ширем контексту, посебно у контексту општедоступних инструмената кривичноправних реформи, приметимо да домет ових, али и неких ранијих новина личи на неке концепте који се данас вреднују као застарели или у најмању руку неадекватни.

Поред блискости са кривичноправним популизмом⁷ и са симболичним кривичним правом,⁸ постоји још један концепт⁹ са којим се овај ЗИД КЗ, али и многи други поступци

4 Вид. Ivana Marković. „Amendments to the Serbian Criminal Code from 2019 in the Light of Dogmatics and” (Criminal) Policy (2019): 179 – 190. *Ohrid School of Law - Abuse of Law and the 'Abnormal' Law versus the Rule of Law*. Ristov, Angel (ed.). Skopje: Institute for Legal-Economic Research and Education Iuridica Prima.

5 *Кривични законик*, «Сл. гласник РС», бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

6 Овде треба навести пре свега случај *Vinter and Others v. the United Kingdom* (Applications nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10) од 9. јула 2013. године.

7 Вид. John Pratt, *Penal populism*. London: Routledge London; Frank Nobis, 7/2018. *Strafrecht in Zeiten des Populismus. Strafverteidiger* (2007) 38: 63-74.

8 Вид. Monika Voß, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*. Ebelsbach: Gremer; José Luis Diez Ripollès, 3/2001. *Symbolisches Strafrecht und die Wirkung der Strafe. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1989) 113: 516 - 538.

9 Кансио (*Cancio*) наглашава да симболично кривично право и „ренесанса пунитивизма“ говоре само о фено-типско-секторским аспектима целокупног развитка, тј. да представљају претече непријатељског кривичног права. Manuel Cancio Meliá, Feind“strafrecht“?, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (2/2005) 117: 269.

у кривичном праву, домаћем и међународном, могу довести у везу. Тај концепт јесте тзв. непријатељско кривично право.

2. О КОНЦЕПТУ НЕПРИЈАТЕЉСКОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Теорију непријатељског кривичног права (*Feindstrafrecht, Enemy Criminal Law*) развио је немачки професор Гинтер Јакобс (*Günther Jakobs*). Идеју је по први пут представио 1985. године, на излагању пред скупом предавача кривичног права у Франкфурту на Мајни, потом га у чланку о криминализацијама у предворју повреде правног добра дескриптивно-аналитички разрадио,¹⁰ да би је се изнова дотакао 1999. и 2004. године.¹¹ Тада, додуше, у афирмативном стилу, како примећују критичари,¹² не правећи разлику између тек описивања концепта са једне и његовог вредновања са друге стране. Већ из овог неуобичајеног освртања на тон којим је непријатељско кривично право представљено може се назрети колико је оно спорно. О чему се, дакле, ради када говоримо о непријатељском кривичном праву, које се од тада у много наврата поново нашло у центру пажње материјалноправних, процесноправних, криминалополитичких, правнотеоријских, правноисторијских и других анализа?

Према схватању Јакобса, дело и казна, која је схваћена као принуда, две су стране истог комуникативног процеса.¹³ Целокупно право је снабдевано могућношћу да принуди, да натера, а најоштрија принуда јесте принуда кривичног права. Казна је принуда¹⁴ – она је одговор на дело. Дело, с друге стране, јесте дезавуисање норме; напад на њено важење.¹⁵ Значење које је иманентно казни јесте да тврдња учиниоца није меродавна и да норма непромењено наставља да важи, да тиме обриси друштва остају очувани.¹⁶ Важење норме не бива негирано поступцима злочинца; оно је очувано кроз његово кажњавање.¹⁷ Норма може да очува своју функцију да пружа оријентацију како учиниоцу, тако и жртви.¹⁸ У том смислу су оба, дело и казна, „средства једне симболичне интеракције“ (*Mittel einer symbolischen Interaktion*) и „оруђа нормативног споразумевања“ (*Werkzeuge normativer Verständigung*).¹⁹

10 Günther Jakobs, 4/1985. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97: 751–785.

11 Günther Jakobs, 1999. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot; Günther Jakobs, 3/2004. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*

12 Frank Saliger, 15-16/2006. Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept? *Juristenzeitung* 61: 756-762.

13 Ове изразе Јакобс није користио у свом иницијалном излагању 1985. године, тј. изразе је почео да користи тек када је идеја непријатељског кривичног права поново заживела 14 година касније.

14 Günther Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, 3/2004. 88.

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem*.

17 Stefan Schick, Feindstrafrecht als regulative Idee. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 3/2012, 49.

18 Jakobs, Günther. 4/1995. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 107, 844.

19 Jakobs, Günther. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1999, 98.

Све док функционише ова комуникација, крећемо се у оквиру грађанског кривичног права (*Bürgerstrafrecht*, *Civil Criminal Law*), у ком разумни људи („особе“, *Personen*) поштују норме.

Промена ка антиподу грађанског кривичног права, ка непријатељском кривичном праву, догађа се оног тренутка када грађанин не поштује правила. Очекивање да ће се лице понашати као „особа“ је трајно изневерено; спремност да се злочинац третира као персона нестаје.²⁰ Учиница се кроз своје свесно кршење норме претворио у непријатеља друштва.

Подела на грађанско и на непријатељско кривично право може се објаснити не само из угла друштва које делинквентна посматра као непријатеља, већ и из учиниоачеве перспективе. Он се на неки начин, наиме, враћа у своје природно стање, пошто правила *de facto* ни не признаје. Из његовог угла се са њим не поступа правично, већ влада рат, чији ће победник одлучити које норме заиста важе.²¹ Одатле проистичу два поменута идеалтипска права:²² „Грађанско кривично право је право свих, непријатељско кривично право је право оних који стоје спрам непријатеља; у односу на непријатеља је то само физичка принуда, све до рата.“²³

Последица тога јесте окретање законодавца ка једном отвореном, тзв. сузбијајућем законодавству. Оно је окренуто против оних који су, не тек успутно, у свом ставу (нпр. код сексуалних деликата), у свом занимању (нпр. код привредног криминалитета, деликта дроге) или кроз организовање (код тероризма, организованог криминалитета или већ код договора за извршење кривичног дела) вероватно трајно, свакако одлучно направили отклон од права. Другим речима, они не пружају ни минималну когнитивну гаранцију која би била неопходна да би се третирали као „особе“ (персоне).²⁴

Овај процес се може назвати „де-персонализација“: учинилац се преобразио од особе до (пуке) индивидуе.²⁵ Његову вољу, која се материјализовала у злочину, треба негирати. У супротном би могао да се створи утисак да би се ова манифестација учиниоачеве воље могла сматрати универзалном, тј. општеприхватљивом. Негација његове воље постиже се према томе „искључењем из друштва“, де-персонализацијом.

Тиме се као циљ кристалише „маргинализација значења злочина које крши норму“,²⁶ чиме се потврђују идентитет и корпус друштвених норми. Овде је значајно дејство – сузбијање опасности уместо комуникације. Учиниоцу се физички онемогућава да понови свој злочин, то јест да он и даље буде опасан по јавност (политичку заједницу, односно грађане). Један илустративни пример за то је превентивни притвор (*Sicherungsverwahrung*) у Немачкој,²⁷

20 Jakobs 2004, 92.

21 *Ibidem*.

22 Schick, Feindstrafrecht als regulative Idee, 50.

23 Jakobs 2004, 90.

24 *Ibidem*, 92.

25 Jakobs, Günther. 2010. Zur Theorie des Feindstrafrechts. 167 – 182. *Straftheorie und Strafgerechtigkeit, Deutsch-Japanischer Strafrechtsdialog*. Rosenau, Henning, Kim, Sangyun. (Hrsg.). Frankfurt am Main: Peter Lang, 169.

26 Jakobs, Günther. 2000. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar). 49. *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*. Eser, Albin. et al. (Hrsg.). München: C.H. Beck.

27 Ова „мера поправљања и безбедности“ може да се одреди сходно § 66 StGB када је учинилац, између осталог, осуђен на казну затвора од најмање две године због умишљајног вршења одређеног кривичног дела (против живота, против телесног интегритета, против личне слободе или против сексуалног самоодређења, одређених међународних кривичних дела, итд.), у случају поврата, као и када „једна укупна оцена учиниоца и његових дела показује да је у тренутку осуде опасан за јавност због склоности ка знатним кривичним, тј. онима кроз које жртве душевно или физички бивају тешко оштећене.“

или доживотна казна затвора без могућности пуштања на условни отпуст, као што је случај у Србији.²⁸ Код оба примера је учинилац лишен слободе до даљњег, па самим тим и осуђен да евентуално понови извршено, односно да учини ново кривично дело – опасност је сузбијена.

Грађанско кривично право је изгубило једног од својих адресата, који је са своје стране изгубио своју „нормативну пријемчивост“ (*normative Ansprechbarkeit*). До искључења долази јер учинилац не може да пружи гаранције да ће се убудуће правоваљано понашати, јер његов квалитет као особе не поседује задовољавајућу когнитивну основицу.²⁹

Непостојање ове нормативне пријемчивости и минималне когнитивне гаранције грађанско-персоналног понашања, трајни или одлучни отклон од права – све заједно чине оправданим кривичноправни захват као реакцију на кривична дела већ у фази њиховог припремања.³⁰ Ту се као екстремни пример некога ко негира поредак као такав могу навести терориста и кривична дела која он врши.³¹

3. ТЕОРИЈСКИ КОРЕНИ НЕПРИЈАТЕЉСКОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Духовну основу својих идеја Јакобс проналази у правно-филозофским и државно-филозофским теоријама, изричито се позивајући на њих. Премда се начин на који је Јакобс извео своје идеје делимично критикује,³² неспорно је да постоје барем паралеле, а свакако термилошка преплитања са тим теоријама, која са своје стране указују на сличности која ипак превазилазе пуку семантику. Другим речима, постоје суштинске сличности Јакобсове теорије непријатељског кривичног права и поменутих теорија. Најчешће се овде помињу идеје заступника учења о друштвеном уговору.

3.1. Учење о друштвеном уговору

Полазна тачка учења о друштвеном уговору почива на схватању да се државна власт легитимише склапањем уговора кога закључују грађани међу собом, при чему обавезујуће дејство уговора потиче од аутономне одлуке воље уговорних страна. У жељи да одгонетну вечити проблем постојања државне власти (моћи и хијерахије), заступници теорије друштвеног уговора су постулирали хипотетички критеријум за њено оправдавање. Они

²⁸ Према чл. 46. ст. 5 КЗ, суд не може условно отпустити осуђеног на следећа кривична дела: тешко убиство (чл. 114. ст. 1. тач. 9), силовање (члан 178. став 4), обљуба над немоћним лицем (179. став 3), обљуба са дететом (члан 180. став 3) и обљуба злоупотребом положаја (члан 181. став 5).

²⁹ Jakobs 2004, 92.

³⁰ Marković, Ivana. 2015. Криминализација у предворју правног добра на примеру кривичних дела тероризма из Кривичног законика Србије. 131 – 152. Развој правног система и хармонизација са правом ЕУ. Прилози Пројекту 2014. Васић, Радмила, Крстић, Ивана (ур.). Београд: Правни факултет у Београду.

³¹ Schick 2012, 50.

³² Arnold, Jörg. 8-9/2006. Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen. *Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, 303; Albrecht, Peter-Alexis. 4/2005. „Krieg gegen den Terror“ – Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 117, 851.

разликују природно од грађанског стања, тврдећи да се потоње ствара зарад превазилажења несигурности природног стања, у којем је човек човеку вук.³³ Другим речима, кроз слободну сагласност воља једнаких појединаца, треба да дође до изградње друштва и заснивања поретка власти, односно монопола државне силе.³⁴ За егистичне појединце, неспутане слободе у природном стању, давање моћи мора да буде исплатив и оправдани акт у којем они морају бити увек на добитку. Теорија друштвеног уговора треба да замени раније веровање у ауторитете тако што ће понудити један модел уговора према коме ће се појединци споразумети о легитимном друштвеном или државном поретку према њиховим природним интересима.³⁵ Основна идеја је да кроз један овакав уговорни споразум настане самообавезивање за сваког појединца и истовремено међусобна обавезност, који као основица поретка власти могу да добију сагласност свих уговорних страна.³⁶

Томас Хобс (*Thomas Hobbes*)³⁷ сматра да се изворна једнакост свих у природном стању темељи на чињеници да свако може свакога да савлада на одређени начин - било силом, било памећу - те нико није заштићен. Страх је стање које доминира човеком, при чему свако, у својој огољеној слободи, има право на самоодбрану и право првог ударца. Такве околности доводе до усамљеничког и сиромашног живота, проузрокованог стањем сталног рата.³⁸ Грађанско стање се види као излаз из природног хаоса, тако што би појединци већинском одлуком одабрали суверена и пренели сву моћ на њега, са циљем да их он заштити - од спољашњих непријатеља, али и унутрашњих потресања. Иако Жан-Жак Русо (*Jean-Jacques Rousseau*) нуди сложенију слику о фазама настанка грађанског стања,³⁹ и он прихвата исту суштину идеје. Смисао друштвеног уговора је да се заштити сваки члан друштва удруживањем, односно појединачним одрицањем у корист целе заједнице.⁴⁰ Код Русоа,⁴¹ сваки члан заједнице се обавезује и као грађанин (спрам суверена), али и као члан сувереног тела. Дакле, суверен није отуђен од чланова заједнице, већ сами чланови чине суверено тело.

Међутим, независно од појединости различитих приступа унутар теорије друштвеног уговора, поводом непријатељског кривичног права је важно нагласити да замисао хипотетичког пристанка имплицира подвргавање заједничком поретку и одрицање од своје природне слободе.⁴² Појединци који (вршећи тешка кривична дела) проузрокују висок степен опасности по заједницу угрожавају друштвени уговор, практично евоцирајући несигурност природног стања.

Један од приговора који се генерално упућује учењу о друштвеном уговору може се упутити и непријатељском кривичном праву. Наиме, учествовање у заједници не може се

33 Vojnović, Sava. 2/2022. Teorija društvenog ugovora Tomasa Hobsa i Žan-Žak Rusoa: ujedinjeni ili suprotstavljeni? *Politeia*, 110.

34 Precht, Peter, Burkhard, Franz-Peter. (Hrsg.) 2008. *Metzler Lexikon Philosophie*, 3. Aufl. Stuttgart: Verlag J.B. Metzler, 212.

35 *Ibidem*.

36 *Ibidem*, 213.

37 Thomas Hobz. *Levijatan* (Beograd: Kultura, 1961), 105.

38 *Ibidem*, 109.

39 Vojnović 2022, 112.

40 Žan Žak Ruso, *Društveni ugovor* (Prosveta: Beograd, 1949), 17.

41 *Ibidem*, 19.

42 Што не значи да себи лични интерес није покретач ступања у заједницу, односно да појединци губе тиме што се лишавају своје природне слободе.

нужно тумачити као сагласност са друштвеним уговором, зато што ни само учествовање није увек добровољно.⁴³ С једне стране, реализам људског постојања заиста јасно указује на мањак добровољности, односно изостанак стварног, фактичког пристанка за учествовање у политичкој заједници. С друге стране, наглашено је да је друштвени уговор хипотетичке природе, те се о људској вољи спрам заједнице закључује пре свега посредно. Вршење (тешких) кривичних дела се чини једним од јаснијих индикатора о мању воље појединца да буде део политичке заједнице (дакле, као негативно мерило), те делује да вредност концепта непријатељског кривичног права није угрожена таквом критиком.

3.2. Продубљивање аргументације и прецизирање концепта

Јакобс се у својим излагањима позива најпре на Русоа, који истиче следеће: „Сваки злочинац, нападајући друштвено право, својим неделима постаје бунтовник и издајник отаџбине; он престаје бити њен члан кршећи њене законе, он чак води рат против ње“.⁴⁴ Такође: „Опстанак државе онда долази у сукоб с његовим опстанком; једно од њих двоје треба да нестане; а када кривца отерају у смрт, то је мање као грађанина него више као непријатеља. Поступак и суђење су доказ и потврда да је он раскинуо друштвени уговор и да, према томе, није више члан те државне заједнице“.⁴⁵ Последица се огледа у томе да „кривац умире мање као грађанин (*citoyen*), већ више као непријатељ (*ennemi*)“.⁴⁶ Учиниоца кривичног дела повредио је уговор и не сме више да ужива у његовим погодностима: он се са осталима не налази више у правном односу. Кроз злочин, учинилац је отказао уговор који је имао са осталим члановима друштва, поништио га и самим тим не сме више да извлачи користи из њега.⁴⁷ У његовој представи о правом друштвеном уговору, Русо полази од тога да свако од нас заједнички своју личност и целу своју моћ ставља под врховну управу опште воље и да сваког члана прихватамо као неодвојивог дела целине.⁴⁸ Уз максимално поверење иде и максимална казна за повреду правних норми - прогонство за прекршитеље уговора, а смртна казна за јавне непријатеље.⁴⁹ Русо у овом контексту посебно истиче једино убице као злочинце који више нису морална бића, иако се генерално позива на сваки прекршај права, односно непоштовање норми које усвоји друштво. Чини се најсмисленијим да код Русоа смртну казну треба повезати само са најтежим кривичним делима, јер говори о онима чије је постојање опасност по друштво, истовремено истичући да учесталост смртних казни указује на слабост државе која није способна да „неваљалце“ учини добрим.⁵⁰ Овакво схватање може се оценити као искључиво, али је оно свакако доследно.

43 Вид. Heepe, Moritz. Die Unmöglichkeit von Herrschaftslegitimation durch Einwilligung: Humes Kritik am naturrechtlichen Kontraktualismus. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 4/2011, 97, 479 – 497.

44 Ruso, *Društveni ugovor*, 31.

45 *Ibidem*.

46 Jakobs 2004, 89.

47 Schick 2012, 89.

48 Ruso, *Društveni ugovor*, 17.

49 *Ibidem*, 31.

50 *Ibidem*.

Централни део својих излагања Јакобс, пак, посвећује Јохану Готлибу Фихтеу (*Johann Gottlieb Fichte*). Фихте је полазио од тога да је слобода многих могућа само зато што је свако слободно биће себи као закон одредило да је његова слобода ограничена појмом слободе свих осталих.⁵¹ Овде се јасно може уочити Кантова идеја о самоограничењу сопствене слободе тамо где наилази на слободу других. Фихте одатле закључује да „ко напусти грађански уговор, било вољно или из непромишљености, тамо где се у уговору рачунало на његову обазривост, губи сва своја права као грађанин и човек, и остаје потпуно без права“.⁵² То се, међутим, може ублажити, и то кроз уговор о искупљењу. Овај, пак, не важи код „намерног, унапред смишљеног убиства“ – „(...) осуђени оглашава се за ствар, за комад стоке,“ и даље истиче да је усмрћење злочинца „не казна, већ само мера безбедности“.⁵³

Јакобс је на овом месту истакао да не жели да прати концепт Русоа и Фихтеа; сувише му је апстрактно „радикално раздвајање грађанина од свог права с једне стране од неправда непријатеља с друге стране“.⁵⁴ Правни поредак треба да задржи и злочинца у праву, јер делинквент има право да се помири са друштвом, за шта мора да задржи свој статус личности, свој статус грађанина. Поред овог права помирења, постоји међутим и обавеза репарације (накнаде штете), која са своје стране подразумева персоналност учиниоца. Јакобс одатле изводи закључак да злочинац не може својевољно да се опрости од друштва.⁵⁵ Шта он овиме помало увиђено жели да каже јесте да деперсонализација учиниоца не може *per se* да се деси, а да претходно није пређена одређена граница. Извршење дела за то још није довољно. Неопходно је, наиме, да се ради о отклону од права које „није у тек успутној мери“, већ које је „вероватно дугорочно“ да би се овај учинилац, који не може да пружи ни минималну когнитивну гаранцију, до кога се не може допрети кроз правне норме, могао на крају искључити из друштва.⁵⁶ На основу свега до сада реченог вршење кривичног дела за ово искључење генерално још није довољно. По правилу се ово његово поступање не мора схватити као опште одустајање од законитог понашања.⁵⁷

Разлика између правног и природног стања, која се рефлектује у дуалности грађанског кривичног права и непријатељског кривичног права, може се, описана малтене истим речима, наћи код Имануела Канта (*Immanuel Kant*) који модел уговора користи као регулаторну идеју за заснивање и ограничавање државне моћи.⁵⁸ „Али човек или народ у сáмом природном стању лишава ме [...] (нужне) сигурности, и повређује ме већ управо кроз то стање, у ком је поред мене, иако неактиван (*facto*), већ безакоњем његовог стања (*statu iniusto*), чиме сам стално угрожен од њега и могу га принудити или да ступи са мном у стање заједништва и законитости или да се повуче из мог суседства“.⁵⁹ Ко, дакле, не дела у животу као у једном

51 Niedner, Christian Wilhelm. 1840. *Zur Geschichte der Philosophie neuester Zeit vom Ende des 18. Jahrhunderts*. Leipzig: Brockhaus, 49.

52 Jakobs 2004, 89.

53 *Ibidem*.

54 *Ibidem*.

55 *Ibidem*.

56 *Ibidem*, 42.

57 Jakobs 2006, 842.

58 Kant, Immanuel. 1907. *Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Berlin: Akademie-Ausgabe, Band 6, 297.

59 Kant, Immanuel. 1983. *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*. Werke. Band 8, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 341, 349.

„стању заједништва и законитости“ мора да се повуче, тј. он бива избачен (или бива трајно склоњен у превентивни затвор, како то чини једна од мера у немачком праву). Он не мора да буде третиран као особа, већ према њему може да се „поступа као према непријатељу“, како Јакобс потцртава,⁶⁰ изричито се позивајући на Кантове речи.

Јакобс с друге стране признаје и то да не треба сваки злочинац као такав да буде искључен из права. Он утолико преузима разликовање особе права (грађанин) и особе без права (непријатељ) из напред наведених становишта, али и ублажава строго повлачење границе позивањем на Хобса, који је препознао да грађанину треба у начелу оставити његову улогу грађанина и само у ванредним условима (код велеиздаје) треба га лишити персоналног статуса, када злочин према својој природи отказује поковавање држави.⁶¹ То, наиме, значи „повратак у стање рата“, у ком се учиниоци кажњавају „не као поданици, већ као непријатељи“, пошто природа таквог дела подразумева одрицање од потчињености одабраном суверену.⁶² Деперсонализација непријатеља према томе није нешто што се дешава по аутоматизму. Делује неминовно да се свакоме ко повреди норму оспори персоналност и да се третира као непријатељ, јер је он извршењем дела повредио важеће право и определио се против друштвено-правног поретка. Претпоставка за једну овакву последицу јесте, пак, да повредилац норме може да располаже својом персоналношћу.⁶³

Делинквент има (природно) право да се помири са друштвом, или како Јакобс формулише, не треба искључити могућност каснијег помирења.⁶⁴ Стога он треба да задржи своју правну личност и не треба да буде искључен из свих права. Тако рецимо лице коме је изречена мера превентивног затвора (§66 StGB) задржава своја имовинска права над стварима.

Треба имати на уму да је вредновање учиниоца као особе у праву предуслов за накнаду штете коју је у обавези да испуни.⁶⁵ Начело репарације се заснива на еквивалентности злочина и казне. Поступа ли учинилац приликом вршења дела као особа у праву, онда и казна треба да буде извршена као лично давање.⁶⁶ У супротном, злочинац може само кроз своје дело да ремети организацију друштва,⁶⁷ ограничи или чак повреди. Једно друштво, међутим, не дозвољава да јој појединци кроје границе, па сходно томе ни грађанин не може свој сопствени правни статус сâм да промени. Штавише, грађанин – кршилац норме не ставља под знак питања систем као такав; повреду правила треба пре схватити само као привремену.⁶⁸

Опире ли се учинилац, пак, сваком поковавању под правни поредак и покаже ли то кроз своје поступке, онда га треба лишити његове персоналности. Непријатељски настројен учинилац није исто што и онај грађански оријентисан делинквент који жели да остане у правном поретку са осталим члановима друштва,⁶⁹ већ неко ко је материјализовао свој осећај правне непривржености (*rechtliche Ungebundenheit*) кроз извршење кривичног дела.

⁶⁰ Jakobs 2004, 90.

⁶¹ Morguet 2009, 30.

⁶² Hobz 1961, 281-282; Jakobs 2000, 51.

⁶³ Jakobs, Günther. 1999. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 100.

⁶⁴ Jakobs 2004, 90.

⁶⁵ Morguet 2009, 31.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Павлик (*Pawlik*) то илуструје на примеру терористе. Pawlik 2008.

Притом „материјализацију“ треба схватити у ширем смислу, тако да иде шире од кривичног дела и његовог довршења, тј. може да обухвати и припремне радње. Овде се као чест и илустративан пример могу навести законодавне измене у сфери терористичких кривичних дела, где се кажњивост ових радњи помера на један ранији тренутак, тј. она се заснива већ у тзв. предворју добра које је заштићено односно кривичноправном нормом.⁷⁰ И наш законодавац је пратио ову линију развоја, створивши читаву подгрупу пратећих кривичних дела (попут јавног подстицања на извршење терористичких дела из члана 391а КЗ или врбовања и обучавања за вршење терористичких дела из чл. 391б КЗ) уз постојеће главно кривично дела тероризма (чл. 391. КЗ).

Учиниолац је, према томе, друштвено меродавни правни поредак генерално одбио. Тиме је отказао постојећи друштвени уговор и себе поставио ван друштвеног контекста и утолико је изгубио право да буде третиран као персона.⁷¹ Његова непријатељска оријентација бива препозната и вреднована већ код остварења обележја кривичног дела или касније, код одмеравања казне кроз околности које се односе на његову личност.⁷² То се може препознати, рецимо, у српском кривичном праву у члану 54. КЗ у ком су наведене околности које се узимају у обзир приликом одмеравања казне (попут побуда из којих је дело учињено, држања учиниоца после учињеног кривичног дела, нарочито његовог односа према жртви кривичног дела, као и других околности које се односе на личност учиниоца) или још више у 54а КЗ у ком је предвиђена посебна (отежавајућа) околност за одмеравање казне за кривично дело учињено из мржње.

Даље се поставља питање која је сврха непријатељског кривичног права. Пратећи разликовање између грађанског и природног стања, не ради се примарно о исправљању валидности норме која је повређена (*Ausgleich des Normgeltungsschadens*), већ о отклањању опасности: кажњивост се помера знатно унапред у поље припремних радњи, док казна служи заштити од будућих кривичних дела, не само кажњавању већ извршених дела.⁷³

3.3. Блискост са Шмитовим појмом непријатеља?

У циљу допуне анализе и општег осврта на Јакобсов појам непријатељског кривичног права, важно је указати и на сличности појмовног оквира који користи Карл Шмит (*Carl Schmitt*), односно укратко упоредити та два оквира.⁷⁴ Како се вели, дихотомија „грађанин – непријатељ“ личн на Шмитову дводеобу „пријатељ – непријатељ“, којом он објашњава сâм појам политичког. Као што је за економију кључан појам профитабилности, или за етику појам доброг – тако је за политику кључна дихотомија пријатељ-непријатељ.⁷⁵

⁷⁰ Марковић 2015, 302, 305.

⁷¹ Morguet 2009, 32.

⁷² Michael Pawlik. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*. (Köln: Heymann, 1999), 58.

⁷³ Jakobs 2004, 92.

⁷⁴ Jochen Bung. Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person. 56 – 62. *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*. Uwer, Thomas, Organisationsbüro (Hrsg.). Berlin: Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, (2006) 250; Prantl, Heribert. Diabolische Potenz. *Süddeutsche Zeitung* vom 5. 3. 2005, 4.

⁷⁵ C. Schmitt. *The Concept of the Political*. (Chicago and London: The University of Chicago Press, 2007), 26.

И заиста, Шмит описује ову поделу као најудаљеније тачке асоцијације, тј. дисоцијације човека.⁷⁶ Непријатељ је егзистенцијално други или странац, с којим је у крајњем случају могуће ући у конфликте све до рата.⁷⁷ Политички непријатељ не мора да буде негативно одређен према критеријумима из осталих сфера (рецимо као неморалан), али је увек неко стран – неко други и другачији, са киме се сукобљавамо.⁷⁸ Другим речима, непријатељ је непријатељ не зато што је учинио кривично дело, већ зато што је другачији.⁷⁹ Шмит⁸⁰ наглашава да је “сваки учесник у позицији да процењује да ли његов непријатељ има намеру да негира његов начин живота и због тога мора бити одбијен или побеђен – како би сачувао сопствени начин постојања.” Он инсистира на реалистичности таквог схватања политике, јер дати концепт треба узети у његовом “конкретном и егзистенцијалном смислу, не као метафору или симбол”, а најмање у приватно-индивидуалистичком смислу.⁸¹

Истина, Јакобс помиње Шмитов појам непријатеља, али зато што се дистанцира од њега:⁸²

„Код Карла Шмита је појам политичког један секуларизовани теолошки појам, који пре разликује богобојажљиве од безбожника него што разликује политичке противнике према данашњем схватању. Шмитов појам се не односи на злочинца, већ на *hostis*-а, на другог; у држави тек код грађанског рата долази до политичке конфронтације у Шмитовом смислу. Непријатељ из непријатељског кривичног права је, пак, злочинац и то вероватно опасан на дужи рок; он је један *inimicus*. Он није неко другачији, већ би требало да се понаша као остали, и због тога му се урачунава кривичноправна кривица, што није случај код Шмитовог *hostis*-а. Да сам се у својим излагањима позивао на Карла Шмита, онда би се ту радило о донекле потпуно погрешном цитирању“.⁸³

На овом месту треба рећи која је била Јакобсова претходно дата напомена. Она се намерно помиње при крају овог рада, јер тиме постаје јасно у којој мери предрасуде и преурањена схватања и закључци читалаца долазе до изражаја када се говори о овом Јакобсовом концепту. Реч „непријатељ“ увек је био и остаће провокативан појам, што се и овде потврдило. Односно, како је то Јакобс нагласио: „ако говоримо о грађанском кривичном праву и о непријатељском кривичном праву, онда их треба разумети као два идеална типа, који се малтене не могу пронаћи у свом чистом облику. Илустрације ради: чак код досадних, уобичајених кривичних дела, која се приписују грађанском кривичном праву, створиће се барем благи отпор према будућим опасностима,⁸⁴ што би спадало у непријатељско кривично право, па ће тако и терориста бити третиран формално као персону, када му се у кривичном поступку пружају права грађанина као окривљеног. Не ради се, дакле, о супротстављању две изоловане кривичноправне сфере, већ о описивању два пола истог света или

⁷⁶ Schick 2012, 55.

⁷⁷ Schmitt, *The Concept of the Political*, 33.

⁷⁸ *Ibidem*, 27.

⁷⁹ Schick 2012, 55.

⁸⁰ Schmitt, *The Concept of the Political*, 27.

⁸¹ *Ibidem*, 27, 28.

⁸² Morguet 2009, 32, 33.

⁸³ Jakobs 2006, 294.

⁸⁴ Jakobs 2004, 88.

о две супротстављене тенденције у контексту кривичног права, при чему се те тенденције итекако могу поклопити”.⁸⁵

Несрећни избор речи критиковао је и Притвиц (*Prittwitz*), али је такође приметио да би Јакобс био похваљен за своја схватања само да је одабрао друге изразе.⁸⁶ И Залигер (*Saliger*), иначе критичар концепта непријатељског кривичног права, морао је да призна да је Јакобс са својим идејама „погодио право у мету”.⁸⁷ Ово су два ретка примера у којима је критика садржине непријатељског кривичног права одвојена од њихове термилошке обојености, а који показују да би употреба мање провоцирајућих, односно поларизирајућих израза вероватно допринела беневољентнијој рецепцији размишљања која стоје у позадини непријатељског кривичног права.

4. КРИТИЧКИ ОСВРТ НА КОНЦЕПТ НЕПРИЈАТЕЉСКОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Готово без изузетка, у темељу сваке значајније јуристичке концепције стоји разрађена филозофска основа. На пример, чувени Ханс Келзен (*Hans Kelsen*) је своју вредносно неутралну Чисту теорију права ослонио на филозофију неокантовства која је и сама заступала став вредносног релативизма, односно схватање да се вредности не могу доказивати, те се на тај начин учинити апсолутним. Исто тако, најпознатији англо-саксонски јуриспрудент, чија је теорија и данас парадигма правно-позитивистичког схватања права, Херберт Харт (*H. L. A. Hart*), своју је концепцију засновао на филозофији обичног језика, која је била доминантан филозофски правац у Енглеској у првој половини прошлог века. Посматрајући Јакобсову идеју непријатељског кривичног права из те перспективе, уочљиво је да је он извршио покушај њеног филозофског утемељења, који није спроведен до краја, односно да одређене недоследности и неодређености у његовој дихотомији између грађанског и непријатељског кривичног права, проистичу из изостанка те врсте утемељења.

Концепција друштвеног уговора као врста филозофског конструкта Јакобсу је послужила као тачка ослонца. Проблем таквог приступа открива се у чињеници да теорија друштвеног уговора није јединствена и да је у периоду од приближно век и по и сама претрпела бројне трансформације. Нејединственост те концепције лако је уочљива у ставовима њених најпознатијих представника, који стављају нагласак на различите аспекте пристанка појединаца који тај уговор склапају, па се тако разликују и њихова схватања о природи државне власти. Хобс је као утемељивач теорије друштвеног уговора, суверена коме се споразумом свих са свима предаје власт, било да је у питању појединац или колективно тело, видео као носиоца највише, скоро ничим ограничене, дакле, апсолутне власти. Појединци су својим пристанком суверена учинили заступником свих њих те „отуда следује да ма шта суверен чинио, то не може да представља неправу ни за ког од његових поданика, нити икоји

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Cornelius Prittwitz. Feindstrafrecht. 213 – 226. *Kriminologie. Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung*. Prittwitz, Cornelius, Pilgram, Arno (Hrsg.). Baden-Baden: Nomos, 2005. 226.

⁸⁷ Saliger 2006, 756.

од њих може суверена да оптужује за неправду“.⁸⁸ Пошавши од истих кључних карактеристика друштвеног уговора, Хобсов сународник Џон Лок је наместо апсолутне власти суверена, извео аргументе да је суштина стварања политичке заједнице управо да се поставе границе до којих државна власт сме да се распростире, што заправо означава принцип ограничене владе. У случају да државна власт пређе те границе и тако погази темељна индивидуална права, онда она постаје тиранска, те појединци стичу право на отпор таквој власти.

С друге стране, за Канта се суштина преласка из природног у правом уређено стање огледа у остваривању слободе појединаца. Склапањем уговора, они се одричу своје дивље, ничим ограничене слободе како би се пронашли у грађанском стању где право представља „ограничење слободе сваког појединачно, уз услов да се она слаже са слободом сваког другог, уколико је ова могућа према општем закону“.⁸⁹ Другим речима, „право је скуп услова под којима се самовоља једнога може сјединити са самовољом другог по неком општем закону слободе“.⁹⁰ Тако створено грађанско стање треба да почива на три априорна начела: 1) законској слободи сваког појединца да се потчини само оним законима за које је дао пристанак; 2) грађанској једнакости, које се огледа у праву појединаца да као вишег признају само оног кога могу правно обавезати и 3) грађанске самосталности, која се огледа у томе да појединци у погледу своје егзистенције не зависе од туђе самовоље.⁹¹

Конечно, Русо однос између силе као једног од главних елемената државне власти и слободе појединаца који чине ту државу, решава тако што је сваки појединац у исто време и властити законодавац. У свом „Друштвеном уговору“ тај однос формулисао је питањем: „Наћи један облик удруживања који би бранио и штитио свом заједничком снагом личност и добра сваког члана друштва, и који би свако, удружен са свима, ипак слушао само себе, и тако остао слободан као пре.“⁹² Легитимна држава је она чији се закони доносе тако да се појединци покоравају законима за који су сами дали сагласност. То је склад између слободе и послушности законима будући да су у таквој заједници појмови поданик и суверен корелативни и сједињени у појму грађанин. Русо је сматрао да су закони израз опште воље, чиме је истакао и њихов демократски легитимитет. У таквом случају, о држави се може говорити као о слободној политичкој заједници те се даље не може питати: „да ли закон може да буде неправедан, пошто нико није неправедан према самом себи; нити како можемо бити слободни и потчињени законима, пошто су они само регистри наших воља“.⁹³

Већ овакав крајње летимичан преглед становишта најзначајнијих представника теорије друштвеног уговора, показује како су се она кретала од оправдавања апсолутизма државне власти, преко њеног ограничавања, до слободе као сврхе државе и легитимисања њене власти и закона. Такође, ни појединачне теорије нису сасвим конзистентне, па тако Хобс ипак подразумева извесна ограничења иначе апсолутне, то јест суверене државне власти, док Русо у својој теорији не решава потпуно однос између појмова попут „воља већине“, „воља свих“ и „општа воља“. У правном теоретисању сасвим је легитимно посудити већ развијене

⁸⁸ Hobz 1961. 184.

⁸⁹ Имануел Кант. Ум и слобода (приредио Данило Баста). (Београд: Идеје, 1974). 102.

⁹⁰ Имануел Кант. Метафизика морала. (Сремски Карловци: Издавачка књижарница Зорана Стојановића, 1993), 32.

⁹¹ *Ibidem*, 116.

⁹² Ruso, *Društveni ugovor*, 52.

⁹³ *Ibidem*, 33.

концепције, али Јакобс то не ради на систематизован начин, те у изостанку темељне, заокружене и целовите филозофске основе, он последично своју дихотомну поделу оставља на ветрометини различитих, често и „непријатељских“ тумачења и критика, о чему је већ детаљније писано у претходном делу рада.

Тај недостатак у заснивању иначе веома провокативне, али и инспиративне концепције о разликовању грађанског и непријатељског кривичног права, одразио се на њено термилошко означавање. Како је већ речено, Јакобсова смела идеја највише је трпела због његовог одабира назива „непријатељско кривично право“. У политичкој теорији и филозофији, а и по уобичајеном правничком поимању, појам непријатељ по правилу, означава одређену групу, одређени колективитет који се може дефинисати према задатим критеријумима односне политичке заједнице (расним, верским, идеолошким итд.). Као такав, он може, а бројни примери то и доказују, да буде основа важећег законодавства и да изазива све замисливе последице по тако означени колективитет. Расно законодавство у Трећем рајху и сателитским државама, примери других тоталитарних држава попут бољшевичке Русије или фашистичке Италије, као и пракса толерисања ропства у многим државама, расна сегрегација и друго, случајеви су који прихватање Јакобсове терминологије воде ка странпутици. Истина, постоје наслови акционих гангстерских филмова попут „Државни непријатељ број 1“ и слични, који једнако иду против рецепције Јакобсове идеје. С друге стране, баш та провокативност која искрича из самог назива концепције, као да позива на критичко преиспитивање одавно уврежених ставова код правника кривичара, али и других, док оне смелије позива да Јакобсову дихотомију боље утемеље, што би доказало основну и неспорну вредност његовог особеног приступа.

5. ЗАКЉУЧАК

Идеја непријатељског кривичног права заснива се на дводеоби између грађанског кривичног права, које оставља учиниоцу статус персоне, и непријатељског кривичног права, које ово искључује. Основу за то Јакобс проналази у природном праву, чији су аргументи строго усмерени ка концепцији друштвеног уговора, где је сваки делинквент као такав - непријатељ. Јакобс се овде позива на Русоа и Фихтеа.

Оваква представа релативизује се претпоставком да за очување рецептивности адресата за нормативна очекивања треба оставити статус грађанина онемо ко не одступа од норме упорно и из принципа. Јакобс се придружује овом схватању, позивајући се на Хобса и Канта, чиме се ресоцијализација као сврха кажњавања у модерном кривичном праву не обесмишљава кроз претходни, тврди став.

Разлог за овакво искључење које није аутоматско јесте то што се код непријатељског кривичног права ради од уклањању опасности. Упорност у вршењу кривичних дела показује, међутим, да ова опасност није отклоњена, да онај ко принципијелно одступа не пружа гаранцију персоналног понашања које би поштовало успостављене норме. Зато не може више да буде третиран као грађанин. Наиме, до сада није било експлицитно поменуто оно што се налази у позадини потребе за уклањањем опасности – право грађанина на сигурност. Поменути теоријска и филозофска дела би стога требало поново читати у контексту управо овог права.

Напоследку, треба указати и на то да су два поменути концепта грађанског и непријатељског кривичног права на одређени начин претеривања, преувеличавања, идеали који се у стварности малтене не могу наћи у свом чистом облику. Не само да је сâм Јакобс тога био свестан; штавише, он је то редовно и наглашавао.⁹⁴

Непријатељско кривично право је као нормативно-афирмативни концепт већински одбачен. Превелики је јаз у односу на просветитељски појам особе.⁹⁵ Друга критика ове теорије односи се на кршење уставноправне смернице. У Немачкој, његовој „родној грудии“, оно се посебно коси са увек изнова наглашаваним начелима недодирљивости људског достојанства (чл. 1. Основног закона)⁹⁶ и једнакости (чл. 3. Основног закона).⁹⁷

Па ипак, ако оставимо критику по страни, можемо приметити да заслуга непријатељског кривичног права лежи у томе што смо се подсетили до тада заборављених „дубоких, правно-филозофских димензија науке кривичног права“. ⁹⁸ Покренула се расправа, макар она била само у сврху приговарања идеји непријатељског кривичног права. У исто време су изнова постављена „пра-питања“ кривичног права о смислу и делотворности казне, а која превазилазе догматику материјалног кривичног права.

ЛИТЕРАТУРА

- Arnold, Jörg. 8-9/2006. Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen. *Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*: 303 – 315.
- Albrecht, Peter-Alexis. 4/2005. „Krieg gegen den Terror“ – Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 117: 839 - 851.
- Bung, Jochen. 2006. Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person. 56 – 62. *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*. Uwer, Thomas, Organisationsbüro (Hrsg.). Berlin: Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen.
- Cancio Meliá, Manuel. 2/2005. Feind“strafrecht“?, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 117: 267 – 289.
- Diez Ripollès, José Luis. 3/2001. Symbolisches Strafrecht und die Wirkung der Strafe. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 113: 516 - 538.

⁹⁴ Jakobs 2004, 93.

⁹⁵ Saliger 2006, 757.

⁹⁶ Чл. 1 Основног закона (Art. 1 Grundgesetz): „(1) Људско достојанство је неприкосновено. Обавеза свих државних власти је да га поштују и штите. (2) Немачки народ се зато опредељује за неповредивост и неотуђивост људских права као темеља сваке људске заједнице, мира и правде у свету. (3) Овде наведена основна права обавезују законодавство, извршну власт и судство као непосредно важеће право.“

⁹⁷ Чл. 3 Основног закона (Art. 3 Grundgesetz): „(1) Сви људи су једнаки пред законом. (2) Мушкарци и жене су равноправни. Држава подстиче стварно спровођење равноправности између жена и мушкараца и утиче на отклањање постојећих неравноправности. (3) Нико не сме бити дискриминисан или привилегован због свога порекла, своје расе, свог језика, своје домовине и порекла, своје вере, свог религиозног или политичког светоназора. Нико не сме бити дискриминисан због своје инвалидности.“

⁹⁸ Bung 2006, 249, 250.

- Heepe, Moritz. 4/2011. Die Unmöglichkeit von Herrschaftslegitimation durch Einwilligung: Humes Kritik am naturrechtlichen Kontraktualismus. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 97: 479-497.
- Hobz, Tomas. 1961. *Levijatan*. Beograd: Kultura.
- Jakobs, Günther. 1999. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot.
- Jakobs, Günther. 3/2004. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, *Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*: 88 – 95.
- Jakobs, Günther. 2000. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar). 47 – 56. *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*. Eser, Albin. et al. (Hrsg.). München: C.H. Beck.
- Jakobs, Günther. 4/1995. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 107: 843 – 876.
- Jakobs, Günther. 8-9/2006. Feindstrafrecht? - Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtllichkeit, *Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*: 288 – 297.
- Jakobs, Günther. 4/1985. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97: 751–785.
- Jakobs, Günther. 2004. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*. Paderborn: Schöningh.
- Jakobs, Günther. 4/2006. Terroristen als Personen im Recht? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 117: S. 839 – 851.
- Jakobs, Günther. 2010. Zur Theorie des Feindstrafrechts. 167 – 182. *Straftheorie und Strafgerechtigkeit, Deutsch-Japanischer Strafrechtsdialog*. Rosenau, Henning, Kim, Sangyun. (Hrsg.). Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Kant, Immanuel. 1907. *Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Berlin: Akademie-Ausgabe, Band 6.
- Kant, Immanuel. 1983. *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*. Werke. Band 8, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Кант, Имануел. 1974. Ум и слобода (приредио Данило Баста). Београд: Идеје. (Kant, Imanuel. 1974. Um i sloboda (priredio Danilo Basta). Beograd: Ideje.)
- Кант, Имануел. 1993. Метафизика морала. Сремски Карловци: Издавачка књижевница Зорана Стојановића. (Kant, Imanuel. 1993. Metafizika morala. Sremski Karlovci: Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića.)
- Marković, Ivana. 2019. Amendments to the Serbian Criminal Code from 2019 in the Light of Dogmatics and (Criminal) Policy. 179 – 190. *Ohrid School of Law - Abuse of Law and the 'Abnormal' Law versus the Rule of Law*. Ristov, Angel (ed.). Skopje: Institute for Legal-Economic Research and Education Iuridica Prima.
- Marković, Ivana. 2015. Криминализација у предворју правног добра на примеру кривичних дела тероризма из Кривичног законика Србије. 131 – 152. Развој правног система и хармонизација са правом ЕУ. Прилози Пројекту 2014. Васић, Радмила, Крстић, Ивана (ур.). Београд: Правни факултет у Београду. (Marković, Ivana. 2015. Kriminalizacija u predvorju pravnog dobra na primeru krivičnih dela terorizma iz Krivičnog zakonika Srbije.

- 131 – 152. Razvoj pravnog sistema i harmonizacija sa pravom EU. Prilozi Projektu 2014. Vasić, Radmila, Krstić, Ivana (ur.). Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.)
- Morguet, Geraldine. 2009. *Feindstrafrecht – Eine kritische Analyse*, Berlin: Duncker & Humblot, Berlin.
- Niedner, Christian Wilhelm. 1840. *Zur Geschichte der Philosophie neuester Zeit vom Ende des 18. Jahrhunderts*. Leipzig: Brockhaus.
- Nobis, Frank. 7/2018. Strafrecht in Zeiten des Populismus. *Strafverteidiger* 38: 63-74.
- Pawlik, Michael. 1999. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*. Köln: Heymann.
- Pawlik, Michael. 2008. *Der Terrorist und sein Recht, Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*. München: Beck.
- Prantl, Heribert. Diabolische Potenz. *Süddeutsche Zeitung* vom 5. 3. 2005: 4.
- Pratt, John. 2007. *Penal populism*. London: Routledge London.
- Prechtl, Peter, Burkhard, Franz-Peter. (Hrsg.) 2008. *Metzler Lexikon Philosophie*, 3. Aufl. Stuttgart: Verlag J.B. Metzler.
- Prittwitz, Cornelius. 2005. Feindstrafrecht. 213 – 226. *Kriminologie. Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung*. Prittwitz, Cornelius, Pilgram, Arno (Hrsg.). Baden-Baden: Nomos.
- Ruso, Žan Žak. 1949. *Društveni ugovor*. Prosveta: Beograd. Umesto nemackog
- Saliger, Frank. 15-16/2006. Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept? *Juristenzeitung* 61: 756-762.
- Schick, Stefan. 3/2012. Feindstrafrecht als regulative Idee. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*: 46 – 60.
- Schmitt, C. 2007. *The Concept of the Political*. Chicago and London: The University of Chicago Press.
- Vojnović, Sava. 2/2022. Teorija društvenog ugovora Tomasa Hobsa i Žan-Žak Rusoa: ujedinjeni ili suprotstavljeni? *Politeia*: 109-127.
- Voß, Monika. 1989. *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*. Ebelsbach: Gremer.

A LOOK AT THE THEORETICAL FOUNDATIONS OF ENEMY CRIMINAL LAW

Ivana Marković

Faculty of Law, University of Belgrade

Miloš Zdravković

Faculty of Law, University of Belgrade

Sava Vojnović

Faculty of Law, University of Belgrade

Summary: *The paper deals with the theoretical foundations of the so-called Enemy Criminal Law; a concept that has been criticized, but whose reflections we see in today's Criminal Law (for example, in the preventive detention in Germany or in the newly introduced lifetime sentence without the right to be released on parole for certain crimes in Serbia). This approach of the German scholar Günther Jakobs distinguishes the Citizen Criminal Law (Bürgerstrafrecht), with a functioning communication on the relation crime (criminal) – punishment, and Enemy Criminal Law (Feindstrafrecht), where the perpetrator, under certain circumstances, has consciously violated the norm and has been de-personalized as a consequence of this. References on the philosophical roots of this concept have been made with regard to the ideas of contractualism and the works of Rousseau, Fichte, Kant, Hobbes, and others.*

Keywords: *Enemy Criminal Law, Citizen Criminal Law, social contract, enemy, de-personalization.*

SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVICE KAO KONSENZUALNI NAČIN RJEŠAVANJA KRIVIČNIH PREDMETA U KRIVIČNOM POSTUPKU BOSNE I HERCEGOVINE

Maja Iveljić¹

Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

Igor Iveljić²

Općinski sud u Lukavcu

Sažetak: Sporazum o priznanju krivice predstavlja konsenzualni način rješavanja krivičnih predmeta i jedan je od instrumenata efikasnosti i ekonomičnosti krivičnog postupka. Autori će u radu analizirati zakonske odredbe koje regulišu uslove zaključenja sporazuma, tok pregovaranja stranaka o istom, odlučivanje suda o prihvatanju ili neprihvatanju sporazuma, zatim nedostatke zakonskih odredaba koje normiraju sporazum sa akcentom na praktičnu primjenu ovog instituta, kao i dileme koje se javljaju u praksi i na kraju dati određene prijedloge de lege ferenda s ciljem kreiranja boljih zakonskih rješenja u budućnosti.

Ključne riječi: sporazum o priznanju krivice, pregovaranje o sporazumu, zaključenje sporazuma o priznanju krivice, razmatranje sporazuma o priznanju krivice, pravo na žalbu.

1. UVODNE NAPOMENE

Redovni krivični postupak je postupak koji se vodi protiv punoljetne osobe za koju postoji vjerovatnoća da je izvršila krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora preko pet godina ili kazna dugotrajnog zatvora. U okviru redovnog krivičnog postupka stranke mogu zaključiti sporazum o priznanju krivice koji predstavlja procesnu ustanovu koja doprinosi pojednostavljenju i ubrzanju krivičnog postupka i većoj ažurnosti sudova, jer se isti okončava bez vođenja glavnog pretresa. Sporazum o priznanju krivice je kroz institut pregovaranja o krivnji u krivičnoprocesne Zakone na teritoriji Bosne i Hercegovine uveden 2003. godine, a preuzet je iz anglo-američkog krivičnog postupka s ciljem uvođenja akuzatorskog sistema u kojem umjesto sudije, glavnu ulogu imaju optuženi i tužilac. Sporazumom o priznanju krivice omogućava se optuženom suđenje u razumnom roku bez nepotrebnog odugovlačenja, te smanjenje troškova krivičnog postupka. Čak se i Evropski sud za ljudska prava u Odluci Natsvlshvili i Togonidze protiv Gruzije broj 9043/05 od 08.09.2014. slaže sa idejom da pregovaranje o priznanju krivice, osim što nudi važne prednosti brzog odlučivanja u krivičnim predmetima i ublažavanja opterećenja sudova, tužilaca i advokata,

1 Docent, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, maja.iveljic@untz.ba

2 Sudija, Općinski sud u Lukavcu, igor.iveljic@pravosudje.ba

može, ako se pravilno primjenjuje, biti i uspješno sredstvo u borbi protiv korupcije i organizovanog kriminala i može doprinijeti smanjenju broja izrečenih kazni, a samim tim i broja zatvorenika.

Prilikom zaključivanja sporazuma u sukob dolaze dvije tendencije: jedna koja se tiče zaštite osnovnih prava optuženog i druga koja za cilj ima što efikasnije provođenje krivičnog postupka i kažnjavanje počinitelja krivičnog djela. U nastavku rada na sveobuhvatan način sagledat ćemo pozitivne norme sadržane u Zakonima o krivičnom postupku na teritoriji Bosne i Hercegovine kojima je regulisan sporazum o priznanju krivice, te aktuelnu sudsku praksu u ovoj oblasti i predložiti određene izmjene zakonskih odredaba.

2. POJAM SPORAZUMA O PRIZNANJU KRIVICE

Sporazum o priznanju krivice ima dugu tradiciju primjene u pravnim sistemima anglosaksonskog prava, a naročito u državama SAD-a. U savremenom krivičnoprocesnom pravu sporazum o priznanju krivice široko je prihvaćen i u evropsko-kontinentalnom pravu, doduše nešto kasnije u odnosu na zemlje anglosaksonskog prava, što se može pripisati razlozima kulturološke, procesnopravne i organizacione prirode.³ Prihvatanje sporazuma o priznanju krivice u evropsko-kontinentalnom pravu odvijalo se u dva pravca. Zemlje čiji su sistemi nastali na temeljima civilnog prava prilagodile su ga svom pravnom sistemu, dok su zemlje koje pripadaju anglosaksonskom pravnom području, sa izuzetkom Italije, prihvatile ovaj institut u izvornom obliku.⁴

Donošenje novog krivičnog procesnog zakonodavstva kako na nivou Bosne i Hercegovine tako i u entitetima i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine bilo je potaknuto dubokim promjenama u društvenom, ekonomskom i političkom životu Bosne i Hercegovine. Reforma krivičnog procesnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini završena je donošenjem Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine koji je stupio na snagu 1. marta 2003. godine, Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine koji je stupio na snagu 1. augusta 2003. godine, Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske koji je stupio na snagu 1. jula 2003. godine i Zakona o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine koji je stupio na snagu 1. jula 2003. godine. Ciljevi reforme bili su zaštita prava i sloboda učesnika u krivičnom postupku, posebno zaštita prava i sloboda počinitelja krivičnog djela, efikasnost krivičnog postupka, otklanjanje dugotrajnosti krivičnog postupka i dr.⁵ Jedna od najznačajnijih novina koja je nastala reformom je institut pregovaranja o krivici u okviru kojeg stranke mogu zaključiti sporazum o priznanju krivice.

Od momenta uvođenja sporazuma o priznanju krivice u domaće krivičnoprocesno zakonodavstvo stručna i naučna javnost bila je podijeljena na dva suprotstavljena shvatanja. Prema prvom shvatanju sporazum o priznanju krivice trebao je da posluži u rješavanju zaostalih i teških krivičnih predmeta, a drugo shvatanje je pošlo od toga da sporazum o priznanju krivice nije moguće primjeniti u našoj sudskoj praksi. Niti jedno od shvatanja nije bilo osnovano. Broj predmeta

³ Bojana Stanković, „Sporazum o priznanju krivičnog dela“, *Strani pravni život*, 60, 3 (2016): 129-130.

⁴ Denis Pajić, Šejla Maslo Čerkić, Sunčica Hajdarović, „Historijski, normativni i praktični aspekti sporazuma o priznanju krivice“, *Revija za pravo i ekonomiju*, 18, 1 (2018): 30.

⁵ Gorana M. Marković, „Prednosti i nedostaci reforme pravosuđa sa akcentom na krivičnu istragu u Bosni i Hercegovini“, (*Master rad*, Pravni fakultet Univerziteta za poslovni inženjering i menadžment Banja Luka, 2018), 13-14.

nikada nije bio toliko da se isti nisu mogli riješiti u razumnom roku, dok se u najtežim predmetima sporazumi i nisu zaključivali često.⁶

Naše krivičnoprocesno zakonodavstvo ne sadrži definiciju sporazuma o priznanju krivice. Međutim, iz zakonskih odredbi proizilazi da sporazum o priznanju krivice predstavlja dogovor između optuženog i tužioca o krivičnopravnoj sankciji, kojem su prethodili pregovori, gdje tužitelj pristaje na davanje određenih ustupaka, a zauzvrat optuženi priznaje krivicu.

Pojedini pravni teoretičari poistovjećuju sporazum o priznanju krivice sa klasičnim dvostrano obavezujućim ugovorom npr. ugovorom o kupoprodaji. Međutim, samim poređenjem sporazuma o priznanju krivice i ugovora o kupoprodaji možemo uočiti razlike između ova dva instituta. Kod ugovora o kupoprodaji u slučaju da jedna od ugovornih strana ne ispunji svoju obavezu, bilo prodavac, bilo kupac, druga ugovorna strana može zahtijevati ispunjenje obaveze putem podnošenja tužbe ili naknadu štete. Međutim, nakon zaključenja sporazuma o priznanju krivice svaka od strana može odustati od istog, bez da postoji mogućnost prinudnog ispunjenja onoga na što se obavezala sporazumom, a ne postoji niti mogućnost naknade štete. Kod ugovora o kupoprodaji stranke su ravnopravne, dok je kod sporazuma o priznanju krivice tužilac u puno povoljnijem položaju u odnosu na optuženog. Još jedna razlika između ova dva instituta je ta što zaključenje i ispunjenje ugovora o kupoprodaji ne zavisi od volje treće strane, nego isključivo od volja stranaka, dok prihvatanje zaključenog sporazuma zavisi od suda.⁷

3. SADRŽAJ, PREDMET I ZAKLJUČIVANJE SPORAZUMA O PRIZNANJU KRIVICE

Sporazum o priznanju krivice sačinjava se u pismenom obliku. U odredbama Zakona o krivičnom postupku na teritoriji Bosne i Hercegovine ne navode se striktno elementi sporazuma o priznanju krivice, ali bi se tumačenjem istih mogli izdvojiti sljedeći bitni elementi istoga:

- podaci o tužiocu, osumnjičenom, odnosno optuženom i braniocu;
- činjenični i pravni opis jednog ili više krivičnih djela na koja se sporazum odnosi;
- izjava osumnjičenog, odnosno optuženog o priznanju krivice za počinjeno jedno ili više krivičnih djela;
- vrsta i visina krivične sankcije o kojoj je postignuta saglasnost;
- izjava osumnjičenog, odnosno optuženog da je do zaključenja sporazuma o priznanju krivice došlo svjesno, dobrovoljno i sa razumijevanjem;
- izjava osumnjičenog, odnosno optuženog da je upoznat sa posljedicama u vezi sa imovinskopравnim zahtjevom i troškovima krivičnog postupka,
- izjava osumnjičenog, odnosno optuženog da je upoznat sa tim da se odriče prava na suđenje;
- izjava osumnjičenog, odnosno optuženog da razumije da ne može uložiti žalbu na sankciju koja će mu biti izrečena;

⁶ Veljko Ikanović, „Pregovaranje o krivici nakon desetogodišnje primjene u Bosni i Hercegovini“, u *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u praksi*, ured. Ivan Jovanović i Miroslav Stanislavljević (Beograd: Misija OEBS u Srbiji, 2013), 180.

⁷ Edita Velagić, „Sporazum o priznanju krivice kao konsenzualni način okončanja krivičnog postupka“, (*Magistarski rad*, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, 2014), 117-118.

- uslovi u slučaju da se obavezao na saradnju u drugim krivičnim predmetima;
- mjesto i vrijeme zaključenja sporazuma, te potpisi stranaka i branioca.⁸

Prijedlog za zaključivanje sporazuma o priznanju krivice može doći od tužitelja ili suprotne stranke, ali najčešće prijedlog za zaključenje daje osumnjičeni, odnosno optuženi i njegov branilac. Sporazum se može zaključiti u svim fazama postupka.⁹ Predmet sporazuma o priznanju krivice odnosi se na vrstu i visinu krivičnopravne sankcije, s tim da tužilac može ponuditi izricanje kazne ispod zakonskog minimuma ili izricanje blaže vrste sankcije. Sporazum o priznanju krivice može se zaključiti za sva krivična djela, bez obzira na njihovu težinu.¹⁰ Pojedine države su propisale granicu za koja krivična djela se može zaključiti sporazum o priznanju krivice, pa tako se u Poljskoj može zaključiti sporazum za krivična djela za koja je predviđena kazna zatvora do 10 godina, jednako kao i u Rusiji, dok se u Francuskoj sporazum može zaključiti za krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do 5 godina.¹¹ U Republici Hrvatskoj se Naputkom Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske o pregovaranju i sporazumijevanju s okrivljenikom o priznanju krivnje i sankciji određuju slučajevi u kojima se ne treba zaključiti sporazum o priznanju krivice, pa tako u slučaju kada su počinjena naročito teška krivična djela, državni odvjetnik isti ne bi trebao zaključiti sa suprotnom stranom, također i uslučaju kada se radi o krivičnim djelima za koja postoji povećan interes javnosti i za krivična djela za koja postoje svi dokazi i jednostavno ih je dokazati, a okrivljeni traži da mu se znatno ublaži kazna.¹² Smatramo da ne treba mijenjati odredbe koje propisuju da se sporazum može zaključiti za svako krivično djelo bez obzira na njegovu težinu, a sve kako bi osigurali jednakost svih građana pred zakonom, pa i optuženih.

Ukoliko se osumnjičeni, odnosno optuženi na ročištu za izjašnjavanje o krivnji izjasnio da je kriv, sporazum se neće moći zaključiti. Smatramo da bi ovakvo zakonsko rješenje trebalo brisati, jer po našem mišljenju isto dovodi do diskriminacije optuženog, a nije niti u duhu našeg Zakona o krivičnom postupku kojim su predviđeni instrumenti za pojednostavljenje i ubrzanje krivičnog postupka. Na prvi pogled norma je sasvim logična i razumljiva, jer se nakon izjašnjenja optuženog da je kriv, zakazuje ročište za razmatranje izjave o priznanju krivice i nakon toga i ročište za izricanje sankcije, pa se stoga čini da zaista i nema potrebe za zaključivanjem sporazuma, jer se krivični postupak ionako brzo i ekonomično završava. Međutim, može se desiti da sudija iz bilo kojeg razloga odbaci izjavu o priznanju krivice, u kojem slučaju će se zakazati glavni pretres, dakle vodit će se redovan krivični postupak u kojem optuženi više nema mogućnost zaključiti sporazum, a ovakva procesna situacija je u direktnoj koliziji sa zakonskom odredbom koja govori o tome da stranke u toku cijelog krivičnog postupka mogu pregovarati o krivici. Naravno, optuženi uvijek

⁸ *Ibid.*, 119-120.

⁹ Osumnjičeni rijetko inicira pregovaranje o krivici u fazi istrage, uglavnom u slučajevima kada se nalazi u pritvoru, a protiv njega postoje jaki dokazi. Šire vidi: Miroslav Baljak, „Pregovaranje i zaključivanje sporazuma o priznanju krivice u Bosni i Hercegovini“, *FBIM Transactions*, 8, 1, (2020): 16.

¹⁰ Hajrija Sijerčić-Čolić, Malik Hadžimeragić, Marinko Jurčević, Damjan Kaurinović i Miodrag Simović, *Komentari Zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini* (Sarajevo: Savjet/Vijeće Evrope i Evropska komisija, 2005), 622-623.

¹¹ Dragana Milošević, „O nedostacima sporazuma o priznanju krivičnog dela“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 93, 4 (2021): 1024.

¹² Ivan Turudić, Tanja Pavelin Borzić, Ivana Bujas, „Sporazum stranaka u kaznenom postupku – trgovina pravdom ili?“, *Pravni vjesnik*, 32, 1, (2016): 141.

ima mogućnost priznanja krivice na glavnom pretresu, ali u odnosu na sporazum to je znatno nepovoljnija varijanta efikasnog i ekonomičnog završetka postupka iz prostog razloga jer je optuženi, za razliku od sporazuma, u neizvjesnosti u pogledu krivičnopravne sankcije koju će mu sud izreći za učinjeno krivično djelo.

U sporazumu o priznanju krivice mogu se primjeniti i klauzule o saradnji između tužioca i osumnjičenog, odnosno optuženog kojima se reguliše obaveza svjedočenja osumnjičenog odnosno optuženog i davanje podataka tužiocu. Klauzule o saradnji koriste se uglavnom kod teških krivičnih djela, kao što su organizovani kriminal, trgovina ljudima, ratni zločini, odnosno krivična djela gdje učinitelj nikada ne djeluje sam. Pomoću klauzula o saradnji tužilac može doći do dokaza protiv drugih osumnjičenih, odnosno optuženih. Uvijek je potrebno da sud provjeri da li osumnjičeni, odnosno optuženi razumije obaveze u vezi sa klauzulom o saradnji. Međutim, samim tim što će osumnjičeni, odnosno optuženi svjedočiti ili dati podatke tužiocu, dovode sebe u rizičan položaj, tako da bi tužilac u svakom konkretnom slučaju trebao osigurati mjere zaštite za svjedoka. Problem se javlja kod izvršenja klauzula o saradnji, jer se može desiti da osumnjičeni, odnosno optuženi svjedoči ili da podatke tužioca, a da sud ne prihvati sporazum o priznanju krivice ili da nakon što sud prihvati sporazum o priznanju krivice i izrekne krivičnopravnu sankciju osumnjičeni, odnosno optuženi, ne želi svjedočiti ili dati podatke tužiocu. U ovom drugom slučaju tužioci se mogu zaštititi ugrađivanjem zaštitnih klauzula u sporazume u smislu da ukoliko obaveze iz sporazuma ne budu ispunjene da će tužitelj povući sporazum i nastaviti krivični postupak protiv osumnjičenog, odnosno optuženog.¹³

4. RAZMATRANJE SPORAZUMA O PRIZNANJU KRIVICE

Sporazum o priznanju krivice mogu ispitati: sudija za prethodno saslušanje, sudija pojedinaac ili vijeće i nakon ispitivanja isti mogu prihvatiti ili odbaciti.

Prvo što sud provjerava nakon što primi sporazum o priznanju krivice, je da li je do istoga došlo dobrovoljno, svjesno i sa razumijevanjem i tek nakon što je optuženi upoznat sa mogućim posljedicama.¹⁴

Praćenje sudskih postupaka ukazuje da pitanja koja se postavljaju i pouke koje se daju optuženima variraju od detaljnih do vrlo oskudnih ili do čak potpunog nedostatka istih, a ispitivanja i pouke nepotpuniji su kada optuženi ima branioca. Posmatrači sudskih postupaka su primijetili da ponekad sudije postavljaju jako puno detaljnih pitanja optuženima, što predstavlja pozitivnu praksu. To su pitanja koja se tiču psihičkog stanja osobe u vrijeme zaključivanja sporazuma, da li je osoba bila odmorna u vrijeme zaključivanja sporazuma, da li je bila pod uticajem droga ili alkohola, da li se konsultovala sa braniocem prije nego što je potpisala sporazum itd. Međutim, najčešće se optuženima na užurban način postavljaju samo najbitnija pitanja, bez uspostavljanja komunikacije između sudije i optuženog što nije dovoljno da se osigura da optuženi u potpunosti razumije postupak i njegove posljedice. Dešavaju se situacije da optuženi nije ispitan u potpunosti

¹³ Šire vidi: Sporazum o priznanju krivnje: primjena pred sudovima BiH i usuglašenost sa međunarodnim standardima za zaštitu ljudskih prava, <https://www.osce.org/files/f/documents/0/9/548728.pdf>, pristupljeno 01.06.2024., 21-24.

¹⁴ Tadija Bubalo, Nezir Pivić, *Krivično procesno pravo – posebni dio* (Zenica: Univerzitet u Zenici, Pravni fakultet, 2014), 76.

ili je samo ispitivanje pokazalo da isti nije razumio posljedice sporazuma o priznanju krivice npr. sudija uopšte ne postavi pitanje optuženom da li je sporazum zaključen dobrovoljno, svjesno i sa razumijevanjem, a u zapisnik unese da je optuženi potvrdno odgovorio na ova pitanja.¹⁵

Naredni korak je provjera da li postoji dovoljno dokaza o krivici optuženog. Prema jednom shvatanju ovim institutom se napušta načelo materijalne istine, dok je prema drugom shvatanju nemoguće zamisliti da postoji krivični postupak u kome ne postoji dužnost utvrđivanja istine. Dokazi koje uz sporazum dostavi tužilac provjeravaju se kako bi se poštovalo načelo materijalne istine, načelo slobodne ocjene dokaza i kako se ne bi desilo da nevinna osoba prizna krivicu. Iako u Zakonima o krivičnom postupku na teritoriji Bosne i Hercegovine nije određeno značenje termina „dovoljno dokaza o krivici“ u teoriji su se iskristalisala dva shvatanja. Prvo shvatanje polazi od toga da standard „dovoljno dokaza o krivici“ predstavlja veći stepen vjerovatnoće od „osnovane sumnje“, dok je po drugom shvatanju „dovoljno dokaza o krivici“ jednako terminu „osnovana sumnja“. Uglavnom, sudije traže od tužioca da navede dokaze koje dostavlja koje onda razmatraju bez prisustva stranaka i utvrđuju da li postoji dovoljno dokaza o krivici. Postoje i slučajevi da sudije samo automatski prihvate dokaze, bez ikakve prethodne provjere. Međutim, u manjem broju slučajeva sudije traže od tužioca da navede svaki pojedini dokaz i da ga obrazloži i nakon eventualnog osporavanja istih sud utvrđuje da li su navedeni dokazi dovoljni za uvjerenje o krivici optuženog.¹⁶ Tako je u rješenju Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine naveo „u situaciji kada prihvati sporazum o priznanju krivnje, kao što je u konkretnom predmetu, sud je u obavezi da donese presudu kojom se optuženi oglašava krivim. U tako izrađenoj presudi... sud će, između ostalog, određeno i potpuno iznijeti koje činjenice i iz kojih razloga uzima kao dokazane, kojim razlozima se rukovodio pri rješavanju pravnih pitanja, a naročito pri utvrđivanju da li postoji krivično djelo i krivična odgovornost optuženog i pri primjenjivanju određenih odredaba Krivičnog zakona na optuženog i njegovo djelo. Suprotno navedenom, prvostepeni sud u obrazloženju pobijane presude, bez konkretnog navođenja dokaza koji su izneseni na ročištu i bez iznošenja njihovog sadržaja i razloga o tome koje činjenice i iz kojih razloga uzima kao dokazane, izvodi zaključak da je od strane kantonalnog tužiteljstva sudu dostavljeno dovoljno dokaza iz kojih proizilazi krivnja optuženog, zbog čega je optuženog M.K. oglasio krivim za krivično djelo za koje je optužen.“¹⁷ Tužilac mora voditi računa da postoji dovoljno dokaza o krivici optuženog u slučaju da stranke zakluče sporazum o priznanju krivice prije potvrđivanja optužnice, dok nakon potvrđivanja optužnice već postoji osnovana sumnja, ali sud, odnosno vijeće mora prilikom razmatranja sporazuma ponovo utvrditi da li postoji dovoljno dokaza o krivici optuženog.¹⁸

Nakon što primi sporazum o priznanju krivice, sudija će provjeriti i da li optuženi razumije da se sporazumom odriče prava na suđenje i da ne može uložiti žalbu na krivičnopravnu sankciju koja će mu biti izrečena. Ulaganjem žalbe na presudu kojom je prihvaćen sporazum o priznanju

15 Sporazum o priznanju krivnje: primjena pred sudovima BiH i usuglašenost sa međunarodnim standardima za zaštitu ljudskih prava, <https://www.osce.org/files/f/documents/0/9/548728.pdf>, pristupljeno 02.06.2024., 18-19.

16 Šire vidi: Radenko Janković, „Dovoljno dokaza o krivici kao uslov za prihvatanje sporazuma o priznanju krivice“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Banja Luka*, 7, 7, (2017): 216-235.

17 Broj: 09 0 K 020903 15 Kž 5 od 29.04.2015.

18 Modul 4., *Krivična oblast, Skraćeni kazneni postupci*, Sarajevo, 2006., 42.

krivice došlo bi do odugovlačenja krivičnog postupka, što je suprotno načelu efikasnosti.¹⁹ Pravo na žalbu na krivičnopravnu sankciju optuženi gubi u momentu kada sudija prihvati sporazum o priznanju krivice. Optuženi može podnijeti žalbu zbog drugih žalbenih osnova, ali ona u suštini teško može utjecati na odluku o glavnoj stvari, s obzirom da nije održano suđenje. Pravo na žalbu zbog krivično pravne sankcije nije isključeno u slučaju kada sud ne izrekne onu sankciju koja je predviđena sporazumom.²⁰ U prilog ovoj konstataciji govori i Rješenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine u kojem je navedeno da ukoliko „*sud izrekne optuženom krivičnopravnu sankciju koja nije utvrđena sporazumom o priznanju krivnje, koji je sud prihvatio, onda stranke i branilac imaju pravo da izjave žalbu zbog odluke o toj krivičnopravnoj sankciji kao i po svim ostalim žalbenim osnovama, vezano za krivičnopravnu sankciju koja nije utvrđena u sporazumu.*“²¹ Cijenimo da bi se ipak optuženom trebalo omogućiti pravo na žalbu na odluku o sankciji, tj. da ima pravo na preispitivanje presude u pogledu krivično-pravne sankcije.

Ono što sudija po prijemu sporazuma o priznanju krivice također treba provjeriti je i to da li je predložena krivična sankcija od strane stranaka u skladu sa zakonom. Prema članu 231. stav 3. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine²² (u daljem tekstu: ZKP BiH), članu 246. stav 3. Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine²³ (u daljem tekstu: ZKP FBiH), članu 246. stav 3. Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske²⁴ (u daljem tekstu: ZKP RS) i članu 231. stv 3. Zakona o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine²⁵ (u daljem tekstu: ZKP BD BiH) tužilac može predložiti izricanje kazne ispod zakonom određenog minimuma kazne zatvora za to krivično djelo, odnosno blažu sankciju za optuženog u skladu sa krivičnim zakonom. Prilikom izricanja sankcije sudija ne smije prekoračiti svoja ovlaštenja, pa tako sud „*nije ovlašten u presudi donesenoj na osnovu sporazuma o priznanju krivnje optuženom izreći i sigurnosnu mjeru oduzimanja predmeta ukoliko njeno izricanje nije bilo predviđeno sporazumom o priznanju krivnje zaključenim između stranaka i branitelja.*“²⁶

Za prihvatanje sporazuma o priznanju krivice bitno je da sud provjeri da li je oštećenom data mogućnost da se izjasni o imovinskopравnom zahtjevu pred tužiocem. Tako se u Presudi Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj: 03 0 K 006352 11 Kž 2 od 07.06.2011. navodi sljedeće: „*Odredba člana 246. stav 2. tačka e) ZKP FBiH podrazumijeva obavezu suda da, prilikom razmatranja sporazuma o priznanju krivnje, provjeri da li je oštećenom pružena*

19 Stanko Bejatović, „Pojednostavljene forme postupanja kao bitno obeležje reformi krivičnog procesnog zakonodavstva zemalja regiona“, u *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*, ured. Ivan Jovanović i Miroljub Stanisavljević (Beograd: Misija OEBS u Srbiji, 2013), 23.

20 Amna Gagula, „Sporazum o priznanju krivnje kod krivičnih djela homogenog koneksiteta“, *Analiza pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 9, 17, 105-106.

21 Broj 09 0 K 022049 17 Kž 18 od 05.11.2018. godine, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine*, broj 1-2, Sarajevo, januar-december 2018., 28.

22 *Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine*, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 29/07, 53/07, 58/08, 12/09, 16/09, 53/09, 93/09, 72/13, 65/18.

23 *Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, „Službeni glasnik Federacije Bosne i Hercegovine“, 35/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 08/13, 59/14, 74/20.

24 *Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske*, „Službeni glasnik Republike Srpske“, 53/12, 91/17, 66/18, 15/21

25 *Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, „Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine“, 34/13, 27/14, 3/19, 16/20.

26 Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj 09 0 K 022049 18 Kž 21 od 07.02.2019. godine, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine*, broj 1-2, Sarajevo, januar-december 2019., 37.

moгуćnost da se pred tužiteljem izjasni o imovinskopравnom zahtjevu, a kako iz zapisnika o saslušanju oštećene proizilazi da je oštećenoj data takva mogućnost i da je ona tada izjavila da će ona imovinskopравni zahtjev ostvariti nakon okončanja postupka koji je bio u toku, nije postojala nikakva dodatna obaveza suda da prilikom razmatranja sporazuma o priznanju krivnje ponovo da prilikom oštećenoj koja se već izjasnila o imovinskopравnom zahtjevu da se o tom zahtjevu još jednom izjasni i da ga odredi.²⁷ Isti stav zauzeo je i Vrhovni sud Republike Srpske u Odluci broj: 11 0 K 020748 17 Kž u kojoj je punomoćnik oštećenih tvrdio „da im nije data mogućnost da se izjasne o imovinskopравnom zahtjevu jer prvostepeni sud i tužilac nisu utvrdili „krug (identitet)“ oštećenih lica, niti su ih pozvali da se izjasne o postavljanju imovinskopравnog zahtjeva, kao ni na okolnosti zaključenja sporazuma... U konkretnom slučaju tužilac je u toku istrage saslušao kao svjedoka oštećenu – vanbračnu suprugu ubijenog i majku njihove zajedničke maloljetne djece, koja je izjavila da se ne može izjasniti tom prilikom o imovinskopравnom zahtjevu već da će to naknadno učiniti, a što je sud imao u vidu prilikom razmatranja sporazuma o priznanju krivice, pa ju je sa „eventualnim imovinskopравnim zahtjevom“ uputio na parnicu. Dakle, tužilac je licima koja su živjela sa ubijenim u zajedničkom domaćinstvu (vanbračnoj supruzi i djeci) omogućio da se izjasne o imovinskopравnom zahtjevu.“²⁸ Međutim, tužilac nema obavezu da oštećenog obavijesti o pregovorima uslova zaključenja sporazuma o priznanju krivice niti da traži izjašnjenje oštećenog.²⁹ Također, oštećeni nema mogućnost ulaganja žalbe na sankciju koja je izrečena u presudi donesenoj na osnovu sporazuma.

Da li je optuženi upoznat sa posljedicama koje se tiču oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom je još jedna stvar koju sudija treba da provjeri u sporazumu. Prema rješenju Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine³⁰ prvostepeni sud je pobijanom presudom donio odluku o oduzimanju od optuženog imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u iznosu od 16.160,00 KM, iako se nije prethodno uvjerio da je optuženi prije zaključenog sporazuma bio upoznat sa mogućim posljedicama zaključenja sporazuma vezanim za oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, pa je Vrhovni sud stoga donio rješenje kojim je pobijanu presudu preinačio tako što je odluku o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, sadržanu u prvostepenoj presudi, ukinuo. Imovinska korist koja je pribavljena krivičnim djelom oduzima se na osnovu presude kojom je osoba oglašena krivom, jer niko ne može zadržati imovinsku korist koja je pribavljena učinjenjem krivičnog djela.³¹ Međutim imovinska korist pribavljena krivičnim djelom može se oduzeti od optuženog presudom kojom se oglašava krivim „samo ukoliko je u činjeničnom opisu tog djela u izreci presude navedeno da je njegovim učinjenjem optuženi pribavio imovinsku korist.“³² U pogledu oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim dje-

27 Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj 1-2, Sarajevo, januar-december 2011., 18-19.

28 Tanja Miletić, „Novine u jurisprudenciji Vrhovnog suda Republike Srpske“, *Pravna hronika*, 3, 6, (2017): 35.

29 Senad Osmić, „Položaj oštećenog u krivičnim postupcima u Bosni i Hercegovini“, *Pravo i pravda, Časopis za pravnu teoriju i praksu*, XX, 1, (2022): 238.

30 Broj: 03 0 K 005071 11 Kž 4 od 01.04.2011. Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj 1-2, Sarajevo, januar-december 2011., 18.

31 Enes Smajić, „Oduzimanje imovinske koristi stečene izvršenjem krivičnog djela u osnovnom i proširenom obliku“, *Anali pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 12, 23, (2019): 209.

32 Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj: 03 0 K 007924 12 Kž 8 od 22.05.2013., *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine*, broj 1-2, Sarajevo, januar-december 2013., 4-5.

lom interesantno je rješenje Kantonalnog suda u Tuzli broj: 126 0 K 198305 19 Kž od 06.11.2020. godine u kojem je navedeno da je prvostepeni sud u cijelosti prihvatio Sporazum i nakon održanog ročišta za izricanje krivičnopravne sankcije optuženom i izrekao krivičnu sankciju kakva je bila i predložena u predmetnom sporazumu, a istovremeno je odlučio da nisu ispunjeni uslovi za izricanje mjere oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, jer opis krivičnog djela u optužnici nije sadržavao tvrdnju da je optuženi pribavio protivpravnu imovinsku korist, niti je naveden iznos eventualno pribavljene protivpravne imovinske koristi. Kantonalni sud smatra da prvostepeni sud prilikom donošenja presude nije pravilno primijenio odredbu člana 246. stav 5. ZKP FBiH prema kojem sud može samo prihvatiti ili odbaciti sporazum, a ne djelimično prihvatiti kao što je uradio u ovom konkretnom slučaju, čime je počinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 2. ZKP FBiH. Da li stranke mogu pregovarati o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom? Prema shvatanju Vrhovnog suda Republike Srpske „mjera oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom ne može biti predmet pregovaranja o krivici između tužioca i odbrane, s obzirom na imperativne zakonske norme u kojima je sadržan princip da niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom, kao i obaveza suda da odlukom kojom je utvrđeno izvršenje krivičnog djela, po službenoj dužnosti oduzme imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom pod uslovima propisanim Krivičnim zakonikom.“³³ S druge strane u presudi broj: 09 0 K 029847 18 Kž 8 od 14.12.2018. godine Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine je zauzeo stav da „u slučaju kada su se zaključenim sporazumom o priznanju krivnje stranke i branitelj sporazumjeli da se od optuženih oduzme imovinska korist pribavljena krivičnim djelom u tačno određenom iznosu te kada je sud prihvatio tako zaključeni sporazum, presudom se od optuženih može oduzeti imovinska korist pribavljena krivičnim djelom samo u iznosu koji je naznačen u sporazumu.“³⁴ Smatramo ispravnim stajalište Vrhovnog suda Republike Srpske budući da se radi o imperativnim normama krivičnih zakona, obzirom da u krivičnom postupku sud utvrđuje visinu pribavljene protivpravne imovinske koristi, pa se u takvoj situaciji strankama ne smije ostavljati prostor za dogovor, pa čak i eventualne manipulacije vezano za visinu takve koristi.

Da bi sud prihvatio sporazum o priznanju krivice potrebno je da je optuženi upoznat sa posljedicama koje se tiču troškova krivičnog postupka. Tako je u presudi Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine navedeno da „ako je optuženi prilikom zaključenja sporazuma o priznanju krivnje upoznat o mogućoj obavezi plaćanja troškova krivičnog postupka, koji sporazum je potpisao u prisutnosti braniteljice, a na takvu mogućnost je upozoren i pred sudom prilikom razmatranja sporazuma o priznanju krivnje, pa optuženi i njegova braniteljica tom prilikom i na pretresu za izricanje krivičnopravne sankcije ne ospore takvu mogućnost i u tom pogledu ne ponude dokaze, onda braniteljica ne može uspješno izjaviti žalbu i dovesti u pitanje odluku o troškovima krivičnog postupka iz presude. Međutim, ako se nakon donošenja takve odluke o troškovima krivičnog postupka na prijedlog optuženog ili njegove braniteljice utvrde okolnosti da bi njihovim plaćanjem bilo dovedeno u pitanje izdržavanje optuženog ili osoba

³³ Presuda broj 95 0 K 069350 23 Kvlz 2 od 15.08.2023. godine, Pregled pravnih stavova sudova najviše instance u Bosni i Hercegovini, 1/2024, Sarajevo, 2024., 56.

³⁴ Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj 1-2, Sarajevo, januar-december 2018., 18.

*koje on dužan da izdržava, onda u smislu člana 202. stav 4. ZKP FBiH sud može donijeti posebno rješenje kojim oslobađa optuženog dužnosti naknade troškova krivičnog postupka.*³⁵

5. ODLUKE SUDA O SPORAZUMU O PRIZNANJU KRIVICE

Nakon razmatranja sporazuma o priznanju krivice, sud isti može prihvatiti, kojom prilikom se izjava optuženog unosi u zapisnik i nastavlja sa pretresom za izricanje krivičnopravne sankcije koja je predviđena u sporazumu.³⁶ Dakle iz ovakve zakonske odredbe se može zaključiti da sud zapravo i nema ovlaštenje da prilikom donošenja presude cijeni olakšavajuće i otežavajuće okolnosti i posljedično tome optuženom odmjerava sankciju za učinjeno krivično djelo, nego ukoliko sporazum prihvati onda je vezan za sankciju predviđenu sporazumom, tj. obavezan i izreći onu sankciju koja je predviđena sporazumom tako da smo iz navedenih razloga mišljenja da je suvišno u obrazloženjima presuda navoditi okolnosti koje je sud cijenio prilikom donošenja presude. Ovo iz razoga što je u praksi uobičajeno da sudovi u presudama donesenim na osnovu sporazuma o priznanju krivnje, u obrazloženju navode olakšavajuće i otežavajuće okolnosti koje su cijenili prilikom izricanja krivičnopravne sankcije i u konačnici zaključuju da je krivičnopravna sankcija koja je predložena sporazumom adekvatna počinjenom krivičnom djelu. Primjer takve jedne presude je i presuda po sporazumu o priznanju krivice broj: S1 2K 041222 21 Ko od 17.09.2021. godine u kojoj je Sud Bosne i Hercegovine nakon ocjene svih činjenica i okolnosti koje su tužilac i branilac optuženog iznijeli i obrazložili na pretresu za izricanje krivičnopravne sankcije prihvatio i izrekao sporazumom predloženu krivičnopravnu sankciju. Međutim, u nastavku je cijenio sve otežavajuće i olakšavajuće okolnosti na strani optuženog, nakon čega je zaključio da je uslovna osuda adekvatna krivičnopravna sankcija, srazmjerna težini krivičnog djela i ličnosti optuženog. S druge strane članom 231. stav 8. ZKP BiH, članom 246. stav 8. ZKP FBiH, članom 246. stav 8. ZKP RS te članom 231. stav 8. ZKP BD BiH propisano je da ukoliko sud odbaci sporazum o priznanju krivice, to će saopštiti strankama i braniocu i unijeti u zapisnik, a istovremeno će odrediti datum održavanja glavnog pretresa, koji mora biti zakazan u roku od 30 dana. Analizirajući ovako koncipiranu odredbu, smatramo da bi istu trebalo izmijeniti na način da se normira da sudija donosi rješenje kojim odbacuje sporazum o priznanju krivnje, te da se strankama dostavlja i pismeni otpravak rješenja, a sve s ciljem kako bi se strankama omogućilo da eventualnom žalbom podvgrnu preispitivanju navedenu odluku, tim prije jer se radi o veoma važnoj sudskoj odluci, kojom se na direktan način utiče na tok krivičnog postupka.

³⁵ Broj 070-0-Kž-07-000098 od 10.04.2007., *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine*, broj 1, Sarajevo, januar-juni 2007., 8.

³⁶ Član 231. stav 7. ZKP BiH, član 246. stav 7. ZKP FBiH, član 246. stav 7. ZKP RS, te član 231. stav 7. ZKP BD BiH

6. ZAKLJUČAK

Nakon proteka 20 godina od početka primjene instituta sporazuma o priznanju krivice u našem krivičnom pravu možemo zaključiti da sporazum o priznanju krivice zasigurno dovodi do efikasnosti i ekonomičnosti krivičnog postupka, što posebno ima značaj kod obimnijih i složenijih krivičnih predmeta, jer se veoma često u ovakvim predmetima provođenjem redovnog krivičnog postupka iscrpljuju svi učesnici u postupku usljed održavanja velikog broja glavnih pretresa i izvođenja dokaza. Podrobnom analizom odredaba Zakona o krivičnom postupku kao i analizom sudskih odluka pokazalo se da su odredbe koje se odnose na sporazum o priznanju krivice zadovoljavajuće, ali bi ipak trebale pretrpjeti i određene izmjene. Prije svega trebalo bi brisati odredbu prema kojoj optuženi koji se izjasnio da je kriv nema mogućnost zaključiti sporazum, zatim izmijeniti odredbu koja govori o žalbi na presudu donesenoj na osnovu sporazuma, na način da se optuženom omogući pravo na žalbu na sankciju koja mu je izrečena. Nadalje, trebalo bi normirati da stranke ne mogu pregovarati i u sporazum unositi međusobni dogovor koji se odnosi na oduzimanje protivpravne imovinske koristi, nego da o eventualnom oduzimanju takve koristi odluku može donijeti isključivo sud. Također, bi norme koje govore o sporazumu trebalo izmijeniti na način da sudija prilikom razmatranja sporazuma ne provjerava samo da li je predložena krivična sankcija u skladu sa zakonom, nego i da li je adekvatna težini počinjenog krivičnog djela. Konačno, cijenimo i da bi ukoliko sudija odbaci sporazum trebalo normirati da je u tom slučaju dužan izraditi pismeni otpisak rješenja na koji bi stranke imale pravo žalbe.

LITERATURA

1. Hajrija Sijerčić-Čolić, Malik Hadžiomerađić, Marinko Jurčević, Damjan Kaurinović i Miodrag Simović, *Komentari Zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*, (Sarajevo: Savjet/Vijeće Evrope i Evropska komisija, 2005);
2. Tadija Bubalo, Nezir Pivić, *Krivično procesno pravo – posebni dio*, (Zenica: Univerzitet u Zenici, Pravni fakultet, 2014);
3. Bojana Stanković, „Sporazum o priznanju krivičnog dela“, *Strani pravni život*, 60, 3 (2016);
4. Denis Pajić, Šejla Maslo Čerkić, Sunčica Hajdarović, „Historijski, normativni i praktični aspekti sporazuma o priznanju krivice“, *Revija za pravo i ekonomiju*, 18, 1 (2018)
5. Veljko Ikanović, „Pregovaranje o krivici nakon desetogodišnje primjene u Bosni i Hercegovini“, u *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*, ured. Ivan Jovanović i Mirosljub Stanislavljević (Beograd: Misija OEBS u Srbiji, 2013);
6. Dragana Milošević, „O nedostacima sporazuma o priznanju krivičnog dela“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 93, 4 (2021);
7. Ivan Turudić, Tanja Pavelin Borzić, Ivana Bujas, „Sporazum stranaka u kaznenom postupku – trgovina pravdom ili?“, *Pravni vjesnik*, 32, 1, (2016);
8. Radenko Janković, „Dovoljno dokaza o krivici kao uslov za prihvatanje sporazuma o priznanju krivice“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Banja Luka*, 7, 7, (2017);

9. Miroslav Baljak, „Pregovaranje i zaključivanje sporazuma o priznanju krivice u Bosni i Hercegovini“, *FBIM Transactions*, 8, 1, (2020);
10. Stanko Bejatović, „Pojednostavljene forme postupanja kao bitno obeležje reformi krivičnog procesnog zakonodavstva zemalja regiona“, u *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u praksi*, ured. Ivan Jovanović i Miroljub Stanisavljević (Beograd: Misija OEBS u Srbiji, 2013);
11. Amna Gagula, „Sporazum o priznanju krivnje kod krivičnih djela homogenog koneksiteta“, *Anali pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 9, 17;
12. Tanja Miletić, „Novine u jurisprudenciji Vrhovnog suda Republike Srpske“, *Pravna hronika*, 3, 6, (2017);
13. Senad Osmić, „Položaj oštećenog u krivičnim postupcima u Bosni i Hercegovini“, *Pravo i pravda, Časopis za pravnu teoriju i praksu*, XX, 1, (2022);
14. Enes Smajić, „Oduzimanje imovinske koristi stečene izvršenjem krivičnog djela u osnovnom i proširenom obliku“, *Anali pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 12, 23, (2019);
15. Edita Velagić, „Sporazum o priznanju krivice kao konsenzualni način okončanja krivičnog postupka“, (*Magistarski rad*, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, 2014);
16. Gorana M. Marković, „Prednosti i nedostaci reforme pravosuđa sa akcentom na krivičnu istragu u Bosni i Hercegovini“, (*Master rad*, Pravni fakultet Univerziteta za poslovni inženjering i menadžment Banja Luka, 2018);
17. Modul 4., Krivična oblast, Skraćeni kazneni postupci, Sarajevo, 2006.;
18. Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj 1-2, Sarajevo, januar-decembar 2018.;
19. Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj 1-2, Sarajevo, januar-decembar 2019.;
20. Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj 1-2, Sarajevo, januar-decembar 2011.;
21. Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj 1, Sarajevo, januar-juni 2007.;
22. Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj 1-2, Sarajevo, januar-decembar 2013.;
23. Pregled pravnih stavova sudova najviše instance u Bosni i Hercegovini, 1/2024, Sarajevo, 2024.;
24. Odluka ESLJP Natsvlshvili i Togonidze protiv Gruzije broj: 9043/05 od 08.09.2014.
25. Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj 070-0-Kž-07-000098 od 10.04.2007.;
26. Rješenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj: 09 0 K 020903 15 Kž 5 od 29.04.2015.;
27. Rješenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj 09 0 K 022049 17 Kž 18 od 05.11.2018.;
28. Rješenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj 03 0 K 005071 11 Kž 4 od 01.04.2011.
29. Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj 09 0 K 022049 18 Kž 21 od 07.02.2019.;

30. Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj: 03 0 K 007924 12 Kž 8 od 22.05.2013.;
31. Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj: 03 0 K 006352 11 Kž 2 od 07.06.2011.;
32. Rješenje Kantonalnog suda u Tuzli broj: 126 0 K 198305 19 Kž od 06.11.2020.;
33. Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 95 0 K 069350 23 Kvlz 2 od 15.8.2023.;
34. Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj: 09 0 K 029847 18 Kž 8 od 14.12.2018.;
35. Presuda Suda Bosne i Hercegovine broj: S1 2K 041222 21 Ko od 17.09.2021.;
36. *Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine*, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 29/07, 53/07, 58/08, 12/09, 16/09, 53/09, 93/09, 72/13, 65/18;
37. *Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Službeni glasnik Federacije Bosne i Hercegovine, 35/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 08/13, 59/14, 74/20;
38. *Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske*, Službeni glasnik Republike Srpske, 53/12, 91/17, 66/18, 15/21;
39. *Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine*, Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine, 34/13, 27/14, 3/19, 16/20;
40. Sporazum o priznanju krivnje: primjena pred sudovima BiH i usuglašenost sa međunarodnim standardima za zaštitu ljudskih prava, <https://www.osce.org/files/f/documents/0/9/548728.pdf>

PLEA AGREEMENT AS A CONSENSUAL WAY OF RESOLVING CRIMINAL CASES IN CRIMINAL PROCEDURE IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Maja Iveljić³⁷

Faculty of Law, University of Tuzla

Igor Iveljić³⁸

Municipal court in Lukavac

Summary: *The plea agreement represents a consensual way of resolving criminal cases and is one of the instruments of efficiency and economy of the criminal proceedings. In the paper, the authors will analyze the legal provisions that regulate the conditions for concluding an agreement, the course of negotiations between the parties on the same, the court's decision on whether to accept or not accept the agreement, then the shortcomings of the legal provisions that regulate the agreement with an emphasis on the practical application of this institute, as well as the dilemmas that arise in practice, and at the end give certain proposals de lege ferenda with the aim of creating better legal solutions in the future.*

Key words: *plea agreement, negotiating an agreement, entering into a plea agreement, considering a plea agreement, right to appeal*

³⁷ Assistant professor, Faculty of Law, University of Tuzla, maja.iveljic@untz.ba

³⁸ The Judge, Municipal court in Lukavac, igor.iveljic@pravosudje.ba

НЕКИ ПРЕКРШАЈНОПРАВНИ АСПЕКТИ КОНТРОЛЕ ОРУЖЈА У СРБИЈИ

Бранко Лештанин¹
Жељко Никач²

Сажетак: Масовна убиства у Србији у 2023. години изазвала су „тектонске“ поремећаје у српском друштву. Једно од питања које је покренуто и чије решавање је још увек у току је контрола оружја. Аутори у раду истражују само један сегмент контроле оружја а то је прекршајноправни аспект. Истраживање је постављено у временски оквир од 2018 до 2023. године и односи се на територију целе државе Србије. За потребе истраживања коришћени су подаци Министарства унутрашњих послова и Прекршајних судова у Србији. Помоћу добијених података уз коришћење метода анализе садржаја, статистичке методе и нормативне методе аутори су извели одређене закључке. Прекршаји оружја и муниције у посматраном периоду бележе пораст у номиналним бројевима и по стопи прекршаја. Хладно оружје је предмет који се у највећем броју случајева проналази док је ватрено оружје на другом месту. Ипак нека питања остала су отворена као на пример како помирити одређене супротности као што су право на личну безбедност, с једне, и одржавање јавне безбедности и реда у друштву са друге стране? Аутори сматрају да је у области контроле оружја заказала превенција коју би требало да спроводе органи јавне власти а нарочито полиција.

Кључне речи: оружје, муниција, прекршаји, полиција, прекршајни судови

1. УВОД

Концепт „контроле наоружања“ (енг. *Arms control*) укључује сваки споразум између неколико сила да се регулише неки аспект њихових војних способности или потенцијала. Споразум се може односити на локацију, количину, спремност или типове војних снага, оружја или објеката.³ Поједини аутори дефинишу контролу наоружања као споразуме које државе склапају да контролишу истраживање, развој, производњу, постављање или употребу одређеног оружја, карактеристике оружја, примену оружја или системе за испоруку оружја.⁴ Наведене дефиниције посматрају контролу наоружања из угла међународног права и међународних односа али запостављају чињеницу да државе имају могућност (можемо

¹ Министарство унутрашњих послова Републике Србије ORCID: 0009-0009-5788-1658

² Редовни професор на Криминалистичко-полицијском универзитету у Београду ORCID: 0000-0001-8190-5036

³ R. Bowie (1960). Basic Requirements of Arms Control. *Daedalus*, 89(4), 708

⁴ M. Lamberth, P. Scharre (2023). Arms Control for Artificial Intelligence. *Texas National Security Review*, (6)2, 96-97

рећи и право) да на националном нивоу уреди контролу наоружања. Нарочито ако се имају у виду савремени безбедносни проблеми као што су организовани криминал, тероризам, масовна убиства и сл. Ту долазимо до појма контрола оружја (енг. *Gun control*). „Контрола оружја“ се односи на сваку законску меру која има за циљ да спречи или ограничи поседовање или употребу оружја, посебно ватреног оружја.⁵ Контрола оружја се односи на законе и прописе који ограничавају поседовање ватреног оружја, ограничавају одређене врсте ватреног оружја или одређују где се оно може носити.⁶

У Србији правни оквир контроле оружја чини неколико законских аката (и са њима повезани подзаконски прописи) које можемо сврстати у две групе:

- I. групу чине системски закони у овој области као што су: 1) Закон о производњи и промету наоружања и војне опреме („Сл. гласник РС”, број 36/18); 2) Закон о оружју и муницији („Сл. гласник РС”, бр. 20/15, 10/19, 20/20 и 14/22; даље: ЗОМ); 3) Закон о испитивању, жигосању и обележавању оружја, направа и муниције („Сл. гласник РС”, бр. 87/18); 4) Закон о забрани развоја, производње, складиштења и употребе хемијског оружја и о његовом уништавању („Сл. гласник РС”, бр. 36/09 и 104/13); 5) Закон о забрани усавршавања, производње и стварања залиха бактериолошког (биолошког) и токсичког оружја и о њиховом уништавању („Сл. гласник РС”, број 87/11); 6) Закон о транспорту опасне робе („Сл. гласник РС”, бр. 104/16, 83/18 и 95/18 – др. закон и 10/2019 – др. закон); и 7) Закон о транспорту опасног терета („Сл. гласник РС”, бр. 88/10, 104/16 – др. закон и 83/18 – др. закон);
- II. групу чине пратећи закони као што су: 1) Закон о спољнотрговинском пословању („Сл. гласник РС”, бр. 36/09, 36/11 – др. закон, 88/11 и 89/15 – др. закон); 2) Царински закон („Сл. гласник РС”, бр. 95/18, 91/19 – др. закон и 144/20); 3) Закон о граничној контроли („Сл. гласник РС”, број 24/18) и сл.

Контрола оружја представља широко поље истраживања које није могуће „сместити“ у један рад, због чега су аутори изабрали да истраже прекршајноправне аспекте контроле оружја и то не све већ само оне из Закона о оружју и муницији.⁷ Аутори полазе од хипотезе да прекршаји у овој области бележе пораст у периоду 2018-2023. година, да је номинално највише прекршаја извршено на подручју Града Београда и да је број прекршаја повезан са бројем становника, да се ова врста прекршаја најчешће врши на јавним местима где полиција најчешће врши контролу лица и да је предмет прекршаја који се највише користи у извршењу прекршаја ватрено оружје. Такође аутори износе могућност да Прекршајни судови баштине благу казнену политику у области оружја и муниције, али да су захтеви за покретање прекршајног поступка и првостепене пресуде прекршајних судова солидног квалитета.

Уређивање области оружја и муниције треба да помири две супротности а то су слобода кретања и трговине и право на личну безбедност, са једне стране и одржавање јавне

⁵ <https://www.britannica.com/story/gun-control-in-the-us> (23.01.2024)

⁶ “Gun Control.” *Gale Opposing Viewpoints Online Collection*, Gale, 2023. *Gale In Context: Opposing Viewpoints*, link.gale.com/apps/doc/PC3010999212/OVIC?u=gale&sid=bookmark-OVIC&xid=76551779 (23.01.2024)

⁷ Шире о овом закону у Б. Лештанин, (20176) *Практикум за примену Закона о оружју и муницији*, Службени гласник

безбедности, реда и мира са друге стране.⁸ ЗОМ би требало да доведе до ефикасније контроле оружја свих категорија и истовремено да обезбеди слободно кретање роба, лица, услуга и капитала на заједничком европском тржишту. Легална и легитимна трговина и на закону засновано власништво, као и употреба одређеног наоружања пре свега конвенционалног за културне, историјске, рекреативне и спортске активности, треба да буду дозвољени и заштићени законом.⁹ Према подацима МУП-а у периоду 2018-2023 грађани у просеку поднесу око 15.000 захтева за регистрацију оружја али овај тренд је значајно опао 2023. године јер је практично постојала забрана набавке оружја. Просечно МУП позитивно реализује око 74% захтева и региструје око 12.000 комада оружја (у већини случајева ради се о ловачком оружју). По разним основама МУП годишње у просеку одузме око 15.000 комада оружја.¹⁰

Истраживање кривичних дела у вези са држањем и ношењем оружја показује да ова врста кримала бележи пораст за око 29% а најчешће се неовлашћено држи/носи пиштољ. Исто истраживање показало је да поступци легализације 2015. и 2020. године нису довели до смањења ове врсте криминала. Казнена политика судова у Србији код ове врсте криминала је блага а условна осуда је санкција која се најчешће изриче учиниоцима.¹¹ Поводом масовних убистава у Србији из 2023. године Влада Републике Србије реаговала је доношењем Закључка о предузимању мера поводом трагичног догађаја у Основној школи «Владислав Рибникар» у Београду („Сл. гласник РС“, бр. 36/23). Овим актом МУП-у је наложена ревизија испуњавања услова за држање и ношење оружја. Поред тога МУП-у је наложено да у року од шест месеци изврши контролу како лица која имају дозволе држе оружје, а посебно контролу да ли су испуњени законски услови за безбедан смештај и чување оружја, да ли се оружје чува одвојено од муниције и да ли је на адекватан начин спречен приступ оружју и муницији малолетницима и другим неовлашћеним лицима. Осим тога донета је Наредба о предаји нерегистрованог оружја и муниције („Сл. гласник РС“, бр. 37/23 и 43/23) где су грађани Србије за два месеца у 2023. години предали је преко 100.000 комада оружја.¹² Осим тога Влада Републике Србије Закључком о предузимању мера поводом трагичне погибије и рањавања грађана на територији градске општине Младеновац и града Смедерева („Службени гласник РС“, бр. 37/23) покренула је процес евалуације правног оквира и других мера контроле наоружања.

Прописивање казних одређби је само један од начина да се правни субјекти натерају да поштују законске прописе. Поред тога императивне одредбе закона којима се одређује начин понашања правних субјеката без казних одређби су „мртво слово на папиру“. Сагледавањем стања и тенденција прекшаја може доћи до закључка како се спроводи одређени

⁸ Б. Лештанин, Ж. Никач (2023а). Кратак осврт на нацрт новела у области оружја и муниције у Србији. *Правне празнине и пуноћа права*, Источно Сарајево – Пале (у штампи)

⁹ Б. Лештанин, (2017а) Закон о оружју и муницији-критички поглед, *Безбедност* 59(2):169

¹⁰ <http://www.mup.gov.rs/wps/portal/sr/arhiva/>

¹¹ <https://informator.poverenik.rs/> (20.01.2024)

¹² B. Lestanin, Z. Nikac, (2023b) Unlawful Activities with Weapons and Ammunition: Some Criminological Aspects. *International Scientific Conference "Law between the Ideal and the Reality" Thematic conference proceedings*, Kosovska Mitrovica, p. 185-186

¹² <https://www.tanjug.rs/srbija/drustvo/38893/uprava-kriminalisticke-policije-do-isteka-roka-predato-108883-komada-oruzja-i-minsko-eksplozivnih-sredstava/vest> (20.01.2024)

пропис и да ли се извршавањем закона постиже циљ због којег је донет.¹³ Чл. 2. Закона о прекршајима (Сл. гласник РС, бр. 65/13, 13/16, 98/16 – одлука УС, 91/19 – др. закон, 91/19 и 112/22 – одлука УС; даље: ЗП) уређује питања прекршаја, прекршајне одговорности, прекршајних санкција и прекршајог поступка. Према овој одредби прекршај је противправно дело које је законом или другим прописом надлежног органа одређено као прекршај и за које је прописана прекршајна санкција.¹⁴ Вуковић сматра да се у домаћој литератури истиче да је општи појам прекршаја по својој суштини двостепен, иако његова законска дефиниција садржи четири елемента.¹⁵ То подразумева испитивање постојања обележја прекршаја (предвиђености у закону или другом пропису) и противправности, тачније одсуство постојања елемената који је искључују.¹⁶ Већином се прекршаји прописују као тзв. формални деликти, који се сматрају довршеним чим није предузета радња коју пропис налаже, односно чим је прекршена прописана забрана. Утолико је једноставније доказивање да ли прекршај постоји или не, јер је довољно утврдити да је одговарајућим прописом предвиђена одређена радња као прекршај и да је субјект одговорности у конкретном случају предузео такву радњу.¹⁷

За прекршај могу да одговарају физичко лице, предузетник, правно лице и одговорно лице у правном лицу.¹⁸ Речено важи и у области контроле оружја и муниције. Прекршаји за које се сматра да су најблажа казнена дела прописују се актима различите правне снаге – законом и уредбом на републичком нивоу, одлуком на покрајинском и локалном нивоу. Органи који су овлашћени да прописују прекршаје могу да то чине само у „својој области“.¹⁹ Прекршаји су најбројнија прописана казнена дела у Републици Србији. Такође су врста казних дела која се најчешће чине у пракси.²⁰

Прекршајни поступак може да се покрене само по захтеву овлашћеног органа, односно овлашћеног лица или оштећеног, на начин што они подносе захтев за покретање прекршајног поступка месно надлежном прекршајном суду. Дакле, за тај захтев се може рећи да је он „оптужни акт“ којег „овлашћени тужилац“ подноси прекршајном суду. Од ступања на снагу актуелног Закона о прекршајима постоји могућност да се лицу за које постоји „сумња“ да је учинило прекршај изда прекршајни налог, али то не значи да не постоји могућност да се и поводом издатог прекршајног налога не може покренути и водити прекршајни поступак. И прекршајни налог може бити „оптужни акт“ али њега може суду да поднесе само лице којем

¹³ Б. Лештанин, Ж. Никач (2022). Прекршајна одговорност у области приватне безбедности у Србији. *Правна ријеч* 65(19), 571

¹⁴ Чл. 2 ЗП.

¹⁵ И. Вуковић (2023) *Прекршајно право*. Правни факултет у Београду, Београд, стр. 37. Видети Ђ. Ђорђевић (2021) *Прекршајно право: са основама привреднопреступног права*. 6. измењено и допуњено издање. Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд, стр. 33-35 и Б. Ристивојевић, И. Милић (2023). *Коментар Закона о прекршајима: према стању законодавства од 1. децембра 2022. године*. Службени гласник, Београд, стр. 29-33

¹⁶ I. Radisavljević (2022) Subjekti prekršajne odgovornosti u pravu Republike Srbije. *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, 29(1), 125

¹⁷ Љ. Милић, Н. Мрвић Петровић (2018) *Приручник за примену прописа у прекршајном поступку*, Институт за упоредно право, Београд, стр. 16

¹⁸ Чл. 17 ЗП.

¹⁹ Прекршаје у области оружја и муниције „прописује“ Министарство унутрашњих послова које је истовремено врши надзор над спровођењем Закона о оружју и муницији

²⁰ Милић, И. (2023). О појединим прекршајним одредбама из закона о пореском поступку и пореској администрацији. *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 57(1), 283

је тај налог издат.²¹ У области оружја и муниције орган овлашћен за покретање прекршајног поступка и подношење захтева за покретање прекршајног поступка је Министарство унутрашњих послова (МУП).²² Мора се нагласити да законодавац у овој области није предвидео могућност издавања прекршајног налога јер за прекршаје нису прописане новчане казне у фиксном износу.

2. ПОДАЦИ

Подаци за потребе истраживања превасходно су преузети из „Евиденције захтева за покретање прекршајног поступка“ које води МУП. На основу анализе добијених резултата идентификовано је пет градова у којима је номинално извршено (откривено) највише прекршаја прописаних у Закону о оружју и муницији. Тако је одређен је довољно репрезентативан узорак који чине Прекршајни апелациони суд у Београду, Прекршајни судови Београд, Нови Сад, Крагујевац, Пожаревац и Панчево. Од набројаних судова затражени су подаци о прекршајним поступцима вођеним на основу Закона о оружју и муницији. Подаци о броју становника коришћени су из Републичког завода за статистику.²³ Добијени подаци систематизовани су у табеле а обрадом табела добијени су графикони.

3. МЕТОД

Прикупљени подаци о одређеним параметрима у области контроле оружја су обрађени и приказани графичким моделима. Примењена је метода анализе садржаја докумената који садрже статистичке показатеље о прекршајноправним аспектима у области контроле оружја у Србији у периоду 2018-2023 година. Стање и кретање идентификованих параметара анализирани су у просторним и временским оквирима а методом синтезе и на основу изведених анализа изведени су одређени закључци. У одређеном делу ради примењена је и нормативна метода како би се извршила анализа прекршајноправних норми и судске праксе.

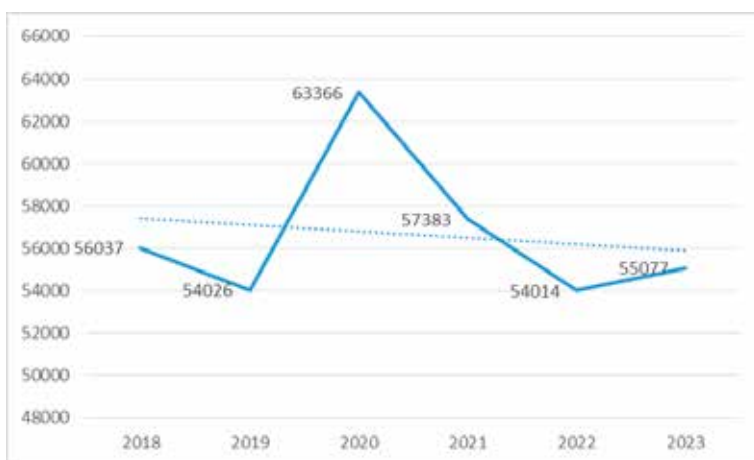
21 Милић, И. (2022). Специфичности прекршајног гоњења према Закону о пореском поступку и пореској администрацији. *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 56(4), 1082

22 Другачију концепцију и организацију послова контроле оружја видети у М. Muženič, B. Tičar (2020). The Control and Sanctioning of Minor Offences Involving Weapons in the Republic of Slovenia – a Case Study and Suggestions for Future Regulation. *Varstvoslovje* (22)2, 158-178

23 <https://www.stat.gov.rs/sr-Latn/oblasti/stanovnistvo/procene-stanovnistva> (18.01.2024).

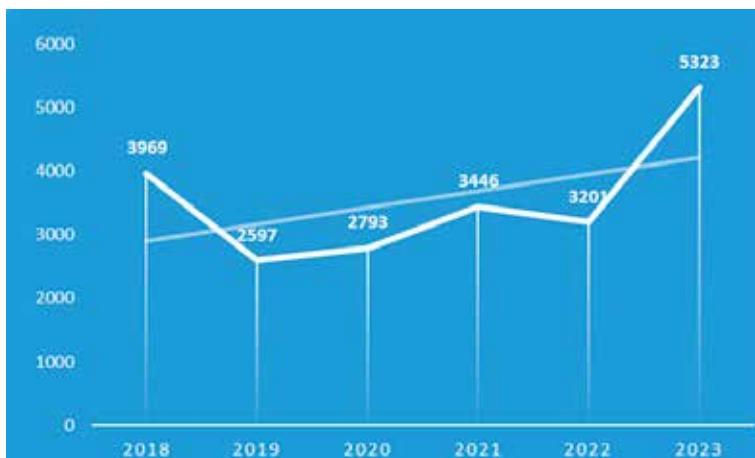
4. РЕЗУЛТАТИ И ДИСКУСИЈА

За истраживање прекршајноправних аспеката контроле оружја идентификовани су следећи параметри: 1) Укупан број извршених прекршаја из надлежности полиције (без безбедности саобраћаја) у периоду 2018-2023; 2) Број прекршаја из ЗОМ-а у периоду 2018-2023; 3) Учешће прекршаја из ЗОМ-а у укупном броју прекршаја у посматраном периоду; 4) Стопа прекршаја из ЗОМ-а у периоду 2018-2023; 5) Територијална дистрибуција прекршаја из ЗОМ-а; 6) Територијална дистрибуција стопе прекршаја из ЗОМ-а; 7) Место извршења прекршаја из ЗОМ-а; 8) Време извршења прекршаја из ЗОМ-а у току дана; 9) Најчешће коришћено средство извршења прекршаја из ЗОМ-а; 10) Прекршаји из ЗОМ-а који се најчешће врше (откривају); 11) Преглед поступања прекршајних судова по предметима у области ЗОМ-а у периоду 2018-2023; 12) Изречене прекршајне санкције учиниоцима прекршаја из ЗОМ-а; 13) Преглед поступања Прекршајног апелационог суда у периоду 2018-2023 по предметима из ЗОМ-а; 14) Учешће предмета из ЗОМ-а у укупном броју предмета пред Прекршајним апелационим судом; и 15) Начин решавања предмета из ЗОМ-а од стране Прекршајног апелационог суда.



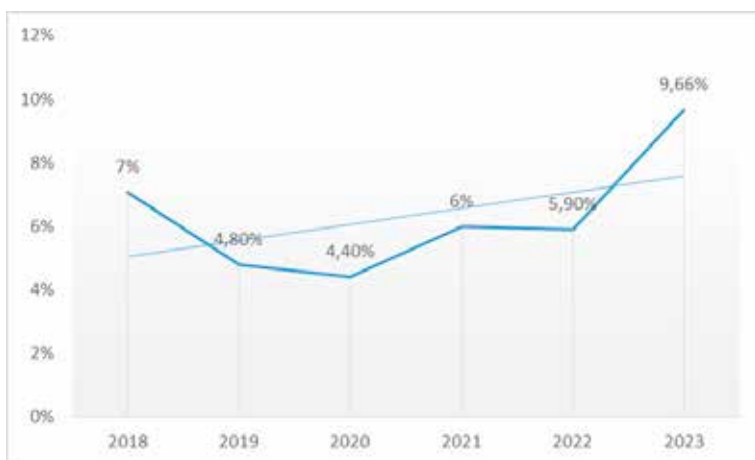
Графикон 1 – Укупан број извршених прекршаја из надлежности полиције (без безбедности саобраћаја) у периоду 2018-2023

Укупан број прекршаја из надлежности полиције у периоду 2018-2023 генерално бележи тренд опадања где полиција открије у просеку око 56.000 прекршаја. Као што се може видети из Графикана 1 једино се 2020. године бележи значајан пораст откривених прекршаја за око 20% али се након тога ситуација смирује. Просечан број прекршаја у посматраном периоду је 56.650.



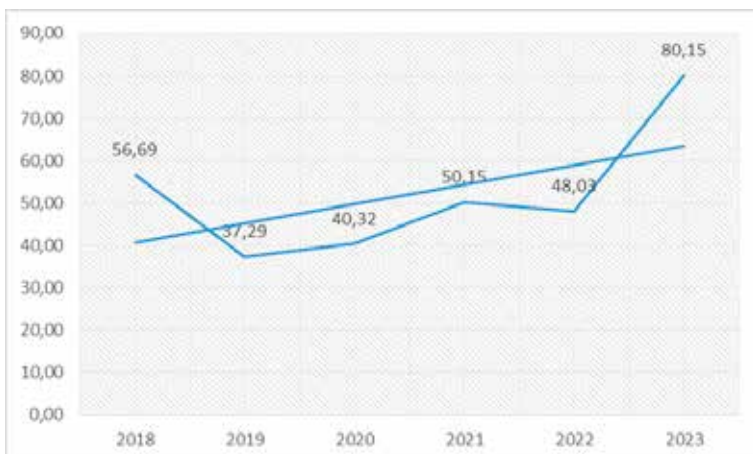
Графикон 2 – Број прекршаја из Закона о оружју и муницији у периоду 2018-2023

Прекршаји из ЗОМ-а, наспрот укупном броју прекршаја, бележи другачије трендове и у порасту су, а нарочито се истиче 2023.година (Графикон 2). Полиција у просеку открије око 3.600 прекршаја из ЗОМ-а а 2023.године је номинално открила скоро duplo више него 2022.године. Појачана активност полиције 2023.године на откривању прекршаја из ЗОМ-а део је мера које држава предузела поводом масовних убистава која су се десила почетком 2023.године.



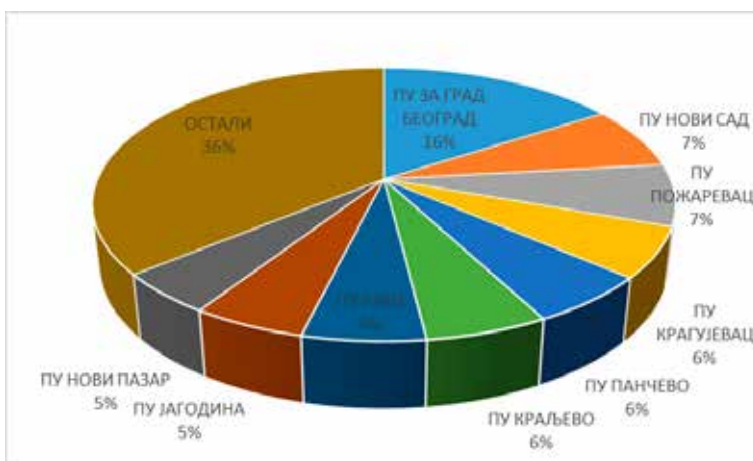
Графикон 3 – Учешће прекршаја из Закона о оружју и муницији у укупном броју прекршаја у посматраном периоду

Учешће прекршаја из ЗОМ-а у укупном броју прекршаја у периоду 2018-2023 у просеку је 6% и бележи тренд пораста. Поново се истиче 2023.година где прекршаји из ЗОМ-а учествују са 9,66% у укупном броју прекршаја.



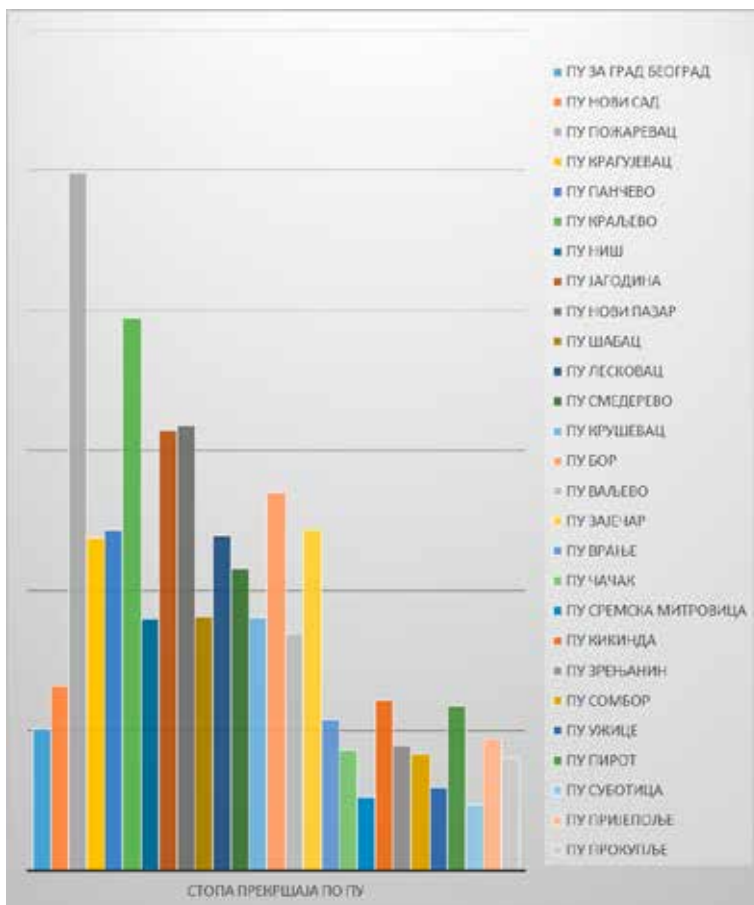
Графикон 4 – Стопа прекршаја из Закона о оружју и муницији у периоду 2018-2023

Ради сагледавања броја прекршаја из ЗОМ-а номиналне бројеве довели смо у везу са кретањем броја становника у Србији. Просечна стопа прекршаја је 52,11 и генерално стопа прекршаја бележи пораст и овде се истиче 2023.година у којој стопа бележи значајан пораст (Графикон 4).



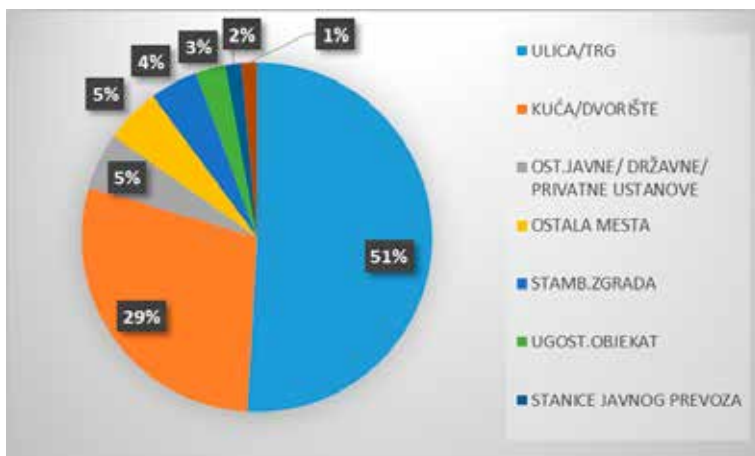
Графикон 5 – Територијална дистрибуција прекршаја из Закона о оружју и муницији

Као основ за територијалну поделу узета су подручја полицијских управа (ПУ) МУП-а којих има укупно 27. Као што се могло претпоставити на подручју ПУ за Град Београд извршено је номинално највише прекршаја (16%). На подручју ПУ у Новом Саду и ПУ у Пожаревцу по 7%, ПУ у Крагујевцу, Панчеву, Краљеву и Нишу по 6%, ПУ у Јагодини и Новом Пазару по 5%, док остале полицијске управе све заједно чине 36% од укупног броја прекршаја (Графикон 5). Као што се може уочити број становника није од утицаја на број прекршаја из ЗОМ-а.



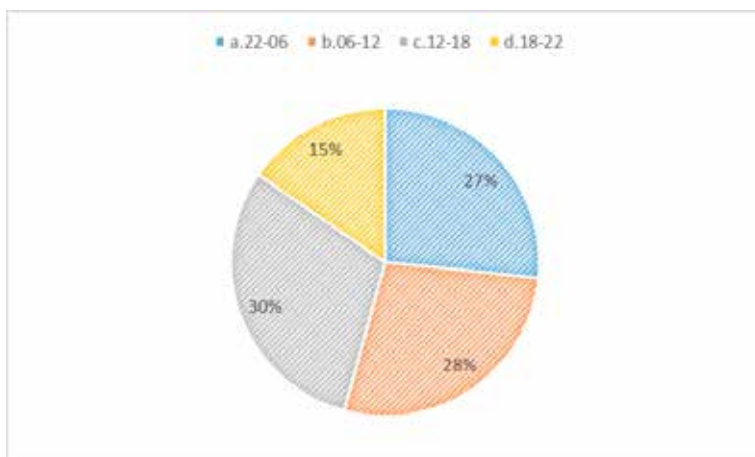
Графикон 6 - Територијална дистрибуција стопе прекршаја из Закона о оружју и муницији

Међутим ако посматрамо кретање стопе прекршаја по полицијским управа уочавамо значајно различите тенденције (Графикон 6). Најлошију стопу прекршаја у посматраном периоду имају ПУ у Пожаревцу 997,05; ПУ у Краљеву 789,10; ПУ у Новом Пазару 634,92; ПУ у Јагодини 628,71; и ПУ у Бору 539,59. Најповољније тенденције уочавамо у ПУ у Суботици, Сремској Митровици и Ужицу (стопе испод 120).



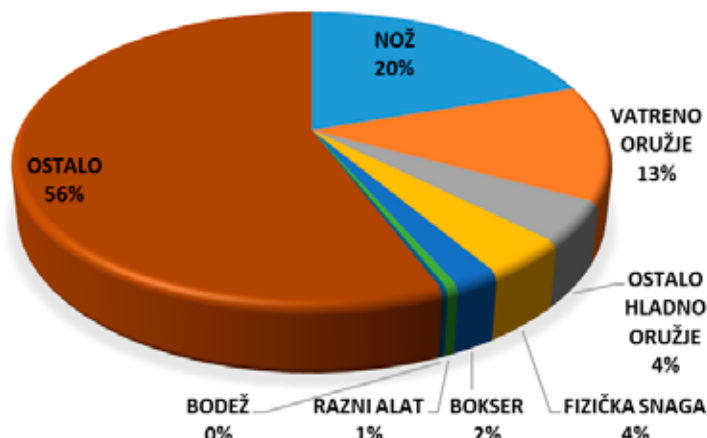
Графикон 7 – Место извршења прекршаја из Закона о оружју и муницији

Анализом места извршења прекршаја из ЗОМ-а долазимо до закључка да се ови прекршаји најчешће врше (откривају) на јавном месту, односно на улици/тргу. Следеће карактеристично место извршења јесте кућа или двориште док остала места као што су установе, стамбене зграде, угоститељски објекти и станице јавног превоза су знатно мање идентификовани (Графикон 7). У појединим случајевима појављују се просторије полиције, здравствене установе и школе али су на нивоу статистичке грешке.



Графикон 8 – Време извршења прекршаја из Закона о оружју и муницији у току дана

Посматрајући прекршаје из ЗОМ-а са аспекта времена извршења у току дана уочавамо да се прекршаји најчешће врше у поподневним и ноћним сатима мада су трендови релативно уједначени али се издаваја период од 18 до 22 који је заступљен у само 15% случајева (Графикон 8).



Графикон 9 – Најчешће коришћено средство извршења прекршаја из Закона о оружју и муницији

Ако анализирамо прекршаје из ЗОМ-а са аспекта средства извршења видимо да као средство извршења предњачи нож са 20% у односу на ватрено оружје са 13%. Остала средства извршења појављују се знатно мање али постоји велики број предмета који нису евидентирани адекватно и налазе се у 56% - остало (Графикон 9). Овде се мора напоменути да је нож на прекршаје био тачка спорења и био је тема расправе Прекршајног апелационог суда. Према становишту овог суда да нож на прекршаје није таксативно наведен у напред цитираној законској одредби, потребно је у сваком конкретном случају утврђивати која је намена таквог ножа у конкретној ситуацији, с обзиром на околности, својства окривљеног и слично.²⁴

Нож је опасна ствар погодна за наношење повреда. Само кухињски нож има основну намену у припреми хране, али изван кухињског простора његова основна намена није више обрада намирница, нарочито не на јавном месту и у касним ноћним сатима. Постоје разне врсте ножева: „лепеза“, „скакавац“ и сл. чија основна намена није спремање хране. Стога је инсистирање на утврђивању намене ношења ножа на јавном месту противно превентивном деловању и спречавању вршења кривичних дела, јер употреба ножа увек има за последицу неко кривично дело. Стога је неопходно и нож третирати као хладно оружје у смислу енциклопедијске дефиниције, јер је погодан за сечење, убадање и ударање. По енциклопедији, између ножа и бодеза нема битне разлике, јер су и нож и бодез хладно оружје, са једним (нож) или две оштрице (бодез), који служе као споредно средство у блиској борби. Третирање ножа као хладног оружја имало би одраза и у пракси, у смислу смањења кривичних дела учињених употребом ножа, јер употреба ножа, било за напад или у одбрани, увек има за последицу неко кривично дело против живота и тела.²⁵

²⁴ <http://pkap.sud.rs/preksajni-apelacioni-sud-sudska-praksa-lat.html> (18.01.2024.)

²⁵ Љ. Милић, Н. Мрвић Петровић (2018) *Приручник за примену прописа у прекршајном поступку*, Институт за упоредно право, Београд, стр. 142

Одредба ЗОМ/година	2018	2019	2020	2021	2022	2023
47/1/1				138	258	460
47/1/16	345	220	263	467	330	230
47/1/18	1310					
48/1/4	1609	1383	1508	1908	1821	2036
48/1/7	579	733	737	689	572	2215
49/1/3		1		5	1	
49/1/14	1				2	5
49/1/15	4		1		1	
49/1/24	4	3	5	6	2	5

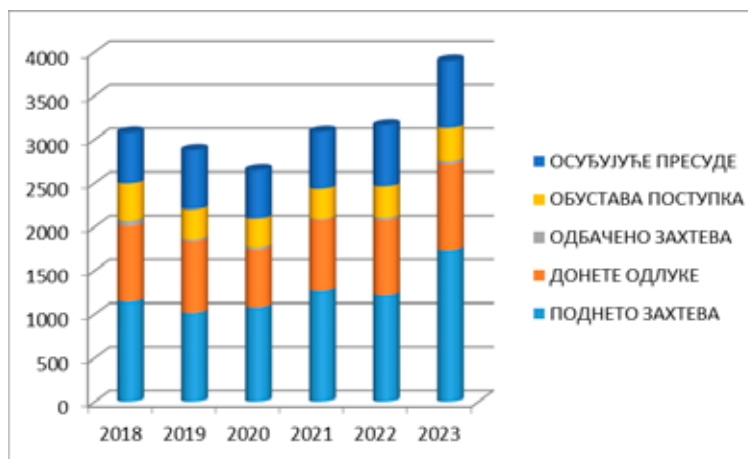
Табела 1 – Најчешћи прекршаји из Закона о оружју и муницији

Прекршаји прописани у ЗОМ-у систематизовани су у три члана овог закона и тако је извршен и разрез казни. Чл. 47. прописује 18 прекршаја где извршилац може бити само физичко лице и прописује новчану казну у износу од 5.000 до 150.000 динара. У 2018. години полиција је највише била усмерена на откривање прекршаја који се односи на поседовање трофејног оружја, које није у прописаном року пререгистровано, продато, онеспособљено или предато у власништво Републике Србије (чл. 47. ст. 1. тач. 18). Као што се може видети из Табеле 1 у периоду 2018-2023 рад полиције био је константно усмерен на поседовање оружја након смрти лица које је имало регистровано оружје, где учинилац није у року од 45 дана од смрти лица обавестио најближу организациону јединицу МУП-а, ради преузимања оружја (чл. 47. ст. 1. тач. 16). У последње три године полиција је тежиште рада усмерила и на откривању прекршаја који се састоји у недостављању уверења о здравственој способности за држање и ношење оружја прописаном у року (чл. 47. ст. 1. тач. 1).

Чл. 48. прописује 11 прекршаја који су по својој природи тежи (друштвено опаснији) у односу на оне из чл. 47. и прописује алтернативно новчану казну у износу од 20.000 до 150.000 динара или казну затвора до 60 дана. Као што се може видети посебан законски максимум новчане казне је идентичан али је посебан законски минимум виши у чл. 48. и постоји могућност изрицања казне затвора што нас наводи на закључак да су радње прекршаја прописане у чл. 48. друштвено опасније. Законодавац није прописао посебан законски минимум казне затвора па се у том случају примењује општи законски минимум прописан у чл. 37. ст. 1. ЗП (један дан). Такође се мора обратити пажња и на одредбу чл. 36. ст. 3. ЗП којим је прописано да ако су новчана казна и казна затвора прописане алтернативно, казна затвора се изриче само за прекршај којим су биле проузроковане теже последице или за прекршаје који указују на већи степен кривице учиниоца. Кад су у питању тежи прекршаји полиција је у периоду 2018-2023 била усмерена на прекршај који се састоји у ношењу, на јавном месту, онеспособљеног ватреног оружја, старог оружја и његове модерне копије које не користе метак са централним или ивичним паљењем и хладно оружје (чл. 48. ст. 1. тач. 4). Мора се напоменути да се код овог прекршаја у већини случајева ради о хладном оружју (Види Графикон 9). Поред тога хејруристичка делатност полиције у посматраном периоду била је усмерена на откривање прекршаја непажљивог руковања оружјем и несавесног чувања оружја на начин да дође у посед неовлашћених лица и угрози безбедност људи и објеката (чл. 48. ст. 1. тач. 7). Код овог прекршаја мора се обратити пажња на радње извршења која је алтернативно постављена: 1) непажљиво руковање оружјем од стране власника; 2) несавесно

чување оружја од стране власника на начин да је дошло у посед неовлашћених лица које за последицу има угрожавање безбедности људи и објеката. То значи да није довољно само да је власник несавесно чувао оружје и да је неовлашћено лице дошло у посед оружја већ ове радње морају као последицу да имају и угрожавање безбедности људи и објеката. Овде се мора нагласити да је законодавац грешком спојио „људе“ и „објекте“ везником „и“ уместо са „или“. Овакво решење могло би се тумачити да угрожавање мора бити и код људи и код објеката кумулативно иначе не би постојао прекршај што није смисао ове одредбе. Будућим новелама ЗОМ-а требало би ову грешку исправити.

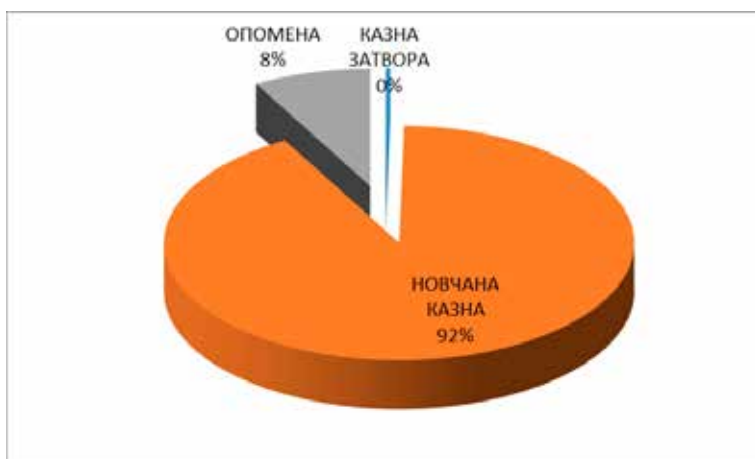
У чл. 49. прописано је 26 прекршаја правног лица, одговорног лица у правном лицу и предузетника. За правно лице прописана је новчана казна у износу од 100.000. до 2.000.000 динара, за одговорно лице у правном лицу прописана је новчана казна у износу од 20.000 до 150.000 динара и за предузетника прописана је новчана казна у износу од 10.000 до 500.000 динара. Изрицање заштитне мере одузимања оружја и муниције остављена је као могућност (не и обавеза) да се изрекне учиниоцу прекршаја у сва три члана. Најчешћи прекршај привредних субјеката се састоји у невођењу прописаних евиденција или вођењу евиденција на непрописан начин (чл. 49. ст. 1. тач. 24). У 2018. години појављује се прекршај непрописног чувања оружја, основних делова оружја и муниције (чл. 49. ст. 1. тач. 15). У 2021. години полиција се усмерила и на прекршај неподношења захтева за регистрацију оружја у прописаном року од размене или преноса власништва (чл. 49. ст. 1. тач. 3). У 2023. години полиција се усмерила и на прекршај неприбављања одобрења МУП-а за распоређивања запослених лица пре распоређивања (чл. 49. ст. 1. тач. 14). Ови прекршаји најчешће се откривају приликом управног надзора од стране МУП-а.²⁶



Графикон 10 – Преглед поступања прекршајних судова по предметима у области ЗОМ-а у периоду 2018-2023

²⁶ У публикацијама Информатор о раду Министарства унутрашњих послова Републике Србије за период 2018-2023 није се могло доћи до податка о броју извршених надзора од стране МУП-а над правним субјектима у области оружја и муниције. Према <http://www.mup.gov.rs/wps/portal/sr/arhiva/> и <https://informer.poverenik.rs/> (20.01.2024)

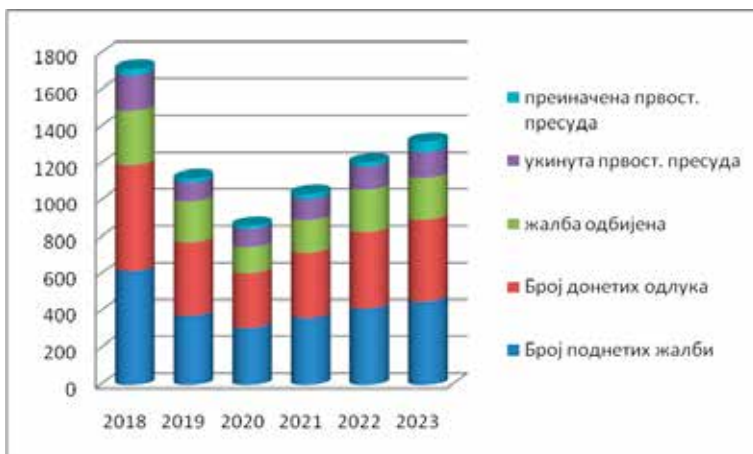
Анализа поступања прекршајних судова показује да број предмета из области ЗОМ-а има тренд пораста и да се нарочито истиче 2023. година и проценат решавања предмета у овој области је преко 50% (66,34%). Уочавамо да је у почетку дошло до пада броја предмета у овој области (2018-2020) али да у последње три године бележи пораст. Осуђујуће пресуде донете су у 63% предмета који су окончани док је 34% поступака обустављено због застарелости а само 3% одбачених захтева за покретање прекршајног поступка. На основу ових резултата може се закључити да је квалитет захтева за покретање прекршајног поступка у области ЗОМ-а одличан.



Графикон 11 – Изречене прекршајне санкције учиниоцима прекршаја из ЗОМ-а

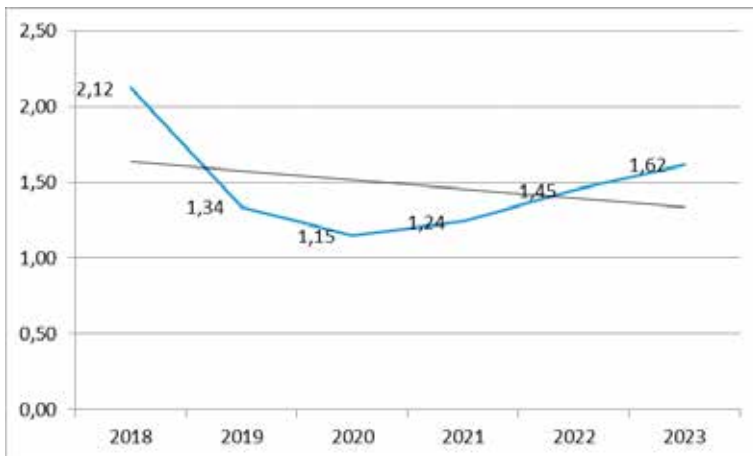
Као што се може видети казнена политика у области контроле оружја, према подацима из узорка, је блага.²⁷ Подацима из графикона додајемо и податак да у посматраном периоду Прекршајни суд у Београду није изрекао ниједну казну затвора за прекршај из чл. 48 ЗОМ-а иако је на подручју ПУ за град Београд само у 2023.години евидентирано 685 прекршаја из овог члана закона. Самим тим намеће се питање да ли могуће да у ниједном предмету није било тежих последица или прекршаја који указују на већи степен кривице учиниоца? Чак 90% казни затвора изречених у периоду 2018-2023.године изречено је од стране Прекршајног суда у Крагујевцу, док је више од 50% изречено само у 2023.години. У 40% предмета изречена је заштитна мера одузимања предмета прекршаја.

²⁷ Блага казнена политика уочава се и у другим областима друштвеног живота нпр. сузбијање насиља у породици и у области приватне безбедности. Према С. Марковић (2023). Прекршајни суд као субјект супротстављања насиљу у породици. *Безбедност* 65(3), 5-28 и Б. Лештанин, Ж. Никач (2022). Прекршајна одговорност у области приватне безбедности у Србији. *Правна ријеч* 65(19), 570-593



Преглед поступања Прекршајног апелационог суда у периоду 2018-2023 по предметима из ЗОМ-а

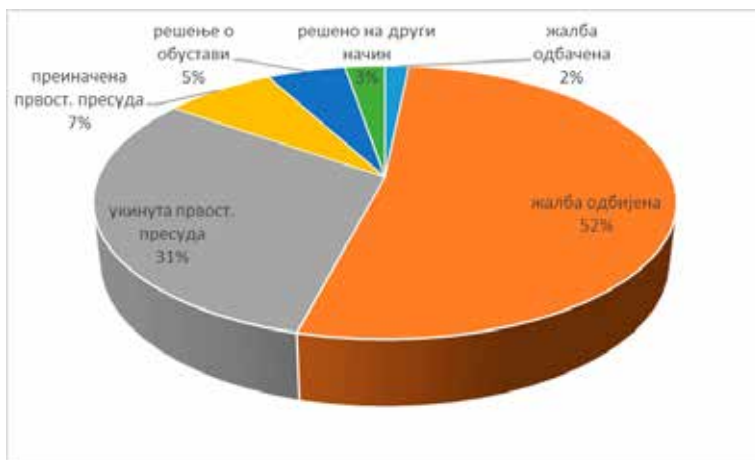
Као што се може видети из Графикана Прекршајни апелациони суд у већини другостепених поступака из области ЗОМ-а решава жалбе на првостепене пресуде ажурно (97,29% решених жалби). Просечно се поднесе око 425 жалби на првостепена решења у области ЗОМ-а што је око 1,49% од укупног броја предмета пред Прекршајним аплеационим судом.



Учешће предмета из ЗОМ-а у укупном броју предмета пред Прекршајним апелационим судом

У односу на укупан број предмета у Прекршајном апелационом суду, предмети из области ЗОМ-а бележе пад у посматраном периоду. У прве три године пад је уочљив али се у последње три године учача благи пораст учешћа предмета из области ЗОМ-а. Само је у 2018.години учешће било преко 2% док у осталим годинама није прешао праг од 2%. То нам показује да контрола оружја, у односу на друге сфере друштвеног живота које се штите

прекршајноправним нормама (јавни ред и мир, безбедност саобраћаја, порески систем и сл.), не представљају проблем у српском друштву.



Начин решавања предмета из Закона о оружју и муницији од стране Прекршајног апелационог суда

Анализирајући начин решавања предмета из области ЗОМ-а од стране Прекршајног апелационог суда уочавамо да је већина предмета решена у корист подносиоца захтева јер је жалба одбијена/одбачена (54%). Само 5% предмета успело је да застари у току другостепеног поступка што и није тако лош резултат. Међутим уочавамо и значајан проценат предмета који су решени у корист подносиоца захтева (31% укинута првостепена пресуда и у 7% предмета преиначена првостепена пресуда). На основу ових резултата може се закључити да је добар квалитет првостепених пресуда прекршајних судова у области ЗОМ-а.

5. ЗАКЉУЧАК

Аутори сматрају да се контрола оружја, у ужем смислу, може дефинисати као скуп мера и радњи које предузимају органи јавне власти у складу са националним и међународним правним оквиром у циљу праћења и ограничења производње и промета оружја (и муниције). Ова дефиниција се може проширити и на друге, пре свега, невладине субјекте (ловачка удружења, стрељачке клубове, образовне установе, организације за људска права) које кроз разне едукације, презентације, панеле, превентивне програме, кампање могу утицати на циљеве контроле оружја. Поред националних закона правни оквир могу чинити и сви ратификовани међународни споразуми и уговори и општеприхваћена правила међународног правног поретка који чине саставни део правног поретка Србије, али тиме ризикујемо улазак у појам „контрола наоружања“.

Као што смо могли видети различити су трендови у области прекршајноправне заштите јер укупан број прекршаја у Србији бележи тренд пада док наспрот томе прекршаји у

области оружја и муниције бележе пораст у посматраном периоду што потврђује нашу хипотезу. Тренд пораста уочава се и ако ове прекршаје посматрамо кроз призму стопе прекршаја као и преко њиховог учешћа у укупном броју прекршаја. Томе највише доприноси појачано ангажовање полиције на откривању ове врсте прекршаја и усмеравање полицијских послова на проналажење предмета прекршаја из области оружја и муниције.

Као што смо и очекивали, територијална дистрибуција прекршаја из области оружја и муниције показује да је номинално највећи број прекршаја на територији ПУ за Град Београд док остале полицијске управе имају значајно мање учешће. Међутим ако просторну прераспodelу прекршаја посматрамо кроз стопу прекршаја резултати су значајно другачији. ПУ у Краљеву и Новом Пазару се издвајају како номинално тако и по стопи прекршаја.

Посматрано са аспекта места извршења издвајају се јавно доступна места док време извршења (време откривања прекршаја) нема посебних карактеристика. То нас наводи на закључак да је ангажовање полиције кроз позорничку и патролну делатност у било које доба дана основни облик полицијске делатности преко које се откривају ове врсте прекршаја. Нож(еви) као хладно оружје најчешћи су предмет прекршаја из ове области, ватрено оружје на другом месту док остали предмети су знатно мање заступљени. Према појединачним прекршајима полиција је усмерена на откривање прекршаја извршених од стране физичких лица и то у виду држања хладног оружја или непажљивог руковања оружјем и несавесног чувања оружја. У наредном периоду морало би се појачати надзор правних лица која раде са оружјем и муницијом као и новелирати одређене норме.²⁸

Квалитет поднетих захтева за покретање прекршајног поступка од стране полиције је веома добар али Прекршајни судови нису у могућности да прате повећано ангажовање полиције на откривању ове врсте прекршаја. Казнена политика у области оружја и муниције је блага чиме се потврђује наша хипотеза, што нас наводи на закључак да у Србији још увек не постоји свест о опасности ове врсте прекршаја. С друге стране Прекршајни апелациони суд сматра да су одлуке првостепених судова квалитетне.

На крају остају многа питања отворена и нерешена. Како помирити одређене супротности? Аутори сматрају да је у области оружја заказала превенција. Полиција мора да развије превентивне програме за децу и малолетнике на које треба утицати већ на почетку њиховог развоја и показати опасност које носи оружје. Поред тога обука одраслих у руковању оружјем мора проћи кроз процес вредновања како би се училе одређене недоречености које би се исправиле додатним стручним усавршавањем.

²⁸ Шире Б. Лештанин, Ж. Никач (2023а). Кратак осврт на нацрт новела у области оружја и муниције у Србији. *Правне празнине и пуноћа права*, Источно Сарајево – Пале (у штампи)

ЛИТЕРАТУРА

1. Bowie, R. (1960). Basic Requirements of Arms Control. *Daedalus*, 89(4), 708–722
2. Вуковић И. (2023) *Прекршајно право*. Правни факултет у Београду, Београд
3. “Gun Control.” *Gale Opposing Viewpoints Online Collection*, Gale, 2023. *Gale In Context: Opposing Viewpoints*, link.gale.com/apps/doc/PC3010999212/OVIC?u=gale&sid=bookmark-OVIC&xid=76551779 (23.01.2024)
4. Ђорђевић Ђ. (2021) *Прекршајно право: са основама привреднопреступног права*. 6. измењено и допуњено издање. Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд (Ђорђевић Ђ. (2021) *Prekršajno pravo: sa osnovama privrednoprestupnog prava*. 6. izmenjeno i dopunjeno izdanje. Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd)
5. Закључак Владе Републике Србије о предузимању мера поводом трагичне погибље и рањавања грађана на територији градске општине Младеновац и града Смедерева („Службени гласник РС“, бр. 37/23) (Zaključak Vlade Republike Srbije o preduzimanju mera povodom tragične pogibije i ranjavanja građana na teritoriji gradske opštine Mladonovac i grada Smedereva („Službeni glasnik RS“, br. 37/23))
6. Закључак Владе Републике Србије о предузимању мера поводом трагичног догађаја у Основној школи «Владислав Рибникар» у Београду („Сл. гласник РС“, бр. 36/23) (Zaključak Vlade Republike Srbije o preduzimanju mera povodom tragičnog događaja u Osnovnoj školi «Vladislav Ribnikar» u Beogradu („Sl. glasnik RS“, br. 36/23))
7. Закон о граничној контроли („Сл. гласник РС“, број 24/18) (Zakon o graničnoj kontroli („Sl. glasnik RS“, broj 24/18))
8. Закон о забрани развоја, производње, складиштења и употребе хемијског оружја и о његовом уништавању („Сл. гласник РС“, бр. 36/09 и 104/13) (Zakon o zabrani razvoja, proizvodnje, skladištenja i upotrebe hemijskog oružja i o njegovom uništavanju („Sl. glasnik RS“, br. 36/09 i 104/13))
9. Закон о забрани усавршавања, производње и стварања залиха бактериолошког (биолошког) и токсичког оружја и о њиховом уништавању („Сл. гласник РС“, број 87/11) (Zakon o zabrani usavršavanja, proizvodnje i stvaranja zaliha bakteriološkog (biološkog) i toksičkog oružja i o njihovom uništavanju („Sl. glasnik RS“, broj 87/11))
10. Закон о испитивању, жигосању и обележавању оружја, направа и муниције („Сл. гласник РС“, бр. 87/18) (Zakon o ispitivanju, žigosanju i obeležavanju oružja, naprava i municije („Sl. Glasnik RS“, br. 87/18))
11. Закон о оружју и муницији („Сл. гласник РС“, бр. 20/15, 10/19, 20/20 и 14/22) (Zakon o oružju i municiji („Sl. glasnik RS“, br. 20/15, 10/19, 20/20 i 14/22))
12. Закон о прекршајима (Сл. гласник РС, бр. 65/13, 13/16, 98/16 – одлука УС, 91/19 – др. закон, 91/19 и 112/22 – одлука УС) (Zakon o prekršajima (Sl. glasnik RS, br. 65/13, 13/16, 98/16 – odluka US, 91/19 – dr. zakon, 91/19 i 112/22 – odluka US))
13. Закон о производњи и промету наоружања и војне опреме („Сл. гласник РС“, број 36/18) (Zakon o proizvodnji i prometu naoružanja i vojne opreme („Sl. glasnik RS“, broj 36/18))
14. Закон о спољнотрговинском пословању („Сл. гласник РС“, бр. 36/09, 36/11 – др. закон, 88/11 и 89/15 – др. закон) (Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju („Sl. glasnik RS“, br. 36/09, 36/11 – dr. zakon, 88/11 i 89/15 – dr. zakon))

15. Закон о транспорту опасне робе („Сл. гласник РС”, бр. 104/16, 83/18 и 95/18 – др. закон и 10/2019 – др. закон) (Zakon o transportu opasne robe („Sl. glasnik RS”, br. 104/16, 83/18 i 95/18 – dr. Zakon i 10/2019 – dr. zakon))
16. Закон о транспорту опасног терета („Сл. гласник РС”, бр. 88/10, 104/16 – др. закон и 83/18 – др. закон) (Zakon o transportu opasnog tereta („Sl. glasnik RS”, br. 88/10, 104/16 – dr. zakon i 83/18 – dr. zakon))
17. Lamberth M., Scharre P. (2023). Arms Control for Artificial Intelligence. *Texas National Security Review*, (6)2, 96-110
18. Лештанин Б. (2017а) Закон о оружју и муницији-критички поглед, *Безбедност* 59(2):153-172 (Leštanin B. (2017a) Zakon o oružju i municiji-kritički pogled, *Bezbednost* 59(2):153-172)
19. Лештанин Б., Никач Ж. (2023а). Кратак осврт на нацрт новела у области оружја и муниције у Србији. *Правне празнине и пуноћа права*, Источно Сарајево – Пале (у штампи) (Leštanin B., Nikač Ž. (2023a). Kratak osvrt na nacrt novela u oblasti oružja i municije u Srbiji. *Pravne praznine i punoća prava*, Istočno Sarajevo – Pale (u štampi))
20. Лештанин Б. (2017б) *Практикум за примену Закона о оружју и муницији*, Службени гласник (Leštanin B. (2017b) *Praktikum za primenu Zakona o oružju i municiji*, Službeni glasnik)
21. Лештанин Б., Никач Ж. (2022). Прекршајна одговорност у области приватне безбедности у Србији. *Правна ријеч* 65(19), 570-593 (Leštanin B., Nikač Ž. (2022). Prekršajna odgovornost u oblasti privatne bezbednosti u Srbiji. *Pravna riječ* 65(19), 570-593)
22. Lestanin B., Nikac Z., (2023b) Unlawful Activities with Weapons and Ammunition: Some Criminological Aspects. *International Scientific Conference “Law between the Ideal and the Reality” Thematic conference proceedings*, Kosovska Mitrovica, p. 173-188
23. Марковић С. (2023). Прекршајни суд као субјект супротстављања насиљу у породици. *Безбедност* 65(3), 5-28 (Marković S. (2023). Prekršajni sud kao subjekt suprotstavljanja nasilju u porodici. *Bezbednost* 65(3), 5-28)
24. Милић, И. (2023). О појединим прекршајним одредбама из закона о пореском поступку и пореској администрацији. *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 57(1), 281-295 (Milić, I. (2023). O pojedinim prekršajnim odredbama iz zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji. *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 57(1), 281-295)
25. Милић, И. (2022). Специфичности прекршајног гоњења према Закону о пореском поступку и пореској администрацији. *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 56(4), 1081-1096 (Milić, I. (2022). Specifičnosti prekršajnog gonjenja prema Zakonu o poreskom postupku i poreskoj administraciji. *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 56(4), 1081-1096)
26. Милић Љ., Мрвић Петровић Н. (2018) *Приручник за примену прописа у прекршајном поступку*, Институт за упоредно право, Београд (Milić Lj., Mrvić Petrović N. (2018) *Priručnik za primenu propisa u prekršajnom postupku*, Institut za uporedno pravo, Beograd)
27. Муџенич М., Тиџар Б. (2020). The Control and Sanctioning of Minor Offences Involving Weapons in the Republic of Slovenia – a Case Study and Suggestions for Future Regulation. *Varstvoslovje* (22)2, 158-178

28. Наредба о предаји нерегистрованог оружја и муниције („Сл. гласник РС“, бр. 37/23 и 43/23) (Naredba o predaji neregistrovanog oružja i municije („Sl. glasnik RS“, br. 37/23 i 43/23))
29. Radisavljević I. (2022) Subjekti prekršajne odgovornosti u pravu Republike Srbije. *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, 29(1), 123-144
30. Ристивојевић Б., Милић И. (2023). *Коментар Закона о прекршајима: према стању законодавства од 1. децембра 2022.године*. Службени гласник, Београд (Ristivojević B., Milić I. (2023). *Komentar Zakona o prekršajima: prema stanju zakonodavstva od 1. decembra 2022.godine*. Službeni glasnik, Beograd)
31. Царински закон („Сл. гласник РС“, бр. 95/18, 91/19 – др. закон и 144/20) (Carinski zakon („Sl. glasnik RS“, br. 95/18, 91/19 – dr. zakon i 144/20))
32. <http://pkap.sud.rs/prekršajni-apelacioni-sud-sudska-praksa-lat.html>
33. <http://www.mup.gov.rs/wps/portal/sr/arhiva/>
34. <https://informativ.poverenik.rs/>
35. <https://www.britannica.com/story/gun-control-in-the-us>
36. <https://www.stat.gov.rs/sr-Latn/oblasti/stanovnistvo/procene-stanovnistva>
37. <https://www.tanjug.rs/srbija/drustvo/38893/uprava-kriminalisticke-policije-do-isteka-roka-predato-108883-komada-oruzja-i-minsko-eksplozivnih-sredstava/vest>

SOME MISDEMEANOR LAW ASPECTS OF GUN CONTROL IN SERBIA

Branko Leštanin²⁹

Željko Nikac³⁰

Summary: Mass murders in Serbia in 2023 caused 'tectonic' disturbances in Serbian society. One of the issues that has been raised and is still being resolved is gun control. In the paper, the authors explore only one segment of gun control, namely the misdemeanor law aspect. The research is set in the time frame from 2018 to 2023 and refers to the territory of the entire country of Serbia. For the purposes of the research, data from the Ministry of Interior of Republic of Serbia and the Misdemeanor Courts in Serbia were used. With the help of the obtained data and the use of methods of content analysis, statistical methods and normative methods, the authors drew certain conclusions. Misdemeanors in the area of weapons and ammunition in the observed period recorded an increase in nominal numbers and by the misdemeanors' rate. Cold weapons are the item that is found in most cases, while firearms are in second place. However, some questions remained open, such as how to reconcile certain opposites, such as the right to personal security, on the one hand, and the maintenance of public safety and order in society, on the other hand? The authors believe that in the area of gun control, prevention should be implemented by public authorities, especially the police.

Keywords: weapons, ammunition, misdemeanors, police, misdemeanor courts

²⁹ Ministry of Internal Affairs of the Republic of Serbia ORCID: 0009-0009-5788-1658

³⁰ Full Professor at the University of Criminalistics and Police in Belgrade ORCID: 0000-0001-8190-5036

ХИТНЕ МЕРЕ ПРЕМА ЗАКОНУ О СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Вељко Турањанин¹

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

Милица Митровски²

Основни суд у Крагујевцу

Сажетак: Аутори се у раду баве проблематиком изрицања и продужења хитних мера према Закону о спречавању насиља у породици. Породично насиље представља проблем читавог друштва, а посебно чињеница да се кроз историју сви догађаји везани за породицу, а тиме и насиље у истој, третирају као искључиво приватна ствар њених чланова у коју не би требало задирати. У Републици Србији је 2016. године донет Закон о спречавању насиља у породици у који су унети најважнији међународни стандарди из ове области, међу којима су и нулта толеранција на породично насиље и сарадња и координација државних органа у борби против истог. Аутори настоје да објасне положај судија у поступку за заштиту од насиља у породици наглашавајући овлашћења за продужење хитних мера које иницијално изриче надлежни полицијски службеник, а нарочито имајући у виду критеријуме којима се суд руководи приликом продужења ових мера. Потом, аутори обрађују значај усаглашеног поступања државних органа, ослањајући се на праксу Европског суда за људска права.

Кључне речи : Насиље у породици – Закон о спречавању насиља у породици – суд – хитне мере – члан 8. ЕКЉП

1. УВОД

Насиље у породици се може догодити свакоме, без обзира на брачно стање, економски и социјални статус, религију, политичко или друго мишљење, имовинско стање, сексуалну оријентацију, родни идентитет, године живота, етничку припадност и друго, што указује да овај феномен нема дискриминаторске елементе у себи.³ Међутим, без обзира на напредак на свим нивоима и новој доминантној улози коју жена има у друштву, ипак постоји међународно признање, да је насиље над женама последица историсјки неједнаких односа између мушкараца и жена и да је самим тим насиље над женама најраспрострањенији облик насиља у

¹ Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, е-пошта: vturanjanin@jura.kg.ac.rs

² Судијски приправник Основног суда у Крагујевцу, е-пошта: mitrovskimilica7@gmail.com

³ Александар Бошковић, Тања Кесић, „Резултати емпиријског истраживања о ефикасности применених мера у Републици Србији“, *Безбедност* 63, бр. 1, (2021): 20.

породици. На то колико је проблем насиља у породици, односно насиља над женама, распрострањен данас, указује чињеница да, према подацима до којих је дошла Скупштина Савета Европе у својој Препоруци број 1450 (2000), више жена у Европи умре или буде озбиљно повређено сваке године услед насиља у породици, него услед рака или саобраћајних несрећа. Како би се наводно заштитила приватност, насиље над женама је дуго било несанкционисано и остало у затвореном кругу породице, доступно само њеним члановима, а женама је била ускраћена заштита. Такође, насиље у породици је увек насиље према деци, које оставља значајне последице на њихово понашање, осећања, школски успех и однос према вршњацима. Услед недостатка адекватне заштите и подршке, мајке су због деце остајале у заједници са насилним партнером, или би му се, после одређеног времена, опет враћале. Имајући у виду наведено, уочена је потреба да насиље у породици треба третирати као политички и јавни проблем и као кршење људских права,⁴ те да су државе дужне да предузму одговарајуће мере како би се жртви насиља у породици омогућила благовремена, сврсисходна и делотворна заштита. С тим у вези, на међународном нивоу, под окриљем Уједињених нација донет је већи број докумената, али немају сви подједнако обавезујућу правну снагу (као што су декларације, препоруке и резолуције). Међу њима је важно поменути Универзалну декларацију о људским правима из 1948. године, Међународни пакт о грађанским и политичким правима са два протокола, као и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, који су донети 1966. године. Такође, документима на регионалном нивоу је регулисана област заштите од насиља у породици. Тако је под окриљем Савета Европе, 1950. године, усвојена Конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Овим документом, и то његовим члановима 2 (право на живот), 3 (забрана мучења, нечовечног и понижавајућег поступања или кажњавања) и 8 (заштита права на поштовање приватног и породичног живота), се између осталог пружа и заштита од насиља у породици.

Оно што је заједничко за све горе поменуте документе, у контексту породичног насиља, је то што се питањем заштите од насиља у породици баве посредно, спорадично и парцијално. Наиме овим актима је прописана заштита неких других општих људских права: право на живот, право на телесни интегритет, право на приватност и породични живот и слично. На тај начин је посредно, заштитом ових права која су експлицитно зајемчена, могућа и заштита од насиља у породици. Тек у ситуацији када до повреде ових права дође у светлу породичних односа, можемо рећи да је жртвама пружена заштита од насиља у породици, али је та заштита секундарна, јер се жртва штити, не примарно као жртва насиља у породици, већ као ималац неког другог универзалног права зајемченог овим актима.

Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама (тзв. Истанбулска конвенција) је усвојена 2011. године, а Србија ју је ратификовала у октобру 2013. године (Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља у породици – Службени гласник Републике Србије – Међународни уговори, бр. 12/2013), а која је ступила на снагу 1. августа 2014. године, која успоставља обавезу држава потписница да осигурају заштиту жртава породичног насиља, између осталог, наређивањем могућем учиниоцу забране уласка у стан жртве или тако што ће му се забранити да контактира са жртвом или са особом у опасности. Наведени акт је најзначајнији међународни

⁴ Recommendation 1582 (2002), Domestic violence against women, Council of Europe, Parliamentary Assembly, 27.09.2002.

документ који укључује специфичну обавезу држава да заштите жртве од насиља у породици посредством хитних мера. Како је Република Србија била једна од десет држава која је априла 2012. године потписала ову конвенцију, тако је и сама кренула путем изналажења нових решења, а све у циљу делотворног спречавања насиља у породици и обезбеђивања заштите и подршке жртвама насиља у породици. Потписивањем ове конвенције направљен је корак ка хармонизацији домаћег законодавства са стандардима који у овој области важе у европском праву⁵, имајући у виду да, како је правни систем Републике Србије монистички, те да примат на хијерархијској лествици правних аката у односу на законе и друге подзаконске акте, имају међународни документи које је Република Србија ратификовала.

Доношењем Закона о спречавању насиља у породици, 2016. године, а који се примењује од 1. јула 2017. године, Република Србија је добила посебан закон (специјални закон) у области насиља у породици и самим тим ускладила домаће законодавство са обавезама преузетим из Истанбулске конвенције. Без обзира на опречна мишљења како стручне, тако и лаичке јавности, предности и мане овог правног акта, чињеница је да су овим законом уведене значајне новине у правни систем Републике Србије, самим тим што је ово први правни акт у нашем законодавству којим је предвиђен читав превентивни механизам заштите од насиља у породици. Пружање хитне, благовремене и делотворне заштите и подршке жртвама насиља у породици, крајњи је циљ Закона о спречавању насиља у породици, који се не може постићи уколико не постоји адекватна и ефикасна превенција, а која се може обезбедити само координисаним и уједначеним поступањем надлежних државних органа, као и установа надлежних за примену наведеног закона.

2. ПОЈАМ ХИТНИХ МЕРА ПРЕМА ЗАКОНУ О СПЕЧАВАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Имплементацијом члана 52 Истанбулске конвенције успостављена је обавеза држава потписница да осигурају заштиту жртава насиља у породици, путем хитних мера забране приласка, којима се између осталог може наредити учиниоцу да напусти и да се држи даље од дома жртве, као и да не контактира жртву. Имајући у виду домаћа примена члана 52 Истанбулске конвенције, јавним властима држава потписница је дат задатак да пренесу овлашћења надлежним властима како би издавале налоге учиниоцима породичног насиља да напусте место становања и онемогуће учиниоцу повратак у одређеном временском периоду⁶, као и контакт са жртвом. На овај начин долази до ограничења права својине јер се штите људска права на живот, физички и ментални интегритет, па је мешање власти у приватни и породични живот, када се ради о случајевима насиља у породици нужно и оправдано. Тако је Европски суд за људска права утврдио да постоји повреда члана 8 Конвенције, у ситуацији када су државне власти пропустиле да примене многе од мера које су, у неколико судских

5 Зоран Поњавић, Вељко Влашковић, *Породично право* (Београд: Службени гласник, 2019), 462.

6 Постојећи примери процедура варирају десет дана до четири недеље, са или без могућности обнове. Видети: Rosa Logar, Johanna Niemi, *Emergency Barring Orders in Situations of Domestic Violence: Article 52 of The Istanbul Convention, A collection of papers on the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, (Strasbourg, Council of Europe, 2017), 30.

поступака, судови наложили са циљем да се заштити подносиатеља представке од насиља које је трпела од стране свог супружника.⁷ Пропуст власти да спроведу судске налоге чија је сврха била да се обезбеди жртви заштита од насилне особе представља ометање права зајемчених чланом 8 ЕКЉП, што је у конкретном случају тужиља и доказала. Претходно наведена пресуда, имајући у виду да је донета од стране Европског суда за људска права, је значајна не само за тужену државу у конкретном примеру, већ и за друге државе потписнице Конвенције у којима је међународно право, на хијерархијској лествици правних аката, изнад домаћих законских и подзаконских аката. На овај начин је дата могућност странкама у неким будућим поступцима, пред домаћим судовима да се позивају на одлуке Европског суда за људска права. Такође, оправданост оваквог решења налази се и у томе, што је овако ограничење права својине, привременог карактера и да се у сваком конкретном случају разматра да ли изрицање и евентуално касније продужење хитне мере разумно и пропорционално, имајући у виду последице које су наступиле или које би могле наступити услед акта породичног насиља. Имајући у виду наведено, оваквим решењем учињен је знатан искорак у смислу да насиље у породици не остаје само у уском кругу њених чланова, већ се увиђа значај интервенисања јавних власти приликом спречавања истог и почиње да се третира као друштвени проблем, а не само као приватна ствар између жртве и учиниоца. Законом о спречавању насиља у породици предвиђене су две хитне мере, а то су: мера привременог удаљења учиниоца из стана и мера привремене забране учиниоцу да контактира жртву насиља и прилази јој. У ситуацијама када дође до изрицања обе хитне мере, настоји се да се жртви пружи ефикасна и свеобухватна заштита, имајући у виду да заштита постоји у сваком тренутку и на сваком месту где се налази или где борави жртва. Уколико дође до изрицања хитне мере привременог удаљења учиниоца из стана, на тај начин долази до заштите жртве не само на јавним местима, већ и у њеном сопственом дому. Такође, решењем законодавца Републике Србије прописано је да се жртвама насиља у породици пружа заштита ако постоји непосредна опасност да ће до истог доћи, што је у складу са појмом непосредне опасности датим у Истанбулској конвенцији, а који се односи на све ситуације породичног насиља у којима је штета неизбежна или се већ догодила и постоји вероватноћа да ће се иста поновити. Овим је додатно истакнут превентивни карактер читавог механизма заштите од породичног насиља. Насиље у породици, у смислу Закона о спречавању насиља у породици је акт физичког, сексуалног, психичког или економског насиља учиниоца према лицу са којим се учинилац налази у садашњем или ранијем брачном или ванбрачном или партнерском односу или према лицу са којим је крвни сродник у правој линији, а у побочној линији до другог степена или са којим је сродник по тазбини до другог степена или коме је усвојитељ, усвојеник, храњеник или хранитељ или према другом лицу са којим живи или је живео у заједничком домаћинству (члан 3. став 3). Законско одређење овако широког круга чланова породице у складу је са традиционалним схватањем појма породице у нашем друштву, али и са међународним документима којима су обухваћени, поред чланова нуклеарне породице, још и различите форме партнерских односа и различити модалитети живота у заједници сродника. У прилог овако широког дефинисању чланова породице којима је пружена заштита у смислу овог закона говори и пракса Европског суда за људска

⁷ A v. Croatia, Application no. 55164/08, the European Court of Human Rights (2011). Доступно на: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%7B%22001-101152%22%7D%7D>

права, где је нађено да, у смислу члана 8. ЕКЉП, породични живот чине, између осталог, и: односи деце и њихових баба и деда⁸; односи браће и сестра без обзира на старост⁹; односи ујака, теча, стричева, ујни стрина и тетака са сестрићима и братанцима и сестричинама и братаницама¹⁰; односи родитеља и деце рођене у другим везама или односи са децом рођеном из ванбрачног или прељубничког односа, посебно тамо где је признато очинство деце, а странке су у блиској личној вези¹¹ и односи између усвојилаца/хранитеља и деце¹². Ванбрачна заједница је изједначена са брачном, а такође закон не предвиђа различитост полова као један од услова за пружање заштите у смислу Закона о спречавању насиља у породици, те самим тим наведени закон иде у корак са временом. Имајући у виду наведено, заштита од породичног насиља, у смислу овог закона, ће бити пружена и у случајевима када дође до насиља између партнера истог пола, иако правни систем Републике Србије још увек не препознаје истополна партнерства, чиме је опет учињен искорак у односу на тренутно стање у домаћем законодавству. Ово је изузетно значајно, посебно имајући у виду да је и у пракси Европског суда за људска права прихваћено само да емотивни и полни однос истополних партнера представља „приватни живот“, али да не представља „породични живот“, чак и када је у питању дуготрајна веза партнера који заједно живе.¹³

3. ПРВА ФАЗА ПОСТУПКА И ЗНАЧАЈ ОВЛАШЋЕЊА И ДУЖНОСТИ ПОЛИЦИЈСКОГ СЛУЖБЕНИКА У ПОСТУПКУ ЗА СПРЕЧАВАЊЕ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Како би се обезбедила свеобухватна заштита за жртве насиља, Законом о спречавању насиља у породици предвиђена је читава правна процедура у којој учествује већи број државних органа, као и установа. За спречавање насиља у породици и пружање заштите и подршке жртвама насиља у породици и жртвама кривичних дела одређеним овим законом, како је наведено у чл. 7 Закона о спречавању насиља у породици, надлежни су: полиција, јавна тужилаштва, судови опште надлежности и прекршајни судови, као надлежни државни органи, и центри за социјални рад, као установе. Наведено законско решење је и у складу, имајући у виду домаћај примене члана 52, са текстом Истанбулске конвенције, којом је између осталог предвиђено и да тренутна опасност мора бити процењена од стране релевантних власти, док су креатори Конвенције оставили државама потписницама, да у складу

⁸ Marckx v. Belgium, Application no. 6833/74, the European Court of Human Rights (1979). Доступно на: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-57534%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-57534%22]})

⁹ Olsson v. Sweden (no. 1), Application no. 10465/83, the European Court of Human Rights (1988), Доступно на: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57548%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57548%22]})

¹⁰ Boyle v. United Kingdom, Application no. 16580/90, the European Court of Human Rights (1994), Доступно на: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57864%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57864%22]})

¹¹ X v. Switzerland, Application no. 16744/14, the European Court of Human Rights (2017), Доступно на: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-170467%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-170467%22]})

¹² Jolie v. Belgium, Application no. 11418/85, the European Court of Human Rights (1986), Доступно на: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-76832%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-76832%22]})

¹³ Schalk & Kopf v. Austria, Application no. 30141/04, the European Court of Human Rights (2010), Доступно на: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-99605%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-99605%22]})

са својим правним системима, одреде надлежне државне органе који ће бити овлашћени за изрицање хитних мера, као и за даљи ток поступка. Анализирајући текст Закона, може се уочити да је највећи број чланова посвећен улози и поступању полиције у поступку спречавања насиља у породици, имајући у виду овлашћења и дужности која им овај закон даје. Тако је чланом 17 Закона о спречавању насиља у породици предвиђено да надлежни полицијски службеник доноси наређење којим могућем учиниоцу, који је доведен у надлежну организациону јединицу полиције, ако после процене ризика установи непосредну опасност од насиља у породици, може изрећи једну или обе хитне мере предвиђене овим законом, а то су: мера привременог удаљења учиниоца из стана и мера привремене забране учиниоцу да контактира жртву насиља и прилази јој. Имајући у виду да је тежиште самог закона на превентивном деловању, јасно је колико је процена ризика од стране надлежног полицијског службеника значајна, не само приликом изрицања хитних мера, него и за даљи ток поступка пред другим надлежним органима, уколико би у конкретном случају дошло до ангажовања истих. Приликом процене ризика надлежни полицијски службеник попуњава листу за препознавање ризика која је сачињена на основу чл. 15 ст. 1 и чл. 16 ст. 1 и 2, а у вези са чл. 3 и 4 Закона о спречавању насиља у породици и чл. 28 Закона о полицији („Сл. Гласник РС“ бр. 16/16, 24/18, 87/18), као и у складу са Општим протоколом и Посебним протоколом за полицију. Листа садржи типичне и најучесталије факторе који указују на то да је насиље извршено или да постоји непосредна опасност да ће до истог доћи. Према Закону о спречавању насиља у породици, то су следећи фактори: већ раније вршено насиље у породици и спремност да исто буде поновљено, претње убиством или самоубиством, поседовање легалног и/или нелегалног оружја, присуство менталних болести код могућег учиниоца или употреба алкохола и/или психоактивних супстанци од стране могућег учиниоца постојање сукоба око старатељства над дететом или око начина одржавања односа између детета и родитеља који је могући учинилац, ако је могућем учиниоцу изречена хитна мера или одређена мера од насиља у породици, као и доживљај страха код жртве и њена процена ризика од насиља. Такође, и у Општем и Посебном протоколу за полицију је дата листа најучесталијих ситуација које указују на чињеницу да је насиље у породици извршено или да постоји непосредна опасност да ће до истог и доћи, као што су: насилни одлазак/одвајање од насилног партнера, присуство деце насиљу, претње жртви или њеној фамилији и пријатељима, праћење, ухођење и узнемиравање жртве, њене породице и пријатеља, љубоморно понашање могућег учиниоца у односу на жртву, самоубичлачке мисли и понашање жртве, насилна историја могућег учиниоца, без обзира да ли је у вези са насиљем, непоштовање судских мера забране од стране могућег учиниоца, приморавање на сексуалне односе, финансијски проблеми, незапосленост, као и спорови око имовине, а такође показатељи који би могли бити од значаја су и: изолација жртве, невољност да напусти стан/кућу, као и да не зна (довољно добро) језик, одређене врсте инвалидитета, хроничних болести, трудноћа, узраст/старост жртве и слично. Међутим, ризик од насиља у породици може постојати иако ништа од наведеног не постоји, као и обротно: могуће је да ризик фактички не постоји, иако неки од законских разлога за процену ризика постоје.¹⁴

14 Више о процени ризика: Обрад Стевановић, Дане Субошић, Далибор Кекић, „Специфичне карактеристике Закона о спречавању насиља у породици“, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад* 52, бр. 1 (2018): 161-162.

Фактори наведени у листи за процену ризика нису дати *numerus clausus*, што се може закључити језичким тумачењем чл. 16 ст. 2 Закона о спречавању насиља у породици из чега произлази да надлежни полицијски службеник, приликом процене ризика, може узети у обзир и друге факторе, а не само оне који су наведени у закону и протоколима. Овакво решење српског законодавца је изузетно добро јер, имајући у виду испреплетеност породичних односа, и сама пракса је показала да у породичним односима може доћи до најразличитијих ситуација у којима се могу уочити елементи насиља у породици или знаци да ће до истог и доћи, а које је немогуће све унапред законом предвидети. Како је у складу са међународним документима у Закон унет и један од кључних стандарда из области насиља у породици, нулта толеранција на насиље, тако је од изузетне важности да читава процедура буде брза и ефикасна, те су тако полицијски службеници у складу са чланом 14 Закона дужни да одмах обавесте надлежног полицијског службеника о сваком насиљу у породици или непосредној опасности од њега, без обзира на то како су за то сазнали, и имају право да, сами или на захтев надлежног полицијског службеника, доведу могућег учиниоца у надлежну организациону јединицу полиције, ради вођења поступка. Овакво законско решење је свакако у складу са претходно наведем међународним стандардом, међутим имајући у виду број изречених хитних мера у пракси, можемо оправдано посумњати да се оне изричу готово увек, а нису ретки ни случајеви одређивања хитних мера како према могућем учиниоцу, тако и према жртви. Одлуке полицијских службеника да готово увек одреде меру привременог удаљења учиниоца из стана, уз коју може одредити и меру привремене забране учиниоцу да контактира жртву насиља и прилази јој, су разумљиве, ако узмемо у обзир све претходно наведене одредбе где је јасно и концизно дефинисано да примарну процену ризика врши управо полицијски службеник, те да од те процене зависи даљи ток поступка. Као и сви учесници у поступку за спречавање насиља у породици, тако и надлежни полицијски службеници пролазе кроз одговарајући програм обуке, а што је наведено и у Декларацији о елиминацији насиља према женама¹⁵, у којој је између осталог предвиђена и обавеза држава да предузму одговарајуће мере како би се обезбедило да службена лица за примену принуде и јавни службеници одговорни за примену политике превенције, истраге и кажњавања насиља према женама, буду адекватно обучени и сензибилисани у погледу потреба жена. Такође је и Резолуцијом Комисије за људска права 2003/45¹⁶, предвиђено да би државе требале да развију и/или повећају своје напоре укључујући и финансирање, тренинг програме за особље у судству, правнике, здравствене раднике, социјалне раднике, просветне раднике тако и полицију. Законом о спречавању насиља у породици предвиђено је да специјализовану обуку за полицијске службенике спроводи Криминалистичко-полицијска академија, док за јавне тужиоце и судије обуку спроводи Правосудна академија и након завршене обуке полазницима обуке издају се сертификати о завршеној обуци. Како би читав систем заштите у овој фази поступка био још делотворнији, било би корисно да се осигура да полиција, као и друга тела која спровode закон, примају, третирају и дају савете жртвама на прикладан начин, заснован на поштовању људских права. У том смислу жртва би требала да буде саслушана одмах од стране особља које је посебно обучено, у простору који је посебно дизајниран

15 Declaration on the Elimination of Violence against Women, Proclaimed by General Assembly resolution 48/104 of 20 December 1993.

16 Elimination of violence against women, Commission on Human Rights resolution 2003/45, Office of the High Commissioner for Human Rights, 23.04.2003.

како би се створио однос поверења између жртве и полицајца, а такође од изузетног би значаја било ако би жртвама насиља била пружена могућност да буду саслушане од стране женских полицијских службеника, како је то предвиђено Препоруком Рец (2002)5 Одбора Министара земљама чланицама за заштиту од насиља.¹⁷

Тakoђе, једно од значајних законских решења би било и када би се полицији и службама за спровођење закона дало овлашћење да спроводе истраге, прикупљају доказе и улажу жалбе у име жртава насиља у породици, како је наведено у Препоруци 1582/2000.¹⁸

4. ПРЕДНОСТИ И МАНЕ ПРАВНИХ РЕЖИМА ХИТНИХ МЕРА У РАЗЛИЧИТИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА

Претходно наведени правни режим хитних мера имају и Аустрија, Финска и Холандија,¹⁹ где овакав систем омогућава превентивну заштиту могућим жртвама и битно је да испуњава три важна захтева:

1. да држава активно пружа заштиту особама у опасности у ситуацијама непосредне опасности (стандард заштите дефинисан је као дужна пажња – *due diligence*)
2. да особе које се налазе у опасности добију превентивну заштиту како би се избегло да исте постану и жртве
3. да се хитна мера спроведе одмах након што полиција буде обавештена и након што испита ризик.²⁰

Значајна предност оваквог законског решења је у томе што хитне мере представљају алтернативу судским поступцима и затварању извршилаца. Овакав режим хитних мера има значајне предности у односу на грађанскоправни и кривичноправни режим, где се уочавају значајни проблеми који се тичу питања трошкова које жртве морају сносити уколико би изгубиле случај, ефикасности изрицања хитних мера, као и чињеницу да се хитне мере обично могу изрећи тек након осуђујуће пресуде у кривичном поступку.

Како је већ претходно наведено, Истанбулском конвенцијом остављено је државама чланицама да саме одреде, у складу са својим правним системима, надлежне државне органе који ће бити овлашћени за изрицање хитних мера, као и за даљи ток поступка, па самим тим се може уочити велика разноврсност правних система различитих држава у поступку изрицања и продужења хитних мера. Иако су у Србији овлашћења за изрицање хитних мера дата полицији, у неким земљама постоје снажни ставови против давања тих овлашћења полицији.

¹⁷ Recommendation Rec (2002) 5 of the Committee of Ministers on the Protection of Women against Violence, Adopted by the Committee of Ministers on 30 April 2002 at the 794th meeting of the Ministers' Deputies.

¹⁸ Recommendation 1582 (2002), Domestic violence against women, Council of Europe, Parliamentary Assembly, 27.09.2002.

¹⁹ У овој земљи то чини полиција у име градоначелника.

²⁰ Logar, Niemi. *Emergency Barring Orders in Situations of Domestic Violence: Article 52 of The Istanbul Convention. A collection of papers on the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, 15.

5. УЛОГА СУДА У ПОСТУПКУ СПРЕЧАВАЊА НАСИЉА У ПОРОДИЦИ И ПРУЖАЊА ЗАШТИТЕ И ПОМОЋИ ЖРТВАМА ПОРОДИЧНОГ НАСИЉА

Упркос томе што је највећи број чланова Закона о спречавању насиља у породици посвећен улози полиције, кроз Закон се све време прожима значај усаглашенпог поступања државних органа у поступку за спречавање насиља у породици, где значајну улогу има и суд. Уколико основни јавни тужилац, после пријема обавештења, процене ризика и наређења установи непосредну опасност од насиља у породици, он подноси суду предлог да се хитна мера продужи, у року од 24 сата од часа уручења наређења лицу коме се изриче хитна мера, а такође поред процене ризика надлежног полицијског службеника, уз предлог доставља и своје вредновање процене ризика, као и друге доказе који указују на непосредну опасност од насиља у породици.

Специфичност поступка за заштиту од насиља у породици пред судом у првом степену огледа се у чињеници да се решење о предлогу доноси без оджавања рочишта у року од 24 сата од пријема предлога да се хитна мера продужи, приликом чега суд одлучује, а да није ни видео ни саслушао странке, чиме су на извешан начин суду „везане руке“. Оваквим законским решењем одступљено је од начела усмености, то јест од правила да суд одлучује о тужбеном захтеву по правилу на основу усменог, непосредног и јавног расправљања. (члан 4 став 1 Закона о парничном поступку). Чињеница да поступак за заштиту од насиља у породици одликује начело изузетне хитности и да је циљ читавог поступка пружање тренутне и адекватне заштите жртвама, а не кажњавање или обештећење, какав је случај у кривичним и парничним поступцима, доводи до оправданости овог одступања. Ипак, иако се решење о предлогу доноси ван рочишта, судија појединац који утврђује да ли у конкретном случају има места доношењу решења о продужетку хитне мере, мора то учинити након вредновања процене ризика надлежног полицијског службеника, вредновања процене ризика коју је учинио основни јавни тужилац, савесне и брижљиве оцене приложених доказа и тврдњи из предлога основног јавног тужиоца, као и оцене изјашњења лица коме је хитна мера изречена, с све то у складу са чл. 19 Закона о спречавању насиља у породици.

Приликом продужења хитне мере, а посебно хитне мере привременог удаљења учиниоца из стана, може се одредити удаљење учиниоца без обзира на чињеницу да ли је учинилац власник/сувласник стана, те је самим тим истакнут примат људских права на живот у односу на право својине, а суд у сваком конкретном случају мора проценити да ли је овакво ограничење овог апсолутног права разумно и пропорционално. Законом о спречавању насиља у породици предвиђено је да суд може продужити хитну меру до 30 дана, а све у складу са Истанбулском конвенцијом којом је прописано да тај период треба да буде довољан да обезбеди ефикасну заштиту жртви. Једно од интересантних законских решења има Шпанија, која има систем специјализованих судова за породично насиље који функционишу веома ефикасно и где судија може наметнути читав низ мера, што доводи до редовног процењивања да ли постоје кривична дела за која треба казнити. Наредна специфичност везана је за изјављивање жалбе против решења основног суда. Наиме, жалбу против решења којим је продужена хитна мера могу поднети основни јавни тужилац и лице коме је изречена хитна мера, Вишем суду у року од 3 дана од пријема овог решења, а преко Основног суда који је донео ово решење, чиме се одступа од правила садржаних у Закону о парничном поступку,

чиме се може уочити да је Закон о спречавању насиља у породици *lex specialis* у односу на Закон о парничном поступку који се примењује заједно са Кривичним закоником, Закоником о кривичном поступку, Породичним законом и Законом о полицији на питања која овим законом нису другачије уређена. Такође треба имати у виду и да жалба на решење којим се продужава хитна мера не одлаже његово извршење. Као и полицијски службеници, судије пролазе одговарајућу обуку према програму који доноси Правосудна академија, а што је све у складу са Посебним препорукама Комитета за елиминацију дискриминације жена²¹, а која је између осталог прописује да запослени у судству и полицији треба да буду обучени тако да увиђају сав значај и последице разлике међу половима и да је овакво обучавање од суштинског значаја за спровођење конвенције. Ипак, како би се још више побољшала статистика о насиљу у породици, најзначајније је да постоји сарадња између државних органа и невладиних организација како на унутрашњем, тако и на међународном плану. Како би се ова сарадња обезбедила, државни органи би требало да омогуће жртви да без контакта са учиниоцем предузима све релевантне кораке како би жртве без финансијских трошкова могле да заштите своја права у поступку за спречавање од насиља у породици, а то би се могло постићи ако би постојао обавезан протокол где би сви органи у овом поступку пратили исти поступак. У Републици Србији министар надлежан за послове правосуђа, министар надлежан за унутрашње послове и министар надлежан за послове породичне заштите, споразумно доносе Правилник о сарадњи, којим се ближе уређују међусобна права, обавезе и сарадња државних органа и установа надлежних за примену Закона о спречавању насиља у породици. Поред наведених овлашћења основних и виших судова у поступку спречавања насиља у породици, прописана је и надлежност прекршајних судова у случајевима када лице коме је изречена или продужена хитна мера, исту и прекрши, а такође је и прописана новчана казна за одговорна лица у државним или другим органима, организацијама и установама која не поступају у складу са својим обавезама (непријављивање и нереаговање на пријаву, опструирање пријаве или нереаговање на свако сазнање о насиљу које се догодило или где постоји непосредна опасност да ће до истог доћи). Уношењем казних одредби у Закон о спречавању насиља у породици, законодавац је желео да пружи додатну гаранцију жртвама да ће им заштита бити пружена, као и да подстакне запослене у државним и другим органима, као и установама, да савесно и одговорно обављају своје дужности. Како је већ наведено, циљ овог закона није кажњавање учиниоца насиља, као ни обештећење, већ сврсисходна и делотворна заштита жртве, са циљем да се насиље спречи односно предупреди. Међутим како би се учинилац насиља подстакао да не прекрши изречену односно продужену хитну меру, чланом 36 наведеног Закона је прописано да ће се учинилац казнити, уколико прекрши исте, казном затвора до 60 дана, што би за њих требало да буде јак подстицај да се истих и приджавају. Такође, од значаја би било и унапређење сарадње између кривичних и грађанских одељења судова, а посебно израда поузданих и актуелних статистика и података о скали ове појаве, природи, облицима, озбиљности и последицама насиља над женама, учиниоцима и самој појави. У Републици Србији евиденције података о случајевима насиља у породици воде надлежне полицијске управе о пријављаним случајевима насиља у породици, о изрицању и извршењу хитних мера, док Основни суд води евиденције о својим одлукама,

21 UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), CEDAW General Recommendation No. 19: Violence against women, 11th session, 1992.

о предлозима за продужење хитних мера, а јавно тужилаштво евиденцију о предлозима за продужење хитних мера. Према подацима добијеним од Основног суда у Крагујевцу, у току 2023. године Основни суд у Крагујевцу продужио је укупно 871 хитну меру за спречавање насиља у породици, и то 871 хитну меру забране учиниоцу да контактира жртву насиља и прилази јој и 361 хитну меру привременог удаљења могућег учиниоца из стана (у 510 предмета продужена је само хитна мера забране учиниоцу да контактира жртву насиља и прилази јој, док су у 361 предмету продужене обе хитне мере, при чему није било предмета у којима је продужена само хитна мера привременог удаљења учиниоца из стана).²² У периоду од 01.01.2024. године до 01.07.2024. године, Основни суд у Крагујевцу је продужио укупно 391 хитну меру за спречавање насиља у породици, и то 391 хитну меру забране учиниоцу са контактира жртву насиља и прилази јој и 158 хитних мера привременог удаљења могућег учиниоца из стана (у 233 предмета продужена је само хитна мера забране учиниоцу да контактира жртву насиља и прилази јој, док су у 158 предмета продужене обе хитне мере, при чему није било предмета у којима је продужена само хитна мера привременог удаљења учиниоца из стана).²³ Наведени статистички подаци указују управо на то да се у циљу свеобухватне заштите жртава породичног насиља продужавају обе хитне мере, с тим што се хитна мера забране учиниоцу да контактира жртву насиља и прилази јој продужава у знатно већем броју случајева, имајући у виду да приликом продужења хитне мере привременог удаљења учиниоца из стана, долази до ограничења права својине, јер се како је претходно наведено штите људска права на живот, физички и ментални интегритет, па суд у сваком конкретном случају мора проценити да ли је мешање у приватни и породични живот, када се ради о случајевима насиља у породици нужно и оправдано.

6. ЗАКЉУЧАК

Доношењем Закона о спечавању насиља у породици, дефинитивно је да су учињени значајни помаци у борби против породичног насиља, као и насиља над женама, имајући у виду да, иако закон не даје посебну дефиницију насиља над женама, следи стандарде који се налазе у међународним документима и тиме омогућава један нови вид заштите који је пре доношења овог закона био тотално непознат нашем правном систему. Систем пружања заштите од насиља у породици путем изрицања и евентуалног продужења хитних мера, допринео је оснаживању жртава породичног насиља да пријаве учиниоце јер ће им заштита бити пружена одмах и без одлагања, имајући у виду нулту толеранцију на породично насиље, као један од главних стандарда којим је прожет читав текст наведеног закона. Такође, оно што је охрабрујуће за жртве јесте и чињеница да се заштита пружа и у случајевима када до последица насиља још увек није дошло, али постоји непосредна опасност да би до истог могло доћи, чиме се по први пут ради на превенцији која има законски оквир. Читав поступак пружања заштите од насиља у породици је изузетно ефикасан и спроводи се без финасијског оптерећења по жртву, за разлику од парничних и кривичних судских

²² Основни суд у Крагујевцу, допис бр. Су-VIII-42-36/24

²³ Основни суд у Крагујевцу, допис бр. Су-VIII-42-36/24

поступака који могу трајати и по неколико месеци, па чак и година, где се неретко дешава да због дужине поступка и наравно трошкова које сами поступци носе, жртве одустају од вођења истих услед недостатка подршке, али и финасија. А то све, имајући у виду да је један од основних облика насиља над женама поред психичког и физичког и економско насиље, које се огледа како у одузимању новца, тако и у забрани запошљавања или чак довршетка школовања. Међутим, у пракси се неретко дешава да се хитне мере одређују по систему аутоматизма, нарочито ако се узме у обзир чињеница да су последице, како по саму жртву, тако и за полицијског службеника, значајно веће уколико се хитна мера не изрекне, него ако би дошло до беспотребног изрицања исте. Неретки су и случајеви лажног пријављивања, чиме долази до злоупотребе права која су гарантована овим законом. Како би се смањило број оваквих случајева, било би корисно унапредити обуку и организовати тренинг програме свих запослених у органима који се баве пружањем заштите у смислу овог закона, а посебно полицијских службеника, имајући у виду њихову доминатну улогу у читавом овом поступку. Други међународни стандард који се налази у Закону о спречавању насиља у породици је координација и сарадња између државних органа, која је, посматрајући сам законски текст, детаљно испланирана, са наглашеном и одлучујућом улогом полиције. Вођење одговарајућих статистика, размена информација између органа надлежних за спровођење поступка за заштиту од насиља у породици може свакако допринети пружању још ефикасније заштите и стати на пут сваком покушају злоупотребе права.

ЛИТЕРАТУРА

1. Бугарски, Татјана, „Борба против насиља у породици у пракси надлежних органа у Новом Саду“, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад* 52, бр. 1 (2018): 95-121, <https://doi.org/10.5937/zrpfns52-17976>
2. Бошковић, Александар, и Пухача, Јасмина, „Анализа практичне примене Закона о спречавању насиља у породици, с посебним освртом на примену хитних мера“, *НБП – Наука, безбедност, полиција* 24, бр. 1 (2019): 30-48, <https://doi.org/10.5937/nabe-ro24-20343>
3. Бошковић, Александар, и Кесић, Тања, „Резултати емпиријског истраживања о ефикасности примене хитних мера у Републици Србији“, *Безбедност* 63, бр. 1, (2021): 19-43, <https://doi.org/10.5937/bezbednost2101019B>
4. Игњатовић, Тања, „Последице које има насиље према женама у партнерском односу на децу и одговор јавних служби на овај проблем“, Аутономни женски центар, 2015.
5. Југовић, Сретен, „Неделотворност Закона о спречавању насиља у Републици Србији“, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад* 52, бр. 3 (2018): 961-75, <https://doi.org/10.5937/zrpfns52-18912>
6. Ковачек Станић, Гордана и Самарџић, Сандра, „Новине које доноси Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици“, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад* 48, бр. 2 (2014): 93-115, <https://doi.org/10.5937/zrpfns48-6730>

7. Коларић, Драгана и Марковић, Саша, „Анализа досадашње примене Закона о спречавању насиља у породици“, *Анали Правног факултета у Београду* 70, бр. 1 (2022): 189-223, https://doi.org/10.51204/Anali_PFBU_22107A
8. Коларић, Драгана и Марковић, Саша, „Поједине недоумице у примени Закона о спречавању насиља у породици“, *Анали Правног факултета у Београду* 66, бр. 1 (2018): 45-71, <https://doi.org/10.5937/AnaliPFB1801045K>
9. Logar, Rosa and Niemi, Johanna, „*Emergency Barring Orders in Situations of Domestic Violence: Article 52 of The Istanbul Convention - A collection of papers on the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*“, Council of Europe, 2017.
10. Марковић, Саша, „Стратегија супротстављања насиљу у породици“, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад* 53, бр. 3 (2019): 1081-97, <https://doi.org/10.5937/zrpfns53-23251>
11. Мојашевић, Александар, и Арсенијевић, Бојана, „Анализа примена Закона о спречавању насиља у породици пред Основним судом у Нишу“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 57, бр. 80 (2018): 445-62, <https://doi.org/10.5937/zrpfni1880445M>
12. Поњавић, Зоран, и Влашковић, Вељко, *Породично право*, Службени гласник, 2019.
13. Ристивојевић, Бранислав, „Да ли је Закон о спречавању насиља у породици заказао?“, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад* 52, бр. 1 (2018): 137-52, <https://doi.org/10.5937/zrpfns52-17978>
14. Роагна, Ивана, „*Заштита права на поштовање приватног и породичног живота према Европској конвенцији о људским правим*“, Савет Европе, канцеларија у Београду, 2015.
15. Стаменковић, Горан, „Заштита од насиља у породици у смислу Породичног закона и Закона о социјалној заштити“, *Право – теорија и пракса* 38, бр. 4 (2021): 175-88, <https://doi.org/10.5937/ptp2104175S>
16. Стевановић, Обрад, Субошић, Дане, Кекић, Далибор, „Специфичне карактеристике Закона о спречавању насиља у породици“, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад* 52, бр. 1 (2018): 153-68, <https://doi.org/10.5937/zrpfns52-17106>
17. Турањанин, Вељко, и Чановић, Јелена, „Бесплатна правна помоћ за жртве родно заснованог насиља из перспективе адвоката“, *Безбедност* 64, бр. 2 (2022): 44-60, <https://doi.org/10.5937/bezbednost2202044T>
18. Конвенција Савета Европе бр. 210 о спречавању и борби против насиља над женама, Истанбул, 11.05.2011.
19. Декларација против насиља над женама, Одлука број 48/104 Генералне скупштине Уједињених нација, 20.12.1993.
20. Резолуција о елиминисању насиља над женама број 2003/45 Комисије Уједињених нација за људска права, 23.04.2003.
21. Препорука 1582 (2002) Парламентарне скупштине Савета Европе о насиљу над женама, 28.05.2003.
22. Препорука Рес (2002) 5 Комитета министара Савета Европе државама чланицама о заштити жена од насиља, 30.04.2002.

23. Конвенција Уједињених нација о елиминасању свих облика дискриминације жена, 18.12.1979.
24. Закон о спречавању насиља у породици, „Сл. гласник РС“, бр. 94/2016 и 10/2023 – др. закон
25. Закон о полицији, „Сл. гласник РС“, бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018
26. Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља у породици, „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 12/2013
27. А против Хрватске, Представка бр. 55164/08, Европски суд за људска права (2011). Доступно на: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-101152%22%5D%7D>
28. Boyle против Уједињеног Краљевства, Представка бр. 16580/90, Европски суд за људска права (1994), Доступно на: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57864%22%5D%7D>
29. Jolie против Белгије, Представка бр. 11418/85, Европски суд за људска права (1986), Доступно на: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-76832%22%5D%7D>
30. Marckx против Белгије, Представка бр. 6833/74, Европски суд за људска права (1979). Доступно на: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57534%22%5D%7D>
31. Olsson против Шведске (бр. 1), Представка бр. 10465/83, Европски суд за људска права (1988), Доступно на: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57548%22%5D%7D>
32. Schalk и Kopf против Аустрије, Представка бр. 30141/04, Европски суд за људска права (2010), Доступно на: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-99605%22%5D%7D>
33. X против Швајцарске, Представка бр. 16744/14, Европски суд за људска права (2017), Доступно на: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-170467%22%5D%7D>

LITERATURE

1. Bugarski, Tatjana. "Fight against Domestic Violence in Practice of Competent Authorities in Novi Sad." *Collected papers of the Faculty of Law in Novi Sad* 52, no. 1 (2018): 95-121. <https://doi.org/10.5937/zrpfns52-17976>
2. Bošković, Aleksandar M., and Jasmina Puhača. "Analysis of practical application of the Law on Prevention of Domestic Violence with a view on applying urgent measures." *NBP. Nauka, bezbednost, policija* 24, no. 1 (2019): 30-48. <https://doi.org/10.5937/nabepo24-20343>.
3. Bošković, Aleksandar, and Tanja Kesić. "Results of an empirical study on the effectiveness of urgent measures in the Republic of Serbia." *Bezbednost, Beograd* 63, no. 1 (2021): 19-43. <https://doi.org/10.5937/bezbednost2101019B>
4. Ignjatović, Tanja, „*The Impact of Partner Violence Against Women on Children and the Response of Public Services to This Problem*“, Autonomni ženski centar, 2015
5. Jugović, Sreten M.. "(In) effectiveness of the Act on prevention of domestic violence in the Republic of Serbia." *Collected papers of the Faculty of Law in Novi Sad* 52, no. 3 (2018): 961-75. <https://doi.org/10.5937/zrpfns52-18912>.

6. Kovaček Stanić, Gordana, and Sandra Samardžić. "Novelties introduced by the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence." *Collected papers of the Faculty of Law in Novi Sad* 48, no. 2 (2014): 93-115. <https://doi.org/10.5937/zrpfns48-6730>.
7. Kolarić, Dragana, and Saša Marković. "Analysis of the implementation of the law on prevention of domestic violence." *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 70, no. 1 (2022): 189-223. https://doi.org/10.51204/Anali_PFBU_22107A.
8. Kolarić, Dragana, and Saša Marković. "Some dilemmas regarding implementation of the Law on Prevention of Domestic Violence." *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66, no. 1 (2018): 45-71. <https://doi.org/10.5937/AnaliPFB1801045K>.
9. Logar Rosa, Niemi Johanna, „*Emergency Barring Orders in Situations of Domestic Violence: Article 52 of The Istanbul Convention*“, A collection of papers on the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, 2017
10. Marković, Saša M.. "Strategy for countering domestic violence." *Collected papers of the Faculty of Law in Novi Sad* 53, no. 3 (2019): 1081-97. <https://doi.org/10.5937/zrpfns53-23251>.
11. Mojašević, Aleksandar S., and Bojana Arsenijević. "Analysis of the application of the act on prevention of domestic violence at the Municipal Court in Niš." *Collected papers of the Faculty of Law in Niš* 57, no. 80 (2018): 445-62. <https://doi.org/10.5937/zrpfni1880445M>.
12. Ponjavić Zoran, and Vlašković Veljko, *Family Law*, Official Gazette, 2019.
13. Ristivojević, Branislav R.. "Is the new Law on Family Violence a Failure?." *Collected papers of the Faculty of Law in Novi Sad* 52, no. 1 (2018): 137-52. <https://doi.org/10.5937/zrpfns52-17978>.
14. Roagna, Ivana., „*Protection of the Right to Respect for Private and Family Life under the European Convention on Human Rights*“, Council of Europe – Belgrade Office, 2015
15. Stamenković, Goran. "Protection against domestic violence in the meaning of the family Law and the Law on social protection." *Law - theory and practice* 38, no. 4 (2021): 175-88. <https://doi.org/10.5937/ptp2104175S>.
16. Stevanović, Obrad M., Dane R. Subošić, and Dalibor D. Kekić. "Specific characteristics of the Law on the Prevention of Domestic Violence." *Collected papers of the Faculty of Law in Novi Sad* 52, no. 1 (2018): 153-68. <https://doi.org/10.5937/zrpfns52-17106>.
17. Turanjanin, Veljko, and Jelena Čanović. "Free legal aid for victims of gender-based violence from the perspective of lawyers." *Bezbednost, Beograd* 64, no. 2 (2022): 44-60. <https://doi.org/10.5937/bezbednost2202044T>.
18. Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Council of Europe, Treaty Series - No. 210, Istanbul, 11.05.2011
19. Declaration on the Elimination of Violence against Women, Proclaimed by General Assembly resolution 48/104 of 20 December 1993
20. Elimination of violence against women, Commission on Human Rights resolution 2003/45, Office of the High Commissioner for Human Rights, 23.04.2003
21. Recommendation 1582 (2002), Domestic violence against women, Council of Europe, Parliamentary Assembly, 27.09.2002

22. Recommendation Rec (2002) 5 of the Committee of Ministers on the Protection of Women against Violence, Adopted by the Committee of Ministers on 30 April 2002 at the 794th meeting of the Ministers' Deputies
23. UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), CEDAW General Recommendation No. 19: Violence against women, 11th session, 1992
24. Law on Family Violence, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no. 94/2016 and 10/2023
25. Law on Police, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no. 6/2016, 24/2018 and 87/2018
26. Law on the Ratification of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence, *Official Gazette of the Republic of Serbia* – International Agreements, no. 12/2013
27. A v. Croatia, Application no. 55164/08, the European Court of Human Rights (2011). Available on: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-101152%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-101152%22]})
28. Boyle v. United Kingdom, Application no. 16580/90, the European Court of Human Rights (1994), Available on: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57864%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57864%22]})
29. Jolie v. Belgium, Application no. 11418/85, the European Court of Human Rights (1986), Available on: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-76832%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-76832%22]})
30. Marckx v. Belgium, Application no. 6833/74, the European Court of Human Rights (1979). Available on: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-57534%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-57534%22]})
31. Olsson v. Sweden (no. 1), Application no. 10465/83, the European Court of Human Rights (1988), Available on: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57548%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57548%22]})
32. Schalk & Kopf v. Austria, Application no. 30141/04, the European Court of Human Rights (2010), Available on: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-99605%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-99605%22]})
33. X v. Switzerland, Application no. 16744/14, the European Court of Human Rights (2017), Available on: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-170467%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-170467%22]})

EMERGENCY MEASURES ACCORDING TO THE ACT ON PREVENTION OF DOMESTIC VIOLENCE

Veljko Turanjanin²⁴

Faculty of Law, University of Kragujevac

Milica Mitrovski²⁵

Basic Court in Kragujevac

Summary: *The authors in this paper address the issue of imposing and extending emergency measures according to the Act on Prevention of Domestic Violence. Domestic violence represents a problem of the entire society. Throughout history, all events related to the family, and thus violence within it, are treated as exclusively private matters of its members which should not be interfered with. In the Republic of Serbia, in 2016, the Act on Prevention of Domestic Violence was adopted, incorporating the most important international standards in this area, including zero tolerance for domestic violence and cooperation and coordination of state bodies in combating it. The authors seek to explain the position of judges in the procedure for protection from domestic violence, emphasizing the powers for extending emergency measures initially imposed by the competent police officer, particularly considering the criteria that the court follows when extending these measures. Then, the authors discuss the importance of coordinated action by state bodies, relying on the practice of the European Court of Human Rights.*

Key words: *Domestic violence – The Act on Prevention of Domestic Violence – court – emergency measures – article 8 of the European Convention on Human Rights*

²⁴ PhD, Associate Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac, e-mail: vturanjanin@jura.kg.ac.rs

²⁵ LL.B, Judicial intern, Basic Court in Kragujevac, e-mail: mitrovskimilica7@gmail.com

REHABILITACIJA U REPUBLICI SRBIJI

Ljubiša Zdravković¹

Fakultet za Evropsko pravne političke studije Beograd

Srdan Aleksić²

Advokatska kancelarija Aleksić Niš

Sažetak: Rehabilitacija se sastoji u ukidanju pravnih posledica osude i brisanju osude tako da se osuđeno lice smatra neosuđivanim. Sa nastupanjem rehabilitacije prestaju da dejstvuju pravne posledice osude i osuđeno lice stiče sva prava koja imaju i ostali građani. Njegovo krivično delo se zaboravlja, a njegovo ime se briše iz kaznene evidencije. U službenim ispravama se ne pominje da je bilo osuđivano. Tako se stvara fikcija o neosuđivanosti osuđenog lica sa težnjom da se ono izjednači sa ostalim članovima društva. To znači da je u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije prihvaćen "model pune rehabilitacije", koji takođe predviđa da se davanjem rehabilitacije određenom llicu ne dira u prava trećih lica koja se zasnivaju na osudi.

U krivičnom zakonodavstvu Srbije krivičnopravni institut rehabilitacija predviđen je u Krivičnom zakoniku Republike Srbije u glavi devet pod nazivom „Rehabilitacija, prestanak pravnih posledica osude, i davanje podataka iz kaznene evidencije” a u članovima 97, 98, 99, 100, i 101. U navedenim zakonskim odredbama detaljno je pojašnjen pojam rehabilitacije, nastanak i vrste rehabilitacije; zakonska rehabilitacija, kome se ona daje, posle proteka kog vremena, a u zavisnosti od visine izrečene kazne; postupak sudske rehabilitacije, licima kojima se ona daje i pod kojim uslovima; postupak sudske rehabilitacije za lice koje je više puta osuđivano; i na kraju prestanak pravnih posledica osude.

Ključne reči: krivično delo, osuđeno lice, kazna, pravne posledice, rehabilitacija.

1. UVOD

Rehabilitacija je vrlo stari pravni institut kojim se određeno lice oslobađa delimično ili potpuno za neko svoje ranije učinjeno protiv društveno ili protivpravno ponašanje.

Institut rehabilitacije se istorijski gledano sreće još u rimskom pravu pod nazivom "restitutio in integrum" kada se osuđeno lice vraćalo u stanje koje je postojalo pre osude i tako mu je vraćan izgubljeni status. Francuski zakon iz 1670. godine "Ordonance criminelle" za dobijanje rehabilitacije pored milosti suverena kao uslov traži i izdržanu kaznu u potpunosti i ispunjenje građanskih obaveza.

¹ Vanredni profesor, ljubisa.zdravkovic@yahoo.com

² advokati.aleksic@gmail.com

Krivični zakonik Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine u članu 90. govori o povraćaju prava i poništaju osude, te oglašavanju osuđenog lica dostojnim da vrši izgubljena prava kao vidu rehabilitacije. Ima mišljenja da naziv ovog instituta potiče iz medicinske nauke.³

Poseban modalitet rehabilitacije kao "poništaj osude" predviđao je Krivični zakonik Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca iz 1929. godine. Sud je prema ovoj zakonskoj odredbi mogao protekom određenog roka posle izdržane, zastarele ili oproštene kazne na molbu lica koje je prvi put osuđeno da poništi za budućnost osudu sa svim njenim zakonskim posledicama. Ovako poništena osuda se brisala iz kaznene evidencije.⁴

U krivičnom zakonodavstvu Srbije krivičnopravni institut rehabilitacija predviđen je u Krivičnom zakoniku Republike Srbije⁵ u glavi devet pod nazivom „Rehabilitacija, prestanak pravnih posledica osude, i davanje podataka iz kaznene evidencije”, a u članovima 97, 98, 99, 100, i 101. U navedenim zakonskim odredbama u čl. 97. detaljno je pojašnjen pojam rehabilitacije, nastanak i vrste rehabilitacije; čl. 98. definiše zakonsku rehabilitaciju, kome se ona daje, posle proteka kog vremena, a u zavisnosti od visine izrečene kazne; čl. 99. i čl. 100. definišu postupak sudske rehabilitacije, licima kojima se ona daje i pod kojim uslovima, kao i postupak sudske rehabilitacije za lice koje je više puta osuđivano; i na kraju čl. 101. određuje prestanak pravnih posledica osude.

2. POJAM REHABILITACIJE

Posle izvršenja pravnosnažno izrečene kazne, osuđeno lice se vraća u društvo i uključuje u redovan, uobičajeni društveni život. Ali sa vraćanjem u društvo ono ne postaje odmah u potpunosti i ravnopravan građanin sa ostalima. Dva su osnovna razloga koji uslovljavaju ovu neravnopravnost:

- 1) dejstvo pravnih posledica osude i
- 2) stav sredine koja takvo lice prima sa izvesnom dozom podozrenja, nepoverenja, bojaznosti, pa i mržnje.⁶

U kojoj će meri ta neravnopravnost biti izražena, zavisi od postojanja, vrste i broja pravnih posledica osude, kao i njihovog obima i intenziteta dejstva, kao i od stava sredine prema vršenju pojedinih krivičnih dela, odnosno prema njihovim učiniocima.

Navedene pravne i društvene posledice osude pogađaju bivšeg osuđenika psihološki i socijalno-ekonomski. Njihovo psihološko dejstvo se sastoji u tome što se kod osuđenih razvijaju osećanja: nepoverenja, poniženja i prezrenosti, pa zajedno s tim i osećanja manje vrednosti. S druge strane, pravne posledice osude mu onemogućavaju da vrši pojedine poslove i da aktivno učestvuje u društvenim procesima, što mu stvara socijalne i ekonomske teškoće.

Osuđivana lica teže dolaze do posla i zapošljenja, kako oni, tako i članovi njihove bliže porodice. Te negativne posledice usporavaju resocijalizaciju, a u izvesnim slučajevima mogu da imaju i negativno dejstvo na ponašanje bivšeg osuđenika.

³ Gorgi Marjanovik, *Makedonsko krivično pravo, Opšt del* (Skoplje: 1998), 399.

⁴ Toma Živanović, *Osnovi krivičnog prava, Opšti deo* (Beograd: 1937), 423.

⁵ „Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, i 35/2019.

⁶ Vojislav Đurđić, Dragan Jovašević, Ljubiša Zdravković, *Pomilovanje* (Niš: 2010), 24.

Da bi se otklonilo takvo štetno dejstvo prethodne osude javila se ideja o rehabilitaciji kao kriminalno-političkoj meri za pružanje podsticaja osuđenom licu da se ubuduće primerno vlada i da bude lojalan i koristan građanin društvene zajednice. To je vid nagrade osuđenom licu za dobro vladanje. Kroz rehabilitaciju se ostvaruje ravnoteža interesa društva i interesa osuđenog lica⁷.

Rehabilitacija je ponovno uspostavljanje statusa punopravnog građanina osuđenom licu s tim što mu ranija presuda u kasnijem redovnom životu ne smeta⁸. Njome se želi olakšati društvena reintegracija i normalan život osuđenom licu. To je, zapravo, nagrada za njegovo dobro vladanje nakon izdržane kazne, ali i jedno od sredstava za sprečavanje povrata (recidiva)⁹.

Rehabilitacija¹⁰ se sastoji u ukidanju pravnih posledica osude i brisanju osude tako da se osuđeno lice smatra neosuđivanim (član 97. KZ RS)¹¹. Sa nastupanjem rehabilitacije prestaju da dejstvuju pravne posledice osude i osuđeno lice stiče sva prava koja imaju i ostali građani. Njegovo krivično delo se zaboravlja, a njegovo ime se briše iz kaznene evidencije. U službenim ispravama se ne pominje da je bilo osuđivano.

Tako se stvara fikcija o neosuđivanosti osuđenog lica sa težnjom da se ono izjednači sa ostalim članovima društva. To znači da je u našem krivičnom pravu prihvaćen "model pune rehabilitacije". Krivični zakonik Republike Srbije predviđa da se rehabilitacijom ne dira u prava trećih lica, koja se zasnivaju na osudi. Ovakvo rešenje može da dovede do spornih situacija u praksi kada usled zastarelosti, amnestije, pomilovanja ili sličnih razloga (sporazum o krivici), uopšte nije doneta osuda.

3. VRSTE REHABILITACIJE

Krivični zakonik Republike Srbije razlikuje dve vrste rehabilitacije (član 97. stav 2. KZ RS). To su :

- 1) zakonska rehabilitacija i
- 2) sudska rehabilitacija¹².

Zakonska rehabilitacija nastupa po sili zakona, automatski sa protekom određenog vremena posle izdržane kazne pod uslovom da osuđeno lice za to vreme ne izvrši novo krivično delo¹³. Sudska rehabilitacija nastupa sudskom odlukom koja se donosi na molbu osuđenog lica po proteku određenog vremena od izdržane kazne.

Sudska rehabilitacija je fakultativna. Da li će sud doneti odluku o rehabilitaciji osuđenog lica ili neće, zavisi od njegove ocene vladanja učinioca krivičnog dela posle izlaska iz završne

⁷ Hans Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, 3. Auflage (Berlin: 1982), 731.

⁸ Dušan Jakovljević, „Rehabilitacija osuđenika“, *Analni Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1-3 (1991): 299-329.

⁹ Petar Novoselec, *Opći dio kaznenog prava* (Zagreb: 2004), 446.

¹⁰ Sretko Janković, „Pravne posledice krivične osude i rehabilitacija“, *Pravni život*, 9 (2001): 357-370.

¹¹ O brisanju osude u sudskoj praksi su zauzimana sledeća shvatanja : Brisanje osude vrši sud sadašnjeg mesta prebivališta osuđenog bez obzira što taj sud nije sudio osuđenom (presuda Višeg suda u Somboru K. 22/80 od 17.7.1980. godine); Kada je kazna izrečena pravnosnažnom presudom, pomilovanjem zamenjena blažom kaznom ili uslovnom osudom pri odlučivanju o brisanju osude, osuda na kaznu predstavlja kazna iz akta o pomilovanju (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 320/80 od 9. 9. 1980. godine).

¹² Dragan Jovašević, *Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom* (Beograd: 2007), 96-98.

¹³ Dragan Jovašević, *Leksikon krivičnog prava*, (Beograd: 2006), 218.

ustanove i od njegovog odnosa prema radu i društvenim vrednostima čime se može utvrditi da se on u dovoljnoj meri popravio, prevaspitao, resocijalizovao tako da u budućnosti neće vršiti nova krivična dela.

Neka inostrana krivična zakonodavstva poznaju samo sudsku rehabilitaciju. Tako u čl. 76-81. Krivični zakonik Švajcarske razlikuje: 1) sudsku rehabilitaciju u užem smislu koja označava povraćaj osuđenog u uživanju određenih prava kojih je bio lišen kao sporedne kazne i 2) sudsku rehabilitaciju u širem smislu koja obuhvata sudsko brisanje osude na kaznu ili mere bezbednosti iz kaznene evidencije¹⁴.

U čl. 178-181. Krivični zakonik Italije poznaje sudsku rehabilitaciju osude za zločin ili prestup na kaznu zatvora ili novčanu kaznu ako je izdržana kazna ili oprostena pomilovanjem ili uslovnim otpustom po proteku roka od pet godina na molbu osuđenog¹⁵.

No, u savremenom krivičnom pravu prisutne su i tendencije za proširenje primene ovog instituta kao što je slučaj u Španiji i Portugalu. Španski krivični zakonik u članu 118. propisuje da rehabilitacija konačno otklanja sva pravna dejstva kazne¹⁶. Tako prema članu 127. Krivični zakonik Portugala rehabilitacija obuhvata osudu za zločin ili prestup na kaznu zatvora koja povlači gubitak političkih prava ili gubitak vršenja službe, posla ili druge dužnosti, zabranu javnog pristupa sudu ili mere bezbednosti na molbu osuđenog po proteku šest godina za nepopravljivog delikventa odnosno posle jedne godine ako se radi o umišljajnom ili nehatnom učiniocu krivičnog dela osuđenog na kaznu zatvora do šest meseci¹⁷.

Institut rehabilitacije na različite načine predviđa savremeno krivično pravo. Zakonsku i sudsku rehabilitaciju tako poznaju: krivično pravo Bosne i Hercegovine (čl. 117. KZ BiH, čl. 121. KZ FBiH, čl. 121. KZ BD BiH i čl. 100. KZ RS); kao i čl. 103-105. Krivičnog zakonika Republike Makedonije.

Za razliku od njih ruski Krivični zakonik u članu 86. predviđa institut koji se naziva "Gašenje osude", a koji po prirodi i dejstvu označava zakonsku i sudsku rehabilitaciju. Zakonsko gašenje osude nastupa za: 1) osudu na uslovnu osudu po isteku roka od jedne godine od roka proveravanja, 2) osudu na kaznu zatvora za krivično delo male i srednje težine posle isteka roka od tri godine od izdržane kazne, 3) osudu na kaznu zatvora za teško krivično delo po isteku roka od šest godina od izdržane kazne i 4) osudu na kaznu zatvora za naročito teško krivično delo po isteku roka od osam godina od izdržane kazne. Sudsko gašenje osude nastupa po odluci suda i pre isteka navedenih rokova po zahtevu osuđenog lica koji se ponašao besprekorno posle izdržane kazne.¹⁸

Pravna teorija razlikuje:

- 1) osnovnu rehabilitaciju i
- 2) dopunsku rehabilitaciju.

Osnovna rehabilitacija nastupa odmah nakon izdržane, zastarele ili oprostene kazne jer od tog trenutka osuđeno lice uživa sva prava građanina priznata ustavom, zakonima i drugim propisima. Ova rehabilitacija ipak nije potpuna jer je moguće da su osuđenom licu ograničena neka

¹⁴ N. F. Kuznjecova, A.V. Serebrenikova, *Ugolovnij kodeks Švejcarii* (Moskva: 2000), 78-81.

¹⁵ Giulio Battaglini, *Diritto penale, Parte generali* (Padova: 1949), 165-167.

¹⁶ N. F. Kuznjecovoj, F. M. Rešetnikova, *Ugolovnij kodeks Ispanii*, (Moskva: 2000), 44.

¹⁷ A. Patacos, *Código penale, Legislasao complementar* (Lisabon: 1978), 92-93.

¹⁸ I. Fedosova, T. Skuratova, *Ugolovnij kodeks Rossijskoj federacii*, (Moskva: 2005), 64-65.

prava primenom mere bezbednosti ili pravne posledice osude, a još uvek nije nastupila ni fikcija neosuđivanosti.

Dopunska rehabilitacija nastupa istekom trajanja izrečene mere bezbednosti i prestankom trajanja pravnih posledica osude posle protoka određenog vremena ako osuđeno lice za to vreme ne učini novo krivično delo kada se i briše njegova osuda iz kaznene evidencije. Ovo je tek puna, potpuna rehabilitacija koju krasi fikcija neosuđivanosti¹⁹.

4. ZAKONSKA REHABILITACIJA

Institut rehabilitacije je u krivičnom pravu Republike Srbije uređen odredbama čl. 97-100. KZ RS²⁰. Prema ovim zakonskim odredbama osuđena lica posle izdržane, oproštene ili zastarele kazne zatvora ili maloletničkog zatvora uživaju sva prava utvrđena ustavom, zakonom, drugim propisima i opštim aktima i mogu sticati sva prava osim onih koja su im ograničena usled izrečene mere bezbednosti ili nastupanja pravne posledice osude. Zakonska rehabilitacija nastupa i za lica na uslovnom otpustu ukoliko njihova prava nisu ograničena posebnim zakonskim odredbama o uslovnom otpustu²¹.

U čl. 118. Krivičnog zakonika Republike Crne Gore je određeno da se rehabilitacijom briše osuda, prestaju sve pravne posledice osude, a osuđeni se smatra neosuđivanim²².

U pravnoj teoriji postoje različita shvatanja o pravnoj prirodi rehabilitacije. Prema jednom shvatanju rehabilitacija je lično pravo osuđenika po ispunjenju zakonskih uslova da zahteva od vlasti nastupajući kao subjekt prava. Ovo lično pravo se temelji na izvršenoj kazni i ispunjenju formalnih uslova.²³ Prema drugom shvatanju rehabilitacija je akt milosti najviše suverene vlasti koju je osuđeni molio da mu bude dodeljena.²⁴

U izvesnim slučajevima osuda može povlačiti pravne posledice, tako da osuđeno lice za određeno vreme ne može vršiti određena prava. Tada se rehabilitacija javlja kao sredstvo za vraćanje tih prava osuđenim licima pre nego što protekne rok njihovog dejstva. Tada se primenjuje sudska rehabilitacija.

Prema članu 98. KZ RS zakonska rehabilitacija se daje samo licima ako su ispunjena dva kumulativno predviđena uslova:

- 1) licima koja pre osude na koju se odnosi rehabilitacija nisu bila osuđivana (primarni delikventi) ili koja se po zakonu smatraju neosuđivanim i
- 2) ako za određeno u zakoniku navedeno vreme ne učine novo krivično delo.

Tako zakonska rehabilitacija nastupa u sledećim slučajevima ako lice²⁵:

¹⁹ Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, 447.

²⁰ Ljubiša Jovanović, Dragan Jovašević, *Krivično pravo, Opšti deo*, (Beograd: 2003), 324.

²¹ M. Perović, *Pravne posledice osude i rehabilitacija*, (Nikšić: 1990), 34-38.

²² Ljubiša Lazarević, Branko Vučković, Vesna Vučković, *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, (Cetinje: 2004), 283-287.

²³ Vicenzo Manzini, *Trattato Diritto penale*, Tome 5 (Padova: 1954), 394.

²⁴ J. A. Roux, *Cours de Droit criminele Francais*, Tome 1 i 2 (Paris: 1927), 527.

²⁵ Jovašević, *Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom*, 98.

- 1) koje je oglašeno krivim, a oslobođeno od kazne ili kome je izrečena sudska opomena - u roku od godinu dana od pravnosnažnosti presude, odnosno rešenja ne učini novo krivično delo,
- 2) kome je izrečena uslovna osuda - u vreme proveravanja i u roku od godinu dana po isteku roka proveravanja ne učini novo krivično delo,
- 3) koje je osuđeno na novčanu kaznu, kaznu rada u javnom interesu, kaznu oduzimanja vozačke dozvole ili kaznu zatvora do šest meseci - u roku do tri godine od dana kada je ta kazna izvršena, zastarela ili oproštena ne učini novo krivično delo,
- 4) koje je osuđeno na kaznu zatvora preko šest meseci do jedne godine - u roku od pet godina od dana kada je izvršena, zastarela ili oproštena kazna ne učini novo krivično delo i
- 5) koje je osuđeno na kaznu zatvora preko jedne od tri godine - u roku od deset godina od dana izvršene, zastarele ili oproštene kazne ne učini novo krivično delo.

Takođe je Krivični zakonik Republike Srbije izričito odredio da zakonska rehabilitacija ne nastupa ako još uvek traje sporedna kazna ili mera bezbednosti.

Prema Zakonu o rehabilitaciji²⁶ o zahtevu za rehabilitaciju odlučuje viši sud. Zahtev za rehabilitaciju podnosi se višem sudu nadležnom za područje gde se nalazi prebivalište, odnosno sedište podnosioca zahteva ili mestu gde je izvršena povreda prava. O zahtevu za rehabilitaciju odlučuje sudija pojedinac.

O podnetom zahtevu za rehabilitaciju viši sud odmah obaveštava ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa, uz dostavu kopije zahteva. Ako je za rehabilitaciju istog lica pokrenuto dva ili više postupaka, Ministarstvo će o tome obavestiti sudove pred kojima su postupci pokrenuti da bi se postupak sproveo pred onim sudom pred kojim je postupak ranije pokrenut.

Podnosiocu zahteva koji je fizičko lice ili pravno lice čiji cilj nije ostvarivanje dobiti u postupku rehabilitacije može se odobriti besplatna pravna pomoć, u skladu sa zakonom. Podnosilac zahteva u postupku rehabilitacije oslobođen je plaćanja troškova postupka.

Sud pribavlja dokaze i podatke od nadležnih državnih organa i organizacija, koji su dužni da ih na zahtev suda dostave u roku od 60 dana od dana prijema zahteva. Sud može i samostalno istraživati činjenice koje stranka nije iznela.

O zahtevu za rehabilitaciju lica sud odlučuje u jednostranačkom postupku po pravilima vanparničnog postupka, uz obavezno prethodno pribavljanje mišljenja nadležnog višeg javnog tužioca. U slučaju da se u mišljenju nadležnog višeg javnog tužioca osporava zahtev, dalji postupak će se nastaviti u skladu sa odredbom stava 3.

O zahtevima za rehabilitaciju lica sud odlučuje u dvostranačkom postupku po pravilima vanparničnog postupka, a kao drugi učesnik u postupku obavezno učestvuje Republika Srbija, koju zastupa nadležni viši javni tužilac.

Rešenjem kojim usvaja zahtev za zakonsku rehabilitaciju lica, sud utvrđuje da je odluka koja je bila doneta protiv rehabilitovanog lica ništava od njenog donošenja, kao i da su ništave njene pravne posledice.

Protiv rešenja u postupku rehabilitacije dozvoljena je žalba u roku od 30 dana od dana dostavljanja rešenja. Nadležni apelacioni sud odlučuje o žalbi u veću sastavljenom od troje sudija. Protiv pravnosnažnog rešenja u postupku rehabilitacije nije dozvoljena revizija.

²⁶ „Službeni glasnik RS” br 92/2011.

Na sličan način i Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela²⁷ u članu 30. određuje zakonsku rehabilitaciju pravnog lica. Ona može da nastupi samo za ono pravno lice koje nije bilo osuđivano pre osude na koju se odnosi rehabilitacija ili se po zakonu smatralo neosuđivanim. Tako zakonska rehabilitacija u ovom slučaju nastupa ako:

- 1) pravno lice koje je oglašeno odgovornim, a oslobođeno od kazne u roku od godinu dana od dana pravnosnažnosti osude ne učini novo krivično delo,
- 2) pravno lice kojem je izrečena uslovna osuda u vreme proveravanja i u roku od godinu dana po isteku vremena proveravanja ne učini novo krivično delo i
- 3) pravno lice koje je osuđeno na novčanu kaznu u iznosu do 500.000 dinara u roku od tri godine od dana kada je ta kazna izvršena, zastarela ili oproštena ne učini novo krivično delo.

Takođe i u ovom slučaju zakonska rehabilitacija ne nastupa ako još uvek traju mere bezbednosti.²⁸

5. SUDSKA REHABILITACIJA

Druga vrsta rehabilitacije koju poznaje krivično pravo Republike Srbije je sudska rehabilitacija. Ona se daje odlukom suda na osnovu molbe osuđenog lica po ispunjenju zakonom predviđenih kumulativnih uslova. Postoje tri vrste sudske rehabilitacije.

Prva vrsta sudske rehabilitacije je određena u članu 99. KZ RS. Ona se može (ali ne mora) dati osuđenom licu kome je izrečena kazna zatvora preko tri do pet godina pod uslovom da to lice u roku od deset godina od dana izvršene, zastarele ili oproštene kazne ne učini novo krivično delo. No, i kada su ispunjeni ovi uslovi sud će dati rehabilitaciju samo ako utvrdi da je osuđeno lice svojim vladanjem to zaslužilo i ako je prema svojim mogućnostima nadoknadilo štetu prouzrokovanu krivičnim delom, pri čemu je sud dužan da uzme u obzir i druge okolnosti koje su od značaja za davanje rehabilitacije, a posebno prirodu i značaj učinjenog dela. I sudska rehabilitacija se ne može dati ako još uvek traju sporedne kazne ili mere bezbednosti.

Druga vrsta sudske rehabilitacije je predviđena u članu 100. KZ RS. Ona se odnosi na mogućnost primene ovog instituta prema licu koje je više puta osuđivano (povratniku). Naime, licu koje je više puta osuđivano, sud može dati rehabilitaciju samo ako su ispunjeni zakonikom predviđeni uslovi u pogledu svakog pojedinačnog krivičnog dela (koji se odnose na protek zakonikom određenog vremena i neizvršenje novog krivičnog dela u ostavljenom roku).

Treća vrsta sudske rehabilitacije nastupa po proteku roka od tri godine od dana izvršene, zastarele ili oproštene kazne kada je sud ovlašćen da odluči o prestanku neke od pravnih posledica osude koje se odnose na zabranu sticanja određenih prava ukoliko ta posledica nije prestala usled primene rehabilitacije (član 101. KZ RS). Pri donošenju ove odluke sud uzima u obzir ponašanje osuđenog lica posle osude, kao i okolnosti da li je nadoknadio štetu prouzrokovanu krivičnim

²⁷ „Službeni glasnik RS”, br. 97/2008.

²⁸ Đurđić, Jovašević, Zdravković, *Pomilovanje*, 29.

delom, odnosno vratio imovinsku korist pribavljenu krivičnim delom, kao i druge okolnosti koje ukazuju na opravdanost prestanka određene pravne posledice osude²⁹.

Rešenjem kojim usvaja zahtev za sudsku rehabilitaciju, sud utvrđuje da je odluka koja je bila doneta protiv rehabilitovanog lica ništava od njenog donošenja, u celini ili delimično, kao i da su ništave njene pravne posledice. Zahtev za sudsku rehabilitaciju usvaja se delimično ako je osnovan samo u pogledu nekog od kažnjivih dela na koje se odnosi odluka, kao i ako je osnovan samo u pogledu vrste ili visine izrečene kazne. Rehabilitovano lice smatra se neosuđivanim u delu u kojem je usvojen njegov zahtev za rehabilitaciju, a vreme trajanja izvršene kazne smatra se neopravdanim lišenjem slobode.

Na sličan način i Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela u članu 31. određuje pojam sudske rehabilitacije pravnog lica kao učinioa krivičnog dela i uslove za njeno nastupanje. Tako se sudska rehabilitacija osuđenog pravnog lica može dati onom pravnom licu koje je osuđeno na novčanu kaznu u iznosu od 500.000 do pet miliona dinara pod uslovom da ono u roku od deset godina od dana kada je ta kazna izvršena, zastarela ili oproštena ne izvrši novo krivično delo. U ovom slučaju sud može dati rehabilitaciju:

- 1) ako nađe da je osuđeno pravno lice svojim postupanjem posle osude zaslužilo rehabilitaciju (kada je ono "zaslužilo" predstavlja faktičko pitanje koje se utvrđuje u svakom konkretnom slučaju na bazi svih izvedenih dokaza) i
- 2) ako je osuđeno pravno lice naknadilo štetu koja je prouzrokovana izvršenim ili pokušanim krivičnim delom pri čemu je sud dužan da uzme u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, a posebno prirodu i značaj učinjenog krivičnog dela.

6. ZAKLJUČAK

Rehabilitacija je vrlo stari pravni institut koji je postojao još iz perioda rimskog prava, kojim se određeno lice oslobađa delimično ili potpuno za neko svoje ranije učinjeno protiv društveno ili protivpravno ponašanje. Poseban modalitet rehabilitacije kao "poništaj osude" predviđao je Krivični zakonik Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca iz 1929. godine. Sud je prema ovoj zakonskoj odredbi mogao protekom određenog roka posle izdržane, zastarele ili oproštene kazne na molbu lica koje je prvi put osuđeno da poništi za budućnost osudu sa svim njenim zakonskim posledicama. Ovako poništena osuda se brisala iz kaznene evidencije.

U krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije rehabilitacija se sastoji u ukidanju pravnih posledica osude i brisanju osude tako da se osuđeno lice smatra neosuđivanim. Sa nastupanjem rehabilitacije prestaju da deluju pravne posledice osude i osuđeno lice stiče sva prava koja imaju i ostali građani.

Krivični zakonik Republike Srbije predviđa dve vrste rehabilitacije i to: zakonsku i sudsku rehabilitaciju. Zakonska rehabilitacija nastupa po sili zakona, automatski sa protekom određenog vremena posle izdržane kazne pod uslovom da osuđeno lice za to vreme ne izvrši novo krivično delo. Sudska rehabilitacija nastupa sudskom odlukom koja se donosi na molbu osuđenog lica po

²⁹ Jakovljević, „Rehabilitacija osuđenika, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu“, 152-160.

proteku određenog vremena od izdržane kazne. Sudska rehabilitacija je fakultativna. Da li će sud doneti odluku o rehabilitaciji osuđenog lica ili neće, zavisi od njegove ocene vladanja učinioca krivičnog dela posle izlaska iz zavodske ustanove i od njegovog odnosa prema radu i društvenim vrednostima čime se može utvrditi da se on u dovoljnoj meri popravio, prevaspitao, resocijalizovao tako da u budućnosti neće vršiti nova krivična dela.

Rehabilitacija je ponovno uspostavljanje statusa punopravnog građanina osuđenom licu s tim što mu ranija presuda u kasnijem redovnom životu ne smeta. Njome se želi olakšati društvena reintegracija i normalan život osuđenom licu. To je, zapravo, nagrada za njegovo dobro vladanje nakon izdržane kazne, ali i jedno od sredstava za sprečavanje povrata (recidiva).

KORIŠĆENA LITERATURA

- A. Patacos, Código penale, Legislasao complementar, Lisabon, 1978. godine,
- Dragan Jovašević, Leksikon krivičnog prava, Beograd 2006. godine,
- Dragan Jovašević, Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarem, Beograd 2007. godine,
- D. Jakovljević, Rehabilitacija osuđenika, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, broj 1-3/1991. godine,
- Vojislav Đurđić, Dragan Jovašević, Ljubiša Zdravković, Pomilovanje, Niš 2010. godine,
- V. Manzini, Trattato Diritto penale, Tome 5, Padova, 1954. godine,
- G. Battaglini, Diritto penale, Parte generali, Padova, 1949. godine,
- G. Marjanovik, Makedonsko krivično pravo, Opšt del, Skoplje 1998. godine,
- H. H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 3. Auflage, Berlin, 1982. godine,
- I. Fedosova, T. Skuratova, Uголовnij kodeks Rossijskoj federaciji, Moskva, 2005. godine,
- N.F. Kuznjecova, A.V. Serebrenikova, Uголовnij kodeks Švejcarii, Moskva 2000. godine,
- J.A. Roux, Cours de Droit criminele Francais, Tome 1 i 2, Paris, 1927. godine,
- Krivični zakonik Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, i 35/2019.
- N.F. Kuznjecovoj, F.M. Rešetnikova, Uголовnij kodeks Ispanii, Moskva, 2000. godine,
- Ljubiša Jovanović, Dragan Jovašević, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2003. godine,
- Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Cetinje, 2004. godine,
- M. Perović, Pravne posledice osude i rehabilitacija, Nikšić, 1990. godine,
- P. Novoselec, Opći dio kaznenog prava, Zagreb 2004. godine,
- S. Janković, Pravne posledice krivične osude i rehabilitacija, Pravni život, Beograd, broj 9/2001. godine,
- T. Živanović, Osnovi krivičnog prava, Opšti deo, Beograd, 1937. godine,
- *Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela*, „Službeni glasnik RS”, br. 97/2008,
- *Zakon o rehabilitaciji*, „Službeni glasnik RS” br. 92/2011.

USED LITERATURE

- A. Patacos, *Codigo penale, Legislasao complementar*, Lisbon, 1978.
- Dragan Jovašević, *Lexicon of Criminal Law*, Belgrade 2006,
- Dragan Jovašević, *Criminal Code of the Republic of Serbia with an introductory commentary*, Belgrade, 2007.
- D. Jakovljević, *Rehabilitation of convicts*, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, Belgrade, number 1-3/1991. year,
- Vojislav Đurđić, Dragan Jovašević, Ljubiša Zdravković, *Pardon*, Niš in 2010,
- V. Manzini, *Trattato Diritto penale*, Tome 5, Padua, 1954.
- G. Battaglini, *Diritto penale, Parte generali*, Padua, 1949,
- G. Marjanovik, *Macedonian Criminal Law, General Section*, Skopje 1998,
- H.H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, 3rd Auflage, Berlin, 1982.
- I. Fedosova, T. Skuratova, *Criminal Code of the Russian Federation*, Moscow, 2005.
- N.F. Kuznetsova, A.V. Serebrenikova, *Criminal Code of Switzerland*, Moscow 2000,
- J.A. Roux, *Cours de Droit criminele Francais*, Volumes 1 and 2, Paris, 1927,
- *Criminal Code of the Republic of Serbia*, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no. 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, and 35/2019.
- N.F. Kuznetsova, F.M. Reshetnikova, *Criminal Code of Spain*, Moscow, 2000.
- Ljubiša Jovanović, Dragan Jovašević, *Criminal Law, General Part*, Belgrade, 2003.
- Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, *Commentary on the Criminal Code of Montenegro*, Cetinje, 2004.
- M. Perović, *Legal consequences of conviction and rehabilitation*, Nikšić, 1990.
- P. Novoselec, *General section of criminal law*, Zagreb 2004,
- S. Janković, *Legal consequences of criminal conviction and rehabilitation*, *Pravni život*, Belgrade, number 9/2001. year,
- T. Živanović, *Fundamentals of Criminal Law, General Part*, Belgrade, 1937,
- *Law on Liability of Legal Entities for Criminal Offenses*, *Official Gazette of the RS*, no. 97/2008,
- *Law on Rehabilitation*, *Official Gazette of RS* no. 92/2011.

REHABILITATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Ljubiša Zdravković³⁰

Faculty of European Legal and Political Studies, Belgrade

Srdjan Aleksić³¹

law office Aleksić Niš

Summary: *Rehabilitation consists in abolishing the legal consequences of a conviction and erasing the conviction so that the convicted person is considered unconvicted. With the onset of rehabilitation, the legal consequences of the conviction cease to apply and the convicted person acquires all the rights that other citizens have. His crime is forgotten, and his name is erased from the criminal record. The official documents do not mention that he was convicted. This is how a fiction is created about the innocence of a convicted person with the aim of equalizing him with other members of society. This means that the “model of full rehabilitation” is accepted in the criminal legislation of the Republic of Serbia, which also provides that the granting of rehabilitation to a certain person does not affect the rights of third parties based on the conviction.*

In the criminal legislation of Serbia, the criminal legal institute of rehabilitation is provided for in the Criminal Code of the Republic of Serbia in chapter nine under the title “Rehabilitation, cessation of legal consequences of conviction, and provision of data from criminal records”, and in articles 97, 98, 99, 100, and 101. the aforementioned legal provisions explain in detail the concept of rehabilitation, the origin and types of rehabilitation; legal rehabilitation, to whom it is given, after the elapsed time, and depending on the amount of the sentence; judicial rehabilitation procedure, to whom it is granted and under what conditions; judicial rehabilitation procedure for a person who has been convicted several times; and finally the termination of the legal consequences of the conviction.

Key words: *criminal act, convicted person, punishment, legal consequences, rehabilitation.*

³⁰ Associate Professor, ljubisa.zdravkovic@jahoo.com

³¹ advokati.aleksic@gmail.com

KRIVIČNOPRAVNI INSTRUMENTI ZAŠTITE ŽRTAVA KRIMINALITETA U CRNOGORSKOM ZAKONODAVSTVU I EVROPSKI PRAVNI STANDARDI

Aleksandra Rakočević¹

Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore

Sažetak: U fokusu istraživanja ovoga rada je viktimološka dimenzija kriminalne pojave, odnosno žrtva krivičnog djela, kao i tipologije žrtava, rizik viktimizacije, viktimogene predispozicije i zaštita žrtava kriminaliteta u materijalnom i procesnom krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i Evropske unije. Krivičnopravna zaštita žrtava krivičnih djela još uvijek nije potpuna i zadovoljavajuća i pored alarmantnih podataka o sve izraženijoj viktimizaciji velikog broja osoba na nacionalnom i globalnom nivou. Nastojanja Evropske unije i država pojedinačno da normiraju i implementiraju odgovarajuće krivičnopravne instrumente za pružanje pomoći u zaštiti žrtava kriminaliteta i pored dobrih normativnih rješenja još uvijek ne daju očekivane rezultate u smislu smanjenja broja žrtava krivičnih djela. Veliki problem predstavlja sekundarna viktimizacija kojoj su žrtve izložene usljed nepostojanja efikasnog sistema podrške, kako bi se ublažile traume viktimizacije. Svaka osoba viktimizirana različitim vidovima inkriminacija doživjela je patnju i bol, nanesena joj je šteta ili je došlo do povrede prava ličnosti. Stoga se krivičnopravna teorija sve više fokusira na istraživanje položaja žrtve u krivičnom postupku. Žrtvi je dat javnopravni značaj budući da ona može dati veliki doprinos pravilnom i potpunom utvrđivanju činjeničnog stanja u krivičnom postupku. U radu će posebna pažnja biti posvećena evropskim pravnim standardima u ovoj oblasti sa akcentom na Direktivi 2012/29/EU Evropskog parlamenta i Savjeta o uspostavljanju minimalnih standarda u pravima, podršci i zaštiti žrtava kriminaliteta i njenoj kompatibilnosti sa crnogorskim krivičnim zakonodavstvom.

Ključne riječi: krivično djelo, žrtva, krivičnopravni instrumenti, evropski pravni standardi

1. UVODNA RAZMATRANJA

Tokom razvojnog perioda kako krivičnopravnih tako i krivičnih nauka, stavljajući akcenat na kriminološku disciplinu, nedostatno je bilo izučavanje samog krivičnog djela i njegovog izvršioca. Neophodan je bio fokus na lica koja su oštećena inkriminacijom, te se zahtijevalo njihovo posmatranje, kao i opservacija njihovih odnosa sa počiniocima delikata, prije, tokom i nakon izvršenja krivičnog djela.² Ukazuje se potreba za istraživanjima iz oblasti viktimologije, a ista obuhvataju

¹ Dr Aleksandra Rakočević, saradnica u nastavi na Pravnom fakultetu UCG, Podgorica, e-mail: aleksandrajavovanovic417@gmail.com

² Velimir Rakočević, *Kriminologija*, (Podgorica: BD Graf2007), 410.

sve učesnike viktimizacije, što se odnosi na samu žrtvu i izvršioca krivičnog djela, tipologije žrtava, rizik viktimizacije, viktimogene predispozicije, zaštitu žrtava kriminaliteta, prevenciju itd.³

Počecemo od nastanka predmetne naučne discipline. Godine 1948. rodonačelnik moderne viktimologije Hans von Hentig u svojoj knjizi „The criminal and his victim” sistematično i temeljito objašnjava žrtvu kriminaliteta u kontekstu dinamičke interpretacije zločina.⁴ Američki psihijatar Wertham 1949. godine termin viktimologija navodi u knjizi „The Show of violence”. Godine 1956. Mendelsohn ovaj naziv pominje u svom članku „Revenue internationale de criminologie ed de police technique”, a koji termin je kasnije usvojen u cjelosti od strane teoretičara, čiji je predmet izučavanje problem žrtava.⁵

Hans von Hentig je u svom djelu predvidio 13 kategorija žrtava:

- 1) dječaci-malodobna populacija, čija je osnovna karakteristika nedovoljno životno iskustvo,
- 2) žene, zbog njihovih karakteristika slabijeg pola, krhkosti,
- 3) starija populacija, usljed bolesti kao što su arterioskleroza, demencija i degenerativne promjene,
- 4) mentalno hendikepirani i oštećeni (oligofrenija, alkoholizam, psihoaktivne supstance),
- 5) doseljena lica,
- 6) manjinske grupacije, neprilagodljiva lica,
- 7) sitničavi
- 8) anksiozni,
- 9) uzrujan
- 10) neodgovorni,
- 11) samci,
- 12) patnici,
- 13) neutješni.⁶

Žrtve sagledava kroz trodimenzionalni pristup (izvršilac-žrtva, latentna žrtva i usporedivost učinilac inkriminacije-žrtva). Kada je riječ o prvom, javljaju se situacije kada se isto lice istodobno nađe u figuri i žrtve i učinioca, kao što je slučaj sa krivičnim djelima protiv bezbjednosti javnog saobraćaja. Takođe postoje stanja gdje se isto lice smatra izvršiocom ili žrtvom u zavisnosti od manifestacije prikrivenih svojstava njegove ličnosti, kao u ratnim okolnostima ili u lošim zdravstvenim stanjima, etilizimu, narkomaniji.⁷

Dakle kao što je naprijed rečeno žrtvi se nije posvećivala dovoljna pažnja i žrtva nije bila u potrebnoj mjeri zaštićena. Naime, krivičnopravna teorija se znatno više fokusirala na položaj okrivljenog u krivičnom postupku, a u skladu sa očiglednim favorizovanjem položaja okrivljenog lica u izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku. Nadalje kako je humanizacija

3 Velimir Rakočević, Aleksandra Jovanović, „Zaštita prava žrtava krivičnih djela u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i evropski standardi”, *Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava-Slobodan Perović*, (2022): 478.

4 Hans von Hentig, *The criminal and his victim*, (New Haven: Yale University Press, 1948), 461.

5 Benjamin Mendelsohn, *Revenue internationale de criminologie ed de police technique*, (Geneve: A new Branch of Bio-Psychological science:la Victimology, 1956), 27.

6 Alija Alija Ramljak, Miodrag N. Simović, *Viktimologija*, (Banja Luka: Fakultet pravnih nauka, 2006), 17.

7 Hans von Hentig, op.cit., 461.

postupka postizana jačanjem procesnih prava okrivljenog, to se nije smjelo dozvoliti zanemari-
vanje žrtve krivičnog djela.⁸

2. EVROPSKI PRAVNI STANDARDI

Unutar Savjeta Evrope i Evropske unije je donešeno više akata u vidu preporuka i direk-
ti-va. Rezolucijom (77) 27 o naknadi pretrpljene štete žrtvama delikata je preporučeno zasnivanje
posebnih fondova, a iz istih bi bila nadomještena šteta koju su pretrpjele žrve krivičnih djela, kao
što je slučaj sa žrtvama nasilja, u slučaju da tu naknadu ne mogu ostvariti drugim odgovarajućim
pravnim sredstvom.⁹

Nadalje, Evropska konvencija o naknadi štete žrtvama nasilja iz javnih fondova, koja datira
iz 1983.godine predviđela je da se minimalnim pravnim regulisanjem ostvari međunarodna pra-
vosudna saradnja zemalja članica Evropske unije, te da se isplati šteta oštećenima nasiljem, ako su
pretrpjele teške tjelesne povrede, ili je došlo do ugrožavanja zdravlja ili smrti u drugoj državi članici.¹⁰

Preporučuje se državama članicama da se poboljša odnos između postupajućih organa
krivičnog postupka prema žrtvi inkriminacija, kao i da se ista pouči o svojim pravima na stručnu
pravnu pomoć, naknadu štete, da bude blagovremeno obaviještena o razlozima obustave postupka
i tome slično i to preporukom (85) 11 o položaju žrtve u sferi krivičnog prava.¹¹

Preporukom (87) 21 o pomoći žrtvama i prevenciji viktimizacije predviđena je potreba za
sprovođenjem radnji na pomoći žrtvama i prevenciji viktimizacije. Preporuka (2006) 8 o pomoći
žrtvama kriminaliteta stavlja akcenat na kolaboraciju sa nevladinim sektorom, formiranje institu-
ta za pružanje podrške žrtvama delikata, dok je država u obavezi da ostvari kooperaciju nosilaca
radnji koji su inkorporirani u sistem koji je u službi žrtvama.¹²

Evropska unija je početkom 21.vijek a nastavila sa donošenjem okvirnih odluka i direk-
ti-va, među kojima su najznačajnije Okvirna odluka o položaju žrtve, donijeta 15.03.2001. godine,
Direktiva EU o nadoknadi štete žrtvama krivičnih djela, donijeta 2004.godine, kao i najznačajnija
i fundamentalna Direktiva 2012/29/EU Evropskog parlamenta i Evropskog savjeta od 25.okto-
bra 2012. godine, koja je uspostavila minimalne standarde o pravima, podršci i zaštiti žrtava
inkriminacija.¹³

⁸ Drago Radulović, *Žrtve krivičnih djela i krivično zakonodavstvo Crne Gore, (pozitivno-pravna rešenja, isku-
stva u primjeni i mjere unapređenja)*, (Beograd: Misija OEBS-A u Srbiji, 2020), 208.

⁹ *Ibid.*, 208.

¹⁰ *Ibid.*, 208.

¹¹ Nataša Mrvić Petrović, „Zaštita prava žrtava i evropske integracije, u: Evropske integracije i kazneno zakonodav-
stvo (poglavlje 23 – norma praksa i mere harmonizacije)”, *Udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu Zlatibor*,
(2016): 256.

¹² Radulović, *Žrtve krivičnih djela i krivično zakonodavstvo Crne Gore, (pozitivno-pravna rešenja, iskustva u
primjeni i mjere unapređenja)*, 208.

¹³ Rakočević, Jovanović, „Zaštita prava žrtava krivičnih djela u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i evropski stan-
dardi”, 479.

3. OKVIRNA ODLUKA SAVJETA EVROPE O POLOŽAJU ŽRTAVA KRIVIČNIH DJELA

Okvirna odluka Savjeta Evrope o položaju žrtava krivičnih djela u saglasnosti je sa odredbama VI Ugovora o EU to jeste članovima 31 i 34(2) (b) predmetnog ugovora. Ista je uslijedila nakon inicijative Portugala i shodno povoljnom mišljenju Evropskog parlamenta.¹⁴ Dana 14. jula 1999. godine Komisija o najefikasnijem metodu za primjenu stavki Ugovora, zaključenog u Amsterdamu, a koje se vezuju za slobodu, bezbjednost i pravdu je dostavila saopštenje Evropskom parlamentu, Savjetu Evropske unije i ekonomskom i socijalnom komitetu, pod nazivom „Žrtve krivičnih djela u Evropskoj uniji: o standardima i aktivnostima.“ Dana 15. juna 2000. godine Evropski parlament je usvojio Rezoluciju o saopštenju Komisije.

Preambula ovog akta sadrži značaj i obaveznost posvećenosti i pružanju podrške i pomoći žrtvama inkriminacija, dok se ne zapostavlja njihov odštetni zahtjev.¹⁵ Član 1 Okvirne odluke ističe formulacije pojmova žrtve, krivičnog postupka, medijacije, organizacije za podršku žrtvama i tome slično. Pod terminom žrtva podrazumijeva se „svako fizičko lice koje je pretrpjelo štetu“.¹⁶ Dakle, kada je žrtva u pitanju istoj moraju biti prouzrokovane fizičke ili mentalne posledice, emocionalni ili ekonomski pad, a isti prouzrokuje postupanje odnosno nepostupanje shodno postojećim krivično pravnim aktima izvršioca delikta. Pod prethodno navedenom odredbom podrazumijeva se i determinacija organizacije koja pruža podršku žrtvama i riječ je upravo o nevladinom sektoru, koje upotpunjavaju državnu aktivnost u predmetnoj sferi. Pomoć se omogućava besplatno i izvršava se pod pogodnim okolnostima. Kada je u pitanju određenje „medijacije u krivičnopravnim stvarima“ ista se interpretira kao tražnja, kako u prethodnom tako i tokom glavnog krivičnog postupka, dakle u svim fazama redovnog krivičnog postupka, za sporazumnoj solucijom spora između žrtve i izvršioca inkriminacije, uz posredovanje ovlašćenog lica.¹⁷ Odredbama člana 2 ove odluke regulisano je poštovanje i priznavanje prava žrtvama delikata. Svaka država članica ponaosob omogućuje žrtvama ulogu koja im pripada u okvirima krivično pravnog sistema. Neophodno je ulagati konstantan trud oficijelnih struktura uz obavezujuće uvažavanje ličnog dostojanstva žrtve tokom trajanja krivičnog postupka. Predviđena je i dužnost država članica da žrtve koje su osobito vulnerabilne uživaju adekvatan tretman imajući u vidu njihove potrebe.¹⁸ Nadalje članom 3 se reguliše da države članice su u obavezi omogućiti da žrtva bude saslušana u toku postupka i da ima pravo da dostavi dokaze nadležnim oficijelnim strukturama. Takođe je i predviđena obaveza država članica za preduzimanjem potrebnih aktivnosti kako bi se žrtva saslušala samo na one okolnosti koje su neophodne za vođenje krivičnog postupka i vodile bi ka pravilnom i potpunom utvrđivanju činjeničnog stanja. Upravo je ovo izrazito značajan iskorak u cilju sprječavanja ponovnog saslušavanja od strane policijskih službenika, tužilaca i sudija, a što bi vodilo maltretiranju i sekundarnoj viktimizaciji.¹⁹

Odredbama člana 4 je propisano pravo na informisanje žrtve, a pod kojim se podrazumijeva da žrtve od svoje prvobitne komunikacije sa policijskim i pravosudnim organima, pod uslovima

¹⁴ *Ibid.*, 480.

¹⁵ Okvirna odluka Savjeta Evropske unije o položaju žrtava u krivičnom postupku, 2001/220/JHA.

¹⁶ Okvirna odluka SE, 2001/220/JHA, član 1.

¹⁷ Okvirna odluka SE, 2001/220/JHA, član 1.

¹⁸ Okvirna odluka SE, 2001/220/JHA, član 2.

¹⁹ Okvirna odluka SE, 2001/220/JHA, član 3.

koji njoj pogoduju i na jeziku kojim se služi ili koji razumije, imaju dostupne informacije koje su ključne za zaštitu njihovih prava i na zakonu zasnovanih interesa. Dakle, u konkretnom slučaju žrtva ima pravo da bude informisana o sljedećem:

- 1) kategoriji ustanove kojoj mogu pristupiti radi pružanja podrške i pomoći;
 - 2) vrstu podrške koja im može biti pružena;
 - 3) na kojem mjestu i na koji način mogu podnijeti prijavu za izvršeno krivično djelo ili prekršaj;
- (d) koje su dalje faze nakon pokretanja krivičnog postupka i kakva je njihova uloga u tim fazama;
- (e) koje su pretpostavke koje treba ispuniti kako bi se zaslužila zaštita;
- (f) u kojem obimu i pod kakvim kriterijumima im je dostupno pravno savjetovanje ili pravna pomoć u slučajevima koje regulišu tačke 1 i 2 ovog stava.
- (g) koji su nalozi koje treba izvršiti kako bi imale pravo na naknadu štete;
- (h) u slučaju da su državljani druge države članice, imaju pravo da budu upoznati sa svim podacima koji se odnose na specijalna angažovanja i kojima će raspolagati, a u cilju zaštite njihovih na zakonu zasnovanih interesa. Takođe žrtva ima pravo da se informiše o ishodu drugostepenog postupka, o odluci suda i tako dalje.²⁰ Odredbama člana 8 garantovano je pravo na zaštitu. Na taj način države članice obezbjeđuju žrtvi visok stepen zaštite, pod pogodnim okolnostima i uslovima, i predviđa zaštitu bliskih članova njihove porodične zajednice ili lica koja se nalaze u istoj ili približnoj ulozi, pogotovo kada je u pitanju zaštita njihove bezbjednosti i prava na privatnost, u slučajevima gdje su državni organi i organizacije koji su nadležni za postupanje utvrdili da egzistira visoki stepen konkretne opasnosti od osвете ili osnovana sumnja potkrijepljena odgovarajućim dokazima, iz kojih proizilazi intencija da se povrijedi njihovo pravo na privatnost.²¹ Stavom 2 istog člana propisano je da države članice omogućavaju adekvatne metode u cilju očuvanja prava na privatnost i fotografije žrtava i lica koja su sa njima u krvnom srodstvu (članova njihove rodbine) ili lica koja se nalaze u identičnoj ili približnoj poziciji. Stavom 3 istog člana se predviđa da sve države članice imaju dužnost da neutrališu bilo kakvu komunikaciju tokom trajanja krivičnog postupka pred sudom između žrtava i izvršilaca inkriminacija, osim u slučajevima kada sud izričito zahtijeva takav vid kontakta. Cjelishodno je u tom pogledu da se države članice potrudе da obezbijede da se u pravosudnim institucijama nađu specijalni kutci za žrtve.²² Važno je napomenuti da je jedno od rješenja korišćenje posebnih prostorija i savremenih tehnoloških dostignuća prilikom saslušavanja žrtve kod tužioca ili sudije. Članom 9 određeno je da žrtve delikata imaju pravo da u što kraćem roku dobiju rešenje o naknadi štete, uz izuzetke kada nacionalno zakonodavstvo države članice propisuje da će se žrtva obešteti na drugi odgovarajući način. Predviđen je povraćaj imovine žrtvi uz opasnost od odlaganja, a koja je zaplijenjena u toku trajanja postupka.²³

²⁰ Okvirna odluka SE, 2001/220/JHA, član 4.

²¹ Okvirna odluka SE, 2001/220/JHA, član 8.

²² Okvirna odluka SE, 2001/220/JHA, član 8, stav 3.

²³ Okvirna odluka SE, 2001/220/JHA, član 9.

Određeni viktimolozi tumačili su kompenzaciju žrtava krivičnih djela procedurama i fazama, kao neizostavnog dijela krivično pravnog intervenisanja, odnosno sagledavaju ga njegovom integralnom komponentom.²⁴

Najzad, predmetnom odlukom je nadasve nametnuta obaveza državama članicama u pogledu stvaranja normativne građe, koja će doprinijeti da žrtva inkriminacije bude informisana o pravu na procesnu i izvan procesnu zaštitu ako se u okviru krivičnog postupka javlja u ulozi svjedoka, te da joj se može nadoknaditi šteta i pružiti besplatna pravna pomoć. Žrtva takođe ima pravo da bude upoznata sa epilogom postupka, kako prvostepenog, tako i drugostepenog, kao i o otpuštanju na uslovni otpust okrivljenog lica, a može se istaći da otpuštanje treba da zavisi od relacije okrivljenog i žrtve inkriminacije.²⁵

4. DIREKTIVA 2012/29/EU EVROPSKOG PARLAMENTA I SAVJETA

Dokument koji se nadovezuje na prethodno navedenu Okvirnu odluku jeste Direktiva 2012/29/EU Evropskog parlamenta i Savjeta od 25. oktobra 2012, kojom se ustanovljavaju minimalni standardi u vezi sa pravima, podrškom i zaštitom žrtava krivičnih djela i usljed toga prestaje da važi Okvirna odluka Savjeta 2001/220/PUP. Pomenuti dokument obiluje preambulom i njegovu sadržinu takođe čine trideset i dva člana. Stavićemo akcenat na par utvrđenja iz preambule.²⁶ Evropski parlament i Savjet su konstatovali da je dužnost država članica Evropske unije da pruže punu zaštitu žrtvama inkriminacija i da se ustvrde minimalni standardi u toj sferi. Pod krivičnim djelom podrazumijeva se nedozvoljena radnja kojom se narušavaju lična prava žrtve.²⁷

Pristup žrtvama treba poboljšati na način da je odnos oficijelnih struktura pun uvažavanja, razumijevanja, savjestan i prema njima treba s poštovanjem, da se postupa susretljivo, širokogrudno i profesionalno, bez bilo kakve diskriminacije, koja se zasniva na rasi, boji kože, nacionalnoj pripadnosti, društvenom ili etničkom porijeklu, vezi sa nekim manjinskim narodom ili manjinskom nacionalnom zajednicom, jeziku, vjeri ili uvjerenju, političkom ili drugom mišljenju, polu, promjeni pola, rodnom identitetu, seksualnoj orijentaciji i/ili interseksualnim karakteristikama, zdravstvenom stanju, invaliditetu, starosnoj dobi, imovnom stanju, bračnom ili porodičnom stanju, pripadnosti grupi ili pretpostavci o pripadnosti grupi, političkoj partiji ili drugoj organizaciji, kao i drugim ličnim svojstvima²⁸. Prevashodno i najprije je neophodna zaštita žrtve od sekundarne i ponovne viktimizacije, od odmazde, vrlo je značajno raditi na njihovoj rehabilitaciji i u tom kontekstu im se pružiti dostatna podrška, kao i da im bude pružena mogućnost besplatne pravne pomoći. Predmetnom direktivom ne ugrožavaju se niti narušavaju prava izvršioca inkriminacije.²⁹

²⁴ Gerry Johnstone, *A Restorative Justice Reader, Texts, Sources, Context*, (Devon: Willan Publishing, 2003), 21.

²⁵ Radulović, *Žrtve krivičnih djela i krivično zakonodavstvo Crne Gore (pozitivno-pravna rešenja, iskustva u primjeni i mjere unapređenja)*, 208.

²⁶ Vid Jakulin, *Žrtva krivičnog dela i krivično zakonodavstvo Republike Slovenije (pozitivno pravna rešenja, iskustva u primeni i mere za unapređenje norme i prakse)*, (Beograd: Misija OEBS-A u Srbiji, 2020), 114.

²⁷ *Ibid.*, 114.

²⁸ *Direktiva 2012/29/EU*, „Službeni list EU L” 315/57, Uvodne izjave iz preambule.

²⁹ Jakulin, *Žrtva krivičnog dela i krivično zakonodavstvo Republike Slovenije (pozitivno pravna rešenja, iskustva u primeni i mere za unapređenje norme i prakse)*, 114.

Načelno posmatrano na nacionalnom i međunarodnom nivou pod zaštitom prava žrtava krivičnih djela se podrazumijeva uvažavanje prava na privatni život, bezbjednost ličnosti i pravo na naknadu štete odnosno kompenzaciju viktimiziranom licu³⁰. Pojam „izvršilac” očitava lice koje lično ili posredstvom drugog poduzima radnju izvršenja i protiv kojeg je donesena osuđujuća odluka za predmetno krivično djelo. Shodno Direktivi termin učinilac odnosi se i na osumnjičenu ili optuženu individuu, prije nego što je priznao krivično djelo koje mu se stavlja na teret ili prije osuđujuće presude i ostaje bez ikakvog upliva u presumciju nevinosti.³¹ Određeno lice treba sagledavati kao žrtvu bez obzira na činjenicu da li je izvršilac identifikovan, lišen slobode, da li je protiv njega pokrenut krivični postupak ili je protiv njega donijeta osuđujuća presuda i bez obzira na okolnost da li između žrtve i počinioca krivičnog djela postoji srodnička konekcija. Postoji slučaj kada su članovi porodične zajednice žrtve, osobe koje su oštećene krivičnim djelom. Postavljena je i kategorija naročito oštećenih članova porodice žrtve krivičnog djela kada je prilikom egzekucije došlo do smrtne posljedice. Riječ je o posrednim žrtvama inkriminacija, te bi zato, u saglasju s Direktivom, i oni imali pravo na adekvatnu podršku. Kako bi se u dovoljnoj mjeri zaštitila prava žrtve neophodno je pružiti im prostor za razjašnjenje situacije u kojoj je izvršeno krivično djelo, kao i obezbijediti istima opciju da predlažu dokazna sredstva modalitetom koji je pristupačan postupajućim oficijelnim strukturama. Valja napomenuti da je ključno da je žrtva posmatrana i doživljavana kao cijenjeno lice, koje ima šansu da ostvari prava koja joj pripadaju. Dakle u tom smislu žrtvi je zajemčen besplatan prevod u toku njenog svjedočenja i garantuje joj se angažovanje prilikom izvođenja dokaznih radnji tokom trajanja glavnog pretresa, što je u saglasju sa njenom pozicijom i figurom u okvirima krivičnog pravnog sistema. Kada su u pitanju druga gledišta krivičnog postupka tendencija za usmenim prevodom ili prevodom u pisanoj formi može da oscilira zavisno od postavljenih karakterističnih pitanja, pozicije i figure žrtve u okvirima krivičnog pravnog sistema i njihove integritetnosti u postojeći postupak i karakterističnih prava koje posjeduju.³²

Najsenzitivnija fizička lica ili individualci u okolnostima kada su podvrgnuti osobito izraženom riziku od traumatizacije, kao što su osobe koje su žrtve nasilja u relacijama sa rodbinom koje se iznova čini, u relacijama sa srođnicima, fizička lica koja predstavljaju viktimizirane osobe po temelju roda, ili osobe koje su u zemlji članici žrtve drugih delikata, a riječ je o državi koja nije država u kojoj su isti državljani, imaju prebivališta odnosno boravišta, trebalo bi da uživaju delikatan i slojevit tretman kao i pravnu pomoć. Pružanje posebne podrške bi trebalo da se temelji na u cijelosti i fokusiranom pristupu gdje se vodi računa o specijalnim tendencijama žrtve krivičnog djela, vrsti štete, koja je prozrokovana deliktom i vrsti korelacije žrtve, izvršioca inkriminacije, malodobnih lica i njihove šire spoljne okoline.³³

Primarni cilj već pomenutih organizacija i njihovog ljudstva koje čine stručna lica, koja predstavljaju dragocjenu figuru u pružanju podrške žrtvama u ozdravljenju, premošćavanju i savladavanju eventualne pričinjene štete ili stresogenih reakcija koje čine posledicu inkriminacije, bi trebalo da označava informisanje žrtava o svim pravima koja su im zagantovana predmetnom Direktivom, na način da isti su slobodni da izaberu u sredini koja će im omogućiti pružanje podrške i pomoći i koja ih promatra i sagledava uz puno poštovanje njihovog digniteta, s velikim

30 Gordana Krstić, „Zaštita žrtve u srpskom i portugalskom krivičnom zakonodavstvu”, *Strani pravni život* (2018), 172.

31 Direktiva 2012/29/EU, Službeni list EU L 315/57, *Uvodne izjave iz preambule*.

32 Direktiva 2012/29/EU, Službeni list EU L 315/57, *Uvodne izjave iz preambule*.

33 Direktiva 2012/29/EU, Službeni list EU L 315/57, *Uvodne izjave iz preambule*.

razumijevanjem, brižnošću, obzirnošću i trpeljivošću. Kada su u pitanju kategorije podrške i pomoći koju omogućavaju ove ovlašćene ustanove za pružanje zaštite, neophodno je uvrstiti skrovište i postojan aranžman, organizovati ekipe hitnih ljekarskih službi, preusmjeriti žrtve na medicinski i laboratorijski tretman kao dokazno sredstvo kada su na primjer u pitanju krivična djela protiv polne slobode, privremeno ili trajno psihoterapijsko promatranje i konsultovanje, prihvati i tretiranje osoba koje se nalaze pod stresom i patnjom, obezbijediti pravno savjetovanje, zastupanje, i prije svega omogućiti specijalnu zaštitu malodobnim licima koja su viktimizirana kriminalnim aktivnostima.³⁴

Kada je u pitanju rizik od sekundarne viktimizacije, zaplašivanja i odmazde koja potiče od izvršioca delikta ili vezano za sarađivanje tokom trajanja krivične procedure, isti se mora limitirati harmonizovanim i upodobljenim načinom upravljanja postupkom, u kojem žrtva uživa uvažavanje prilikom obraćanja istoj i stiče vjeru u oficijelne strukture koje upravljaju postupkom.³⁵

Strukturu Direktive čine šest poglavlja i trideset i dva člana. Prvo poglavlje sadrži opšte odredbe. Prvi član postavlja cilj Direktive, a on se odnosi na – jemčenje da će žrtvama inkriminacija biti omogućen pristup relevantnim podacima, pružanje pomoći, održavanje istih i garantovati im puni zaklon i obezbijediti zdravu komunikaciju u toku trajanja redovnog krivičnog postupka. Obaveze država članica se vezuju za garantovanje žrtvi proglašavanja njenog statusa, prema žrtvi je neophodno imati odnos pun razumijevanja, povjerenja, brižljivo, temeljito, po mjeri njene individualnosti, profesionalno i na nepristrasan i pravičan način u svim komunikacijama sa ustanovama za pružanje pomoći ili institucija restorativne pravde, ili u saradnji sa svim oficijelnim strukturama koje učestvuju u krivičnom postupku. Zagarantovana prava žrtve, koja su predmetom navedene direktive neophodno je primijeniti na žrtvu nepristrasno i u odnosu na njeno prebivalište.³⁶ Shodno postojećoj direktivi države članice obezbjeđuju da u situaciji kada je viktimizirano malodobno lice, prevashodno se vrednuje najbolji interes djetetov, a što ovlašćeni organi ocjenjuju za svaki izolovani slučaj. Neophodno je da dominira tretman koji odgovara malodobnom licu, u kojem se stavlja akcenat na njegove godine, i stepen djetetovog sazrijevanja, njegova stanovišta, težnje i bojazni. Malodobno lice, njegov roditelj, usvojilac, staralac odnosno drugi zakonski zastupnik moraju biti informisani o svim radnjama i pravima koja su upućena ka maloljetniku.³⁷ Kada je u pitanju drugi član u njemu su prezentovane definicije pojedinih termina. Za potrebe Direktive pojam „žrtva” označava: (a) fizičko lice kome je kriminalnom aktivnošću nanijeta tjelesna, mentalna, sentimentalna povreda, ili šteta materijalne prirode; (b) članove rodbine osoba kod kojih je došlo do smrtne posledice usljed izvršenog krivičnog djela i kojima je prouzrokovana šteta smrću tog fizičkog lica. Pojam „članovi porodice” obuhvata lica koja žive u bračnoj zajednici sa žrtvom, lice koje živi sa žrtvom u kontinuiranoj emocionalnoj relaciji, u permanentnoj, održivoj i rezistentnoj porodičnoj zajednici, srodnike po krvi u pravoj liniji, braću, sestre i lica o kojima žrtva brine i njeguje ih, i to u saglasju sa nacionalnim zakonodavstvom.³⁸

Drugo poglavlje direktive propisuje garancije o davanju informacija i nuđenju podrške i pomoći žrtvama krivičnih djela.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Jakulin, *Žrtva krivičnog dela i krivično zakonodavstvo Republike Slovenije (pozitivno pravna rešenja, iskustva u primeni i mere za unapređenje norme i prakse)*, 115.

³⁶ Direktiva 2012/29/EU, „Službeni list EU L” 315/57, poglavlje 1, član 1, stav 1.

³⁷ Direktiva 2012/29/EU, „Službeni list EU L” 315/57, poglavlje 1, član 1, stav 2.

³⁸ Direktiva 2012/29/EU, „Službeni list EU L” 315/57, poglavlje 1, član 2, stav 1.

Prava koja sledeju žrtvama shodno direktivi su:

- pravo da se spozna i da bude spoznata (član 3);
- pravo da bude obaviještena o svim potrebnim podacima od prve korespondencije sa postupajućim oficijelnim strukturama (član 4);
- pravo žrtve u situaciji kada je ista podnijela krivičnu prijavu (član 5);
- pravo da bude obaviještena o relevantnim podacima za krivični postupak u pitanju (član 6);
- pravo da učestvuje u postupku uz pomoć tumača i pravo da joj bude omogućen pisani i usmeni prevod, kako kada su podnesci u pitanju i upoznavanje sa istima, tako i priilkom saslušavanja pred nadležnim organom (član 7);
- pravo na kontakt sa ustanovama koje služe za pružanje pomoći viktimiziranim licima (član 8);
- pravo na podršku koju pružaju ustanove za pružanje pomoći žrtvama (član 9).³⁹

Važno je napomenuti da peti član navedenog poglavlja reguliše prava žrtve u momentu kada je ista podnijela krivičnu prijavu protiv poznatog ili nepoznatog učinioca, i ista bi trebalo da sadrži elemente bića predmetnog krivičnog djela. Države članice će omogućiti žrtvama koje su se odlučile da podnesu krivičnu prijavu, u slučajevima kada ne razumiju odnosno ne govore jezikom postupajućih oficijelnih struktura da ista bude sačinjena na jeziku koju podnosioci prijave razumiju ili im je garantovana podrška tumača i prevoditelja, koja im je nužna.⁴⁰

Sadržaj trećeg poglavlja se odnosi na komunikaciju i aranžman žrtve u krivičnom postupku. Propisana su sledeća prava žrtve:

- pravo da žrtva da izjavu u predmetnom postupku (član 10);
- pravo u situaciji da državni tužilac donese odluku da ne preduzme krivično gonjenje (član 11);
- pravo na zaštitne aktivnosti u okviru ustanova za restorativnu pravdu (član 12);
- pravo na nadoknadu materijalne štete (član 14);
- pravo na povraćaj imovine koja je zaplijenjena u toku trajanja krivičnog postupka (član 15).⁴¹

Valja naglasiti trinaesti član kojim je propisano pravo na besplatnu pravnu pomoć. Države članice su u obavezi da omoguće žrtvama pristupačnost i raspoloživost besplatne pravne pomoći u onim slučajevima kada žrtva dobije ulogu stranke unutar krivičnog postupka. Pod kojim kriterijumima i mjerilima u toku postupka će žrtva ostvariti pomenuto parvo reguliše se nacionalnim zakonodavnim okvirom. Šesnaesti član reguliše pravo na dostavljanje odluke o naknadi štete, koju je prouzrokovao učinilac krivičnog djela, i za koju je počinilac obavezan u toku postupka. Države članice moraju u krivičnom postupku garantovati žrtvama pravo da odluka o naknadi štete bude dobijena u razumnom roku, a koju bi izmirio okrivljeni, osim u slučaju da u domaćem zakonodavstvu nije regulisano da se takvi akti donose u pravnim postupcima druge prirode. Države članice takođe popularišu i jačaju aktivnosti kojima bi se učinoci podsticali da zadovoljavajuće obeštete

³⁹ Direktiva 2012/29/EU, „Službeni list EU L” 315/57, poglavlje 2.

⁴⁰ Jakulin, *Žrtva krivičnog dela i krivično zakonodavstvo Republike Slovenije (pozitivno pravna rešenja, iskustva u primeni i mere za unapređenje norme i prakse*, 116.

⁴¹ Direktiva 2012/29/EU, „Službeni list EU L” 315/57, poglavlje 3.

žrtve. Kada je u pitanju sedamnaesti član, njime su utvrđena prava viktimiziranih lica koja imaju prebivalište u drugoj državi članici.⁴²

Četvrto poglavlje propisuje zaštitu i priznavanje prava žrtava s specifičnim tendencijama ka pružanju podrške. Sledeća prava su regulisana unutar prethodno navedenog poglavlja:

- pravo žrtve da joj bude pružena zaštita od sekundarne i ponovne viktimizacije, zatrašivanja i odmazde (član 18);
- pravo žrtve da izbjegne kontakt između nje i izvršioca inkriminacije (član 19);
- pravo na punu zaštitu i podršku u toku trajanja prethodnog postupka (član 20);
- pravo na zaštitu privatnosti (član 21).⁴³

Od velikog je značaja i dvadeset i drugi član kojim se reguliše pojedinačna analiza žrtve kako bi se ustanovile specijalne potrebe za zaštitom. Iz dvadeset i trećeg člana proizilazi pravo na zaštitu žrtve s posebnim potrebama u krivičnom postupku.⁴⁴

Dvadeset i četvrti član propisuje pravo na zaštitu malodobnih žrtava u krivičnom postupku. Peto i šesto poglavlje Direktive sadrže ostale i zaključne odredbe. Dvadeset i sedmi član propisuje obavezu država članica da usaglasе svoj legislativni okvir s odredbama predmetne Direktive najkasnije do 16. novembra 2015.⁴⁵

5. POLOŽAJ I ULOGA ŽRTAVA KRIVIČNIH DJELA U CRNOGORSKOM LEGISLATIVNOM OKVIRU

U skladu sa navedenim evropskim zakonodavnim rješenjima u sferi zaštite žrtava krivičnih djela crnogorsko zakonodavstvo je u svoj pravosudni poredak implementiralo naprijed pomenuta akta, precizno određujući i interpretirajući širok fond prava koja su propisana za žrtve inkriminacija u toku trajanja krivičnog postupka, kao i van krivičnog postupka. Neophodno je kako to tvrde pravni teoretičari, a u cilju primjenjivanja propisanih pravila za viktimizirana lica, usaglasiti i izbalansirati pravne sisteme zemalja pojedinačno.⁴⁶

Kada je u pitanju crnogorski pravni sistem viktimiziranim licima se garantuje status stranke unutar krivičnog postupka i to u svojstvu oštećenog, oštećenog kao tužioca ili privatnog tužioca. Dakle, žrtvi zločina pruža se puna zaštita i podrška u toku trajanja krivičnog postupka i van samog postupka, u slučaju da postoji očigledna opasnost da bi ista saslušanjem u svojstvu stranke bila podvrgnuta prijetnjama po sopstveni život i ostale bazične vrijednosti.⁴⁷

⁴² Jakulin, *Žrtva krivičnog dela i krivično zakonodavstvo Republike Slovenije (pozitivno pravna rešenja, iskustva u primeni i mere za unapređenje norme i prakse*, 116.

⁴³ Direktiva 2012/29/EU, „Službeni list EU L” 315/57, poglavlje 4.

⁴⁴ Jakulin, *Žrtva krivičnog dela i krivično zakonodavstvo Republike Slovenije (pozitivno pravna rešenja, iskustva u primeni i mere za unapređenje norme i prakse*, 117.

⁴⁵ Direktiva 2012/29/EU, „Službeni list EU L” 315/57, poglavlje 5 i 6.

⁴⁶ Rakočević, Jovanović, „Zaštita prava žrtava krivičnih djela u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i evropski standardi”, 484.

⁴⁷ *Ibid.*, 484.

Članom 22 Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore, koji je na snazi i koji propisuje i determiniše pojedine pojmove, pod oštećenim se podrazumijeva „lice čije je kakvo lično ili imovinsko pravo krivičnim djelom povrijeđeno ili ugroženo“.⁴⁸ To znači da bi određeno fizičko lice ostvarilo status oštećenog u krivičnom postupku mora biti izvršen delikt kojim se narušava njegovo pravo, kao što su na primjer pravo na život, tjelesni integritet, slobodu, čast i tako dalje.⁴⁹

Oštećenom su na raspolaganju brojne procesne olakšice i isti ima pravo da u prethodnom krivičnom postupku odnosno u fazi istrage predlaže dokaze koji su značajni i kredibilni za konkretnu krivično pravnu stvar i kada je u pitanju postavljanje i ostvarivanje njegovog imovinskopravnog zahtjeva. Iz člana 58 stav 2 Zakonika o krivičnom postupku proizilazi da oštećeni ima pravo da pored predlaganja dokaza, okrivljenom, svjedocima i vještacima postavlja pitanja i da daje primjedbe, da objašnjava, obrazlaže iskaze pomenutih lica, da predlaže i da daje druge izjave. Utvrđeno je i omogućeno oštećenom da razmatra i pregleda spise i predmete, koji mogu služiti kao dokaz u postupku.⁵⁰ Veliki iskorak u odnosu na prethodna određenja Zakonika o krivičnom postupku jeste uređenje odredbe stava 4, kojom je regulisano da oštećeno lice koje je viktimizirano inkriminacijama koje spadaju u grupu krivičnih djela protiv polne slobode ima pravo na davanje iskaza pred postupajućim sudijom istog pola.⁵¹ Članom 59 Zakonika o krivičnom postupku se reguliše da se oštećeni javlja kao tužilac, odnosno kao supsidijarni tužilac u slučaju kada je postupajući državni tužilac ocijenio da nema osnova za krivično gonjenje protiv okrivljenog ili nekog od saučesnika koji su prijavljeni za krivična djela za koja se gonjenje preduzima po službenoj dužnosti i u obavezi je da o tome obavijesti oštećenog i uputi ga da ima pravo preduzeti gonjenje.⁵² Pružanje podrške oštećenom prilikom saslušanja utvrđeno je u članovima 120 do člana 123 Zakonika o krivičnom postupku. Jasno je determinisana zaštita svjedoka od zastrašivanja ukoliko bi isti saslušanjem pred nadležnim organom sebe ili člana svoje rodbine izložio ozbiljnoj opasnosti po život, tjelesni integritet i ostale vitalne vrijednosti.⁵³ Važno je napomenuti da su ustanovljeni specijalni metodi participacije i angažovanja, kao i davanja iskaza svjedoka oštećenog kao što su saslušanje pod alter egom, saslušanje uz upotrebu tehnoloških aparata, odnosno upotrebe zaštitnog zida, aparata za transformaciju glasa, i uređaja za prenošenje vizuelnog i akustičnog sadržaja.⁵⁴ Takođe oštećeni u krivičnom postupku može dati svoj svjedočki iskaz u svojstvu zaštićenog svjedoka.⁵⁵ U pitanju su fizička lica koja su pod opasnošću zbog njihove uloge svjedoka, a pogotovo u postupcima koji su pokrenuti zbog krivičnih djela sa elementima organizovanog kriminaliteta.⁵⁶

Određeni pravni teoretičari ističu da pravila evropskih odluka i direktiva nijesu profunkcionalisala i primjenljiva u adekvatnom obimu s obzirom na činjenicu da legislativni okviri određenih država članica Evropske unije pokazuju sijaset pravnih praznina, ali i izrazita nepodudaranja iz

48 Zakonik o krivičnom postupku Crne Gore, „Službeni list CG” br. 57/2009,49/2010,35/2015,58/2015.

49 Drago Radulović, *Krivično procesno pravo* (Podgorica: Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, 2015), 122.

50 Zakonik o krivičnom postupku Crne Gore, „Službeni list CG” br. 57/2009,49/2010,35/2015,58/2015.

51 *Ibid.*

52 *Ibid.*

53 Rakočević, Jovanović, „Zaštita prava žrtava krivičnih djela u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i evropski standardi”, 484.

54 Opširnije u: Milan Škulić, *Normativna analiza položaja žrtve krivičnog dela/oštećenog krivičnim delom u krivičnom pravnom sistemu Srbije – aktuelno stanje, potrebe i moguće promene*, (Beograd: Misija OSCE u Srbiji, 2015).

55 Milan Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, (Podgorica: Misija OEBS u Crnoj Gori, 2009), 420.

56 Rakočević, Jovanović, „Zaštita prava žrtava krivičnih djela u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i evropski standardi”, 485.

kojeg razloga se nije mogao stvoriti stvaran prikaz kada je u pitanju njihova implementacija.⁵⁷ Sagledavajući prethodno navedenu činjenicu čini se utemeljenom hipoteza da je situacija u ovoj sferi u zemljama koje su pretendenti za priključenje Evropskoj uniji mnogo zabrinjavajuća⁵⁸.

Nadalje Zakonom o zaštiti svjedoka regulisana je zaštita svjedoka van krivičnog postupka odnosno viktimiziranog lica koje postupaju kao svjedok u krivičnom postupku.⁵⁹ Ovim zakonom se propisuju programi za pružanje podrške svjedoku izvan sudskih prostorija u situacijama postojanja prijetnje po njegov integritet ili integritet članova njegovog bliskog okruženja. Izrađen je program kojim se štite navedena lica, ali je neophodna njihova decidna saglasnost. Komisija koju sačinjavaju pripadnici Vrhovnog suda Crne Gore, Vrhovnog državnog tužilaštva Crne Gore i rukovodilac Jedinice za zaštitu Uprave policije MUP Crne Gore odlučuju o primjeni, prekidu, prestanku i produženju primjene programa zaštite. Iz člana 27 pomenutog zakona proizilaze četiri vrste mjera kojima se obezbjeđuje zaštita svjedoka i njemu bliskih osoba. U pitanju su fizička zaštita ličnosti i imovine, premještanje, prikrivanje identiteta i podataka o vlasništvu i promjena identiteta. Pod fizičkom zaštitom se podrazumijeva sprječavanje protivzakonitog ugrožavanja života, zdravlja, fizičkog integriteta, slobode ili imovine većeg obima svjedoka korišćenjem mjera fizičko-tehničke zaštite.⁶⁰ Mjera premještanja navedenih lica predstavlja permanentno ili privremeno premještanje iz područja njihovog prebivališta ili boravišta na drugo odredište, a njega određuje Jedinica za zaštitu. Navedena aktivnost se odnosi i na svjedoka koji je lišen slobode i isti se premješta iz jedne organizacione jedinice u drugu organizacionu grupu u okviru Uprave za izvršenje krivičnih sankcija. Strategija prikrivanja identiteta i podataka o vlasništvu obuhvata izrađivanje i upotrebljavanje ličnih isprava i neophodnih podataka o vlasništvu svjedoka i u istim se kratkoročno modifikuju prvobitni podaci svjedoka i njima bliskih osoba. Pod promjenom identiteta se podrazumijeva cjelokupno ili parcijalno mijenjanje individualnih podataka, a uz ovu aktivnost takođe se može obaviti i promjena spoljašnjih svjostava svjedoka. Značajno je napomenuti da personalni podaci koje čine sastav novih isprava ne mogu biti istovjetni sa podacima drugih fizičkih lica.⁶¹

Zakon o postupanju prema malodobnim izvršiocima krivičnih djela⁶², u glavi IV propisuje posebne odredbe o zaštiti malodobnih lica koji su akteri krivičnog postupka. Dakle u pitanju su odredbe koje se primjenjuju na malodobnog učesnika koji je oštećen deliktom, i isti daje iskaz u svojstvu svjedoka tokom vođenja krivičnog postupka. Regulisano je takođe da bilo koji podatak koja bi mogao predočiti ili nagovijestiti identitet malodobnog lica koje je oštećeno inkriminacijom ili je u svojstvu svjedoka u postupku ne može biti objelodanjen bez izričitog odobrenja postupajućeg sudije ili državnog tužioca. Treba istaći i oprezno i pažljivo tretiranje u krivičnom postupku u kojem je akter malodobno lice oštećeno deliktom ili u kojem se malodobno lice sasluša u svojstvu svjedoka i u tim situacijama mjere i aktivnosti sprovode službena lica koja posjeduju specijalna znanja kada su u pitanju prava djeteta i pravila o postupanju prema maloljetniku u krivičnom postupku kao izvršiocu delikta. Maloljetno lice daje svjedočki iskaz u posebnoj prostoriji snabdjevenoj

57 Ioannis Androulakis, *European Perspective on Rights for Victims of Crime*, EUCRIM, No. 4, (2014), 112.

58 Rakočević, Jovanović, „Zaštita prava žrtava krivičnih djela u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i evropski standardi”, 485.

59 *Zakon o zaštiti svjedoka*, „Službeni list RCG” br.65/2004.

60 Rakočević, Jovanović, „Zaštita prava žrtava krivičnih djela u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i evropski standardi”, 485.

61 *Zakon o zaštiti svjedoka*, „Službeni list RCG” br.65/2004.

62 *Zakon o postupanju prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela*, „Službeni list CG” br. 064/11 i 001/18.

tehničkim aparatima za audiovizuelno snimanje. Odredbom člana 94 zabranjuje se suočavanje malodobnog lica koje je oštećeno krivičnim djelom ili se saslušava kao svjedok sa okrivljenim. Nadalje ukoliko se kao svjedok odnosno oštećeni saslušava lice starije od 14 godina koje se usljed prirode krivičnog djela, posljedica ili drugih okolnosti nalazi u izrazito lošem mentalnom stanju, ono se ne može suočavati sa okrivljenim. Prepoznavanje osumnjičenog ili okrivljenog od strane maloljetnika je uređeno tako da se apsolutno spriječi da navedena lica uoče maloljetnika. Poziv maloljetnom licu kao svjedoku dostavlja se preko njegovog zakonskog zastupnika, a na dijete se ne primjenjuju odredbe člana zakonika kojima je utvrđeno kažnjavanje usljed odbijanja svjedočenja.

Zakonom o odšteti žrtvama krivičnih djela nasilja propisani su uslovi, mehanizmi i strategija za ostvarivanje prava na nadoknadu štete prouzrokovane žrtvama krivičnih djela nasilja. Danom pristupanja Crne Gore Evropskoj uniji, zapoće se sa implementacijom zakona. Krivično djelo nasilja, kako reguliše zakon, učinjeno je sa umišljajem, a to su inkriminacije uz upotrebu fizičke snage ili aktivnosti kojima se ugrožava psihički integritet, zatim krivična djela koja spadaju u grupu krivičnih djela protiv polne slobode i krivična djela izazivanja opasnosti po život i tijelo ili imovinu kao kvalifikovani oblik osnovnog krivičnog djela. Član 3 determiniše žrtvu tako da ista označava lice kod koga je zbog akta nasilja nastupila smrt, teška tjelesna povreda ili teško narušavanje fizičkog i psihičkog zdravlja. Važno je napomenuti odredbu stava 3 istog člana koja pod žrtvom podrazumijeva i lice kod koga su nastupile navedene posljedice u slučajevima pokušaja sprječavanja izvršenja krivičnog djela nasilja, pomaganja policiji u toku lišenja slobode učinilaca ovih krivičnih djela i pružanja pomoći i podrške žrtvi. Kada je u pitanju naknada štete žrtvi, ona se sastoji od naknade izgubljene zarade, naknade kliničkog liječenja i naknade pogrebnih usluga. Neophodna sredstva se crpe iz državnog budžeta, odnosno posebnog odeljka Ministarstva pravde. Komisija koju sačinjavaju predstavnici Vrhovnog suda Crne Gore, Vrhovnog državnog tužilaštva, Zaštitnika ljudskih prava i sloboda, Ministarstva pravde, socijalne zaštite i finansija donosi odluku o obeštećenju.⁶³

Dakle, naprijed navedeni akti predstavljaju dragocjen napredak u legislativnom okviru koji će izuzetno pridonijeti zaštiti prava žrtava inkriminacija. Kada govorimo o pomoći i podršci žrtvama delikata da se zaključiti da države našeg regiona izražavaju nedostatak krucijalnih naučnih istraživanja o pojmu žrtve inkriminacije. Kako bi doktrina dala svoj pečat na polju zaštite žrtava krivičnih djela neophodno je institut iz sfere viktimologije uvrstiti kao izuzetno značajan za unapređenje legislativnog okvira kada je u pitanju podrška žrtvama kroz svoju upućujuću i nadzornu funkciju.⁶⁴

6. ANALIZA USKLAĐENOSTI CRNOGORSKOG ZAKONODAVSTVA SA EVROPSKIM STANDARDIMA

Na osnovu analize odredbi crnogorskog zakonodavstva i evropskih pravnih standarda u oblasti zaštite žrtava krivičnih djela, može se konstatovati da nacionalni pravni okvir sadrži značajan broj rješenja kojima se determiniše položaj žrtve u i izvan krivičnog postupka. To se prije svega odnosi

⁶³ *Zakon o naknadi štete žrtvama krivičnog djela nasilja*, „Službeni list CG” broj 35/2015.

⁶⁴ Rakočević, Jovanović, „Zaštita prava žrtava krivičnih djela u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i evropski standardi”, 487.

na sve oblike zaštite žrtve od viktimizacije, zatim na podršku žrtvi, njenom pravu na naknadu štete, kao i na mogućnosti pristupa žrtve pravdi. Pa ipak, postoji neusklađenost u odnosu na važna pitanja koja su različito regulisana u nacionalnim dokumentima, što je posledica odsustva integrativnog i sistematičnog pristupa ovoj problematici. Iako crnogorsko zakonodavstvo prepoznaje pojam žrtve, iz zakonske definicije proizilazi da ona nije definisana u skladu sa Direktivom iz 2012 budući da žrtva obuhvata samo fizičke osobe i da njena zaštita nije samo procesnog karaktera. Razlika je u tome što evropski standardi preferiraju suštinsku zaštitu žrtve sa akcentom na naknadu štete usljed viktimizacije, dok nacionalno zakonodavstvo još uvijek u fokus stavlja prava i dužnosti oštećenog-žrtve u krivičnom postupku. Inkompatibilnost postoji i u materijalnom krivičnom pravu budući da KZ precizno ne definiše pojam žrtve jer po zakonskoj definiciji to može biti svako lice (što upućuje da žrtva može biti i pravna osoba), što nije kompatibilno sa evropskim dokumentima. Imajući u vidu odredbe ZKP CG po kojima krivični postupak formalno započinje donošenjem naredbe za sprovođenje istrage od strane državnog tužioca, iz postojećih zakonskih odredbi proizilazi da tek od tog trenutka država ima obavezu da štiti prava žrtve iako je evropski standard da se prava žrtve štite u najranijoj fazi, odnosno od saznanja za postojanje opasnosti ili od momenta podnošenja prijave. Crnogorske institucije nijesu obezbijedile brzo dostupnog tumača naročito za žrtve iz vulnerabilnih kategorija, kojeg bi mogle da izaberu za pomoć radi prevođenja u hitnim slučajevima uključujući i elektronsku komunikaciju što je takođe jedna od neispunjenih obaveza iz evropske agende. Iako je predviđeno kao obaveza, vrlo često izostaje obavještenje nadležnog tužioca kojim informiše žrtvu o odbacivanju krivične prijave i odustajanju od gonjenja uz pravnu pouku. Poseban problem u praksi predstavlja neobavješćavanje žrtve da prisustvuje istražnim radnjama i predlaže dokaze. Vrlo često se krši pravo žrtve na obavještenje od strane nadležnog tužioca o radnjama koje su preduzete u vezi prijave žrtve. Žrtva ima pravo na podnošenje pritužbe usljed nepreduzimanja radnji u izviđaju ali vrlo često nema blagovremenog odgovora sa druge strane. Analize pokazuju da se optužnica ne dostavlja žrtvi i da se ona ne obavješćava o ročištu povodom kontrole optužnog akta. Poseban problem predstavlja nepoštovanje prava žrtve kod sporazuma o priznanju krivice jer je ona isključena iz ovog procesa bez obzira što na taj način mogu biti povrijeđena njena prava. Iako formalno žrtva ima mogućnost da učestvuje na glavnom pretresu, suštinski se ne vodi računa o štetnim posledicama zločina na žrtvu. U domaćem zakonodavstvu ne postoji obaveza suda da omogući izjašnjenje žrtve o vlastitoj viktimizaciji, što bi imalo uticaj na vrstu i visinu krivične sankcije. Žrtva se ne obavješćava o završetku krivičnog postupka ako nema pravo na žalbu, već je prinuđena da se sama interesuje o predmetu. Ista je situacija sa informacijama o aktivnostima po žalbi i vanrednim pravnim sredstvima. Žrtvi suštinski nije omogućeno pravo na besplatnu pravnu pomoć i ona je rijetko informisana o tom pravu što se kosi sa evropskim standardima. Problem predstavljaju i troškovi krivičnog postupka koje žrtva nije u mogućnosti da naplati od okrivljenog. Pravo žrtve da blagovremeno bude informisana o ukidanju pritvora okrivljenom, o bjekstvu okrivljenog i otpuštanju osuđenog sa izdržavanja kazne u praksi se vrlo često ne primjenjuje što je inkompatibilno sa evropskim standardima o zaštiti prava žrtava krivičnih djela.

Evropska regulativa o pravima žrtava predviđa jačanje položaja žrtve u trostrukom svojstvu u krivičnom postupku apostrofirajući neophodnost zaštite od najtežih oblika krvnih, seksualnih i drugih delikata i pod žrtvom podrazumijeva viktimizaciju u širem smislu u odnosu na različite oblike zajednice i partnerstva. Međutim, i pored poboljšanih zakonskih rješenja hronični problem je implementacija evropskih standarda. To je posebno izraženo u odnosu na proklamovani pristup žrtve institucijama sistema u smislu poboljšanja njenog položaja u krivičnom postupku. I pored

preuzete obaveze država još uvijek nije formirala nacionalnu službu za pomoć i podršku žrtvama krivičnih djela. U tom smislu nije zaživjela djelotvorna psihološka podrška žrtvi kao ni drugi vrlo važni oblici stručne pomoći. Kada je u pitanju evropski standard koji se tiče zaštite žrtve od odmazde i zastrašivanja na tom polju se vrlo malo uradilo. Samo u poslednjih nekoliko godina izvršeno je više najtežih krivičnih djela protiv života i tijela jer je izostala primjena standarda u dijelu fizičke zaštite žrtve što je za posledicu imalo gubitke ljudskih života. U velikom broju slučajeva žrtve su odustajale od krivičnog gonjenja usljed straha od odmazde nasilnika. Čak i jedan od ključnih standarda koji predviđa zaštitu dostojanstva žrtve u vrijeme davanja iskaza u svojstvu svjedoka nije implementiran budući da ona još uvijek doživljava dodatnu viktimizaciju. U praksi se nerijetko dešava da se žrtva više puta saslušava što je direktno u koliziji sa evropskim standardima i ta nepotrebna saslušanja se uvijek negativno reflektuju na ličnost žrtve. Problem postoji i u odnosu na vremenski period u kojem žrtva daje iskaz jer evropski standardi predviđaju da se to čini bez neopravdanog odlaganja, dok u nacionalnom pravu ova radnja se vrlo često preduzima kasno kada žrtva u svojstvu svjedoka nije u mogućnosti da vjerno opiše događaj usljed protoka vremena i zaboravljanja ključnih detalja. Evropski dokumenti predviđaju pravo žrtve na pratnju lica u koje ima povjerenje u vrijeme preduzimanja radnji u krivičnom postupku. Međutim, u praksi još uvijek žrtva usamljeno čeka na davanje iskaza a podrške niotkuda.

Evropski standardi predviđaju implementaciju specijalnih mjera zaštite žrtve u čijoj osnovi je izrada individualne procjene ugroženosti žrtve. Ove aktivnosti se realizuju prije saslušanja žrtve i individualna procjena rizika obuhvata utvrđivanje ključnih elemenata za primjenu specijalnih protektivnih mjera u odnosu na žrtvu. Ako se utvrdi da opasnost postoji utvrđuju se posebne mjere zaštite koje treba implementirati. Nepostupanje po ovim standardima imalo je za posledicu gubitke života žena koje su bile izložene nasilju u dužem vremenskom periodu. Kada se radi o posebnom načinu ispitivanja žrtve on još uvijek nije zaživio kao ni korišćenje digitalnih tehnologija u svrhu izbjegavanja neposrednog kontakta žrtve sa okrivljenim i slično. Propisano je da procjena zavisi od brojnih elemenata a naročito od ličnih osobina žrtve, okolnosti izvršenja krivičnog djela i same prirode i tipologije delikta ali u praksi ti standardi se ne primjenjuju. Standardi predviđaju da se sa posebnom pažnjom postupi u slučajevima viktimizacije žrtve zbog njenog ličnog svojstva i žrtve koja je naročito ranjiva zbog specifičnog odnosa sa osumnjičenim ali to sve ostaje samo slovo na papiru. Predviđeno je da se individualna procjena žrtve realizuje uz njenu participaciju pri čemu se uzimaju u obzir njene želje, što znači da ona odlučuje hoće li koristiti posebne mjere zaštite. U slučaju odbijanja zaštite i kada je ozbiljno ugrožen njen život, prednost treba dati zaštiti života i tijela.

Poseban problem u implementaciji evropskih standarda vezani su za obeštećenja žrtve od učinioca u najranijoj fazi, zatim na deficit standarda za pružanje usluga žrtvi i nedostatak fondova za naknadu štete žrtvama. Crnogorsko zakonodavstvo ne poznaje podršku žrtvi u smislu rehabilitacije i garancije neponavljanja delikta. Ključni nedostatak postojećeg nacionalnog pravnog sistema odnosi se na nemogućnost žrtve da ostvari odštetni zahtjev, budući da se redovno upućuje na parnicu. Stoga bi bilo neophodno obavezati sudove da u krivičnom postupku odlučuju o obeštećenju žrtve i na taj način efikasnije zaštite njene imovinske interese.

7. ZAKLJUČAK

Neophodnost jačanja položaja žrtava u krivičnom postupku je u cjelosti utemeljena iako je bio dug put da žrtva dobije status i ulogu oštećenog, oštećenog kao tužioca i privatnog tužioca u krivičnom postupku. Ustanovljavanje većeg broja stepena podrške viktimiziranim licima unutar crnogorskog krivičnog zakonodavstva, koji su u saglasju sa evropskim aktima značajno će unaprijediti ulogu žrtve. Važno je istaći da je izostajao sistematičan i temeljan plan uređenja i cjelovitog analiziranja prava žrtava zločina. Primarni zadatak jeste obezbjeđivanje viktimiziranoj osobi da učinkovito učestvuje tokom trajanja krivičnog postupka. Saglasno prednje navedenim aktima Evropske unije žrtva ima pravo da učestvuje u postupku uz pomoć tumača i pravo da joj bude omogućen pisani i usmeni prevod, kako kada su podnesci u pitanju i upoznavanje sa istima, tako i prilikom saslušavanja pred nadležnim organom. Pravo žrtve da joj bude pružena zaštita od sekundarne i ponovne viktimizacije, zastrašivanja i odmazde, ima izrazitu važnost. Pojedinačna ocjena ugroženosti žrtve suzbije produžetak viktimizacije i osjetno umanjiti rizik od ugrožavanja fizičkog i psihičkog integriteta viktimiziranog lica. Na osnovu navedenog da se zaključiti da država Crna Gora posjeduje normativni okvir za djelotvorno pružanje pomoći, podrške i zaštite žrtvama krivičnih djela, međutim neophodno je puno preduzeti i sprovesti na polju unapređenja položaja žrtve i njene zaštite kako u krivičnom postupku tako i van krivičnog postupka. I dalje se otklanjaju problemi u pojedinačnim slučajevima, ali nema odgovarajućeg dugoročnog rješenja, nedjelotvorna je kooperacija postupajućih državnih organa i ne egzistira fond za obeštećenje žrtava, te se zaključuje da je potrebno uložiti dodatne napore, ne bi li se dosegli evropski standardi, kada je riječ o zaštiti žrtava delikata. Najzad valja napomenuti potrebu za informisanošću stanovništva o pravima žrtava zločina, ne bi li bio što manji broj viktimiziranih lica. Neophodno je osvješćivanje građana o ovom socijalnom izazovu, jačanje preventivnih mjera, a ukoliko dođe do izvršenja krivičnog djela žrtva treba da bude na ključnoj poziciji unutar pravosudnog sistema.

LITERATURA

1. Androulakis Ioannis, „European Perspective on Rights for Victims of Crime”, *EUCRIM*, No. 4, 2014.
2. Direktiva 2012/29/EU Evropskog parlamenta i Savjeta, Službeni list EU L 315/57.
3. Hentig von Hans, *The criminal and his victim*, Yale University Press, New Haven, 1948.
4. Jakulin Vid „Žrtva krivičnog dela i krivično zakonodavstvo Republike Slovenije (pozitivno pravna rešenja, iskustva u primeni i mere za unapređenje norme i prakse”, *Misija OEBS-a u Srbiji*, Beograd, 2020.
5. Johnstone Gerry, *A Restorative Justice Reader, Texts, Sources, Context*, Willan Publishing, Devon, 2003.
6. Krstić Gordana, „Zaštita žrtve u srpskom i portugalskom krivičnom zakonodavstvu”, *Strani pravni život*, 2018.
7. Medelsohn Benjamin, *Revenue internationale de criminologie ed de police technique*, A new Branch of Bio-Psychological science: la Victimology, Geneve, 1956.

8. Okvirna odluka Savjeta Evropske unije o položaju žrtava u krivičnom postupku, 2001/220/JHA.
9. Petrović Mrvić Nataša, „Zaštita prava žrtava i evropske integracije, u: Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 – norma praksa i mere harmonizacije)”, *Udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu*, Zlatibor, 2016.
10. Radulović Drago, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, Podgorica, 2015.
11. Radulović Drago, „Žrtve krivičnih djela i krivično zakonodavstvo Crne Gore, (pozitivno-pravna rešenja, iskustva u primjeni i mjere unapređenja)”, *Misija OEBS-A u Srbiji*, Beograd, 2020.
12. Rakočević Velimir, Jovanović Aleksandra, „Zaštita prava žrtava krivičnih djela u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i evropski standardi”, *Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava-Slobodan Perović*, Beograd, 2022.
13. Rakočević Velimir, *Kriminologija*, BD Graf, Podgorica, 2007.
14. Ramljak Alija A., Simović Miodrag N., *Viktimologija*, Fakultet pravnih nauka, Banja Luka, 2006.
15. Škulić Milan., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Misija OEBS u Crnoj Gori, Podgorica, 2009.
16. Škulić Milan, *Normativna analiza položaja žrtve krivičnog dela/oštećenog krivičnim delom u krivičnopravnom sistemu Srbije – aktuelno stanje, potrebe i moguće promene*, Misija OSCE u Srbiji, Beograd, 2015.
17. Zakonik o krivičnom postupku Crne Gore, Službeni list CG br. 57/2009, 49/2010, 35/2015, 58/2015.
18. Zakon o naknadi štete žrtvama krivičnog djela nasilja, Službeni list CG broj 35/2015.
19. Zakon o postupanju prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela, Službeni list CG br. 064/11 i 001/18.
20. Zakon o zaštiti svjedoka, Službeni list RCG br. 65/2004.

CRIMINAL LAW INSTRUMENTS FOR THE PROTECTION OF VICTIMS OF CRIME IN MONTENEGRO LEGISLATION AND EUROPEAN LEGAL STANDARDS

Aleksandra Rakočević⁶⁵

Faculty of Law of the University of Montenegro

Summary: *The research focus of this paper is the victimological dimension of the criminal phenomenon, that is, the victim of a criminal offence, as well as the typology of victims, the risk of victimization, victimogenic predispositions and the protection of victims of crime in the substantive and procedural criminal legislation of Montenegro and the European Union. Criminal law protection of victims of criminal offences is still not complete and satisfactory, despite the alarming data on the increasingly pronounced victimization of a large number of people at the national and global level. The efforts of the European Union and individual states to standardize and implement appropriate criminal law instruments for providing assistance in the protection of victims of crime, despite good normative solutions, still do not give the expected results in terms of reducing the number of victims of criminal offences. A major problem is the secondary victimization to which the victims are exposed due to the lack of an effective support system, in order to alleviate the trauma of victimization. Every person victimized by different types of incriminations experienced suffering and pain, was harmed or had their personal rights violated. Therefore, criminal law theory increasingly focuses on researching the position of the victim in criminal proceedings. The victim is given public legal importance since she can make a great contribution to the correct and complete determination of the factual situation in criminal proceedings. In the paper, special attention will be paid to European legal standards in this area with emphasis on Directive 2012/29/EU of the European Parliament and the Council on the establishment of minimum standards in the rights, support and protection of victims of crime and its compatibility with Montenegrin criminal legislation.*

Keywords: *criminal offence, victim, criminal law instruments, European legal standards.*

⁶⁵ Dr. Aleksandra Rakočević, teaching assistant at the Faculty of Law of the UCG, Podgorica, e-mail: aleksandrajovanovic417@gmail.com

IZNAD UBISTVA? – PREISPITIVANJE PRAVNIH PARADIGMI ZA PREPOZNAVANJE FEMICIDA

Filip Novaković¹

Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

Sažetak: Ovaj rad zadire u pitanje femicida i izazove povezane s pitanjem njegova priznavanja unutar nacionalnih zakonodavstava. Femicid, definisan kao namjerno ubistvo žena na temelju spola, postao je kritičan problem na globalnoj razini, odražavajući duboko ukorijenjene društvene nejednakosti. Ovaj rad kritički ispituje postojeće pravne okvire u različitim jurisdikcijama i ocjenjuje njihovu učinkovitost u rješavanju jedinstvene prirode femicida. Rad se bavi razvojem konceptualizacije femicida u kontekstu krivičnog prava, postavljajući pitanje potrebe za specijaliziranim pravnim odgovorima koji priznaju različite motive i obrasce povezane s rodno uslovljenim i zasnovanim nasiljem. Oslanjajući se na komparativnu pravnu analizu, rad naglašava varijacije u zakonodavnim pristupima, od eksplicitne kriminalizacije do razvoja namjenskih zakona o femicidu. Ocjenjuje prednosti i slabosti ovih pristupa, uzimajući u obzir njihov utjecaj na kazneni progon, prevenciju i sveukupno odvracanje od femicida. Nadalje, rad se bavi složenošću koja okružuje prikupljanje dokaza u slučajevima femicida, ispitujući izazove s kojima se tijela za provođenje zakona suočavaju u prepoznavanju i primjerenoj istrazi tih i takvih krivičnih djela. Sintetizirajući pravne, sociološke i kriminološke perspektive, ovaj rad pridonosi tekućem diskursu o femicidu, nudeći uvide koji mogu informisati razvoj zakonodavstva i unaprijediti borbu protiv rodno zasnovanog nasilja.

Ključne riječi: femicid, rodno zasnovano nasilje, pravne paradigme, krivično pravosuđe, intersekcionalnost, nejednakost spolova, pravna reforma.

1. UVOD

Godine 1782, sudija u Engleskoj dao je muževima pravo da koriste nasilje nad svojim ženama sve dok sredstvo koje se koristi nije deblje od njihovog palca. Ovaj standard mjerenja doveo je do skovanja izraza „pravilo palca“ (Rule of Thumb).

Posljednjih desetljeća, diskurs oko rodno zasnovanog nasilja privukao je sve veću pozornost akademske zajednice, kreatora politika i aktivista diljem svijeta. Središnji dio ovog diskursa je koncept femicida, koji označava namjerno ubijanje žena zbog njihova spola. Priznavanje femicida

¹ Magistar prava, student doktorskih studija prava na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici (uža naučna oblast: Krivično pravo), dopisni član Bosanskohercegovačko-američke Akademije umjetnosti i nauka. E-mail: filipnovakovic.iur@gmail.com; ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9979-5824>

kao posebnog oblika nasilja potaknulo je pravne sisteme na globalnoj razini da se suoče s njegovom složenosti i razgranavanjem unutar područja krivičnog prava i pravosuđa. Iako je pojam „femicid“ postao popularan u akademskim i zagovaračkim krugovima, njegovo prepoznavanje unutar pravnih okvira ostaje promjenjivo i, povremeno, neadekvatno. Ovaj se rad nastoji upustiti u kritičku analizu pravnih paradigmi koje reguliraju prepoznavanje i krivično gonjenje (zločina) femicida, ispitujući u kojoj se mjeri postojeći zakoni adekvatno bave jedinstvenom dinamikom i manifestacijama rodno zasnovanih (ili bolje rečeno uslovljenih) ubistava, sa naročitim osvrtom na Bosnu i Hercegovinu.

Razvojno gledano, pravni sistemi pretežno su kategorizirali ubistva žena kao slučajeve „običnog“ ili teškog ubistva, često ne prepoznajući rodne motive i društveni kontekst koji je u pozadini ovih zločina.² Takva kategorizacija zamagljuje posebnu prirodu femicida, održavajući narativ koji odvaja ta ubistva od širih obrazaca rodne nejednakosti, diskriminacije i nasilja nad ženama. Posljedično, neuspjeh da se eksplicitno identifikira i procesuiru femicid ne samo da podriva potragu za pravdom za žrtve, već također održava društvene (sistemske) nepravde i nejednakosti. Štaviše, prevladavajući pravni okviri često zanemaruju interseksijsko djelovanje femicida, zanemarujući kako se faktori poput rase, etničke pripadnosti, klase, seksualne orijentacije i invaliditeta isprepliću sa spolom kako bi oblikovali iskustva nasilja i ranjivosti. Neuspjeh da se uzmu u obzir ove isprepletene osovine ugnjetavanja rezultira ograničenim razumijevanjem femicida i njegovih učinaka na marginalizirane i ranjive zajednice, što dodatno održava sistemske nepravde.

U svjetlu ovih nedostataka, postoji hitna potreba da se preispitaju postojeće pravne paradigme koje reguliraju priznavanje i krivično gonjenje (zločina) femicida. To zahtijeva sveobuhvatno ispitivanje konceptualne, teorijske i praktične dimenzije femicida unutar pravnih okvira, s ciljem razvoja snažnijih i osjetljivijih pristupa rješavanju rodno zasnovanog nasilja. Oslanjajući se na uvide iz kaznenog prava, kriminologije, feminističke teorije i diskursa o ljudskim pravima, ovaj članak kritički ocjenjuje primjerenost trenutnih pravnih odgovora na femicid i predlaže puteve za reformu. Preispitivanjem temeljnih pretpostavki, pristranosti i ograničenja postojećih pravnih paradigmi, ovo istraživanje ima za cilj doprinijeti stalnim diskursima oko ove negativne društvene pojave i rodnom nejednakošću u cjelini.

2. POJAM (KONCEPT)

Razumijevanje femicida, iako se konstantno razvija, ostaje ograničeno, ali empirijski dokazi naglašavaju značajnu pojavu femicida koji se događaju unutar konteksta nasilnih veza, uglavnom počinjenih od strane sadašnjih ili bivših intimnih partnera. Femicid, kao konstrukt, obično se tumači kao namjerno i ciljano ubijanje žena isključivo na temelju njihova spola; međutim, njegova konceptualna širina obuhvata bilo koji oblik smrtonosnog nasilja usmjerenog prema ženama ili djevojčicama. Pretežno karakteriziran muškim počiniteljima, femicid povremeno uključuje žensku rodbinu, ocrtavajući nijansiraniju perspektivu na ovaj zamršeni društveni fenomen.³

² Vid. šire Emir Ćorović, „Teško ubistvo na svirep način“, *Crimen, Časopis za krivične nauke*, 13(1)/2022, 28-47.

³ Vid. Jacquelyn C. Campbell, Nancy Glass, Phyllis W. Sharps, Kathryn Laughon, Tina Bloom, „Intimate partner homicide: review and implications of research and policy“, *Trauma, Violence & Abuse*, 8(3)/2007, 246-269.

Femicid, pojam koji simbolizira rodno zasnovano (uzrokovano) smrtonosno nasilje, saži-ma spektar ubojstvenih radnji motiviranih rodnom netrpeljivošću, društvenim nejednakostima ili sustavnom mizoginijom.⁴ Jezgra femicida nalazi se unutar počinjenja smrtonosnog nasilja nad ženama, što dovodi do višestrukih implikacija na društveni diskurs, pravne okvire i intervencije javne politike. Unutar područja intimnog partnerskog nasilja (*intimate partner violence*, IPV), femicid se pojavljuje kao sumorna manifestacija prisilne kontrole, koja se očituje u krajnjoj tvrd-nji moći i dominacije nad ženama žrtvama. Pored toga, etiologija femicida duboko je isprepletena sa širim tkivom rodno zasnovane dinamike moći, strukturalnih ranjivosti i kulturnih normi koje održavaju rodno zasnovano nasilje.⁵ Udubljujući se u zamršenu međuigru socio-kulturnih čim-benika, psiholoških mehanizama i sistemskih neuspjeha, teoretičari i praktičari nastoje dešifrirati složenu tapiseriju motivacija, faktora rizika i okolnosti koje izazivaju femicidne radnje. Bez obzira na prevladavajuće muško počiniteljstvo, uključenost ženskih počinitelja, osobito unutar porodič-nog konteksta, osvjetljava nijansirane manifestacije rodno zasnovanog nasilja i složenu dinamiku viktimizacije i počinitelja. Povezanost između femicida i porodičnih odnosa naglašava međuge-neracijski prijenos nasilja, unutarporodične neravnoteže moći i isprepletenost narativa žrtve i preživjelog s putanjama počinitelja.

No, ako se malo vratimo u prošlost korijene koncepta ove izrazito negativne društvene pojave možemo pronaći još 1801. godine, kada je pojam *femicide* prvi put upotrijebio irski autor John Corry, kako bi opisao „ubistvo žene“. Nakon toga se ovaj termin počeo upotrebljavati upravo za slikoviti događaj ubistva žene, uzimajući etiološko porijeklo ove riječi (kovanica dvije latinske riječi: *femina*, što znači žena i *cide*, od izraza *caedere*, što znači ubiti). U paradigmi naše zbilje, pojam „femicid“ uvodi feministička teoretičarka Diana E. H. Russel, i to kao: „ubistvo žena od stra-ne muškaraca zato što su žene“. Ovime je Russel istakla upravo rodnu (seksističku) komponentu ovog fenomena. Prema njenom shvatanju, femicid je rodno motivirano nasilje koje se zasniva na mizoginiji, odnosno mržnji prema ženama samo zato što su žene (time je istakla i momentat da je femicid oblik zločina iz mržnje – *hate crime*).⁶ Naravno, nije se cjelokupna akademska zajednica usaglasila sa ovim konceptom. Postoje i autori koji su ponudili i druge definicije. Tako imamo defi-niciju koju su sačinile Jacquelyn Campbell i Carol Runyan. Prema njima, femicid je termin koji se tiče „svih ubistava žena, bez obzira na motiv ili status počinitelja“. One ističu da se motiv ne može uvijek utvrditi, pa se stoga mora ukloniti iz kvalifikacije za femicid.⁷

Feministički autori, poput Desmonda Ellisa i Waltera Dekesederyja, zalažu se za precizan definicijski okvir, tvrdeći da se femicid odnosi isključivo na namjerno i svrhovito ubijanje žena koje počine muškarci. Središnji dio njihovog argumenta je inzistiranje na namjeri (umišljaju) muškarca, čime se isključuju prikriveni femicidalni činovi, kako je navedeno u ekspanzivnoj definiciji Diane Russell.⁸ Nadalje, Ellis i Dekesedery razjašnjavaju dijalektičku prirodu femicida, postavljajući ga

4 Ana Batričević, „Krivičnopravna reakcija na femicid“, *Temida, Časopis o viktimologiji, ljudskim pravima i rodu*, 3-4/2016, 433.

5 Magdalena Grzyb, Marceline Naudi, Chaime Marcuello-Servós, TWO Femicide definitions, in: *Femicide across Europe: Theory, research and prevention*, Shalva Weil, Cosuelo Corradi, Marceline Naudi (eds.), Bristol, Bristol Uni-versity Press, 2018, 19-20.

6 Diana E. H. Russell, Roberta A. Harmes, *Femicide in Global Perspective* (New York: Teachers College Press, 2001), 13-14.

7 Vid. Jacquelyn Campbell, Carol W. Runyan, „Femicide“, *Homicide Studies*, 2(4)/1998, 347-352.

8 Vid. šire Desmond Ellis, Walter Dekesedery, *The wrong stuff: An introduction to the sociological study of devi-ance* (Scarborough, Ontario: Allyn and Bacon, 1996).

kao simbol borbe za moć u kojoj muškarci nastoje uspostaviti dominaciju i kontrolu nad ženama, dok se žene, zauzvrat, opiru podjarmljivanju i teže autonomiji. Ova konceptualizacija razotkriva zamršenu međuigru dinamike moći, prisilnih mehanizama kontrole i rodno zasnovanih opresija svojstvenih intimnim partnerskim odnosima i društvenim strukturama uopšteno. Razjašnjavajući femicid kao manifestaciju patrijarhalnog nasilja, Ellis i Dekesedery upravljaju složenim terenom rodničkih odnosa, naglašavajući sistemske nejednakosti i kulturne norme koje održavaju rodno zasnovano nasilje nad ženama.⁹ Suprotno tome, južnoazijske feministkinje nude proširenu konceptualizaciju femicida, naglašavajući njegove interseksijske dimenzije i složene učinke isprepletenih oblika ugnjetavanja. Prema njihovoj perspektivi, femicid ne obuhvata samo namjerno ubijanje žena od strane muškaraca, već se proteže i na nasilje unutar ženske populacije počinjeno u interesu muškaraca.¹⁰

Femicid, dakle, sažima ubistvo žena na temelju njihova spola, koje obično počinje muškarci zbog duboko ukorijenjenih mizoginih stavova, društvenih normi ili rodno utemeljenih razlika u moći.¹¹ Ono predstavlja teški oblik rodno zasnovanog nasilja, odražavajući i održavajući sistemske nejednakosti i diskriminaciju žena unutar različitih društveno-kulturnih konteksta. Prema tome, osnovni elementi koji karakteriziraju femicid uključuju ne samo čin ubistva – lišenja života, već i temeljne motive i društvenu dinamiku koja pokreće takve gnusne zločine. Ti elementi često obuhvataju raspon od nasilja od strane intimnog partnera, gdje je počinitelj obično sadašnji ili bivši partner koji nastoji izvršiti kontrolu ili dominaciju nad žrtvom, do širih društvenih i kulturnih faktora koji normaliziraju nasilje nad ženama i održavaju rodnu nejednakost.¹²

3. VRSTE I TIPOVI

Intimni (partnerski) femicid

Intimni femicid, potkategorija unutar šireg spektra femicidnog nasilja, ocrtava jezivu stvarnost u kojoj krajnja izdaja povjerenja i privrženosti kulminira fatalnim počinjenjem nasilja od strane sadašnjeg ili bivšeg muža ili partnera. Unutar akademskog diskursa poznat kao ubistvo intimnog partnera, ovaj oblik femicida sažima mučnu dinamiku intimnih odnosa prepunih prisilne kontrole, razlika u moći i nasilja temeljenog na spolu.¹³ Femicid intimnog partnera, alternativno nazvan „romantični femicid“, evocira dirljivu priču o uništenoj ljubavi i uništenim životima, dok je svetost intimnih veza narušena izrazitom brutalnošću smrtonosne agresije. Definišući karakteristika femicida intimnog partnera leži u dijadi počinitelj-žrtva, pri čemu se napadač uvijek identificira kao intimni partner ili bivši intimni partner žrtve. Ovaj intimni neksus naglašava duboku izdaju

⁹ Vid. Holly Johnson, Li Eriksson, Paul Mazerolle, Richard Wortley, „Intimate Femicide: The Role of Coercive Control“, *Feminist Criminology*, 14(1)/2019, 3-23.

¹⁰ Russell, Harmes, *Femicide in Global Perspective*, 13-14.

¹¹ Zorica Mršević, „Femicid“, *Pravo i politika*, 1/2013, 52; Zorica Mršević, *Nasilje i mi – ka društvu bez nasilja* (Beograd: Institut društvenih nauka, 2014), 87; Zorica Mršević, „Medijsko izveštavanje o femicidu“, *Temida, Časopis o viktimizaciji, ljudskim pravima i rodu*, 17(1)/2014, 81.

¹² Vid. Karen D. Stout, „Intimate Femicide: A National Demographic Overview“, *Journal of Interpersonal Violence*, 6(4)/1991, 476-485.

¹³ Vid. Šire Tina Hotton, *Spousal Violence After Marital Separation* (Ottawa: Canadian Centre for Justice Statistics, 2001).

povjerenja i pretvaranje naklonosti u agresiju, utjelovljujući paradoksalne manifestacije ljubavi i nasilja unutar carstva intimnih odnosa. Štaviše, femicidu od strane intimnog partnera često prethodi kontinuitet prisilnog ponašanja i nasilja od strane intimnog partnera, pri čemu je žrtva zarobljena u mreži straha, manipulacije i psihičkog mučenja.

Konceptualizacija femicida intimnog partnera otkriva složenu međuigru individualnih, relacijskih i društvenih čimbenika koji potiču smrtonosno nasilje unutar intimnih partnerstava. Ukorijenjen unutar patrijarhalnih ideologija, strukturalnih nejednakosti i kulturnih normi koje održavaju rodno zasnovano nasilje, femicid intimnog partnera pojavljuje se kao sumoran odraz ukorijenjenih razlika u moći i sistemskih propusta unutar pravnih i društvenih okvira.¹⁴

Ubistva iz „časti“

Fenomen ubistava počinjenih u ime „časti“ predstavlja manifestaciju rodno zasnovanog nasilja, duboko ukorijenjenog unutar (patrijarhalnih) struktura i kulturnih normi. Ovi zločini uključuju ubistvo djevojke ili žene od strane muškog ili ženskog člana porodice, vođeno percipiranim ili stvarnim prijestupima protiv porodične „časti“, uključujući spektar ponašanja kao što su preljub, predbračni ili izvanbračni seksualni odnosi, trudnoća izvan braka ili čak i viktimizacija putem silovanja.¹⁵ Počinitelji, često motivirani pogrešnim osjećajem porodičnog ugleda, privrženosti tradiciji ili pogrešnim tumačenjem vjerskih zapovijedi, femicid vide kao sredstvo očuvanja percipirane svetosti porodične časti.¹⁶

Ubistva iz razloga „časti“ služe kao brutalan mehanizam za provođenje rodni normi i patrijarhalne kontrole nad ženskom autonomijom i seksualnošću. Ova ubistva, pretežno su raširena u regijama Bliskog istoka i Južne Azije, kao i među dijasporiskim zajednicama širom svijeta, naglašavaju podmuklu prirodu rodno zasnovanog nasilja koje nadilazi geografske i kulturne granice. Takva se ubostva često izvršavaju različitim jezivim metodama, u rasponu od vatrenog oružja, sjekira i oštarih alata do gušenja, ubadanja, spaljivanja ili čak prisiljavanja žrtve da unese otrov ili bacanje s visine (npr. zgrade ili litice).¹⁷ Počinjanje ubistva iz „časti“ naglašava suučesništvo širih društvenih struktura i pravnih sistema u održavanju rodno utemeljene diskriminacije i nasilja nad ženama i djevojčicama.¹⁸ Uprkos nečuvenoj prirodi ovih zločina, počinitelji često izbjegavaju odgovornost i kaznu zbog saučesništva, usljed pravnih i pravosudnih sistema koji toleriraju ili zatvaraju oči na takve prakse. Pored toga, prešutno prihvatanje, pa čak i poticanje ubistva iz „časti“ od strane drugih članova porodice, uključujući žene, dodatno ilustriraju duboko ukorijenjenu prirodu patrijarhalnih

14 Olivera Pavičević, Hajdana Glomazić i Ljeposava Ilijić, „Femicid kao deo strukture nasilja“, *Temida, Časopis o viktimologiji, ljudskim pravima i rodu*, 3-4/2016, 466.

15 Fatma Khafagy, *Honour killing in Egypt*, UN Division for the Advancement of Women, „Violence against women: Good practices in combating and eliminating violence against women“, Expert Group Meeting (2005), dostupno na: <https://www.un.org/womenwatch/daw/egm/vaw-gp-2005/docs/experts/khafagy.honorcrimes.pdf> (24.5.2024).

16 Fadia Faqir, „Intrafamily femicide in defence of honour: the case of Jordan“, *Third World Quarterly*, 22(1)/2001, 72. Vid. šire Sujay Patel, Amin Muhammad Gadit, „Karo-Kari: a form of honour killing in Pakistan“, *Transcultural Psychiatry*, 45(4)/2008, 683-694.

17 Vid. Muazzam Nasrullah Sobia Haqqi, Kristin J. Cummings, „The epidemiological patterns of honour killing of women in Pakistan“, *European Journal of Public Health*, 19(2)/2009, 193-197, Khafagy, *Honour killing in Egypt*, UN Division for the Advancement of Women, „Violence against women: Good practices in combating and eliminating violence against women“, Expert Group Meeting (2005).

18 Vid. Patel, Gadit, „Karo-Kari: a form of honour killing in Pakistan“, 683-694.

ideologija i porodične dinamike koja održava rodno zasnovano nasilje.¹⁹ Ovi tragični primjeri služe kao eksplicitne manifestacije kulturnih normi i društvenih stavova koji daju prednost percipiranoj „časti“ porodice nad inherentnim pravima i dostojanstvom žena kao ljudskih bića.

Femicid poveza s mirazom

Još jedan oblik rodno zasnovanog nasilja usmjerenog na žene zamršeno je isprepleten s kulturološkim običajima oko miraza. Primarno raširen u regijama indijskog potkontinenta, ovaj fenomen očituje se u obliku tek udanih žena koje postaju žrtve smrtonosnog nasilja od strane svoje tazbine, potaknuto sukobima proizašlim iz sporova oko miraza.²⁰ Središnje mjesto u ovoj praksi je ideja da mladenkina porodica mora dati miraz – uobičajeni dar ili plaćanje – mladoženjinoj porodici nakon vjenčanja. Tragično, sporovi koji proizlaze iz percipiranih neadekvatnosti u ponudi miraza često eskaliraju do djela ekstremnog nasilja nad nevjestom.²¹ Podmukla priroda nasilja povezanog s mirazom nadilazi pojedinačne tragedije i obuhvata šire društvene implikacije, odražavajući duboko ukorijenjene rodne nejednakosti i patrijarhalnu dinamiku moći. Pretvarajući žene u robu i svodeći ih na objekte razmjene unutar bračnih transakcija, pojedine prakse miraza održavaju predodžbe o ženskoj podređenosti i zavisnosti, pogoršavajući ranjivost na nasilje i iskorištavanje.²²

Femicid izvan intimnih odnosa

Izvan područja intimnih odnosa, femicid poprima još jednu ostru dimenziju poznatu kao neintimni femicid, gdje počinitelju nedostaje osobna ili intimna veza sa žrtvom. Istodobno, femicid karakteriziran seksualnom agresijom označava se kao seksualni femicid, označavajući zaseban podskup unutar ovog sumornog spektra rodno zasnovanog nasilja. Ovi oblici femicidnog nasilja mogu se pojavljivati sporadično, ali također otkrivaju alarmantne obrasce sistemog ciljanja žena, a što je posebno posebno vidljivo u regijama kao što je Latinska Amerika. Neintimni femicid utjelovljuje brutalnost rodno zasnovanog nasilja koje počinu pojedinci lišeni bilo kakvih prijašnjih relacijskih veza sa žrtvom. Za razliku od intimnog partnerskog femicida, gdje je počinitelj poznat žrtvi, neintimni femicid često se odvija u kontekstu anonimnosti, gdje žrtve postaju mete oportunističkog nasilja ili namjerne grabežljivosti. Slučajevi sistemskih ubistava žena su se po prvi put prepoznali u meksiškom gradu Ciudad Juárez, smještenog uz granicu Meksika i Sjedinjenih Američkih Država, gdje su žene žrtve brutalnih ubistava bez bilo kakve poveznice sa počiniteljima ili između sebe (osim toga što su žene).²³

19 Khafagy, *Honour killing in Egypt*, UN Division for the Advancement of Women, „Violence against women: Good practices in combating and eliminating violence against women“, Expert Group Meeting (2005).

20 Milica Kovačević, „Femicid i krivičnopravna reakcija: Osvrt na praksu Evropskog suda za ljudska prava“, *Kultura polisa*, 19(2)/2022, 150-151.

21 Virendra Kumar, „Dowry Deaths (Bride Burnings) in India“, *Strengthening Understanding of Femicide*, 89-94, dostupno na: https://media.path.org/documents/GVR_femicide_rpt.pdf (24.5.2024).

22 Pavićević, Glomazić Ilijić, „Femicid kao deo strukture nasilja“, 467.

23 Violence against women and girls, and sexual and reproductive rights, Mexico Annual Report, Amnesty International 2011, dostupno na: <https://www.amnestyusa.org/reports/annual-report-mexico-2011/> (24.5.2024). Vid. Julia E. Monárrez Fragoso, „An Analysis of Femicide in Ciudad Juárez: 1993–2007“, *Strengthening Understanding of Femicide*, 78-83, dostupno na: https://media.path.org/documents/GVR_femicide_rpt.pdf (24.5.2024).

4. UZROCI I RIZICI

Dinamika i faktori rizika povezani s femicidom mogu se podijeliti u dvije osnovne kategorije: oni koji se pripisuju počinitelju i oni koji se tiču žrtve. Faktori povezani s počiniteljem:

- (1) Nezaposlenost: Ekonomska nestabilnost i nezaposlenost mogu pogoršati osjećaj neadekvatnosti ili nemoći, povećavajući rizik od pribjegavanja nasilju kao sredstvu za uspostavljanje kontrole.²⁴
- (2) Posjedovanje oružja: Pristup vatrenom oružju povećava smrtonosnost porodičnih svađa i eskalira rizik od femicidnih djela.²⁵
- (3) Prijetnje ubostvom oružjem: Izražavanje nasilne namjere, posebno oružjem, služi kao preteča femicidnog nasilja, signalizirajući potencijal za neposrednu štetu.²⁶
- (4) Prisilni seksualni čini: Počinitelji koji ostvaruju kontrolu putem prisilnog spolnog odnosa ili prisile mogu eskalirati do smrtonosnog nasilja kako bi zadržali dominaciju nad svojim partnerima.²⁷
- (5) Zloupotreba opojnih sredstava: Problematična konzumacija alkohola i droga narušava rasuđivanje i pogoršava agresiju, povećavajući vjerojatnost smrtonosnog nasilja unutar intimnih odnosa.²⁸
- (6) Problemi mentalnog zdravlja: Pojedinci koji se bore s poremećajima mentalnog zdravlja, osobito u slučajevima femicida-samoubistava, gdje si počinitelj oduzme život nakon ubistva svoje partnerice, predstavljaju povećani rizik od smrtonosnog nasilja.²⁹
- (7) Prethodno zlostavljanje od strane intimnog partnera: Ranije počinjenja nasilja od strane intimnog partnera, posebno nad ženom koju su na kraju ubili, služi kao istaknuti faktor rizika za femicidalne radnje.³⁰

24 Campbell *et al.*, „Intimate partner homicide: review and implications of research and policy“, 246-269. Vid. šire Jacquelyn C. Campbell *et al.*, „Risk factors for femicide in abusive relationships: results from a multisite case control study“, *American Journal of Public Health*, 93(7)/2003, 1089-1097.

25 Campbell *et al.*, „Intimate partner homicide: review and implications of research and policy“, 246-269. Vid. When Men Murder Women: An Analysis of 2006 Homicide data – Females Murdered by Males in Single Victim/Single Offender Incidents, Violence Policy Center, dostupno na: <https://www.vpc.org/studies/wmmw2012.pdf> (24.5.2024).

26 Campbell *et al.*, „Intimate partner homicide: review and implications of research and policy“, 246-269 i Campbell *et al.*, „Risk factors for femicide in abusive relationships: results from a multisite case control study“, 1089-1097.

27 Campbell *et al.*, „Intimate partner homicide: review and implications of research and policy“, 246-269

28 Monique Widyono, „Conceptualizing Femicide“, *Strengthening Understanding of Femicide*, 18, dostupno na: https://media.path.org/documents/GVR_femicide_rpt.pdf (24.5.2024).

29 Campbell *et al.*, „Intimate partner homicide: review and implications of research and policy“, 246-269 i Jacquelyn C. Campbell, Naemah Abrahams, Lorna Martin, „Perpetration of violence against intimate partners: health care implications from global data“, *Canadian Medical Association Journal*, 179(6)/2008, 511-512. Kada govorimo o ovoj problematici, ne samo u bosansko-hercegovačkom nego i širem regionalnom kontekstu, postavljamo hipotezu da se radi o (frustriranim) društvu/društvima punim impulsivnog nasilja, opterećenih transgeneracijskom traumom koje nedvosmisleno utiče na devijantna ponašanja, a naročito ona sa elementima nasilja.

30 Campbell *et al.*, „Intimate partner homicide: review and implications of research and policy“, 246-269 i Monique Widyono, „Conceptualizing Femicide“, *Strengthening Understanding of Femicide*, 18-19, dostupno na: https://media.path.org/documents/GVR_femicide_rpt.pdf (24.5.2024).

S druge strane, faktori povezani sa žrtvom su:

- (1) Trudnoća: Trudnice se suočavaju s povećanom ranjivošću na femicid, a trudnoća služi kao okidač za smrtonosno nasilje unutar intimnih odnosa.³¹
- (2) Prethodno zlostavljanje od strane počinitelja: Žrtve koje su pretrpjele prethodno zlostavljanje, posebno teške incidente koji su se dogodili u prethodnih mjesec dana, izložene su povećanom riziku od femicidnog nasilja.³²
- (3) Sve veća učestalost zlostavljanja: Eskalirajući obrasci zlostavljanja, naročito kada zlostavljanje postane češće ili teže, ukazuju na povećani rizik od smrtonosnog nasilja.³³
- (4) Prisutnost djeteta iz prethodne veze: Žrtve s djecom iz prijašnjih veza, osobito onom koja nisu biološki povezana s počiniteljem, suočavaju se s povećanim rizikom od femicidnog nasilja.³⁴
- (5) Udaljavanje od partnera: Žene koje pokušaju napustiti nasilne veze ili se udaljiti od svojih počinitelja izložene su povećanom riziku od femicida, budući da počinitelji mogu pribjeći smrtonosnom nasilju kako bi zadržali kontrolu i spriječili razdvajanje.³⁵

Razumijevanje ovih višestrukih faktora rizika najvažnije je za razvoj sveobuhvatnih strategija prevencije, prilagođenih intervencija i mehanizama podrške usmjerenih na ublažavanje rizika i posljedica femicida unutar intimnih odnosa. Baveći se čimbenicima povezanim s počiniteljem i žrtvom, kreaori politika mogu nastojati poticati sigurnije okruženje i osnažiti pojedince da se oslobode ciklusa nasilja i zlostavljanja.

5. PRAV(N)I ODGOVOR

Pravna prepoznatljivost femicida svoje svjetlo dana je ugledala u zakonodavnom tijelu Costa Rice, koja je 2007. godine usvojila legislativu kojom je femicid prepoznat kao zasebno krivično djelo. Međutim, najviše odjeka imalo je uvođenje femicida/feminicida u čileansko krivično zakonodavstvo. Femicid, kako ga definiše čileansko zakonodavstvo, ocrtava tragičnu stvarnost žena koje ubijaju njihovi sadašnji ili bivši emotivni ili intimni partneri. Uprkos tome što se Čile može pohvaliti najnižom stopom ubistava žena u Latinskoj Americi, učestalost nasilnih zločina nad

31 Campbell *et al.*, „Intimate partner homicide: review and implications of research and policy“, 246-269, Campbell *et al.*, „Risk factors for femicide in abusive relationships: results from a multisite case control study“, 1089-1097 i Campbell *et al.*, „Perpetration of violence against intimate partners: health care implications from global data“, 511-512.

32 Carolyn R. Block, „How can practitioners help an abused woman lower her risk of death?“, *National Institute of Justice Journal*, 250/2003, 4-7.

33 Campbell *et al.*, „Intimate partner homicide: review and implications of research and policy“, 246-269. Vid. I Regional Report: Situation and Analysis of Femicide in the Central American Region, Central American Human Rights Council Ombudsman, 2006, dostupno na: <https://www2.iidh.ed.cr/IIDH/media/1830/i-informe-regional-femicidio-ingles-2007.pdf> (24.5.2024).

34 Campbell *et al.*, „Intimate partner homicide: review and implications of research and policy“, 246-269 i Campbell *et al.*, „Risk factors for femicide in abusive relationships: results from a multisite case control study“, 1089-1097.

35 Block, „How can practitioners help an abused woman lower her risk of death?“, 4-7.

ženama i dalje je alarmantno visoka.³⁶ Kao odgovor na ovo goruće pitanje, čileanski zakonodavac donio je Zakon br. 20.480 2010. godine (*Ley No 20.480 de femicidio modifica el código penal*). Taj je zakon posebno definisao femicid i uveo strože kazne za počinitelje u usporedbi s onima za krivična djela lišenja života. Zakon br. 20.480 bio je prijelomni trenutak u čileanskoj pravnoj historiji, priznajući posebnu prirodu femicidnog nasilja i imperativ da se počinitelji drže odgovornima za svoja djela. Međutim, početni opseg zakona bio je ograničen, ograničavajući njegovu primjenjivost na počinitelje koji su bili u trenutnoj ili prošloj zajednici sa žrtvom.³⁷ Ovo ograničenje, iako značajan korak naprijed, ostavilo je praznine u rješavanju slučajeva femicidnog nasilja koje su počinile osobe koje nikada nisu živjele sa svojim žrtvama.

Prepoznajući potrebu za širim i inkluzivnijim pravnim okvirom, čileanski zakonodavac preduzeo je odlučnu akciju desetljeće kasnije donošenjem Gabrielinog zakona (*Ley Gabriela*). Ovaj značajan zakon imao je dvostruku svrhu: prvo, proširiti definiciju femicida kako bi obuhvatila svako rodno motivirano ubistvo žene, bez obzira na historiju suživota; i drugo, izreći duže zatvorske kazne pojedincima koji su osuđeni za takve gnusne zločine. Prema Gabrielinom zakonu, počinitelji femicida sada se suočavaju s kaznama u rasponu od 15 do 40 godina zatvora, što odražava težinu njihovih djela i duboku društvenu štetu nanesenu rodno zasnovanom nasiljem. To predstavlja značajno odstupanje od relativno nižih kazni koje se izriču počiniteljima ubojstava, kojima prijeti kazna od 10 do 15 godina.³⁸ Provođenjem strožih kazni za femicidna kaznena djela, čileanski zakonodavci nastojali su ispraviti nejednakost u izricanju kazni i osigurati da počinitelji rodno motiviranih ubistava budu odgovorni u najvećoj mjeri.

Godine 2013. Bolivija je usvojila Sveobuhvatni zakon kojim se jamči ženama život bez nasilja (*Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia*),³⁹ kojim je, između ostalog, nadopunjen Krivični zakonik Bolivije (*Código Penal*).⁴⁰ Tom dopunom, femicid je inkriminiran kao zasebno krivično djelo. Prema članku 252 bis bolivijskog Krivičnog zakonika, krivično djelo femicida definirano je kao ubistvo žene s namjerom pod određenim okolnostima: 1) ako je počinitelj sadašnji ili bivši partner žrtve, bez obzira da li su živjeli u zajedničkom domaćinstvu ili bili u emotivnoj ili intimnoj vezi bez kohabitacije; 2) zato što je žrtva odbila da sa počiniteljem uspostavi partnerski, emotivni ili intimni odnos; 3) zato što je žrtva trudna; 4) zato što je žrtva u podređenom položaju u odnosu na počinitelja ili je sa njim u prijateljskom, poslovnom ili partnerskom odnosu; 5) ako je žrtva u situaciji koja je čini posebno ranjivom; 6) ako je prije ubistva žrtva bila izložena fizičkom, psihičkom, seksualnom ili ekonomskom nasilju od strane počinitelja; 7) kada je ubistvu prethodilo neko drugo krivično delo protiv lične ili seksualne slobode; 8) kada je ubistvo žene povezano sa krivičnim djelom trgovine ljudima ili sa krijumčarenjem; ili 9) kada je ubistvo žene učinjeno prilikom obreda, od strane grupe počinitelja ili kao posljedica običaja.⁴¹

³⁶ Vid. Erika Cantor, Rodrigo Salas, and Romina Torres, *Femicide and Attempted Femicide before and during the COVID-19 Pandemic in Chile*, International Journal of Environmental Research and Public Health, 19(13)/2022: 8012. doi: 10.3390/ijerph19138012

³⁷ Ley No 20.480, dostupno na: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1021343> (3.6.2024).

³⁸ Ley Gabriela / Ley Num. 21.212, dostupno na: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143040> (3.6.2024).

³⁹ Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, Gaceta oficial del estado plurinacional de Bolivia, Ley n° 348, 9.3.2013, dostupno na: <http://www.migracion.gob.bo/upload/l348.pdf> (29.7.2024).

⁴⁰ Código Penal (sancionado por el Decreto Ley N° 10426 de 23 de agosto de 1972, incluye modificaciones según Ley N° 1768 de modificaciones al Código Penal y actualización según Ley 2494 de 4 de agosto de 2003), dostupno na: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=125361 (29.7.2024).

⁴¹ Batrićević, „Krivičnopravna reakcija na femicid“, 438-439.

Bolivijski pravni okvir nameće strogu kaznu za ovo krivično djelo, propisujući kaznu od 30 godina zatvora bez mogućnosti pomilovanja. Ova oštra kazna naglašava ozbiljnost s kojom bolivijski pravni sistem gleda na zločin femicida, odražavajući predanost rješavanju i ublažavanju nasilja nad ženama unutar te jurisdikcije.⁴²

Ti su zakonodavstva na našem kontinentu koja su inkriminirala femicid, i to: Malta, Kipar i Hrvatska. Član 211A malteškog Krivičnog zakona je odredba koja se posebno bavi razmatranjem kazne za pojedince osuđene za umišljajno ubistvo ili pokušaj umišljajnog ubistva kada je žrtva ženskog spola (femicid kao krivično djelo je uveden izmjenama i dopunama iz 2022. godine).⁴³ Ova zakonska odredba uvodi nekoliko otežavajućih okolnosti koje sud mora uzeti u obzir pri odmjeravanju primjerene kazne. Naime, odredbe člana 211A nalažu sudu da u obzir uzme sedam konkretnih okolnosti koje služe kao otežavajuće okolnosti pri odmjeravanju kazne. Ti faktori mogu se grupisati u tri kategorije:

- (1) Intimno partnersko i porodično nasilje:
 - (a) nasilje od strane intimnog partnera ili supružnika;
 - (b) nasilje od strane članova porodice; i
 - (c) djela seksualnog nasilja ili djela seksualne prirode.
- (2) Rodno zasnovano i motivirano nasilje:
 - (a) nasilje počinjeno iz mizoginih motiva;
 - (b) nasilje temeljeno na spolu, rodnom identitetu ili seksualnoj orijentaciji žrtve; i
 - (c) nasilje povezano s uključenošću žrtve u prostituciju, seksualno iskorištavanje ili trgovinu ljudima.
- (3) Kulturno nasilje i nasilje temeljeno na časti:
 - (a) nasilje počinjeno iz razloga časti, porodičnog ugleda ili vjerskih/kulturnih uvjerenja.

Član 211A malteškog Krivičnog zakona služi kao mehanizam za rješavanje i borbu protiv rodno zasnovanog nasilja osiguravajući da se tokom izricanja kazne uzmu u obzir određeni otežavajući faktori. Obavezno razmatranje ovih navedenih predstavlja prepoznavanje specifične ranjivosti i društvenih problema povezanih sa nasiljem nad ženama. Međutim, iako član 211A utvrđuje posebne faktore, ostavlja diskrecijskoj ocjeni suda u kojoj mjeri ti faktori utiču na kaznu. Ovo, u neku ruku, uravnotežuje potrebu za dosljednim pravnim standardima s nužnošću individualizirane pravde. Nadalje, član 211A naglašava kritičko prepoznavanje rodno zasnovanog nasilja i njegovih različitih pojavnih oblika. Posebnim fokusom na žene žrtve, naglašava sustavnu prirodu nasilja nad ženama i potrebu za pravnim okvirima koji sveobuhvatno rješavaju ovo pitanje. Međutim, ovaj rodno specifičan pristup također bi mogao pokrenuti pitanja o jednakoj zakonskoj zaštiti muškaraca žrtava sličnih zločina, što zahtijeva pažljivu ravnotežu u zakonodavnom okviru.

Ako se osvrnemo na kulturološki kontekst, uključivanje nasilja iz časti i nasilja motiviranog porodičnim ugledom ili vjerskim uvjerenjima odražava osjetljivost na kulturni kontekst u kojem se takvi zločini mogu dogoditi. Ovo je posebno važno u društvima u kojima prevladava nasilje

⁴² Carmilo Bernal Sarmiento *et al.*, *Latin American Model Protocol for the investigation of gender-related killing of women (femicide/feminicide)* (Panama City: High Commissioner for Human Rights Regional Office for Central America, 2015), 152

⁴³ Malteški Krivični zakon je donesen 1854. godine te je, sa svim izmjenama i dopunama, dostupan na: <https://legislation.mt/eli/cap/9/eng> (3.5.2024).

zbog časti, a također razmatrajući nasilje povezano s prostitucijom, seksualnim iskorištavanjem i trgovinom ljudima, član 211A se bavi intersekcijom rodno zasnovanog nasilja sa širim pitanjima iskorištavanja i trgovine ljudima. Član 211A malteškog Krivičnog zakona, u svojoj suštini, predstavlja progresivnu zakonsku odredbu usmjerenu na rješavanje i ublažavanje rodno zasnovanog nasilja kroz oštrije kažnjavanje, odnosno krzo represivne mehanizme državne vlasti. Nalažući razmatranje specifičnih otežavajućih okolnosti, priznaje se jedinstvena ranjivost i društvena pitanja povezana s nasiljem nad ženama.

Hrvatski Kazneni zakon (u daljem tekstu: KZ RH) predviđa Teško ubojstvo žene u članu 111a.⁴⁴ Član 111.a sastoji se od dvije vodeće ideje: utvrđivanje minimalna kazne od 10 godina ili kazna dugotrajnog zatvora za ubistvo ženske osobe uslovljeno spolom i utvrđivanje posebnih okolnosti koje treba uzeti u obzir pri određivanju može li se djelo kvalificirati kao rodno zasnovano nasilje. Drugi stav člana 111a. KZ RH opisuje kriterije koji pomažu odrediti šta je rodno zasnovano ubistvo žene. Ti kriteriji uključuju odnos između počinitelja i žrtve, prethodno zlostavljanje, ranjivost ili ovisnost žrtve te kontekst seksualnog nasilja ili neravnopravnih odnosa. Iako član 111a propisuje minimalnu kaznu, posebne okolnosti navedene u stavku 2. dopuštaju diskrecijsko pravo tužilaštva i suda prilikom pravne kvalifikacije djela u određivanju primjenjivosti odredbe na pojedinačne slučajeve. Slično člani 211A Malteškog Krivičnog zakona, član 111a. KZ RH posebno se bavi nasiljem nad ženama, priznajući rodnu prirodu određenih nasilnih krivičnih djela. U usporedbi s malteškom zakonom, koja uključuje širi raspon otežavajućih okolnosti (npr. nasilje iz časti), hrvatska je odredba više usmjerena na neposredni odnos i kontekst nasilja.

Krajem 2023. godine, pa sve do sredine 2024. godine, u Bosni i Hercegovini, odnosno u Republici Srpskoj postojao je pokušaj pravno prepoznavanja termina „femicid“ u posebnom zakonu koji se ticao zaštite od nasilje u porodici i nasilja prema ženama (Vlada Republike Srpske je septembra 2023. godine predložila Nacrt zakona o zaštiti od nasilja u porodici i nasilja prema ženama Republike Srpske koji u svom članu 6. predviđa pravno prepoznavanje femicida – lišenje života žene – u daljem tekstu: Nacrt zakona).

Nacrt zakona uključuje detaljnu definiciju femicida, prepoznajući ga kao najteži oblik nasilja nad ženama i definiše ga veoma široko kao oduzimanje života ženi zbog njezina spola ili kao rezultat nasilja nad njom, bez obzira na odnos počinitelja sa žrtvom. Definicija navedena u članu 6 stavu 1 Nacrta zakon ovog više je naučna i deskriptivna, te stoga nije primjerena za praktičnu primjenu u krivičnom zakonodavstvu. Opisne fraze kao što je „kao najteži oblik i posljedica nasilja nad ženama“ spadaju u obrazloženja zakona, a ne u sam zakonski tekst. Osim toga, izrazi poput „izvršeno, u potpunosti ili djelimično“ nisu svojstveni našoj pravnoj teoriji i praksi, te su nespojivi s odredbama o pojmu pokušaja kako je određeno u članu 22. Krivičnog zakonika Republike Srpske (u daljem tekstu: KZ RS).⁴⁵ Nadalje, fraza „pripadnost spolu“ je netačna, jer se „pripadnost“ obično odnosi na nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe, a spol/rod nije kolektivni identitet na isti način. Izraz „lišenje života“ inherentno podrazumijeva smrt žrtve, čineći razliku između „lišavanja života“ i „smrti žene“ nejasnom i zbunjujućom. Ako je namjera bila napraviti razliku između smrti uzrokovane nasiljem i ubistva, ta razlika nije uspješno prenesena. Ova zabuna nastaje jer su to dva različita praktično krivična djela, ali su spojena u jednoj rečenici unutar definicije.

44 Kazneni zakon, „Narodne novine“, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, 114/22, 114/23 i 36/24.

45 Krivični zakonik Republike Srpske, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 64/2017, 104/2018 – odluka Ustavnog suda, 15/2012, 89/2021, 73/2023 i „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, br. 9/2024 – odluka Ustavnog suda BiH.

Članom 6. stavom 2. posebno se definiše femicid počinjen od strane člana porodice, ističući kulturne, vjerske i motive zasnovane na časti. Ovdje vidimo određenu zbrku ograničavanjem femicida na oduzimanje života ženi od strane člana porodice, ali i propisivanjem motiva koji nisu jasno definisani. Daje egzemplaran popis motiva i završava nejasnom frazom „drugi razlozi netrepljivosti prema ženi zato što je žena“. To je u suprotnosti s konceptom krivičnog djela iz mržnje kako je definisan u KZ RS i međunarodnim propisima. Štaviše, on je u suprotnosti sa prvim stavom šestog člana, koji povezuje femicid sa ženskim spolom kao motivom, dok drugi stav to proširuje na kulturu, običaje, tradiciju i vjerska uvjerenja. Ova široka i nejasna definicija otežava određivanje koja su djela obuhvaćena femicidom. Nadalje, član 6 stav 3 opisuje različite kontekste u kojima se može dogoditi femicid, uključujući seksualno iskorištavanje, trgovinu ljudima, seksualno nasilje, kontinuirano nasilje, nezakonito medicinsko liječenje i genitalno sakaćenje. Posebnom odredbom člana 6 definisan je indirektan femicid. Nadalje, koncept indirektnog femicida je sam po sebi kontradiktoran, jer se oduzimanje života ne može poistovjetiti sa samoubistvom. Razumljiva je namjera zakonopisca da pod pojmom femicid uključi samoubistvo, kao posljedicu nečovječnog ponašanja počinitelja prema žrtvi. Međutim, to niti je jasno propisano niti je moguće definisati na ovaj način. Ovakav pristup dovodi u vezu femicid sa zasebnim krivičnim djelom, a potencijalno i drugim krivičnim djelima, koja mogu rezultirati samoubistvom žrtve kao kvalifikacionom okolnošću.

Pojam „femicid“, iako prevladava u savremenom diskursu, ostaje fluidan i evoluirajući koncept sa značenjem koje još nije univerzalno standardizirano. Slijedom toga, problematično je njegovo uključivanje u formalne pravne propise, a posebno u nazive tih propisa. Iako se ovaj pojam može definisati unutar samog zakona, ta je definicija predmet stalnih socioloških, filozofskih i pravnih rasprava i još uvijek ne postoji univerzalno prihvaćena definicija. Različitost definicije narušava njezinu prikladnost za formalnu pravnu upotrebu, naročito u zakonodavnih dokumenta. Hrvatski Kazneni zakon daje vrijedan primjer uključivanja pojma „femicid“ u svoj pravni okvir, sugerirajući mogući pristup rješavanju ovog pitanja. No ni ovaj primjer ne nudi konačno niti univerzalno primjenjivo rješenje. Izazov integracije pojma „femicid“ u zakonske tekstove nije samo pitanje pronalaženja odgovarajuće definicije, već i osiguravanja da ta definicija može izdržati strogu pravnu kontrolu sudova i primjenu u praksi.

S obzirom na trenutno stanje diskursa i nepostojanje univerzalno prihvaćene definicije, preporučljivo je suzdržati se od upotrebe pojma „femicid“ i njegove „najčešće“ koncepcije u zakonodavnim aktima, a naročito u društvenim paradigmatima kakve su one na Balkan. Umjesto toga, propisi bi se trebali usredotočiti na jasno definisane i univerzalno razumljive pojmove kako bi se osigurala preciznost i izbjegla dvosmislenost. Ovaj bi pristup pomogao u održavanju jasnoće i djelotvornosti zakonskih odredbi dok akademska i pravna zajednica nastavlja razvijati standardiziranije razumijevanje femicida. Dakle, dok uključivanje „femicida“ u pravnu, zakonsku terminologiju odražava važno priznanje rodno zasnovanog nasilja, njegova se primjena mora pažljivo razmotriti kako bi se osigurala pravna jasnoća i dosljednost. Primjer iz hrvatskog Kaznenog zakona nudi potencijalni put, ali naglašava potrebu za daljnjim sociološkim, filozofskim i pravnim konsenzusom o definiciji i upotrebi pojma. Dok se takav konsenzus ne postigne, razborito je koristiti ustaljene pravne termine unutar pravnih propisa.

6. IZAZOVI U DOKAZIVANJU

Dokazivanje femicida, kao i svakog krivičnog djela, predstavlja jedinstven izazov zbog složene prirode rodno zasnovanog nasilja i društvene dinamike koja ga okružuje. Dokazivanje femicida, posebice utvrđivanje femicidne namjere počinitelja, predstavlja značajne izazove zbog inherentne složenosti rodno zasnovanog nasilja i suptilnosti motiva i namjere. Neki od najvećih izazova u dokazivanju femicida, s posebnim naglaskom na utvrđivanje femicidne namjere počinitelja, uključuju:

- (1) Subjektivnost namjere: namjera je veoma subjektivna i teško ju je utvrditi, posebno u slučajevima kada počinitelji ne moraju eksplicitno izraziti svoje motive ili kada više faktora pridonosi počinjenju krivičnog djela. Dokazivanje da je počiniteljeva namjera bila konkretno ubiti žrtvu zato što je žena zahtijeva temeljitu istragu i analizu kontekstualnih faktora.
- (2) Nedostatak izravnih (neposrednih) dokaza: izravni (neposredni) dokazi femicidne namjere, najveći su izazov, jer mogu biti rijetki ili nepostojeći. Počinitelji možda neće otvoreno priznati svoje motive temeljene na spolu, zbog čega je teško utvrditi namjeru izravnim (neposrednim) sredstvima.
- (3) Teret dokazivanja: tužioci snose teret dokazivanja počiniteljeve namjere izvan razumne sumnje, što je visok standard dokazivanja koji može biti teško ispuniti u slučajevima kada se namjera zaključuje na temelju posrednih dokaza ili obrazaca ponašanja.
- (4) Složenost motiva: počinitelji femicida mogu imati višestruke motive koji se presijecaju s pitanjima kao što su moć, kontrola, ljubomora, osveta ili društvena očekivanja od rodni uloga. Dokazivanje da je *animus femicindi* temeljen na spolu bio primarni motivirajući faktor usred drugih potencijalnih motiva zahtijeva pažljivo ispitivanje ponašanja i „istorije“ počinitelja.
- (5) Kulturni i društveni kontekst: kulturne norme, društveni stavovi i institucionalne predrasude mogu imati uticaja na percepciju rodno zasnovanog nasilja i oblikovati tumačenja namjere unutar pravnih postupaka. Kulturne „odbrane“ ili društvena uvjerenja koja odobravaju nasilje nad ženama mogu potkopati napore da se utvrde femicidne namjere i počinitelji pozovu na odgovornost.
- (6) Okrivljavanje žrtve i stigmatizacija: predrasude i stereotipi o ponašanju ili izborima žena mogu pomutiti percepciju namjere i spriječiti postizanje pravde.

Rješavanje ovih izazova zahtijeva, svakako, jedan višestruki pristup, uključujući provođenje veoma temeljne istragu, obuku za ovlaštena službena lica u agencijama za provođenje zakona i pravosudno osoblje o nasilju zasnovanom na spolu, pristupe pravdi/pravosuđu (*justice*) usmjerene na preživjele i pravne reforme koje prepoznaju rodnu prirodu nasilja nad ženama koje rezultira njihovom smrću. Rješavanjem složenosti dokazivanja femicidnih namjera i priznavanjem sistemskih faktora koji održavaju rodno zasnovano nasilje, društva mogu raditi na osiguravanju odgovornosti za počinitelje i njegovanju kulture rodne ravnopravnosti i poštovanja ljudskih prava, a što je veoma složen i dugotrajan proces. No, vrijeme će pokazati koja su društva i pravni sistemi spremni zakoračiti u rješavanje problema koji pripadaju ovom polju, te koje će (legislativne, preventivne i represivne) načine i mehanizme koristiti.

7. ZAKLJUČAK

Ispitivanje pravnih paradigmi koje okružuju prepoznavanje femicida otkriva i uvjerljive argumente za i protiv njegove klasifikacije kao zasebnog krivičnog djela unutar krivičnog zakonodavstva ili za uopšte pravno prepoznavanje ovog fenomena. Femicid, kojeg karakterizira ciljano ubijanje žena na temelju njihova spola, predstavlja složen društveno-pravni fenomen koji zahtijeva nijansirane pristupe za njegovo prepoznavanje i rješavanje unutar pravnih okvira. Premda prepoznavanje femicida kao zasebnog krivičnog djela ima potencijalne koristi u rješavanju jedinstvene dinamike i motiva koji leže u pozadini rodno zasnovanog nasilja, ono također pokreće kritička razmatranja u vezi s pravnom učinkovitošću, društvenim percepcijama i širim implikacijama na pravdu i rodnu ravnopravnost.

Prepoznavanje femicida kao zasebnog zločina unutar krivičnogpravnog okvira pruža platformu za priznavanje rodne prirode smrtonosnog nasilja nad ženama, čime se potiče veća svijest i razumijevanje sustavnih nejednakosti i patrijarhalnih normi koje održavaju takvo nasilje. Nadalje, klasificiranje femicida kao zasebnog krivičnog djela omogućuje prilagođene pravne odgovore, uključujući pojačane kazne i specijalizirane intervencije, za rješavanje jedinstvenih motiva i faktora rizika povezanih s rodno motiviranim ubistvima. Također, određivanjem femicida kao zasebnog krivičnog djela, pravni sistemi mogu dati prioritet potrebama i pravima žrtava, osiguravajući da pravda ne bude samo zadovoljena, već i da je kao takvu percipiraju preživjele i pogođene zajednice. Ovaj pristup usmjeren na žrtvu ključan je nedvojbeno za poticanje povjerenja u pravni sistem i osnaživanje preživjelih da traže obeštećenje.

No, uvođenje femicida kao zasebnog krivičnog djela može (i hoće) fragmentirati postojeće zakonske okvire, potencijalno komplicirajući pravne postupke i razvodnjavajući fokus na šire napore u borbi protiv nasilja nad ženama unutar integriranih pravnih odgovora. Također, postoji rizik da klasificiranje femicida kao zasebnog krivičnog djela može nenamjerno stigmatizirati žrtve, pojačavajući stereotipe i priče okrivljavanja žrtava koje podrivaju napore da se izazovu kulturne norme koje održavaju rodno zasnovano nasilje. Definisanje femicida kao zasebnog krivičnog djela postavlja dokazne izazove, osobito u slučajevima kada motivi temeljeni na spolu nisu očito očiti ili gdje počinitelji mogu iskoristiti pravne dvosmislenosti da izbjegnu odgovornost, komplicirajući napore tužilaštva.

Ubistvo žena samo na temelju njihova spola služi kao oštra manifestacija sistemске nejednakosti i ukorijenjene diskriminacije temeljene na spolu unutar društvenih struktura, naglašavajući hitan imperativ rješavanja temeljnih uzroka i strukturalnih prepreka koje održavaju nasilje nad ženama. Femicid se ukršta s drugim oblicima ugnjetavanja, uključujući rasu, klasu i seksualnost, pogoršavajući ranjivost i marginalizaciju s kojima se suočavaju marginalizirane zajednice, što zahtijeva intersektionalne pristupe rješavanju rodno uvjetovanog nasilja. Femicid nadilazi geografske i kulturne granice, predstavljajući globalni izazov ljudskim pravima i ravnopravnosti spolova. Napori u borbi protiv femicidnog nasilja zahtijevaju koordiniranu akciju, uključujući reforme zakonodavstva, međusektorsku saradnju i intervencije koje pokreće druprtvene zajednica usmjerene na prevenciju i podršku žrtvama i preživjelim.

Zaključno, iako prepoznavanje femicida kao zasebnog krivičnog djela unutar krivičnogpravnog okvira ima potencijalne prednosti u rješavanju rodno zasnovanog nasilja, mora mu se pristupiti s oprezom, uzimajući u obzir složenost pravnog okvira, društvene percepcije i šire implikacije na pravdu i rodnu ravnopravnost i spolnu jednakost. Napori u borbi protiv femicidnog

nasilja moraju biti utemeljeni na holističkom razumijevanju njegovih temeljnih uzroka i sistemskih manifestacija, s fokusom na promicanje pravde usmjerene na žrtvu, osporavanje kulturnih normi i poticanje saradničkih pristupa prevenciji i zaštiti žrtava.

REFERENCE

- Batričević, A. (2016). „Krivičnopravna reakcija na femicid“, *Temida, Časopis o viktimologiji, ljudskim pravima i rodu*, 3-4/2016: 431-451.
- Bernal Sarmiento, C. E., Lorente Acosta, M., Roth, F. & Zambrano, M. (2015) *Latin American Model Protocol for the Investigation of Gender-related Killings of Women (Femicide/Feminicide)*. Panama City: High Commissioner for Human Rights Regional Office for Central America.
- Block, C. R. (2003). „How can practitioners help an abused woman lower her risk of death?“, *National Institute of Justice Journal*, 250/2003: 4-7.
- Campbell, C. J., Glass, N., Sharps, P. W., Laughon, K., Bloom, T. (2007). „Intimate partner homicide: review and implications of research and policy“, *Trauma, Violence & Abuse*, 8(3)/2007: 246-269.
- Campbell, C., Runyan, C. W. (1998). „Femicide“, *Homicide Studies*, 2(4)/1998: 347-352.
- Campbell, J. C., Abrahams, N., Martin, L. (2008). „Perpetration of violence against intimate partners: health care implications from global data“, *Canadian Medical Association Journal*, 179(6)/2008: 511-512.
- Campbell, J. C., Webster, D., Koziol-McLain, J., Block, C., Campbell, D., Curry, M. A., Gary, F., Glass, N., McFarlane, J., Sachs, C., Sharps, P., Ulrich, Y., Wilt, S. A., Manganello, J., Xu, X., Schollenberger, J., Frye, V., Laughon, K. (2003). „Risk factors for femicide in abusive relationships: results from a multisite case control study“, *American Journal of Public Health*, 93(7)/2003, 1089-1097.
- Cantor, E., Salas, R., Torres, R. (2022). Femicide and Attempted Femicide before and during the COVID-19 Pandemic in Chile, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 19(13)/2022: 8012. doi: 10.3390/ijerph19138012
- Ćorović, E. (2022). „Teško ubistvo na svirep način“, *Crimen, Časopis za krivične nauke*, 13(1)/2022: 28-47.
- Ellis, D., Dekesedery, W. (1996). *The wrong stuff: An introduction to the sociological study of deviance*. Scarborough, Ontario: Allyn and Bacon
- Faqir, F. (2001). „Intrafamily femicide in defence of honour: the case of Jordan“, *Third World Quarterly*, 22(1)/2001: 65-82.
- Grzyb, M., Naudi, M., Marcuello-Servós, C. (2018). TWO Femicide definitions, in: *Femicide across Europe: Theory, research and prevention*, Shalva Weil, Cosuelo Corradi, Marceline Naudi (eds.), Bristol, Bristol University Press, 2018, 17-32.
- Haqqi, M. N. S., Cummings, K. J. (2009). „The epidemiological patterns of honour killing of women in Pakistan“, *European Journal of Public Health*, 19(2)/2009: 193-197.

- Hotton, T. (2001). *Spousal Violence After Marital Separation*. Ottawa: Canadian Centre for Justice Statistics.
- Johnson, H., Eriksson, L., Mazerolle, P., Wortley, R. (2019). Intimate Femicide: The Role of Coercive Control, *Feminist Criminology*, 14(1)/2019: 3-23.
- Kovačević, M. (2022). „Femicid i krivičnopravna reakcija: osvrt na praksu Evropskog suda za ljudska prava“, *Kultura polisa*, 19(29/2022: 147-169.
- Mršević, Z (2013). „Femicid“, *Pravo i politika*, 1/2013: 51-69.
- Mršević, Z. (2014). „Medijsko izveštavanje o femicidu“, *Temida, Časopis o viktimizaciji, ljudskim pravima i rodu*, 17(1)/2014: 81-96.
- Mršević, Z. (2014). *Nasilje i mi – ka društvu bez nasilja*. Beograd: Institut društvenih nauka.
- Patel, S., Gadit, A. M. (2008). „Karo-Kari: a form of honour killing in Pakistan“, *Transcultural Psychiatry*, 45(4)/2008: 683-694.
- Pavićević, O., Glomazić, H. & Ilijić, Lj. (2016). „Femicid kao deo strukture nasilja“, *Temida, Časopis o viktimologiji, ljudskim pravima i rodu*, 3-4/2016: 453-476.
- Russell, D. E. H., Harmes, R. A. (2001). *Femicide in Global Perspective*. New York: Teachers College Press.
- Stout, K. D. (1991). „Intimate Femicide: A National Demographic Overview“, *Journal of Interpersonal Violence*, 6(4)/1991: 476-485.
- I Regional Report: Situation and Analysis of Femicide in the Central American Region, Central American Human Rights Council Ombudsman, 2006, dostupno na: <https://www2.iidh.ed.cr/IIDH/media/1830/i-informe-regional-femicidio-ingles-2007.pdf> (24.5.2024).
- Khafagy, F. (2005). Honour killing in Egypt, UN Division for the Advancement of Women, „Violence against women: Good practices in combating and eliminating violence against women“, Expert Group Meeting (2005), dostupno na: <https://www.un.org/womenwatch/daw/egm/vaw-gp-2005/docs/experts/khafagy.honorcrimes.pdf> (24.5.2024).
- Kumar, V. (2008). „Dowry Deaths (Bride Burnings) in India“, Strengthening Understanding of Femicide, pp. 89-94, dostupno na: https://media.path.org/documents/GVR_femicide_rpt.pdf (24.5.2024).
- Violence against women and girls, and sexual and reproductive rights, Mexico Annual Report, Amnesty International 2011, dostupno na: <https://www.amnestyusa.org/reports/annual-report-mexico-2011/> (24.5.2024).
- Widyono, M. (2008). „Conceptualizing Femicide“, Strengthening Understanding of Femicide, pp. 7-25, dostupno na: https://media.path.org/documents/GVR_femicide_rpt.pdf (24.5.2024).
- Código Penal* (sancionado por el Decreto Ley N° 10426 de 23 de agosto de 1972, incluye modificaciones según Ley N° 1768 de modificaciones al Código Penal y actualización según Ley 2494 de 4 de agosto de 2003), dostupno na: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=125361 (29.7.2024).
- Kazneni zakon*, „Narodne novine“, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, 114/22, 114/23 i 36/24.
- Krivični zakonik Republike Srpske*, „Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 64/2017, 104/2018 – odluka Ustavnog suda, 15/2012, 89/2021, 73/2023 i „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, br. 9/2024 – odluka Ustavnog suda BiH.

Ley Gabriela / Ley Num. 21.212, dostupno na: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143040> (3.6.2024.).

Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, „Gaceta oficial del estado plurinacional de Bolivia“, Ley n° 348, 9.3.2013, dostupno na: <http://www.migracion.gob.bo/upload/l348.pdf> (29.7.2024).

Ley Num. 20.480, dostupno na: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1021343> (3.6.2024).

Malta Criminal Code, dostupno na: <https://legislation.mt/eli/cap/9/eng> (3.5.2024).

Nacrt zakona o zaštiti od nasilja u porodici i nasilja prema ženama Republike Srpske, Vlada Republike Srpske, Banja Luka, septembar 2023.

BEYOND HOMICIDE? – RETHINKING LEGAL PARADIGMS FOR FEMICIDE RECOGNITION

Filip Novaković⁴⁶

Faculty of Law University of Zenica

Summary: *This paper delves into the issue of femicide and the challenges associated with its recognition within national legislations. Femicide, defined as the intentional killing of women based on gender, has become a critical global issue, reflecting deeply entrenched social inequalities. This paper critically examines existing legal frameworks in various jurisdictions and evaluates their effectiveness in addressing the unique nature of femicide. The paper addresses the development of the conceptualization of femicide in the context of criminal law, raising questions about the need for specialized legal responses that acknowledge different motives and patterns related to gender-based and gender-motivated violence. Drawing on comparative legal analysis, the paper highlights variations in legislative approaches, from explicit criminalization to the development of purpose-specific femicide laws. It assesses the advantages and weaknesses of these approaches, considering their impact on criminal prosecution, prevention, and overall deterrence of femicide. Furthermore, the paper addresses the complexity surrounding the collection of evidence in femicide cases, examining the challenges law enforcement bodies face in recognizing and appropriately investigating such criminal acts. Synthesizing legal, sociological, and criminological perspectives, this paper contributes to the ongoing discourse on femicide, offering insights that can inform the development of legislation and enhance the fight against gender-based violence.*

Keywords: *Femicide, Gender-based violence, Legal paradigms, Criminal justice, Intersectionality, Gender inequality, Legal reform.*

⁴⁶ LL.B. (Hons.) in General Law, LL.M. in Criminal Law, student of doctoral studies in law at the Faculty of Law of the University of Zenica (field: Criminal Law). Corresponding Member of the Bosnian-Herzegovinian-American Academy of Arts and Sciences. E-mail: filipnovakovic.iur@gmail.com; ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9979-5824>.

COMPANIES AS APPLICANTS BEFORE THE ECtHR: ANALYSIS OF JUDGMENTS OF THE ECtHR AGAINST THE COUNTRIES OF THE WESTERN BALKANS REGARDING THE VIOLATION OF ARTICLE 1 PROTOCOL 1

Biljana Petrevska¹

Faculty of Law Iustinianus Primus, "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje

Katerina Zhateva²

Faculty of Law Iustinianus Primus, "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje

Summary: *This paper focuses on the judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR, the Court) concerning countries in the Western Balkans region, where companies have been the applicants and where the ECtHR found violations of Article 1 of Protocol 1 of the European Convention on Human Rights (ECHR, the Convention). Considering that in recent years there has been a noticeable increase in cases involving companies as applicants before the ECtHR, it is of particular importance to examine this trend. Moreover, due to the fact that companies appearing before the ECtHR usually complain of violation of the right to property, which is a basic human right, and its violation can have serious implications on the business climate in the countries of the Western Balkans. Analyzing the specific judgments of the ECtHR will provide significant insights into the effectiveness of the legal protection of the property rights of companies in the region. In this context, the analysis of the specific judgments of the ECtHR aims to show the most frequent and repeated violations of the right to protection of property of the companies operating in the region. By examining the Court's reasoning, policymakers and stakeholders can identify areas where legal frameworks and practices need improvement, ultimately helping to enhance the investment climate and promote business development in the Western Balkans.*

Key words: *companies, human rights, ECtHR, property rights*

1. INTRODUCTION

The European Court of Human Rights (ECtHR, the Court) is a key body for the protection of basic human rights and freedoms. Considering that this paper focuses on companies, firstly it is important to note that according to the Court it seems indisputable that companies as subjects

¹ Full professor, e-mail: b.petrevska@pf.ukim.edu.mk, ORCID: 0000-0002-3825-8504

² Teaching Assistant, e-mail: k.zateva@pf.ukim.edu.mk, ORCID: 0009-0005-5456-6610.

in law can seek the protection of their human rights before this Court.³ However, there is still a debate whether companies can be the bearers of human rights. More frequently, companies are categorized as violators of rights rather than as victims of such violations. The same is perhaps justified considering that such a view stems from many international human rights instruments that grant human rights exclusively to individuals, such as Article 1(2) of the American Convention on Human Rights (ACHR)⁴ or Article 2(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)⁵. Unlike the above mentioned conventions, the European Convention on Human Rights (ECHR or Convention) is clear in confirming that the companies enjoy the rights provided for in the Convention.⁶ This especially if we take into account Article 1 of Protocol no. 1, which guarantees the right to peaceful enjoyment of property, where it is clearly stated that any natural or legal person can claim its protection.⁷ Actually is the only article which, according to its own text, is applicable to legal persons.⁸

Companies often encounter difficulties in safeguarding their property rights, making the Court's decisions crucial for maintaining legal certainty. However, it is essential to emphasize that a judgment can only have practical significance if the execution process is successfully carried out.⁹ This paper focuses on the analysis of judgments of the Court, issued in the last 15 years, which refer to the countries of the Western Balkans region,¹⁰ in which companies appear as applicants and where the ECtHR *inter alia* found violations of Article 1 of Protocol 1 of the Convention. Through a detailed analysis of the ECtHR cases, the aim of this research is to provide a deeper understanding of how the legal protection of property rights of companies takes place in an international context.

For this purpose, part two of this paper will provide a brief overview of the Court and the Convention, focusing on Article 1 of Protocol no. 1 and its applicability. In part three, the position of the ECtHR on the issue of corporate human rights will be analyzed. Further, part four will present brief summaries of the Court's relevant case law, focusing on the judgments against the States that are the subject of analysis in this paper. Part five aims at a comparative review of the selected case law, the number of judgments that are the subject of research by country, the type of violation of Article 1 Protocol no. 1; whether there are repeated violations by countries; whether the same violation of this right can be found in several countries or is related to a specific country; at

3 "Practical Guide on Admissibility Criteria", European Court of Human Rights, accessed September 1, 2024, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Admissibility_guide_ENG.

4 Organization of American States. 1969. "American Convention on Human Rights." *Treaty Series*, No. 36. San Jose: Organization of American States, Article 1(2), <https://www.refworld.org/legal/agreements/oas/1969/en/20081>

5 United Nations (General Assembly). 1966. "International Covenant on Civil and Political Rights." *Treaty Series* 999 (December): 171, Art. 2(1), <https://www.refworld.org/legal/agreements/unga/1966/en/17703>

6 Andreas Kulick, "Corporate Human Rights?," *European Journal of International Law* 32, no. 2 (May 1, 2021): 537–70, <https://doi.org/10.1093/ejil/chab040>.

7 Council of Europe. 1950. "Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms." *Council of Europe Treaty Series* 005. Strasbourg: Council of Europe. , https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_ENG.

8 Winfried H. van den Muijsenbergh and Sam Rezai, "Corporations and the European Convention on Human Rights," *Global Business & Development Law Journal* 25, no. 1 (January 1, 2012): 43–68.

9 "The supervision process - department for the execution of judgments", accessed December 08, 2024, <https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process>.

10 The Western Balkans is a designation used most commonly by the European Union for a region that includes Albania, Bosnia and Herzegovina, Croatia, North Macedonia, Montenegro, and Serbia.

which stage is the process of their execution, etc. Finally, the conclusions drawn from the above will be presented.

2. PROTECTION OF PROPERTY RIGHTS BEFORE THE ECTHR

The Court is a judicial institution of the Council of Europe, founded in 1959 which protects the rights guaranteed by the Convention.¹¹ The Convention was opened for signature in Rome on 4 November 1950 and came into force on 3 September 1953. It is considered to be the first instrument to enter into force which protects certain rights set out in the Universal Declaration of Human Rights and which made them binding.¹² The Convention's binding character is stated in its first article which states that all member States of the Council of Europe „shall“ secure the rights and freedoms defined in the Convention to everyone within their jurisdiction.¹³

Since 1998 the Court has sat as a full-time court and applicants can directly apply to it for protecting their Conventional rights.¹⁴ Before that, the Court operated in conjunction with the European Commission of Human Rights. At that time the applicants had to lodge their application with the Commission which would decide on the application's admissibility and, if deemed necessary, refer the application to the Court.¹⁵ In recent years, with a body of case law surpassing that of any other regional or international human rights instrument, the Court has significantly influenced national policies, laws, and living conditions across wider Europe. As a result, it is widely regarded as one of the most effective international treaty bodies for the protection of human rights.¹⁶

When it comes to the Article 1 of Protocol No. 1 of the Convention, it is essential to highlight that whether 'property' constitutes a human right remains a subject of ongoing debate across multiple disciplines, including law, philosophy, and economics.¹⁷ Notably, the right to property was not included in the initial draft of the Convention. It was only after a compromise in 1951 that this right was incorporated into the First Protocol.¹⁸

According to the current text of the Convention, Article 1 of Protocol no. 1 guarantees the right to property and protects natural or legal persons from arbitrary state interference in their property rights.¹⁹ Article 1 of Protocol No. 1 comprises three distinct rules. The first rule, set out in the first sentence of the first paragraph, is of a general nature and enunciates the principle of the peaceful enjoyment of property. The second rule, contained in the second sentence of the first paragraph, covers only deprivation of "possessions" and subjects it to certain conditions. The third rule, stated in the second paragraph, recognizes that the Contracting States are entitled, *inter alia*,

11 "The Court in Brief", European Court of Human Rights, accessed August 1, 2024, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Court_in_brief_ENG.

12 European Convention on Human Rights, *supra* note 7, .

13 *Ibid.* art. 1.

14 "The European Court of Human Rights," Council of Europe Office in Georgia, accessed August 6, 2024, <https://www.coe.int/en/web/tbilisi/europeancourttohumanrights>.

15 Van den Muijsenbergh and Sam Rezai, "Corporations and the European Convention on Human Rights", 56.

16 Andreas Føllesdal, Birgit Peters, and Geir Ulfstein, *Constituting Europe* (Cambridge University Press, 2013), 47.

17 Douglas Maxwell, *The Human Right to Property* (Bloomsbury Publishing, 2022), 42.

18 *Ibid.*, 64.

19 European Convention on Human Rights, *supra* note 7, Art. 1 Protocol no.1.

to control the use of property in accordance with the general interest²⁰. In that sense, Article 1 of Protocol no. 1 imposes both negative and positive obligations towards the state in terms of protection of the right to enjoy property. In particular, any interference must be in accordance with the public interest, must be carried out in a manner that respects the rule of law and must be proportionate to its objective.

However, the existence of a possession is a preliminary step to demonstrating that Article 1 of Protocol No 1 is engaged. In most instances, the existence of a possession will be agreed upon between the parties, or the ECtHR will examine the Member State's domestic law to determine whether a possession exists. In doing so, the ECtHR broadly recognizes its subsidiary role and that national authorities are better placed to determine what is a possession. However, the ECtHR has significantly expanded the concept of 'possession' through an independent 'autonomous' approach. According to the Court's case law, the 'possessions' covered by Article 1 of Protocol No 1, are exceedingly broad, from immovable real property to intangible rights such as contracts, claims and social security benefits.²¹ Indeed, the autonomous interpretation of what constitutes a 'possession' means that Article 1 of Protocol No 1 has the ability to influence a broad range of decisions concerning 'possessions'. Public authorities, policymakers, and Parliament must remain constantly vigilant to prevent unintentional violations of their human rights obligations. This means that every private right with some economic value is protected or regulated in some way by Article 1 of Protocol no. 1.²² The fact that the domestic laws of a State do not recognize a particular interest as a "property right" does not necessarily prevent the interest in question, in some circumstances (*see Depalle v. France* §68)²³, from being regarded as a "possession" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1.²⁴

The protection of property rights before the Court represents a dynamic and evolving aspect of legal doctrine, illustrating the complex balance between individual rights and state interests. Through its rich jurisprudence on this subject, the Court plays an important role in the protection of property rights. Its decisions not only ensure that the states adhere to their obligations under the Convention, but also contribute to the development of a robust framework that respects both individual rights and broader societal needs.

However, the effectiveness of conventional rights and the judgments of the Court to a large extent depends on national implementation. It is well known that the full execution of judgments helps strengthen the effectiveness of the judgments of the Court and has the effect of reducing the number of requests submitted to it.²⁵ When national authorities fully comply with court rulings, this will not only ensure the execution of the international obligation, but will further encourage public confidence in state institutions.

²⁰ "Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights Protection of Property," accessed August 16, 2024, https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_1_protocol_1_eng.

²¹ Maxwell, *The Human Right to Property*, 131.

²² *Ibid.*, 142

²³ *Depalle v. France*, Application no. 34044/02, ECtHR, (2010), <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-97978>.

²⁴ Guide on Article 1 of Protocol No. 1, *supra* note 20.

²⁵ Anne Van Aaken and Iulia Motoc, *European Convention on Human Rights and General International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 45-46

3. COMPANIES AS APPLICANTS BEFORE THE ECTHR

When considering victims of human rights violations, the focus often falls on individuals rather than legal entities like companies, particularly in the context of property rights.²⁶ However, this narrow approach overlooks the significant impact that property rights violations can have on businesses, which play a crucial role in economic stability and societal development in the countries. By acknowledging that legal entities can also suffer from these violations, we can foster a more comprehensive approach to human rights advocacy that addresses the needs of all stakeholders. In that sense, mutual respect of rights is important, by the company towards third parties and *vice versa*.

Similarly to natural persons, a corporation, as a legal entity, has the capacity to initiate and respond to lawsuits, own property, enter into contracts, and perform other similar legal actions. However, some of the rights are inapplicable to corporate entities (for example, the right to marry, the right against forced servitude, the right to bodily integrity).²⁷ It is a well-established fact that the Convention provides broad rights to corporations, but granting human rights to companies does not take away individual rights; rather, it improves their awareness of the importance of protecting human rights.²⁸

More precisely, Article 34 of the Convention clearly instructs the Court to accept applications from “any person, non-governmental organization or group of individuals claiming to be the victim of a violation” of the rights enumerated in it.²⁹ Corporations are included within the scope of the term „non-governmental organization.“ However, the wording has changed through the years. The initial version of the Convention referred to „any natural or corporate person,“ which was later modified to „corporate body“ before ultimately adopting the term „non-governmental organization.“³⁰ Despite these changes, there was nothing to suggest that it was intended to exclude corporations from the protection of the Convention.³¹ This evolution reflects an ongoing recognition of the role that corporations play in the landscape of human rights.

The right to individual appeal to the Court is the cornerstone of the Convention system. After exhausting all national remedies, entrepreneurs who believe their rights have been violated by a State Party to the Convention can appeal to the Court. They submit applications to the Court seeking to restore their rights at the national level in accordance with the principle of subsidiarity.³² The Court's first case involving a corporate claimant took place in 1978 when it ruled on

²⁶ Maxwell, *The Human Right to Property*, 45.

²⁷ Turkuler Isiksel, “Corporate Human Rights Claims under the ECHR,” *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Volume 17 Issue S (2019): 988, <https://www.law.georgetown.edu/public-policy-journal/wp-content/uploads/sites/23/2019/12/17-S-Isiksel.pdf>.

²⁸ Aleksandra Višekruna, “Protection of Rights of Companies before the European Court of Human Rights,” *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)* 1 (2018):113, <https://doi.org/10.25234/eclic/6524>.

²⁹ European Convention on Human Rights, *supra* note 11, Art. 34

³⁰ Marius Emberland, *Companies before the European Court of Human Rights*, (Oxford: University of Oxford, 2004), 4-5.

³¹ Van den Muijsenbergh and Sam Rezai, “Corporations and the European Convention on Human Rights”, 62.

³² Lyudmyla Deshko, “Application of Legal Entities to the European Court of Human Rights: A Significant Disadvantage as the Condition of Admissibility,” *Croatian International Relations Review* 24, no. 83 (October 1, 2018): 84–103, <https://doi.org/10.2478/cirr-2018-0015>.

a dispute between a private media corporation and the United Kingdom in the case of *Sunday Times v. United Kingdom*.³³

If we consider the Court's practice, it can be noted that the first case involving a company as the applicant under Article 1 of Protocol No. 1 was that of *Lithgow and Others v. United Kingdom*³⁴, where several companies and shareholders challenged the nationalization of their industries by the UK government. The case dealt with the compensation issues related to the nationalization process, and the Court ruled on the adequacy of the compensation under Article 1 of Protocol No. 1. This case is a landmark for corporate applicants in the context of property rights under the Convention.

In any case, any natural or legal person complaining of an interference with their 'possessions' must show that such a right exists or existed, or that they have a legitimate expectation of its existence. Where there is a dispute as to whether an applicant has a possession under Article 1 of Protocol No 1, the Court is required to determine whether the article is engaged.³⁵ The ECtHR is competent for applications submitted by individuals (natural and legal persons) or states, in which a violation of the ECHR is highlighted, as long as the violation allegedly directly and significantly affected the applicant.³⁶

Seeing this through the prism of the Court's case law (see *Agrotexim and Others v. Greece*, 1995, §§ 64-71 and *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC], 2012, §§ 9.), we can notice that the Court considered that a person cannot complain of a violation of his or her rights in proceedings to which he or she was not a party, even if he or she was a shareholder and/or director of a company which was party to the proceedings. When it comes to cases brought by shareholders of a company, the Court has found it crucial to draw a distinction between the complaints brought by shareholders about measures affecting their rights as shareholders and those about acts affecting the companies in which they hold shares. In the former group, shareholders themselves may be considered victims within the meaning of Article 34 of the Convention (see *Project-Trade d.o.o. v. Croatia*, 2020, §§ 44-47). In the latter group, the general principle is that the shareholders of companies cannot be seen as victims of acts and measures affecting their companies. In this connection, the disregarding of a company's legal personality can be justified only in "exceptional circumstances", in particular where it is clearly established that the company cannot bring the case to the Court in its own name.³⁷ However, the ECtHR has held that the corporate veil can be pierced in the interest of creditors within narrowly defined instances of fraud (see *Khodorkovskiy v Russia*).³⁸

Finally, it should be noted that the companies that are victims of violations before the Court have the right to, among other remedies, fair compensation. The term 'just satisfaction', as outlined in Article 41, in most instances refers to monetary compensation awarded to victim of human rights violations. However, in certain cases, it make the form of a purely 'declaratory' award, where the Court determines that acknowledging the violation of the applicant's rights constitutes sufficient

³³ In this case, the ECtHR found that there was a violation of the right to freedom of expression and a violation of Article 10 of the Convention. *Sunday Times v. United Kingdom*, Application no. 6538/74, ECtHR, (1979), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-206159https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584>.

³⁴ *Lithgow and Others v. United Kingdom*, Application nos. 9006/80, 9262/81, 9263/81, etc, ECtHR, (1986), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57526>.

³⁵ Maxwell, *The Human Right to Property*, 78.

³⁶ "Practical Guide on Admissibility Criteria," *supra* note 3

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Maxwell, *The Human Right to Property*, 123.

just satisfaction. Article 41 on just satisfaction does not differentiate between the victims who are states and those who are individuals. Even when it comes to the non-pecuniary compensation, the Court's case law demonstrates that the non-pecuniary compensation may also be granted to companies (see *Comingersoll SA v Portugal* (2001) 31 EHRR 31, [32]).³⁹

4. RELEVANT COURT'S JUDGMENTS AGAINST THE COUNTRIES OF THE WESTERN BALKAN

4.1. Judgment against Albania

During the relevant period the Court delivered 1 judgment against Albania, where the Court found *inter alia* the violation of Article 1 Protocol 1 of the Convention and which resulted from an application submitted by a company. The case *Valio Shipping Company v. Albania*⁴⁰, was submitted by a Greek company, complaining on account of the non-enforcement of the final decision in its favour. The applicant based its complaints on Article 6 § 1 and Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention. When assessing the case, the Court referred to its previously well-established case law (see *Valio Shipping Company v. Albania*, §28), where, among other things, the Court held that a "claim" can constitute a "possession" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 if it is sufficiently established to be enforceable. The inability of the applicant to obtain the execution of the domestic judgments led to the interference of his right to peaceful enjoyment of his property, in accordance with the first paragraph of Article 1 of Protocol no. 1. By disregarding the judgments, the national authorities prevented the applicant from receiving the money he could reasonably have expected to receive. Accordingly, the Court concluded that there was a violation of Article 6 § 1 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 of the Convention.

4.2. Judgments against Bosnia and Herzegovina

In the relevant cases of *Panorama Ltd and Miličić v. Bosnia and Herzegovina*⁴¹ and *TB Inžinjering d.o.o. v. Bosnia and Herzegovina*,⁴² applicants (companies registered in Bosnia and Herzegovina), complained of the non-enforcement of a domestic decision given in their favour and relied, expressly or in substance, on Article 6 § 1 of the Convention and on Article 1 of Protocol No. 1. The Court, therefore, considered that the decision in question constitutes "possessions" within

³⁹ *Ibid.*, 130.

⁴⁰ *Valio Shipping Company v. Albania*, Application no. 34230/07, ECHR, (2015), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-157520>

⁴¹ *Panorama Ltd and Miličić v. Bosnia and Herzegovina*, Applications nos. 69997/10 and 74793/11, (2017), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-175670>

⁴² *TB Inžinjering d.o.o. v. Bosnia and Herzegovina*, Application no. 8181/21, ECHR, (2022), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-217415>

the meaning of Article 1 of Protocol No. 1. The Court referred to the leading cases (*see Panorama Ltd and Miličić v. Bosnia and Herzegovina* §28 and *TB Inžinjeri d.o.o. v. Bosnia and Herzegovina* §9), where a violation in respect of issues similar to those in the concerned cases had also be founded. The Court reiterated that the impossibility of obtaining the execution of a final judgment in the applicant's favour constitutes an interference with his or her right to the peaceful enjoyment of possessions, as set out in the first sentence of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1. Having regard to its case-law on the subject, the Court considered that in the instant cases, the authorities did not make all necessary efforts to enforce, fully and in due time, the decision in the applicants' favour. Therefore, the Court decided that there was a breach of Article 6 § 1 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1.

4.3. Judgments against Croatia

For the purposes of this research, two applications submitted by the companies registered in Croatia were selected. In both cases, the Court delivered judgments finding, among other things, a violation of Article 1 of Protocol No. 1 of the Convention. In *Project-Trade d.o.o. v. Croatia*⁴³ and *Scott Bader d.o.o. v. Croatia*⁴⁴, the applicant companies were shareholders in a privately-owned bank. Following the government decision on the bank's restructuring and recovery, all shares in the bank were revoked and cancelled, including those of the applicants. Despite efforts to appeal the decision, the companies' challenges were unsuccessful. The Court examined the case *Project-Trade d.o.o. v. Croatia* under Article 34, and after confirmed its findings in *Scott Bader d.o.o. v. Croatia*. The Court assessed whether the applicant could be considered a victim of a violation of their property rights under Article 1 of Protocol No. 1. The Court emphasized the need to differentiate between the claims made by shareholders regarding their individual rights and those related to the broader interests of the company itself. For the applicant company to qualify as a victim, the measures must directly impact its legal rights rather than merely affect its position within the company's governance structure. In this case, the Court found that the government's action had a direct and personal impact on the applicant's property rights. The loss of shares constituted a clear violation beyond a simple interference with the company's governance. Thus, the Court upheld the applicant company's victim status, recognizing its legitimate claim of rights violation. Therefore, the Court ruled that Article 1 of Protocol No. 1 had been breached.

4.4. Judgment against Montenegro

In the judgment *Kips doo and Drekalović v. Montenegro*⁴⁵, the applicants complained *inter alia* of the right to peaceful enjoyment of property (Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention), due to the unjustified refusal of the state to issue a building permit to the applicant company. The

⁴³ *Project-Trade d.o.o. v. Croatia*, Application no. 1920/14, ECHR, (2021), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-206159>

⁴⁴ *Scott Bader d.o.o. v. Croatia*, Application nos. 46998/15 and 2 others, ECHR, (2021), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-213723>

⁴⁵ *Kips doo and Drekalović v. Montenegro*, Application no. 28766/06, ECHR, (2020), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-196886>

second applicant was the first applicant's founder, executive director, and the owner of 99.2698 % of its shares. In this case it is specific that the Court examined whether application was compatible with the Convention *ratione personae* in respect of the second applicant and stated that the shareholders of a company could not claim to be the victims of alleged violations of the company's rights, except in exceptional circumstances, for example, where the company could not seek protection of its rights on its own. In this specific case, the Court noted that the second applicant owned more than 99% of the first applicant. Consequently, there was no risk of differences of opinion among shareholders or between shareholders and a board of directors as to the reality of violations of the rights protected under the Convention and its Protocols or concerning the most appropriate way of reacting to such violations. Having regard to the absence of competing interests which could create difficulties, and in the light of the circumstances of the case as a whole, the Court considered that the applicants were so closely identified with each other that it would be artificial to make a distinction between them in this context, and that even though the party to the domestic proceedings was the first applicant only, the second applicant can also reasonably claim to be a victim within the meaning of Article 34 of the Convention. The Government's objection in this regard was therefore dismissed, and *inter alia* violation of Article 1 of Protocol No. 1 was found.

4.5. Judgments against North Macedonia

During the relevant period the Court delivered 4 judgments against North Macedonia, where the Court found *inter alia* the violation of Article 1 Protocol 1 of the Convention. The selected cases were submitted by companies registered in North Macedonia and one Slovenian company based in Ljubljana.

In the judgment in the case *Euromak Metal DOO v. North Macedonia*⁴⁶ the Court established a violation of Article 1 of Protocol no. 1 because the company applicant was deprived of the right to be exempt from the Value Added Tax (VAT) it paid for the purchased goods despite its full compliance with VAT obligations and was unjustifiably ordered to pay VAT for the purchased goods from which it had been previously legally exempted, together with interest. This was done because its suppliers failed to fulfill their VAT reporting obligations. The fact that the applicant company did not settle its obligations towards the state arising from the disputed decisions issued by the tax authorities, which were confirmed by the administrative courts, considering that its bank account was blocked according to those decisions and that company eventually ceased to exist, had no influence on the Court's finding that the tax calculation affected the ownership rights of the applicant company.

In *Jakimovski and Kari transport v. North Macedonia*⁴⁷, the Court found a violation of the property rights of the applicants due to confiscation of their truck during the customs infringement procedure. ECtHR determined that Jakimovski, as the founder of the applicant legal entity, was fined for offense and the transported goods were confiscated, and the truck he was in was also confiscated the customs offense committed. The Court found a violation of the Convention

⁴⁶ *Euromak Metal DOO v. North Macedonia*, Application.no. 68039/14, ECHR, (2018) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183555>.

⁴⁷ *Jakimovski and Kari transport v. North Macedonia*, Application.no. 51599/11, ECHR, (2019) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-198462>.

because although the measure to confiscate the truck was foreseen according to the domestic legal provisions, however, the fine and confiscation of the disputed goods that he was transporting were sufficient to achieve the desired effect of prevention and protection from future similar behaviors. According to the Court, the confiscation of the truck had the effect of an additional sanction for the prevention of similar offenses, was disproportionate and did not correspond to the seriousness of the customs offense which imposed an excessive burden on the applicants. The Court found the absence of balancing the general interest, that is, the interest of the community on the one hand and the individual rights of the applicants on the other.

A violation of the right to property was also established in the case of *Avto Atom DOO Kochani v. North Macedonia*⁴⁸, where the applicant company's complaints were that the domestic authorities deprived it of the right to deduct the VAT it paid for the goods received, due to an error made by its supplier. Namely, after a tax audit, the Public Revenue Administration issued a tax ruling imposing an additional VAT liability on the applicant company, made on the basis of invoices issued by the supplier, who was not registered for VAT purposes. The court noted that what was in dispute between the parties in this case was whether the appellant company had exercised due diligence in its business dealings, particularly with the supplier. It was known that the applicant company believed in the invoices from the supplier, which contained all the necessary data, including the tax number and stated VAT. Finally, the disallowance of the VAT deduction of the applicant company, according to the Court, was not justified due to the need for security for the collection of taxes, which is why it found a violation of Article 1 of Protocol no. 1.

In the case of *Radika provozi LLC Ljubljana v. North Macedonia*⁴⁹, the complaint allegations of the appellant company refer to a violation of Article 1 of Protocol no. 1 of the ECHR because she did not receive compensation in the further litigation procedure for damages due to the temporary seizure of the vehicle, after the misdemeanor procedure against her was stopped due to the expiration of the absolute statute of limitations. The ECtHR concluded with the verdict that there is a violation in the assessment of the proportionality of the measure for temporary confiscation of the vehicle in the context of the civil procedure for compensation of damage. The ECtHR also took into account the fact that the vehicle was the primary means of work of the petitioner's company, as an argument that potentially played a key role in the assessment of the proportionality of the temporary confiscation measure, which was not subject to an appropriate assessment by the domestic courts. Such an omission by the domestic courts was not in accordance with the obligation of the domestic courts, which had to apply the tripartite test (whether the measure was legal, whether it had a legitimate purpose and whether it was proportionate) and to assess whether the temporary confiscation of the vehicle did not cause greater damage to the company seeker of necessarily necessary. Therefore, the ECtHR concluded that the domestic courts did not ensure a fair balance between the interests concerned and did not provide adequate protection of the property rights of the applicant company.

⁴⁸ *Avto Atom DOO Kochani v. North Macedonia*, Application.no.21954/16, ECtHR, (2020) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202529>.

⁴⁹ *Radika provozi DOO Ljubljana v. North Macedonia*, Application no.52003/18, (2023) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-223645>.

4.6. Judgments against Serbia

During the relevant period the Court delivered 8 judgments against Serbia, where the Court found *inter alia* the violation of Article 1 Protocol 1 of the Convention. The selected cases were submitted by companies registered in Serbia. In *Majs Eksport-Import v. Serbia* (A.no.35327/09)⁵⁰, *DOO Brojler Donje Sinkovce v. Serbia* (A.no. 48499/08)⁵¹, *EVT Company v. Serbia* (A.no.8024/08)⁵², *M.B. - Mak Čačak DOO and Others v. Serbia* (A.nos.67856/14, 69282/14 and 70253/14)⁵³, *Mives DOO v. Serbia* (A.no.48966/09)⁵⁴, *Tehnogradnja DOO v. Serbia* (A.nos.35081/10 and 68117/13)⁵⁵, *Koka Hybro Komerc DOO Brojler v. Serbia* (A.no. 59341/09)⁵⁶, the applicants complained *inter alia* about the respondent State's failure to enforce final judgments rendered in their favour against the debtor. They relied on Articles 6 and Article 1 of Protocol No. 1 of the Convention. In determining whether the applicants' claim could be considered property under Article 1 of Protocol No. 1, the Court referred to its well-established case law. It emphasized that the debt had been clearly defined by an enforceable domestic decision, and the claim against the debtor remained unsettled. The final judgment confirmed that the debtor owed the applicant a specific sum of money, including interest to be calculated from a specified date, along with any applicable social contributions. Therefore, the applicant's claim was sufficiently precise and established to qualify as a possession under Article 1 of Protocol No. 1.

We will further focus on the case *Aktiva DOO v. Serbia* (A.no 23079/11)⁵⁷, where the applicant company also complained *inter alia* on the basis of Article 1 of Protocol No. 1, albeit for reasons distinct from those in the previously discussed case. The Court found a violation of Article 1 of Protocol No. 1, concluding that the State's confiscation of the applicant company's goods (specifically iron intended for use in reinforced concrete) was disproportionate. The Court observed that misdemeanor proceedings against the applicant company had been terminated due to the expiration of the statutory limitation period, with no finding of guilt. Despite this, the company's goods were seized and subsequently sold to a third-party company. This action was based on findings from parallel administrative proceedings, which alleged that the company had traded the goods without proper record-keeping, even though the goods in question had been lawfully imported. Furthermore, the Court observed that, aside from the misdemeanor proceedings—which resulted in acquittals for both the company and its managing director—the authorities did not initiate any criminal proceedings. Moreover, there was no evidence to suggest that the confiscation was intended to compensate for any pecuniary damage caused by the alleged regulatory non-compliance. Instead, the measure appeared to be punitive and aimed at deterrence. Given these circumstances, the Court

50 *Majs Eksport-Import v. Serbia*, Application no.35327/09, ECHR, (2013) <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-127617>.

51 *DOO Brojler Donje Sinkovce v. Serbia*, Application no.48499/08, ECHR, (2013), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-138564>.

52 *EVT Company v. Serbia*, Application no.8024/08, ECHR, (2007), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-81207>

53 *M.B. - Mak Čačak DOO and Others v. Serbia*, Application no. 67856/14, 69282/14 and 70253/14, ECHR, (2016), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-166776>.

54 *Mives DOO v. Serbia*, Application no. 48966/09, ECHR, (2017), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-170040>

55 *Tehnogradnja DOO v. Serbia*, Applications nos.35081/10 and 68117/13, ECHR, (2017), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-172071>.

56 *Koka Hybro Komerc DOO Brojler v. Serbia*, Application no. 48966/09, ECHR, (2017), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-170040>.

57 *Aktiva DOO v. Serbia*, Application no. 23079/11, ECHR, (2021), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-207413>.

concluded that the confiscation placed an excessive burden on the applicant company, making it disproportionate. Therefore, it found a violation of Article 1 of Protocol No. 1.

5. COMPARATIVE OVERVIEW

In the cases *Valio Shipping Company v. Albania*, *Panorama Ltd and Miličić v. Bosnia and Herzegovina*, *TB Inžinjeri d.o.o. v. Bosnia and Herzegovina*, *Majs Eksport-Import v. Serbia*, *DOO Brojler Donje Sinkovce v. Serbia*, *EVT Company v. Serbia*, *M.B. - Mak Čačak DOO and Others v. Serbia*, *Mives DOO v. Serbia*, *Tehnogradnja DOO v. Serbia*, the Court found violations of the applicants' property rights due to the non-enforcement of domestic judgments. According to the domestic final judgments, companies (applicants) were entitled to receive a material benefit, which was not fulfilled. In these cases the Court took similar approach and criticized the authorities for failing to make the necessary efforts to fulfil their legal obligations, highlighting a systemic issue with judicial enforcement in the country. Obviously in Bosnia and Herzegovina and Serbia repeated cases can be observed with the same violation. From the aspect of execution, all cases, except *TB Inžinjeri d.o.o. v. Bosnia and Herzegovina*⁵⁸ which is still pending, were closed with the final resolution.⁵⁹ However, the ongoing case of *TB Inžinjeri d.o.o.* illustrates that the issue persists, calling for continued attention to safeguard the rights of affected companies.

In the cases *Aktiva DOO v. Serbia*, *Jakimovski and Kari transport v. North Macedonia* and *Radika prevozi DOO Ljubljana v. North Macedonia*, the Court found violations of the applicant companies' property rights due to disproportionate confiscation of goods. The Court emphasized that the authorities' actions imposed excessive burdens on the applicants, raising serious concerns about the reliability of the legal system in protecting property rights. However, the process of execution of *Aktiva DOO v. Serbia*, *Jakimovski and Kari transport v. North Macedonia* is closed⁶⁰, but the case *Radika prevozi DOO Ljubljana v. North Macedonia* is still pending execution.⁶¹

In the cases of *Project-Trade d.o.o. v. Croatia* and *Scott Bader d.o.o. v. Croatia* the Court found violations stemming from the government's revocation of shares owned by the applicant companies, directly affecting their property rights. This situation emphasized that such governmental actions could result in significant harm to individual investors, reinforcing the notion that lawful protection of property is essential. The process of execution of these judgments is still pending⁶².

⁵⁸ As a repetitive case, for the execution process it is placed in the group *Martinovic v. Bosnia and Herzegovina*, accessed 10 August 2024, <https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-50415>.

⁵⁹ Resolution CM/ResDH(2020)300, <https://hudoc.exec.coe.int/?i=001-207080>; Resolution CM/ResDH(2019)172, <https://hudoc.exec.coe.int/?i=001-196005>; Resolution CM/ResDH(2018)92, <https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=001-182028>; Resolution CM/ResDH(2012)136, <https://hudoc.exec.coe.int/?i=001-113998>; accessed 10 August 2024

⁶⁰ Resolution CM/ResDH(2023)132, accessed August 10, 2024, <https://hudoc.exec.coe.int/?i=001-225498> and Resolution CM/ResDH(2023)429, accessed August 10, 2024, <https://hudoc.exec.coe.int/?i=001-230764>.

⁶¹ 1483rd meeting (December 2023) (DH) Action Plan (20/09/2023), [https://hudoc.exec.coe.int/?i=DH-DD\(2023\)1139E](https://hudoc.exec.coe.int/?i=DH-DD(2023)1139E).

⁶² Regarding the fact that there was repetitive violation, in the process of execution both cases are under supervision in a group, where *Project-Trade d.o.o.* is a leading case <https://hudoc.exec.coe.int/?i=004-57449>.

Montenegro's situation was highlighted in the case of *Kips doo and Drekalović v. Montenegro*, where the Court identified multiple violations, including unjustified interference from the authorities in refusing to issue a building permit for a shopping centre, which resulted in the applicant's loss of profits. Unjust refusals to issue necessary permits compounded the applicants' difficulties, illustrating how inefficiencies can lead to violations of both property and procedural rights. The process of execution has been concluded with a final resolution⁶³.

The Court issued several judgments against North Macedonia, *Euromak Metal DOO v. North Macedonia* and *Avto Atom DOO Kochani v. North Macedonia*, which revealed violations of property rights due to tax disputes. The Court criticized the authorities for taking disproportionate measures, emphasizing that these actions failed to strike a fair balance between public interests and individual rights. These cases underscored the severe consequences of overreach by tax authorities and highlighted the importance of proportionality in enforcement actions. Both cases have been concluded with final resolutions⁶⁴.

The analysis of ECtHR judgments against Western Balkan countries reveals a consistent pattern of property rights violations under Article 1 of Protocol No. 1. Although many judgments have been enforced, ongoing proceedings emphasize the need for continued careful observation and reforms to safeguard corporate rights.

6. CONCLUSION

Article 1 of Protocol 1 of the Convention plays a key role in the legal protection of the property rights of business entities, confirming their equal status with natural persons in seeking justice through the Strasbourg Court. The analysis of the judgments of the ECtHR reveal significant implications for the legal systems of the countries of the Western Balkans, emphasizing the systemic challenges and the need for effective mechanisms for the protection of property rights. Continued dialogue between these nations is essential to identify key issues and jointly develop strategies for improvement.

Additionally, ECtHR case law provides national judges with a source of legal reasoning and interpretation that can be examined and compared with reasoning in their own country. This can help them make decisions in the cases they handle. It is not only helpful in the decision-making process itself, but can also have an impact on national social and legal debates.⁶⁵ Therefore, the Member States must prioritize educating their courts about the case law of the ECtHR, as there is often a significant lack of such information. In that path the Council of Europe could play an active role in this area as well. It is also essential that translations of key judgments are made available in the respective languages of the countries involved,⁶⁶ especially for cases that have far-reaching

⁶³ Resolution CM/ResDH(2020)274, accessed 10 August 2024, <https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=001-206939>

⁶⁴ Resolution CM/ResDH(2019)193, <https://hudoc.exec.coe.int/?i=001-196057> and Résolution CM/ResDH(2021)17, <https://hudoc.exec.coe.int/?i=001-208190>

⁶⁵ Spyridon Flogaitis et al., *The European Court of Human Rights and Its Discontents* (Edward Elgar Publishing, 2013), 97.

⁶⁶ Translation and dissemination of ECHR judgments - department for the execution of judgments, accessed 08 December 2024, <https://www.coe.int/en/web/execution/-/translation-and-dissemination-of-the-judgments-and-decisions-of-the-echr>

implications for the legal system.⁶⁷ It is worth noting that human rights are a frequent focus of various training programs, and Member States have the opportunity to seek expertise on specific issues through the Council of Europe, ensuring support and guidance in this area. In this context, Member States should take concrete steps to capitalize on the opportunities available to them and prevent repeated violations identified by the ECtHR. They should prioritize enforcement by adopting new legislation or implementing other measures to ensure that similar issues do not arise again.

BIBLIOGRAPHY

1. *Agrotexim and Others v. Greece*, Application no. 48966/09, ECHR, (2017), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57951>.
2. *Aktiva DOO v. Serbia*, Application no. 23079/11, ECHR, (2021), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-207413>.
3. Aleksandra Višekruna, "Protection of Rights of Companies before the European Court of Human Rights," *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)* 1 (2018): 111-26. <https://doi.org/10.25234/eclic/6524>.
4. Anne Van Aaken, and Iulia Motoc. *European Convention on Human Rights and General International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
5. *Avto Atom DOO Kochani v. North Macedonia*, Application.no.21954/16, ECtHR, (2020) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202529>.
6. *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy*, Application.no. 38433/09, ECtHR, (2012) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111399>.
7. Council of Europe. "The Convention in 1950." The European Convention on Human Rights, 2014. <https://www.coe.int/en/web/human-rights-convention/the-convention-in-1950>.
8. Council of Europe Office in Georgia. "The European Court of Human Rights." Accessed August 6, 2024. <https://www.coe.int/en/web/tbilisi/europeancourttohumanrights>.
9. *Depalle v. France*, Application no. 34044/02, ECtHR, (2010), <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-97978>.
10. Deshko, Lyudmyla. "Application of Legal Entities to the European Court of Human Rights: A Significant Disadvantage as the Condition of Admissibility." *Croatian International Relations Review* 24, no. 83 (October 1, 2018): 84–103. <https://doi.org/10.2478/cirr-2018-0015>.
11. Deutsch, Ulrike, Rüdiger Wolfrum, and Springerlink (Online Service). *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2009.
12. *DOO Brojler Donje Sinkovce v. Serbia*, Application no. 48499/08, ECtHR, (2013), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-138564>.

⁶⁷ Ulrike Deutsch, Rüdiger Wolfrum, and Springerlink (Online Service, *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions* (Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2009).

13. Emberland, Marius. *Companies before the European Court of Human Rights*, Oxford: University of Oxford, 2004.
14. *Euromak Metal DOO v. North Macedonia*, Application.no. 68039/14, ECHR, (2018) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183555>.
15. European Court of Human Rights. "European Convention on Human Rights," 1950. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_ENG.
16. *EVT Company v. Serbia*, Application no. 8024/08, ECHR, (2007), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-81207>.
17. Føllesdal, Andreas, Birgit Peters, and Geir Ulfstein. *Constituting Europe*. Cambridge University Press, 2013.
18. "Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights Protection of Property," 2023. https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_1_protocol_1_eng.
19. Turkuler Isiksel, "Corporate Human Rights Claims under the ECHR," *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Volume 17 Issue S (2019): 979-1005 <https://www.law.georgetown.edu/public-policy-journal/wp-content/uploads/sites/23/2019/12/17-S-Isiksel.pdf>.
20. *Jakimovski and Kari transport v. North Macedonia*, Application.no. 51599/11, ECHR, (2019) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-198462>.
21. *Kips doo and Drekalović v. Montenegro*, Application no. 28766/06, ECHR, (2020), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-196886>.
22. *Koka Hybro Komerc DOO Broyler v. Serbia*, Application no. 48966/09, ECHR, (2017), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-170040>.
23. Kulick, Andreas. "Corporate Human Rights?" *European Journal of International Law* 32, no. 2 (May 1, 2021): 537–70. <https://academic.oup.com/ejil/article/32/2/537/6317384>.
24. *Lithgow and Others v. United Kingdom*, Applications nos. 9006/80;9262/81;9263/81; 926 5/81;9266/81;9313/81; 9405/81, ECtHR (1986), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57526>.
25. *M.B. - Mak Čačak DOO and Others v. Serbia*, Application no. 67856/14, 69282/14 and 7 0253/14, ECHR, (2016), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-166776>.
26. *Majs Eksport-Import v. Serbia*, Application no.35327/09, ECHR, (2013) <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-127617>.
27. Maxwell, Douglas. *The Human Right to Property*. Bloomsbury Publishing, 2022.
28. *Mives DOO v. Serbia*, Application no. 48966/09, ECHR, (2017), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-170040>.
29. Muijsenbergh, Winfried H. van den, and Sam Rezai. "Corporations and the European Convention on Human Rights." *Global Business & Development Law Journal* 25, no. 1 (January 1, 2012): 43–68.
30. Organization of American States. 1969. "American Convention on Human Rights." *Treaty Series*, No. 36. San Jose: Organization of American States. <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>.
31. *Panorama Ltd and Miličić v. Bosnia and Herzegovina*, Applications nos. 69997/10 and 74793/11, ECtHR, (2017), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-175670>.
32. "Practical Guide on Admissibility Criteria", European Court of Human Rights, Accessed September 1, 2024, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Admissibility_guide_ENG.

33. *Project-Trade d.o.o. v. Croatia*, Application no. 1920/14, ECHR, (2021), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-206159>.
34. *Radika prevozi DOO Ljubljana v. North Macedonia*, Application no.52003/18, (2023) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-223645>.
35. *Scott Bader d.o.o. v. Croatia*, Applications nos. 46998/15 and 2 others, ECHR, (2021), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-213723>.
36. Spyridon Flogaitis, Tom Zwart, Julie Fraser, and Paul Mahoney. *The European Court of Human Rights and Its Discontents*. Edward Elgar Publishing, 2013.
37. *Sunday Times v. United Kingdom*, Application no. 6538/74, ECtHR, (1979). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584>.
38. *TB Inžinering d.o.o. v. Bosnia and Herzegovina*, Application no. 8181/21, ECHR, (2022), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-217415>.
39. *Tehnogradnja DOO v. Serbia*, Applications nos.35081/10 and 68117/13, ECHR, (2017), <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-172071>.
40. "The Court in Brief." Accessed August 1, 2024. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Court_in_brief_ENG.
41. The supervision process - department for the execution of judgments, Accessed 08 December 2024, <https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process>.
42. Translation and dissemination of ECHR judgments - department for the execution of judgments, Accessed: December 08, 2024, <https://www.coe.int/en/web/execution/-/translation-and-dissemination-of-the-judgments-and-decisions-of-the-echr>.
43. United Nations (General Assembly). 1966. "International Covenant on Civil and Political Rights." *Treaty Series* 999 (December): 171, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.

ЗНАЧАЈ МЕЂУНАРОДНИХ АДМИНИСТРАТИВНИХ ТРИБУНАЛА ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА И СТАТУСА СЛУЖБЕНИКА МЕЂУНАРОДНИХ ОРГАНИЗАЦИЈА

Душко Глодић¹

Правни факултет, Универзитет Апеирон

Сажетак: Рад разматра значај који имају међународни административни трибунали, као специфична правосудна тијела међународних организација, за остваривање права службеника међународних организација. У том погледу, чланак прво полази од појма међународног административног права, како је дефинисано у пракси међународних административних трибунала, као скупа правила која уређују права, обавезе и статус међународних службеника те који је предмет аутономног регулисања од стране међународних организација. Затим, рад приказује правну природу и положај који имају међународни административни трибунали унутар институционалог оквира међународних организација, као супсидијарни или помоћни органи, начине њиховог оснивања, као и њихове типичне надлежности. У том смислу се разматрају различити модалитети омогућавања судске заштите права међународних службеника – било путем успостављања сопственог трибунала или путем признавања надлежности административног трибунала неке друге међународне организације. Коначно, чланак указује и на утицај који су међународни административни трибунали имали на конституисање међународног административног права и омогућавање његове ефективне примјене. Рад закључује да, премда је међународно административно право посебно и специфично за сваку поједину међународну организацију, ипак постоји сличност између појединих института и принципа који се примјењују од стране различитих међународних административних трибунала, при чему њихово постојање, као механизма правосудне заштите међународних службеника, представља прихваћени стандард унутар права међународних организација.

Кључне ријечи: право међународних организација, међународна служба, међународни административни трибунали, међународне организације.

1. УВОД

Међународне организације своје функције примарно остварују посредством секретаријата као сталног, стручног и административног органа које чине међународни службеници, запослени у својству сталног особља организације и који дјелују у општем

¹ Ванредни професор, е-пошта: dusko.glodic@icloud.com, ORCID: 0009-0009-0961-3456.

интересу међународне организације, а не у интересу појединих држава чланица.² Стога је један од битних елемената регулисања положаја и дјеловања међународних организација и питање статуса, права и обавеза њихових службеника које се уређује правилима сваке међународне организације. При томе, нужно је дефинисати и одговарајуће правне механизме који омогућавају и заштиту права службених лица организације према њеном руководству, укључујући и могућност заштите пред судским органима. Имајући у виду да су међународне организације самостални субјекти међународног права који уживају регулаторну слободу у погледу својих интерних питања, укључујући и запошљавање службеника, те имају имунитете пред органима појединих држава, велики број међународних организација предвиђа рјешавање спорова са службеницима организације пред тзв. међународним административним трибуналима, као специфични судским органима у оквиру организације.³

Стога је циљ овог рада да се испита значај међународних административних трибунала у остваривању правне заштите службеника међународних организација, као лица запослених од стране међународних организација, те да идентификује и појасни који је њихов допринос конституисању и ефективној примјени међународног административног права. Ово истраживање се базира на релеватној правној литератури, међународноправним изворима, прије свега конститутивним инструментима међународних организација, правилима које усвајају међународне организације, те пракси појединих међународних административних трибунала. Примјењени су нормативни метод са циљем анализе релеватних правних норми, као и компаративни метод ради поређења правила различитих међународних организација са циљем идентификовања сличних рјешења и евентуалног постојања правних стандарда и најбоље међународне праксе у погледу формирања и функционисања међународних административних трибунала.

Рад је структурисан на следећи начин. На првом мјесту се генерално разматра регулисање правног положаја међународних службеника и функција међународног административног права. Затим се одређује појам, начин формирања и типичне надлежности међународних административних трибунала. Коначно, наводи се и појашњава конкретан допринос који међународни административни трибунали остварују као механизми судске заштите међународних службеника.

² Manuel Díez de Velasco Vallejo, *Les organisations internationales* (Paris: Economica, 2002), 80-81. Boris Krivokapić, *Međunarodno javno pravo*, treće izdanje (Beograd: Poslovni i pravni fakultet, Institut za uporedno pravo. 2017), 362-363.

³ Види шире: Patrick Daillier, Mathias Forteau & Alain Pellet, *Droit international public* (Paris: LGDJ, Lextenso éditions, 2010), 658 – 665; Manuel Díez de Velasco Vallejo, *Les organisations internationales*, 34 – 38; C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organisations*, 2nd edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 66 – 84.

2. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ СЛУЖБЕНИКА МЕЂУНАРОДНИХ ОРГАНИЗАЦИЈА

Формирањем модерних међународних организација након Првог свјетског рата, као што је било Друштво народа и Међународна организација рада, које су имале већи број службеника, усталила се пракса да се пословање међународне организације и њеног секретаријата, укључујући и радне односе и положај службеника организације, регулише правним актима које усвајају органи саме организација, а не прописима било које државе. У складу са доктрином функционалности, која се односи на положај међународних организација на међународном плану, на овај начин се омогућава независност међународне организације у односу на њене државе чланице, као и у односу на државу сједишта.⁴ Као феномен институционализације међународних односа,⁵ имајући у виду институционални оквир у којем се ствара, као и потребу обезбјеђења функционалне независности међународне организације,⁶ међународно административно право се развија као „посебан правни систем који је истовремено и појединачна и организациона неопходност и који тежи формулисању таквих правила која ће обезбиједити да један међународни секретаријат функционише ефикасно.”⁷

Сходно томе, статус међународних службеника се регулише правилима организације, а која чине одредбе конститутивног уговора, као примарног извора, те поједине одлуке и резолуције организације, укључујући правилнике о особљу, као секундарне извори, па чак и институционална пракса организације. У овом контексту треба поменути и разне приручнике, инструкције чак и конкретне уговоре о раду.⁸ У међународној пракси, специфична правила која се односе на статус међународних службеника називају се међународно административно или управно право, а по својој садржини, разлозима настанка и начину стварања се разликује од унутрашњег права.⁹ Као такво, међународно административно право представља „право које уређује односе између међувладине организације и чланова њеног особља.”¹⁰

У овом контексту потребно је осврнути се и на правну природу међународног административног права, при чему се мора сагледати неколико елемената. Прво, доношење правних аката који конституишу међународно административно право, заснива се на конститутивном

⁴ Clive Archer, *International organizations* (London and New York: Routledge, 2001), 12-13. David J. Bederman, *The spirit of international law* (Athens & London: University of Georgia Press, 2002), 80-84.

⁵ Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, četvrto izdanje (Beograd: Pravni fakultet, 2010), 487.

⁶ Chris de Cooker, "The Effectiveness of International Administrative Law as A Body of Law," in: *The Development and Effectiveness of International Administrative Law: On the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal*. editor Olufemi Elias (Leiden: Brill Nijhoff, 2012), 325. Thomas G. Weiss, "International bureaucracy: The myth and reality of the international civil service." *International Affairs*, Vol. 58.2(1982), 288.

⁷ C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organisations*, 279.

⁸ За појам правила међународне организације види: Article 2.1(j), Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 1986, United Nations publication, Sales No. E.94.V.5. Benedict Kingsbury, Richard B. Stewart, "Administrative Tribunals of International Organizations from the Perspective of the Emerging Global Administrative Law," in: *The Development and Effectiveness of International Administrative Law: On the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal*. editor Olufemi Elias (Leiden: Brill Nijhoff, 2012), 70. Yaroslau Kryvoi, "The law applied by international administrative tribunals: From autonomy to hierarchy," *George Washington International Law Review*, 47(2015), 280.

⁹ Patrick Daillier, Mathias Fribourg & Alain Pellet, *Droit international public*, 698. Kryvoi, "The law applied by international administrative tribunals: From autonomy to hierarchy," 269.

¹⁰ Види: UN Dispute Tribunal, *Samardzic et al. v. UN Secretary General*, 2010, para. 20.

уговору међународне организације, као иначе и цјелокупно право међународних организација. Друго, формални извори овог права су правилници и друге одлуке које усвајају органи међународне организације, које чине, у највећем броју случајева, представници држава чланица, те и са тог процедуралног аспекта, они имају међународни карактер. Према томе, иако је највећи број докумената из корпуса секундарних аката и унутрашњих правила међународне организације, не може се оспорити међународноправни карактер овог партикуларног система.¹¹

Не постоји јединствени корпус правила међународног административног права који је јединствен за све међународне организације. Свака међународна организација ствара сопствена правила, али постоји значајан степен међусобне рецепције појединих института и правних рјешења. Наиме, поједини институти су формирани или се заснивају на тумачењу насталом у пракси међународних административних трибунала, која често конвергира у погледу дефинисања и примјене појединих института од стране више трибунала.¹²

3. ПОЈАМ МЕЂУНАРОДНОГ АДМИНИСТРАТИВНОГ ТРИБУНАЛА

Перфектност међународног административног права се обезбјеђује кроз правне лијекове који су на располагању међународним службеницима. И то постојањем жалбеног или сличног тијела, које независно од руководиоца организације, по жалби странке оцјењује законитост првостепене одлуке о радноправним и другим питањима у вези са статусом међународног службеника као запосленог лица једне међународне организације. У наредној инстанци, одлуке донесене у жалбеном или сличном поступку, могу бити предмет оспоравања пред административним трибуналом међународне организације, који доноси обавезујуће и коначне пресуде.¹³

Међународни административни трибунал се уобичајено дефинише као интерни судски орган једне међународне организација са примарним задатком да рјешава спорове између службених лица међународне организације, као запослених, и међународне организација, као послодавца, при чему доноси коначне и обавезујуће одлуке засноване на правилима међународне организације.¹⁴

11 Malcolm Shaw, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 1199.

12 Eyal Benvenisti. "The interplay between actors as a determinant of the evolution of administrative law in international institutions." *Law & Contemporary Problems*, 68(2004), 339-340. Kryvoi. „The law applied by international administrative tribunals: From autonomy to hierarchy,” 272. Cooker, “The Effectiveness of International Administrative Law as A Body of Law,” 325.

13 Katherine Meighan, Gabriel Rodriguez-Rico, “To Join or Not to Join: A Comparative Analysis of Joining or Creating an International Administrative Tribunal,” in: *The Role of International Administrative Law at International Organizations*, editor Peter Quayle (Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2020), 122.

14 *Ibidem*, 120. Тако је наглашено у пресуди Административног трибунала Свјетске банке: “Трибунал, који је међународни трибунал, сматра да је његов задатак да решава унутрашње спорове између одлука Банке и њеног особља у оквиру организованог правног система Свјетске банке и да мора да примјењује унутрашње право Банке као право којим се уређују услови запошљавања.” World Bank Administrative Tribunal, de Merode, Lamson Scribner, Jr., Reese, Reisman Toof, Ruberl, Shapiro v. The World Bank, No. 1/1981, para. 27.

У правилу, ови трибунали су посљедња инстанца којој се може приступити након што су исцрпљена остала интерна правна средства на располагању службеним лицима, нпр. жалбени поступак, поступак медијације или неки сличан поступак против одлуке шефа секретаријата међународне организације.¹⁵ У највећем броју случајева, ови трибунали дјелују у једној инстанци и доносе коначне одлуке, док су поједине организације као што су Уједињене нације и Европска унија, временом успоставиле двостепени систем.¹⁶

Историјски посматрано, овакви трибунали се јављају у првој половини 20. вијека у оквиру Друштва народа пред чијим органима се поставило питање утврђивања најбољег начина рјешавања спорова са особљем ове организације. Након што је разматрано више различитих модалитета, сматрало се да је најадекватније рјешење успостављање тијела које би имало управно-судска овлашћења попут Државног савјета у Француској.¹⁷ Трагом овог модела, успостављен је Административни трибунал у оквиру Друштва народа 1927. године, који је 1946. године постао Административни трибунал Међународне организације рада.¹⁸

Кроз еволуцију ових органа у посљедњих скоро стотину година од када је успостављен први међународни административни трибунал, дефинисани су критерији које ови трибунали треба да задовоље, а то су функционална независност и да их чине правни стручњаци да би се гарантовало њихово правилно, независно и непристрасно одлучивање. Тако се у статутима трибунала прописују критерији високог степена стручности и оспособљености кандидата за позиције судија.¹⁹ На организационом плану, административни трибунали,

15 Santiago Oñate Laborde. "The Relation between Due Process in International and National Human Rights Instruments and International Adjudication Mechanisms," in: *The Development and Effectiveness of International Administrative Law: On the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal*. editor Olufemi Elias (Leiden: Brill Nijhoff, 2012), 377.

16 Види: Phyllis Hwang. "Reform of the Administration of Justice System at the United Nations," *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 8(2009), 213-215. Article 256, Treaty on the Functioning of the European Union, Consolidated Version, Official Journal of the European Union, C 202/1. 07.06.2016.

17 C.F. Amerasinghe, "Reflections on the Internal Judicial Systems of International Organizations," in: *The Development and Effectiveness of International Administrative Law: On the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal*. editor Olufemi Elias (Leiden: Brill Nijhoff, 2012), 34.

18 Meghan, Rodriguez-Rico, "To Join or Not to Join: A Comparative Analysis of Joining or Creating an International Administrative Tribunal," 120.

19 Kingsbury, Stewart, "Administrative Tribunals of International Organizations from the Perspective of the Emerging Global Administrative Law," 91. Илустрације ради, члан 4(3) Статута УН Трибунала за спорове предвиђа следеће услове које судије треба да задовоље: "Да би било квалификовано за именовање за судију, лице мора: (а) бити високог моралног карактера и непристрасан; и (б) посједује најмање 10 година судског искуства у области управног права, или еквивалентно у једној или више националних јурисдикција; (ц) Течно говори, усмено и писмено, енглески или француски." Надаље, Статут Административног трибунала Свјетске банке захтијева да судије испуњавају следеће критерије: "Чланови Трибунала морају бити особе високог моралног карактера и морају поседовати квалификације потребне за именовање на високе судске функције или бити правници признатих компетенција у релевантним областима као што су радни односи, међународна државна служба и администрација међународних организација." (Article IV/1 Statute and Rules of the World Bank Administrative Tribunal, <https://tribunal.worldbank.org/sites/default/files/documents/WBAT-Statute-Rules.pdf>, приступљено 10.05.2024). У погледу Административног трибунала Савјета Европе захтијева се да "Судије морају бити особе од интегритета и високог моралног карактера и морају имати висок ниво стручности у управном праву, међународном управном праву, службеничком праву или радном праву. Морају да познају најмање један од службених језика Савјета Европе и да буду способни да разумију други." (Article 3.2. Statute of the Administrative Tribunal of the Council of Europe). У погледу судија Административног трибунала Азијске развојне банке захтијева се: "Чланови Трибунала морају бити особе високог моралног карактера и морају посједовати квалификације потребне за именовање на високе судске функције или бити правници признатих компетенција у релевантним областима као што су радни односи, међународна државна служба и администрација међународних организација."

као нека врста судских органа, у институционалном систему међународних организација, подвргавају се начелу ”подјеле власти,” јер су они издвојени од секретаријата међународних организација, с једне стране, при чему у свом одлучивању не залазе у подручја која су у надлежности извршних органа међународне организације, односно њеног секретаријата и руководиоца организације, с друге стране.²⁰ На ширем плану односа између међународне организације и њених држава чланица, административни трибунали имају, суштински двојаку улогу. Они треба да омогуће заштиту права међународних службеника из њиховог радног односа, с једне стране, и нужност да се заштити независност међународне организације од држава чланица, односно домаћих судова за рјешавање овакве врсте спорова, с друге стране.²¹ Њихов допринос стварању независне и функционалне међународне службе је потврдило и Удружење за међународно право у извјештају о одговорности међународних организација из 2004. године.²²

У вези са успостављањем и функционисањем међународних административних трибунала постављају се два значајна правна питања: прво, постојање овлашћења међународне организације да успостави административни трибунал као интерни судски орган и друго, који су то шири правни разлози који налажу успостављање једног оваквог судског органа.

У погледу првог питања, пракса показује да њихово постојање не мора нужно бити предвиђено конститутивним инструментом организације, већ се њихово успостављање базира на имплицитним овлашћењима. Тако се истиче да је Међународни суд правде оцијенио да административни трибунал једне организације омогућава ефикасно дјеловање саме међународне организације, односно Уједињених нација у конкретном случају, те да је Генерална скупштина имплицитно овлашћења да успостави административни трибунал.²³ Вођене истом потребом, и остале међународне организације су успостављале административне трибунале те се сматра да је њихово овлашћење да тако чине општеприхваћено у међународној пракси.²⁴

У погледу другог питања, треба нагласити да иако оснивање најстаријих административних трибунала претходи установљавању људских права у вези са процедуралним гаранцијама,²⁵ правно оправдање постојања оваквих административних трибунала може се наћи у Универзалној декларацији о људским правима, која дефинише принцип судске контроле над актима и одлукама које доносе органи управе, док у ужем европском контексту, судски надзор над дјеловањем управе, па и органа међународних организација у односу на

(Article IV.1 of the Statute of the Administrative Tribunal of the Asian Development Bank, <https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/33394/statute-adb-tribunal.pdf>, приступљено 10.05.2024.).

²⁰ Peter Hulsroj, "Perfection, Bets Prattice, Adequacy? The Standard Applied by International Tribunals to The Behaviour of International Organisations," in: *The Development and Effectiveness of International Administrative Law: On the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal*, editor Olufemi Elias (Leiden: Brill Nijhoff, 2012), 130.

²¹ Meighan, Rodriguez-Rico, "To Join or Not to Join: A Comparative Analysis of Joining or Creating an International Administrative Tribunal," 120. Cooker, "The Effectiveness of International Administrative Law as A Body of Law," 326.

²² International Law Association, Accountability of International Organisations, Berlin Conference 2004, Final Report, p. 10, https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/final-conference-report-berlin-2004-1, приступљено: 10.05.2024.

²³ ICJ, Effect of awards of compensation made by the UN Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13th, 1954, ICJ Reports 1954, 56-57.

²⁴ C.F. Amerasinghe, "Reflections on the Internal Judicial Systems of International Organizations," 34.

²⁵ Oñate Laborde, "The Relation between Due Process in International and National Human Rights Instruments and International Adjudication Mechanisms," 377.

њихове службенике, произилази из члана 6. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода.²⁶ Надаље, општа је сагласност да међународно административно право треба да служи за заштиту службеника у односу на међународну организацију као послодавца.²⁷ Међутим, остваривање ових права у односу на акте једне међународне организације пред органима неке државе није у принципу изводљиво због постојања имунитета међународних организације пред унутрашњим правосуђем. Наиме, међународне организације уживају имунитет у погледу својих интерних питања пред националном јурисдикцијом појединих држава. Без обзира на имунитете, захтијева се да међународне организације предвиде одређене процесне гаранције за службенике међународних организација. Тако литература биљежи неколико примјера када судски органи појединих држава нису признали имунитет међународној организацији у спору који је против исте покренуо њен запослени јер ове организације нису успоставиле или признале надлежност међународног административног трибунала.²⁸ У погледу права гарантованих Европском конвенцијом, постојање имунитета и немогућности вођења судског поступка против међународне организације, према пракси Европског суда за људска права, компатибилно је са обавезама из ове Конвенције уколико је ограничење права на приступ домаћим судовима пропорционално и уколико је осигурано постојање адекватног интерног правног механизма унутар организације за заштиту права службених лица организације.²⁹ Дакле, немогућност покретања поступка против међународне организације пред судовима појединих држава чланица је компатибилно са Европском конвенцијом уколико је међународна организација обезбиједила адекватан правни механизам заштите права запослених. То се најједноставније постиже путем међународних

26 C.F. Amerasinghe, "Reflections on the Internal Judicial Systems of International Organizations," 34-35.

27 Kryvoi, „The law applied by international administrative tribunals: From autonomy to hierarchy,” 279. International Law Association, Accountability of International Organisations, Berlin Conference 2004, Final Report, p. 10, https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/final-conference-report-berlin-2004-1, приступљено: 10.05.2024.

28 Белгијски судови су одбили да признају имунитет у радним споровима против двију организација које имају сједиште на њеној територији Западноевропској унији и Генералном секретаријату афричке, карибске и пацифичке групе држава. Занимљиво је да је Суд за радне односе у Бриселу испитивао да ли Жалбени одбор Западноевропске уније може да задовољи критерије по којима би се сматрао судским органом: да ли је независан у односу на странке у спору и непристрасан у одлучивању, да ли правила поступка омогућавају контрадикторност, да ли доноси обавезујуће и образложене пресуде, да ли су саслушања јавна и да ли се одлуке објављују. Пошто нису били задовољени сви ови критерији, упркос приговору имунитета, суд се упустио у рјешавање радног спора. Види: Kingsbury, Stewart, "Administrative Tribunals of International Organizations from the Perspective of the Emerging Global Administrative Law," 90. Види: Cooker, "The Effectiveness of International Administrative Law as A Body of Law," 328-330. Забиљежени су такође и примјери из праксе судова из Венецуеле и Бразила који су на становишту да међународне организације не уживају имунитет у радним споровима. Аргентинско правосуђе признаје имунитет међународним организацијама само под условом да су процесне гаранције запосленима обезбијеђене у правилима организације. Види: Oñate Laborde. "The Relation between Due Process in International and National Human Rights Instruments and International Adjudication Mechanisms," 381-382.

29 Европски суд за људска права наводи: "Суд истиче да је приписивање привилегија и имунитета међународним организацијама суштинско средство да се осигура правилно функционисање таквих организација без једностраног уплитања појединачних влада. Имунитет од јурисдикције који државе обично дају међународним организацијама у складу са конститутивним инструментима организација или допунским споразумима је дугогодишња пракса успостављена у интересу доброг рада ових организација. Значај ове праксе појачан је трендом проширења и јачања међународне сарадње у свим доменима савременог друштва. С обзиром на ово, Суд налази да правило имунитета од надлежности, које су немачки судови применили на ЕЦА у овом случају, има легитиман циљ." ECtHR, *Beer and Regan v. Germany*, (Application No. 28934/95), Judgment of 18 February 1999, para. 53.

административних трибунала. Ипак, без обзира на чињеницу да је пружање адекватног правног лијека за заштиту права запослених у међународној организацији постало стандард на којем се заснива међународно административно право,³⁰ сама одлука о томе да ли ће успоставити посебан институционални судски механизам за остваривање овог права је предмет политичког одлучивања релевантних органа међународне организације и представника држава чланица.³¹

У савремено доба, успостављен је велики број оваквих трибунала, а статuti неких трибунала омогућавају другим међународним организацијама да признају њихову надлежност. Таква могућност је предвиђена Статутом Административног трибунала Међународне организације рада,³² чију је надлежност признало преко 50 универзалних и регионалних међународних организација.³³ У вези са дилемом да ли признати надлежност или успоставити сопствени административни трибунал, литература не идентификује чиме се органи међународне организације руководе приликом одлучивања. Могло би се претпоставити да то зависи од величине секретаријата организације, међутим постоје примјери када неке организације, као Међународна организација за миграције, која има више хиљада службеника, признаје надлежност већ постојећег трибунала, док неке мање организације, као што је Технички центар за пољопривреду и рурални развој, са неколико десетина запослених, успоставља сопствени трибунал.³⁴

4. ТИПИЧНЕ НАДЛЕЖНОСТИ МЕЂУНАРОДНИХ АДМИНИСТРАТИВНИХ ТРИБУНАЛА

Као коначна инстанца и судски орган једне међународне организације, међународни административни трибунал одлучује о тужбама којима се оспоравају коначне одлуке о правима и обавезама службених лица међународне организације, а које произилазе из услова и правила њиховог радноправног статуса те да одлучују о захтјевима за накнаду штете

30 Oñate Laborde. "The Relation between Due Process in International and National Human Rights Instruments and International Adjudication Mechanisms," 378. На неки начин је позив међународним организацијама за успостављање адекватног правног лијека за службена лица инаугурисано и од стране Међународног суда правде у савјетодавном мишљењу о дејству пресуда (ICJ, Effect of awards of compensation made by the UN Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13th, 1954, ICJ Reports 1954).

31 Meighan, Rodriguez-Rico, "To Join or Not to Join: A Comparative Analysis of Joining or Creating an International Administrative Tribunal," 120.

32 Meighan, Rodriguez-Rico, "To Join or Not to Join: A Comparative Analysis of Joining or Creating an International Administrative Tribunal," 120. Article II(5) of the Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization reads: "The Tribunal shall also be competent to hear complaints alleging non-observance, in substance or in form, of the terms of appointment of officials and of provisions of the Staff Regulations of any other international organization meeting the standards set out in the Annex hereto which has addressed to the Director-General a declaration recognizing, in accordance with its Constitution or internal administrative rules, the jurisdiction of the Tribunal for this purpose, as well as its Rules, and which is approved by the Governing Body. Any such organization may withdraw its declaration recognizing the jurisdiction of the Tribunal under the procedure set out in the Annex."

33 <https://www.ilo.org/tribunal/membership/lang--en/index.htm>, приступљено 10.10.2023. Daillier, Forteau & Pellet, *Droit international public*, 699.

34 Meighan, Rodriguez-Rico, "To Join or Not to Join: A Comparative Analysis of Joining or Creating an International Administrative Tribunal," 123-124. IOM Staff Regulations, Regulation 11.3.

проистекле из службовања у организацији. Услов допуштености представки административним трибуналима је претходна исцрпљеност правних средстава предвиђених правилима организације, као што су жалбени поступци или медијација.³⁵

Током поступка, поједини трибунали су овлашћени да потпуно утврђују чињенично стање, као што је случај са Административним трибуналом Међународног монетарног фонда, док неки трибунали, попут оног основаног при Међународној организацији рада, испитују да ли у оспораваној одлуци постоји нека очигледна повреда права у свјетлу правила међународне организације у питању.³⁶ Такође, међународни административни трибунали су надлежни за остала питања предвиђена њиховим статутима, а начин на који се покреће поступак пред њима изјављивањем предвиђеног правног средства подсјећа на надлежност суда да одлучује у предметима у унутрашњем праву по основу тужбе, а не на уобичајене услове за заснивање надлежности којима међународни судови подлијежу у међудржавним споровима, као нпр. претходна сагласност странака да се одлучује у конкретном спору између њих. Наиме, надлежност трибунала се заснива на неком општем акту који се примјењује на односе између међународне организације и њених службеника.³⁷

Питање поступка је такође прецизно дефинисано статутима трибунала и посебно њиховим пословницима о раду. Генерално је прихваћено схватање да се поступак заснива на начелима правичности и једнакости странака те да има писану, а у неким случајевима и усмену фазу – расправу пред поступајућим судским вијећем. Међутим, пракса појединих трибунала у погледу отварања усмене расправе се битно разликује. Неки од њих, попут Трибунала Међуамеричке развојне банке, Трибунала УН за спорове, Трибунала Организације америчких држава скоро редовно проводе усмене расправе ради прикупљања доказа, док неки други трибунали, нпр. Административни трибунал Међународне организације рада и Административни трибунал Свјетске банке, изузетно одржавају усмене расправе. Међутим, одржавање или не усмене расправе не треба посматрати као нешто што одлучујуће утиче на ваљаност самих судских одлука. Наиме, дискреционо право административног трибунала да одржи усмену расправу зависи, прије свега, од практичних околности сваког случаја и процјене судија да ли је нужно провести ову фазу поступка ради правилног и потпуног утврђивања чињеничног стања.³⁸ Будући да ови поступци подсјећају на управне спорове

35 Види нпр. Article II and VII of the Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organisation, https://www.ilo.org/tribunal/about-us/WCMS_249194/lang-en/index.htm#art2, приступљено 10.10.2023.

36 Meighan, Rodriguez-Rico, "To Join or Not to Join: A Comparative Analysis of Joining or Creating an International Administrative Tribunal," 122-123.

37 О томе се изјаснио и Међународни суд правде у савјетодавном мишљењу о дејству одлука Административног трибунала у споровима између службеника и UNESCO-а: "Суд није изгубио из вида чињеницу да се и пред Административним трибуналом и у изјавама које су достављене Суду тврдило, с једне стране, да је Административни трибунал међународни суд, а с друге стране, да је то суд ограничене надлежности, а не опште надлежности. Та тврдња је изнесена ради постизања рестриктивног тумачења одредби које регулишу надлежност међународног суда. Суд не пориче да је Административни трибунал међународни трибунал. Међутим, питање поднесено Трибуналу није било спор између држава. Била је то контроверза између UNESCO-а и једног од његових службеника. Аргументи, изведени из суверенитета држава, који су се могли позвати у корист рестриктивног тумачења одредби које регулишу надлежност суда који суди између држава, нису релевантни за ситуацију у којој је суд позван да пресуди по жалби службеника против међународне организације." ICJ, Judgments of the Administrative Tribunal of the I.L.O. upon complaints made against the UNESCO, Advisory Opinion of 23 October 1956, ICJ Reports 1956, 97.

38 C.F. Amerasinghe, "Reflections on the Internal Judicial Systems of International Organizations," 51-52.

пред домаћим судовима, треба имати у виду да је и у националним законодавствима отварање усмене расправе у управном спору изузетак, а не правило.

У вези са захтјевима за извођење доказа кроз саслушање свједока или подношење исправа, треба знати да административни трибунали не посједују исте инструменте као што има национално судство које може издати одређене наредбе које проводе органи државе, укључујући и принудним средствима. Овдје, пак, поједини административни трибунали, услед недостатка дјелотворног начина прибављања доказа, поступају тако што, уколико нека странка у поступку не би доставила тражени доказ, онда се одлучује у корист супротне странке. То би био неки вид ”санкционисања” странке која отежава вођење поступка.³⁹

Пресуде које доносе административни трибунали треба да буду образложене. Овај елемент пресуда слиједи већ устаљену праксу судских органа сваке државе која проистиче из начела владавине права и кроз навођење адекватних правних разлога који су навели судије да одлуче на начин одређен у самој пресуди. Тако се задовољава обавеза да се покаже утемељеност одлуке на релевантим правним изворима, а у свјетлу утврђеног чињеничног стања.⁴⁰

Као што је раније наведено, пресуде административних трибунала су коначне и против њих није дозвољена жалба, осим у неколико међународних организација које имају дво-степен систем, као што је Организација уједињених нација. Ипак, под одређеним условима, најчешће у случају откривања нових чињеница непознатих у моменту доношења пресуде трибунали или странци која се на њих позива, а које одлучујуће утичу на рјешавање конкретне ствари, дозвољено је захтијевати ревизију пресуде.⁴¹

39 Видјети предмет пред Трибуналом УН за спорове у предмету United Nations Dispute Tribunal, *Bertucci v. UN Secretary General*, Judgment No. UNDT/2010/80 of 3 May 2010, para. 34 -35. У овом предмету Трибунал налази да: ”Тужена странка не може подносиоцу представке да тражи да докаже када је тај материјал или се може разумно сматрати да је дио тог доказа је задржан од објелодањивања од стране тужене упркос налогу да се исти достави. Ово би омогућило да тужени има користи од сопствених незаконитих радњи које крше уговорне обавезе према подносиоцу представке ... Иако садржај тог материјала није познат, осим да је хипотски могао бити релевантан, једина правична претпоставка је да би то помогло подносиоцу представке и туженом се не може дозволити, одбијањем увида да омогући претпоставку да ће бити подношењем Трибуналу, да се тврди супротно. ... Једини праведан исход је да подносилац представке треба да добије пресуду против туженог због његовог пропуштања.” Видјети: Kingsbury, Stewart, “Administrative Tribunals of International Organizations from the Perspective of the Emerging Global Administrative Law,” 97.

40 Kingsbury, Stewart, “Administrative Tribunals of International Organizations from the Perspective of the Emerging Global Administrative Law,” 95. Обавезу за образлагање пресуда утврђују статути више административних трибунала, видјети: Article 11(1), Statute of the UN Dispute Tribunal <https://www.un.org/en/internaljustice/undt/undt-statute.shtml>, приступљено 10.05.2024; Article VI/2, Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organisation https://www.ilo.org/tribunal/about-us/WCMS_249194/lang-en/index.htm#art2, приступљено 10.10.2023; Article 14.3, Statute of the Administrative Tribunal of the Council of Europe, [https://search.coe.int/cm/#\[%22CoEIdentifier%22:%220900001680a90b1a%22\],%22sort%22:%22CoEValidationDate%20Descending%22\]](https://search.coe.int/cm/#[%22CoEIdentifier%22:%220900001680a90b1a%22],%22sort%22:%22CoEValidationDate%20Descending%22]), приступљено 10.05.2024.

41 Види: Article VI(1), Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organisation https://www.ilo.org/tribunal/about-us/WCMS_249194/lang-en/index.htm#art2, приступљено 10.10.2023; Article XIII, Statute and Rules of the World Bank Administrative Tribunal <https://tribunal.worldbank.org/sites/default/files/documents/WBAT-Statute-Rules.pdf>, приступљено 10.05.2024; Article XI, Statute of the Administrative Tribunal of the Asian Development Bank <https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/33394/statute-adb-tribunal.pdf>, приступљено 10.05.2024; Article XVII, Statute of the Council of Europe Administrative Tribunal, [https://search.coe.int/cm/#\[%22CoEIdentifier%22:%220900001680a90b1a%22\],%22sort%22:%22CoEValidationDate%20Descending%22\]](https://search.coe.int/cm/#[%22CoEIdentifier%22:%220900001680a90b1a%22],%22sort%22:%22CoEValidationDate%20Descending%22]), приступљено 10.05.2024.

5. ДОПРИНОС АДМИНИСТРАТИВНИХ ТРИБУНАЛА ЗАШТИТИ ПОЛОЖАЈА МЕЂУНАРОДНИХ СЛУЖБЕНИКА

Након што су у претходним одјелјцима описани положај, разлози формирања и основна овлашћења која имају међународни административни трибунали у институционалном систему међународне организације, потребно је размотрити њихов допринос заштити положаја међународних службеника и ефективној примјени међународног административног права.

Прво, административни трибунали представљају судски систем за рјешавање радних спорова насталих између међународне организације, као послодавца, и њених службеника, као запослених, при чему они поступају независно од осталих органа међународне организације. Имајући у виду контекст у којем се радни односи међународних службеника заснивају, механизам међународних административних трибунала омогућава вођење судског спора између службеника међународне организације, као појединца, са једне стране, и међународне организације, као субјекта међународног права, са друге стране.⁴² Са материјалне стране, спорови се углавном односе на повреду појединих права из радних односа, затим повреду поступка у којима се одлучује о овим правима, питања дискримације, прекорачења дискреционих овлашћења и сл. У поступању у конкретним предмитима, административни трибунали примјењују методе тумачења права које су настале како у окриљу међународног права, тако и у поступањима националних судова.⁴³ На овај начин се проводи судска контрола над одлукама и поступањем руководства међународних секретаријата у предметима који се односе на службеничка питања.⁴⁴ Тумачењем релевантних правила кроз своју праксу, међународни административни трибунали креативно доприносе афирмисању међународног административног права као динамичног скупа правила која има практичну вриједност.⁴⁵

Друго, дјеловање међународних административних трибунала представља одраз устаљеног правила да појединачна рјешења која доносе представници управне власти, у овом случају руководиоца секретаријата међународне организације, одлучујући о правима и обавезама појединаца треба да подлијежу судској контроли, а то је омогућено кроз успостављање административних трибунала у међународноправној сфери.⁴⁶ Посебно се истиче да се успостављање механизма рјешавања спорова путем међународних административних

42 Kryvoi. „The law applied by international administrative tribunals: From autonomy to hierarchy,” 273-274.

43 C.F. Amerasinghe, „Reflections on the Internal Judicial Systems of International Organizations,” 45. На примјер, у погледу злоупотребе дискреционих овлашћења Административни трибунал Свјетске банке наводи да „може преиспитати такве одлуке туженог да би утврдио да ли је дошло до злоупотребе дискреционог права, у смислу да је одлука била произвољна, дискриминаторна, непрописно мотивисана или донета уз кршење правичне и разумне процедуре.” Види: World Bank Administrative Tribunal, Heather M. Marshall v. International Bank for Reconstruction and Development, Decision No. 226 [2000], para. 21. О дискриминацији на основу пола, Административни трибунал Међународне организације рада у предмету против УНЕСКО-а налази: „Оно што је било противзаконито је пропуст Организације да исплати накнаду женама по истој основи, а грешка, каква је била, је пропуст да измени повреду одредбе.” (ILO Administrative Tribunal, In re Meyler, Judgement No. 978, 27 June 1989, para. 15).

44 Oñate Laborde. „The Relation between Due Process in International and National Human Rights Instruments and International Adjudication Mechanisms,” 375.

45 Kingsbury, Stewart, „Administrative Tribunals of International Organizations from the Perspective of the Emerging Global Administrative Law,” 71.

46 *Ibidem*, 79.

трибунала конституисало као стандард који обавезује уговорнице Европске конвенције о заштити људских права који треба да представља разумну алтернативу приступу домаћем правосудју. У пракси Европског суда за људска права утврђена је обавеза да се овај механизам мора гарантовати међународним службеницима. Тако се у пресуди у једном предмету против Њемачке који су покренули запосленици Европске свемирске агенције (ЕСА), наводи:

“Суд је мишљења да када државе оснивају међународне организације [...] и када тим организацијама повјеравају одређене надлежности и дају им имунитете, може постојати импликација на заштиту основних права. Међутим, било би неспојиво са сврхом и циљем Конвенције ако би се државе уговорнице на тај начин ослободиле одговорности по Конвенцији у односу на област активности која је обухваћена таквим повјеравањем надлежности. Треба подсетити да Конвенција има за циљ да гарантује не теоријска или илузорна права, већ права која су практична и дјелотворна. Ово посебно важи за право на приступ судовима с обзиром на истакнуто мјесто које у демократском друштву заузима право на правично суђење. [...] За Суд је материјални фактор у одређивању да ли је давање имунитета ЕСА-и од њемачког правосудја дозвољено по Конвенцији јесте да ли су подносиоци представке имали на располагању разумна алтернативна средства да ефикасно заштите своја права по Конвенцији.”⁴⁷

Треће, дјеловање међународних административних трибунала представља ефективан начин остваривања и заштите права међународних службеника у односу на међународну организацију као њиховог послодавца јер се окончава доношењем коначне судске одлуке о правној ствари која је предмет спора. Тај механизам означава да међународне организације, у сегменту правног уређења статуса својих службеника, демонстрира и показује подвргнутост међународних организација начелу владавине права.⁴⁸ Наиме, овај судски оквир омогућава ефективност правних правила усвојених у оквиру једне организације јер му се путем судова даје коначно и ауторитарно тумачење што даље води до његове примјене. У овом контексту се свакако поставља питање овлашћења која посједују поједини административни трибунали у погледу кориговања повреде права међународног службеника која је нанесена одлуком послодавца. Тако се ова овлашћења крећу од искључиво формалне провјере исправности такве одлуке, односно њеног поништавања ако је правно неутемељено, што доводи до враћања на поновно одлучивање шефу организације, или потврде његове валидности, па до остављања могућности трибуналу да досуди накнаду штете или повратак на радно мјесто у случају бесправног отпуштања.⁴⁹ У контексту ефективности механизам рјешавања спорова пред међународним административним трибуналом поставља се и питање провођења

⁴⁷ ECtHR, *Beer and Regan v. Germany*, (Application No. 28934/95), Judgment of 18 February 1999, para. 57-58.

⁴⁸ Kryvoi, „The law applied by international administrative tribunals: From autonomy to hierarchy,” 276.

⁴⁹ C.F. Amerasinghe, „Reflections on the Internal Judicial Systems of International Organizations,” 53-54. Тако члан 10(5) Статута Трибунала УН за спорове одређује да је овај овлашћен да одлучи о: (а) поништење оспорене административне одлуке или конкретног дејства, под условом да, када се оспорена административна одлука тиче именовања, унапређења или престанка радног односа, Трибунал за спорове ће такође одредити износ накнаде који тужени може изабрати да плати као алтернативу поништењу оспорене административне одлуке или наређеног конкретног извршења, у складу са тачком (б) овог става;

(б) накнаду за штету, поткрепљену доказима, која обично не прелази еквивалент двогодишње нето основне плате подносиоца представке. Трибунал за спорове може, међутим, у изузетним случајевима наложити исплату веће накнаде за штету, поткрепљену доказима, и навести разлоге за ту одлуку.

Надаље се, као илустрација, могу навести надлежности Административног трибунала Организације за економску сарадњу и развој који је надлежан „да ријеши, уз дужно поштовање стечених права, сва питања у вези са

њихових одлука. Литература не биљежи случајеве да нека међународна организација није провела пресуду или друге врсте одлука одговарајућег административног трибунала премда не постоје класични механизми за извршавање судских одлука који су на располагању националним судовима. У том контексту се истиче да је међународно административно право, у широј међународноправној сфери, можда и најнефективнији сегмент међународноправних правила јер се његово обавезујуће дејство не доводи у питање.⁵⁰

Четврто, међународни административни трибунали су путем своје правне праксе допринијели дефинисању појединих института међународног административног права, као интегралног дијела права међународних организација. Овдје се може поставити и питање да ли административни трибунали једне организације могу слиједити праксу или чак разматрати изворе права које примјењују административни трибунали неке друге организације. Формалистички одговор би био одречан, једна организација не може својим прописима и праксом стварати обавезе за другу организацију уколико то није утемељено неким правним инструментном. Међутим, у једном случају из праксе Административног трибунала Свјетске банке – *De Merode et al.*, покренуто је ово питање од стране тужилаца. Трибунал није заузео недвосмислен став иако је истакао да овај орган превасходно примјењује правила Свјетске банке као релевантна за рјешавање спорова са њеним службеницима. Ипак, Трибунал је нагласио да у појединим ситуацијама, уколико је чињенично стање слично, може доћи до утицаја праксе административног трибунала једне организације на праксу трибунала друге организације посебно уколико нека рјешења могу. Ова добровољна рецепција праксе може указивати да у одређеним случајевим постоје неки општи принципи међународног административног права који су заједнички за већи број међународних организација.⁵¹ Пракса административних трибунала, односно њихове одлуке, саме по себи не треба схватити као посебне изворе међународног административног права, али они ипак имају одређени значај јер омогућавају упознавање и идентификовање правних принципа који се односе на поједине ситуације.⁵² Ако ништа друго, такве одлуке представљају ауторитативно тумачење норми међународног административног права.

тумачењем и примена овог Правилника о особљу, свих примјењивих Правила и услова именовања. Трибунал може поништити одлуке генералног секретара које су у супротности са одредбама именовања дотичног службеника или одредбе овог Правилника или било којег мјеродавног правила. Такође може наложити Организацији да надокнади штету насталу услед било које неправилности коју је починио генерални секретар.” (Regulation 22, OECD Staff Regulations, Rules and Instructions applicable to Officials of the Organisation, https://www.oecd.org/careers/Staff_Rules_EN.pdf, приступљено 01.11.2023). Види и члан VIII Статута Административног трибунала Међународне организације рада (Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organisation, https://www.ilo.org/tribunal/about-us/WCMS_249194/lang--en/index.htm#art2, приступљено 10.10.2023.).

50 C.F. Amerasinghe, “Reflections on the Internal Judicial Systems of International Organizations,” 55.

51 *Ibidem*, 36-37. Административни трибунал Свјетске банке сматра: “Док различити међународни административни трибунали не сматрају да су везани једни одлукама других и да су развили понекад различиту јуриспруденцију прилагођену свакој организацији, подједнако је тачно да се у одређеним тачкама постигнута рјешења не разликују значајно. ... Трибунал је слободан да прими к знању рјешења која су у довољно упоредивим условима усвојили други административни трибунали, посебно они из породице Уједињених нација. На овај начин Трибунал може узети у обзир и разноликост међународних организација и посебан карактер Банке, а да при томе не занемари тенденцију ка одређеном приближавању.” World Bank Administrative Tribunal, *de Merode, Lamson Scribner, Jr., Reese, Reisman Toof, Ruberl, Shapiro v. The World Bank*, No. 1/1981, para. 28.

52 Kryvoi. “The law applied by international administrative tribunals: From autonomy to hierarchy,” 285. Ради илустрације значаја праксе административних трибунала, поједине пресуде Административног трибунала

Пето, међународни административни трибунали, својим дјеловањем, омогућавају очување независности и аутономије међународних организација у регулисању радних односа сопственог особља и рјешавању потенцијалних радних спорова независно од правосуђа држава чланица и, консеквентно, несметаног остваривања мисије коју имају међународне организације. На тај начин се додатно афирмише независна правна личност међународне организације која ужива имунитет пред правосуђем појединих држава у погледу односа са сопственим службеницима, а истовремено се службеним лицима омогућава одговарајући вид судске правне заштите против међународне организације као њиховог послодавца.⁵³

6. ЗАКЉУЧАК

Овај рад испитује са теоријског и практичног гледишта значај међународних административних трибунала као механизма правне заштите службеника међународних организација. Да бисмо истражили ово питање, размотрен је правни режим који се примјењује на међународне службенике, затим начин формирања и институционални положај административних трибунала у склопу међународних организација, као и њихове уобичајене надлежности, без обзира на могућу специфичност сваког појединог трибунала. Након анализе расположиве литературе и релевантних међународноправних извора – уговора о оснивању међународних организација, правила организација и статута трибунала и значајнијих одлука појединих међународних судова, показано је на који начин административни трибунали остварују улогу механизма заштите међународних службеника и омогућавају ефективну примјену међународног административног права.

Међународно административно право, као скуп правила о правима и обавезама међународних службеника по основу њиховог радног односа у некој међународној организацији, настаје дјеловањем органа међународне организације на основу њених овлашћења да уреди унутрашња питања од значаја за њено дјеловање. Као сваки скуп правних правила и међународно административно право предвиђа одређене поступке и институције које су надлежне за одлучивање, доносећи обавезујуће појединачне одлуке, о правима и обавезама међународних службеника. Ради омогућавања контроле исправности таквих појединачних аката са међународним административним правом, показало се потребним увођење контролних поступака и гарантовање одговарајућих правних средстава за заштиту права међународних службеника установљених у релевантним прописима међународне организације. Осим постојања интерних жалбених или других алтернативних поступака, попут концилијације или медијације, то се у најпунијем смислу остварује оснивањем међународних административних трибунала, као органа независних у свом поступању од административног руководства и држава чланица једне међународне организације, а који су овлашћени да одлучују у радним споровима између службеника и међународне организације те доносе коначне и обавезујуће одлуке. Када је ријеч о успостављању оваквих трибунала,

Међународне организације рада упућују на судску праксу као доказ постојања појединих правних принципа. Видјети: ILO Administrative Tribunal, *In re Awoyemi*, Judgement No. 1756, 9 July 1998, para. 3.

53 Упореди са: C.F. Amerasinghe, "Reflections on the Internal Judicial Systems of International Organizations," 56-57.

треба истаћи да не постоји јединствени образац организовања овог правног механизма те да конкретни модел који се успостави у некој организацији зависи од низа фактора, прије свега величине њеног административног апарата и постигнуте сагласности држава чланица о конкретном начину регулисања механизма рјешавања радних спорова и заштите права међународних службеника. Као ефективан начин гарантовања права службеника на судску заштиту у ситуацији када нека организација не успоставља сопствени административни трибунал идентификована је могућност признавања надлежности административног трибунала неке друге организације.

У том смислу, а након анализе литературе и праксе појединих административних трибунала, може се закључити да они вишеструко доприносе ефективности међународног административног права и пружају механизам да се заштите интереси службених лица једне организације. На првом мјесту, дјелујући независно од осталих органа међународне организације, административни трибунали као судски органи врше судску контролу над рјешавањем у персоналним стварима од стране руководства административног апарата међународне организације и тако практично афирмишу начело владавине права и одговорности руководства међународних организација. Са становишта положаја међународних организација у међународном праву, постојање овог механизма је значајно јер се омогућава очување независности и аутономије међународних организација, као субјеката међународног права, у односу на државе чланице јер постојање њиховог интерног судског механизма оправдава искључење националне јурисдикције над статусом службеника међународних организација. Коначно, развој правне праксе међународних административних трибунала доводи до развоја појединих института међународног административног права кроз тумачења релевантних одредаба прописа међународне организације којима се регулишу услови и правила радних односа службених лица организације.

Иако је међународно административно право посебно и специфично за сваку поједину међународну организацију, успостављање међународних административних трибунала и њихове уобичајене надлежности су заједничка карактеристика великог броја међународних организација. Надаље, међународна пракса биљежи својеврсну рецепцију правних рјешења из једне организације у другу и ситуације да административни трибунали различитих организација међусобно прате правну праксу других трибунала у њиховом поступању по конкретним захтјевима за рјешавање у радним споровима. На тај начин се индиректно остварује нека врста координације и хармонизације правних рјешења о међународној служби различитих организација.

Постојање административних трибунала међународних организација се у савременом праву међународних организација афирмисало већ од оснивања првих оваквих трибунала као незаобилазна компонента правног режима и институционалног оквира који се односи на права и обавезе међународних службеника. У пракси Европског суда за људска права у погледу заштите међународних службеника отишло се још корак даље. Наиме, гарантовање судске заштите службеним лицима међународних организација и адекватних процесних гаранција у погледу њиховог радноправног статуса, афирмисало се као својеврсни стандард који је обавезан за стране уговорнице Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода.

Генерално се може закључити да је практични значај који имају административни трибунали за функционисање међународних организација, а који смо анализирали у овом

раду, мотивисао велики број међународних организација да кору међународних службеника омогуће приступ адекватним правним средствима.

ЛИТЕРАТУРА:

- Ago, Shinichi, "What is 'International Administrative Law'? The Adequacy of this Term in Various Judgments of International Administrative Tribunals", in: *The Role of International Administrative Law at International Organizations*, editor Peter Quayle, 88-102, Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2020.
- Amerasinghe, C.F., *Principles of the Institutional Law of International Organisations*, 2nd edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Amerasinghe, C.F., "Reflections on the Internal Judicial Systems of International Organizations," in: *The Development and Effectiveness of International Administrative Law: On the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal*. editor Olufemi Elias, 33-58, Leiden: Brill Nijhoff, 2012.
- Archer, Clive, *International organizations*. London and New York: Routledge, 2001.
- Benvenisti, Eyal. "The interplay between actors as a determinant of the evolution of administrative law in international institutions." *Law & Contemporary Problems*, 68(2004): 319-340.
- Bederman, David J. *The spirit of international law*. Athens & London: University of Georgia Press. 2002.
- Cassese, Antonio, *International law*. 2nd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Cooker, Chris de, "The Effectiveness of International Administrative Law as A Body of Law," in: *The Development and Effectiveness of International Administrative Law: On the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal*. editor Olufemi Elias, 319-332, Leiden: Brill Nijhoff, 2012.
- Daillier, Patrick, Forteau, Mathias, & Pellet, Alain, *Droit international public*, Paris: LGDJ, Lextenso éditions, 2010.
- Díez de Velasco Vallejo, Manuel, *Les organisations internationales*. Paris: Economica, 2002.
- Meighan, Katherine, Rodriguez-Rico, Gabriel, "To Join or Not to Join: A Comparative Analysis of Joining or Creating an International Administrative Tribunal," in: *The Role of International Administrative Law at International Organizations*, editor Peter Quayle, 119-140, Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2020.
- Elias, Olufemi (ed.). *The Development and Effectiveness of International Administrative Law: On the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal*. Leiden: Brill Nijhoff, 2012.
- Hulsroj, Peter. "Perfection, Bets Practice, Adequacy? The Standard Applied by International Tribunals to The Behaviour of International Organisations," in: *The Development and Effectiveness of International Administrative Law: On the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal*. editor Olufemi Elias, 129-135, Leiden: Brill Nijhoff, 2012.

- Hwang, Phyllis. "Reform of the Administration of Justice System at the United Nations," *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 8(2009), 181-224.
- Kingsbury, Benedict, Stewart, Richard B., "Administrative Tribunals of International Organizations from the Perspective of the Emerging Global Administrative Law," in: *The Development and Effectiveness of International Administrative Law: On the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal*. editor Olufemi Elias, 69-104, Leiden: Brill Nijhoff, 2012.
- Kreća, Milenko. *Međunarodno javno pravo*, četvrto izdanje, Beograd: Pravni fakultet. 2010.
- Krivokapić, Boris. *Međunarodno javno pravo*, treće izdanje, Beograd: Poslovni i pravni fakultet, Institut za uporedno pravo. 2017.
- Kryvoi, Yaraslau. „The law applied by international administrative tribunals: From autonomy to hierarchy,” *George Washington International Law Review*, 47(2015): 267-301.
- Oñate Laborde, Santiago. "The Relation between Due Process in International and National Human Rights Instruments and International Adjudication Mechanisms," in: *The Development and Effectiveness of International Administrative Law: On the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal*. editor Olufemi Elias, 375-385, Leiden: Brill Nijhoff, 2012.
- Shaw, Malcolm, *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- International Law Association, Accountability of International Organisations, Berlin Conference 2004, Final Report, https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/final-conference-report-berlin-2004-1 , приступљено 10.05.2024.
- Weiss, Thomas G. "International bureaucracy: The myth and reality of the international civil service." *International Affairs*, Vol. 58.2(1982): 287-306.

LEGAL DOCUMENTS:

- Staff Regulations of the International Organisation for Migration, https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/2019-01/MC_2300.pdf , приступљено 10.04.2024.
- Charter of the United Nations, <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text> , приступљено 30.10.2023;
- Staff Regulations and Staff Rules including provisional Staff Rules of the United Nations, SG Bulletin, ST/SGB/2023/1.
- OECD Staff Regulations, Rules and Instructions applicable to Officials of the Organisation, https://www.oecd.org/careers/Staff_Rules_EN.pdf , приступљено 01.11.2023.
- Treaty on the Functioning of the European Union, Consolidated Version, Official Journal of the European Union, C 202/1. 07.06.2016.
- Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organisation, https://www.ilo.org/tribunal/about-us/WCMS_249194/lang--en/index.htm#art2 , приступљено 10.10.2023;
- Statute of the United Nations Dispute Tribunal, <https://www.un.org/en/internaljustice/undt/undt-statute.shtml> , приступљено 10.05.2024.

- Statute and Rules of the World Bank Administrative Tribunal, <https://tribunal.worldbank.org/sites/default/files/documents/WBAT-Statute-Rules.pdf> , приступљено 10.05.2024.
- Statute of the Administrative Tribunal of the Council of Europe, [https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:\[%220900001680a90b1a%22\],%22sort%22:\[%22CoEValidationDate%20Descending%22\]}](https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:[%220900001680a90b1a%22],%22sort%22:[%22CoEValidationDate%20Descending%22]}) , приступљено 10.05.2024.
- Statute of the Administrative Tribunal of the Asian Development Bank, <https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/33394/statute-adb-tribunal.pdf>, приступљено 10.05.2024.
- Rules of Procedure of the Court of Justice of the European Union, Consolidated Version, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_en.pdf , приступљено 10.05.2024.
- ICJ, Effect of awards of compensation made by the UN Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13th, 1954, ICJ Reports 1954, p. 47.
- ICJ, Judgments of the Administrative Tribunal of the I.L.O. upon complaints made against the UNESCO, Advisory Opinion of 23 October 1956, ICJ Reports 1956, p. 77.
- ILO Administrative Tribunal, In re Awoyemi, Judgement No. 1756, 9 July 1998,
- ILO Administrative Tribunal, In re Meyler, Judgement No. 978, 27 June 1989.
- United Nations Dispute Tribunal, Bertucci v. UN Secretary General, Judgment No. UNDT/2010/80 of 3 May 2010.
- World Bank Administrative Tribunal, de Merode, Lamson Scribner, Jr., Reese, Reisman Toof, Ruberl, Shapiro v. The World Bank, No. 1/1981.
- World Bank Administrative Tribunal, Heather M. Marshall v. International Bank for Reconstruction and Development, Decision No. 226 [2000].
- ECtHR, *Waite and Kennedy v. Germany*, (Application No. 26083/94), Judgment of 18 February 1999.
- ECtHR, *Beer and Regan v. Germany*, (Application No. 28934/95), Judgment of 18 February 1999.

THE IMPORTANCE OF INTERNATIONAL ADMINISTRATIVE TRIBUNALS FOR THE PROTECTION OF THE RIGHTS AND STATUS OF OFFICIALS OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

Duško Glodić⁵⁴

Faculty of Law, University „Apeiron“

Summary: *The paper examines the importance of international administrative tribunals, as specific judicial bodies of international organizations, for the enforcement of the rights of officials/ international civil servants of international organizations. In this regard, the article firstly starts examining this topic from the concept of international administrative law, as it has been defined in the practice of international administrative tribunals, as a set of rules that regulate the rights, obligations and status of international officials and which is subject to autonomous regulation by international organizations. Then, the paper shows the legal nature and position of international administrative tribunals within the institutional framework of international organizations, that are usually created as subsidiary or auxiliary bodies, the ways of their establishment, as well as their typical competences. In this sense, various modalities of enabling judicial protection of the rights of international officials are being considered - either by establishing their own tribunal or by recognizing the jurisdiction of the administrative tribunal of another international organization. Finally, the paper points to the influence that international administrative tribunals had on the constitution of international administrative law and enabling its effective application. The paper concludes that, although international administrative law is special and specific for each individual international organization, there is nevertheless a similarity between certain institutes and principles applied by various international administrative tribunals, whereby their existence, as a mechanism of judicial protection of international officials, represents an accepted standard within the law of international organizations.*

Keywords: *Law of international organizations, International civil service, International administrative tribunals, International organizations.*

⁵⁴ Associate Professor, email: dusko.glodic@iCloud.com, ORCID: 0009-0009-0961-3456.

POLITICAL INSTRUMENTALISATION OF GENOCIDE

Darko M. Marković¹

*Faculty of Law for Commerce and Judiciary in Novi Sad,
University Business Academy in Novi Sad*

Summary: *As a group crime, genocide belongs to the darkest pages in the history of humanity, which are, unfortunately, still being written. It is the crime of all crimes, not only because of the massive number of victims, but also because of the reason they suffer, which does not lie in any subjective fault, but in the objective circumstances of them belonging to a certain race, nation and/or religion. The UN Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide offers a legal framework for the prosecution of genocide, while the very process of its creation already gave us first indications of obfuscation of justice for the sake of fulfilling geopolitical interests. From then to this day international relations development has played an important role in shaping the perception of genocide, often neglecting or arbitrarily interpreting the norms of international law. Such practise resulted in the assumption that law is very often politically instrumentalised when interpreting the crime of genocide. Starting from the assumption formulated in this way, the purpose of this paper is to establish clear indicators of the manifestation of political instrumentalization of the crime of genocide in the international practice so far. In the first part of the paper, normative-dogmatic and historical methods, linguistic, logical and systematic interpretation of the international legal norms are all used to analyse legally formulated criteria that has to be fulfilled for an action to be qualified as genocide. In the continuation, the most typical examples of the subject of this work, from both distant and recent past, are analysed using the historical and comparative methods, as well as the abstraction method, which is how two basic forms of politization are distinguished – political obstruction and political construction of genocide, which confirms the initial assumption.*

Keywords: *International law, politics, political construction of genocide, political obstruction of genocide, war crime*

1. INTRODUCTION

The crime of genocide fills the darkest pages of human history, not only because of its massiveness and brutality, but also because of the motive for its execution, which is not initiated by the subjective guilt of the victims, but by the objective circumstance that they belong to a certain race, nation, ethnic group or religion. The United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide provides a legal framework for the prosecution of genocide, but

¹ Associate Professor; e-mail: darko.markovic@pravni-fakultet.info, ORCID: 0000-0001-9124-6417.

its very creation was marked by disagreements over the establishment of rigorous criteria for the qualification and prosecution of this crime. The result of those disagreements are compromise solutions that led to a narrowed legal definition of genocide, which together with the necessity of proving genocidal intent, *dolus specialis*, represents a significant challenge for international courts.

Bearing that in mind, this paper investigates how international practice has developed in which some states, especially great powers, use their influence, potentially reshaping the interpretations and implementation of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, with the aim of fulfilling their own geopolitical interests. Starting from the assumption that the political instrumentalization of the crime of genocide stems from the limitations produced by its definition, as well as from the difficulties of proving genocidal intent, this research aims to identify specific indicators and cases of such instrumentalisation in international practice to date.

In the first part of the work, applying the normative-dogmatic and historical method, linguistic, logical and systemic interpretation of the norms of international law, the legally formulated criteria that must be met in order to classify certain actions as genocide are analyzed. In the following, by analyzing the most characteristic examples of the subject of the work, in the distant and recent past, using the historical and comparative method, as well as the method of abstraction, the two basic forms of politicization, political obstruction and the political construction of genocide, are clarified to show how genocide is politically obstructed and constructed.

The aim of this paper is to provide a scientific contribution to the understanding of the intertwining of politics and law in the international arena, especially in terms of crimes over crimes, genocide. Also, the purpose of this work is to emphasize the importance of preserving scientific freedom and open scientific discussions on such sensitive issues, in order to prevent the relativization or neglect of scientific perspectives in relation to certain interpretations as prevailing or state-sanctioned truths.

2. LEGAL FRAMEWORK (LEGAL OBSTACLES)

The legal framework for the crime of genocide is primarily established by international law, and the basic platform is the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, which was adopted by the United Nations General Assembly in 1948. This convention entered into force in 1951, after numerous tensions during the process of its formation, caused by different geopolitical interests. It could be said that it was a specific geopolitical landscape of the emerging Cold War tensions between the United States of America (USA) and the Soviet Union (USSR), as well as the movement for decolonization and the realization of new national sovereignties. The result, as it turned out, of irreconcilable geopolitical interests is, as many consider, the narrow definition of genocide in Article 2 of the Convention, as any of the following acts committed with the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group (UN General Assembly, 1948):

- (a) *Killing members of the group;*
- (b) *Causing serious bodily or mental harm to members of the group;*
- (c) *Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;*

- (d) *Imposing measures intended to prevent births within the group;*
- (e) *Forcibly transferring children of the group to another group.*

The term genocide is a coinage derived from the combination of the Greek word *genos* (race or tribe) and the Latin suffix *-cide* (killing), which was coined in 1944 by Raphael Lemkin in his book "Axis Rule in Occupied Europe" (United States Holocaust Memorial Museum [USHMM], 2024). Lemkin's definition included only national groups, while the Convention expanded it to include ethnic, racial and religious groups. Extending it to political groups as well was a proposal of the Chinese delegation during the drafting of the Convention, but it was opposed by the Soviet Union, with the support of Brazil, Venezuela and Egypt. The argument insisted on by the delegations of these countries was the instability of political groups and their transience, which makes it difficult to recognize this social phenomenon, and the delegate of Iran even expressed the view that, unlike national and religious groups, political groups are not necessary for people. From such views, they concluded that the inclusion of political groups in this Convention would represent a risk for the United Nations to be dragged into internal political conflicts. In addition, as the representative of Venezuela pointed out, if political groups were protected by this convention, states could be prevented from taking legal measures against the subversive activities of such groups. The initial position that behind all mass crimes in principle lie political reasons, the USA corrected for the sake of compromise, proposing to include the word "economic" between the words "religious" and "political group". After Brazil's opposition, the USA withdrew that amendment and finally accepted that the category of political groups be omitted from the convention in order to compromise with the USSR and improve the conditions for the Convention to be accepted by as many countries as possible (Avramov, 1992, pp. 76–78).

Lemkin also proposed a broader concept of genocide, so that it would include "cultural genocide through the destruction of the cultural preconditions of life", which was not accepted (Kress, 2006, p. 466). According to Lemkin (1944), genocide has two phases - in the first, the national pattern of the oppressed group is destroyed, and in the second, the "national pattern of the oppressor" is imposed, which can be interpreted so that "even if the oppressed group would not be physically eliminated" it was genocide. The US delegation advocated for the exclusion of "cultural" from the draft Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide under the pretext that cultural genocide is less important than physical genocide, while the real motive was actually to prevent its application to the forcible assimilation of American Indians (Moses et al., 2022, p. 64). The consent of others was another act of political compromise. Cultural genocide is being debated in scientific circles, especially with regard to the rights of indigenous peoples. Lawrence Davidson (2012) sees the necessity of introducing cultural genocide into legal frameworks in the fact that there are circumstances in which some people hate the values of other people, which they have never even met before, and these situations "repeat and continue to manifest" in continuity. As examples of the misunderstanding of the "universal phenomenon of natural locality", as the theoretical background of the approach to cultural genocide, he takes the cultural genocide committed against the American Indians, the efforts of the Russian emperors to destroy the Jewish culture and the same attitude of the Jews towards the Palestinians, as well as the efforts of the Chinese authorities to "assimilate the Tibetans to the Chinese nation". However, opponents of the idea of protecting cultural values from genocide point to the complexity of the issue, which makes such

an expansion of the legal definition of the crime of genocide unfeasible. First of all, they indicate the problem of defining cultural genocide, because the destruction of cultural artifacts or language, or the prohibition of cultural practices can be interpreted subjectively, which makes it difficult to establish a clear legal standard. If there is no clear legal standard then it is practically impossible to establish an international consensus on what acts constitute cultural genocide and, consequently, to gather valid evidence. It also points to the overlap with the violation of human rights, for which there are already appropriate international instruments, which could divert the focus from the more important issues of physical or biological genocide. There are also objections to expanding the Convention by introducing cultural genocide, with concern expressed that the Convention would be politicized in this way, because state governments could use such an expanded concept of genocide for manipulation in order to accuse political opponents.

The next disagreement, extremely important for the research problem of this paper, is the concern expressed by some countries that the convention could provide a basis for international surveillance and interventions, which would violate national sovereignty. The basis of this concern lies in the language of the convention which emphasizes „intention“ and „in part“, which can present a problem in proving. Proving a special intent (*dolus specialis*) to destroy „in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group“ represents one of the greatest challenges of prosecuting the crime of genocide. In order to prove the existence of such a special intention, it is necessary to prove that the destruction of these groups was a conscious goal of the perpetrators, which can be a great challenge in situations when genocidal acts are masked by some other military or political goals (Schabas, 2009). Due to the impossibility of obtaining direct evidence of genocidal intent, ad hoc international courts have relied on inferential evidence, such as the systematic nature of atrocities, developing jurisprudence that allows proving this special intent from patterns of behavior (The Prosecutor v. Akayesu, ICTR-96-4-T). Similarly, some authors believe that a special genocidal intent can be derived from the scope and organized nature of genocidal acts – wide distribution and systematic implementation against a certain group lead to the conclusion of the existence of genocidal intent (Jones, 2023). It is often pointed out the necessity of observing the wider context of the conflict or a specific event, in order to better understand the actions interpreted as genocidal, and opponents of such demands warn that this leads to a subjective interpretation (Moses, 2021).

Therefore, the drafting of the Convention itself was influenced by numerous political compromises. The great powers, the USA and the USSR, were not comfortable accepting any international framework that would be the basis for criticism of their policies, not only internationally but also internally. European colonial powers were concerned about the application of this convention to their actions in the colonies, which influenced their views during the process of drafting the convention. In practice, after the entry into force of the Convention up to the present day, there have been various situations in which the objections made in the process of drafting its draft came to the fore. However, numerous discussions and initiatives aimed at resolving disputed restrictions did not result in formal amendments, but were limited to publication in various forms of scientific papers.

3. POLITICAL ASPECTS OF GENOCIDE

The political compromises that were made during the drafting of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide were a hint of the attitude of the international community towards this crime in practice that would follow. Many states build their attitude towards genocidal situations in the same spirit - guided by geopolitical interests and the logic that their own state sovereignty is more important than humanitarian issues. Reluctance to delegate authority to international institutions hinders the establishment of mechanisms for the implementation of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, which in practice often leads to a slow and inadequate reaction of the international community to genocidal situations. This is the case with the genocide in Rwanda. On the other hand, the designation of some crimes as genocide, even when it is not the case, is the result of the geopolitical coordination of the allies, which is reflected through the influence of major powers in international bodies such as the UN Security Council. Great powers demonstrate their power to shape responses to alleged genocides by vetoing initiatives in the Security Council, which are not in line with their interests, or statements about genocide, the purpose of which is to create justification for military intervention. The international media plays a big role in this, which constructs the narrative about the crimes, often under the influence of the political climate in the great powers. According to the type of reaction that is driven by political interests, we can recognize two forms of political instrumentalization of genocide – political obstruction and political construction of genocide.

3.1. Political obstruction of genocide

Political obstruction of genocide implies the inactivity primarily of state governments, especially major powers, or international bodies, which practically prevents any actions from being taken, from recognizing and calling the crime by its proper name to interventions on the ground. States may prioritize their own interests – political, economic or military – over the humanitarian needs of the threatened “group”, which will result in missing of the intervention, even when such passivity is inconsistent with national interests or harms strategic alliances.

Great powers have priorities in their positioning in international relations, especially considering the right of veto in the Security Council. That is why they are able to obstruct the recognition of the existence of genocide in a specific case, and in that way to obstruct the intervention of the international community. They are primarily driven by political and strategic interests, and in addition to these reasons for obstructing the pointing out of the crime and labeling it as genocide, there are also economic interests. Admittedly, economic interests are more important in political construction of genocide than in its obstruction, but in no case can they be ignored, because it is not easy to separate them from political and strategic interests. This is especially so if it is taken into account that the recognition of genocide imposes a legal and moral obligation to intervene, and also both military and purely humanitarian interventions produce costs that states would like to avoid. Also, economic interests may be integrated into strategic interests when crimes occur in regions rich in resources or key to military strategy. Armed conflicts around the world are evaluated from the point of view of national interests and geopolitical alliances, and all foreign policy decisions are made accordingly, including the attitude towards a massacre in some part of the world.

Using the instruments of soft power, states can demand from dependent states, as well as from their allies, to refrain from labeling some crimes as genocide, as well as from taking any measures in that direction. And when they indicate the existence of genocide, states can insist that other countries or international organizations take responsibility for concrete actions in terms of preventing further escalation and taking repressive measures against the perpetrators of the crime. In this way, direct involvement is avoided when political and strategic interests dictate it. In addition, the so-called bureaucratic inertia also appears as a problem. Complex bureaucratic processes slow down the taking of concrete measures, because during decision-making debates can be prolonged and delayed due to requests for additional evidences.

It is clear from the above that obstruction has several faces, two of which are the most obvious. First, it is shown as a delay, a delay in making a decision to mark a crime as genocide or a decision to take specific actions to prevent the crime of genocide, both before they are committed or after they are committed to prevent further commissions as well as to remediate the consequences. It is now safe to say that there was hesitation and delay in labeling the 1994 Rwandan massacre as genocide. According to Samantha Power (2002), the reluctance of the US government and others in the international community was partly “a consequence of political calculations and lack of strategic interest”, and the media also played a significant negative role. The killing of about 800,000 Tutsis lasted about 100 days, and despite clear warnings and reports of what was happening, especially on a huge scale, the international community, including the major powers and the United Nations, reacted very slowly. During the civil war in Bosnia and Herzegovina, despite numerous evidences of crimes committed by all sides in the conflict, due to political divisions within the United Nations and NATO, with BiH’s sovereignty being a priority strategic goal, no decisive and impartial actions were taken to prevent crimes and ensure the rapid establishment of lasting peace. Mass killings, displacements and other crimes, especially against non-Arab ethnic groups in Darfur (2003–ongoing) have been classified as genocide (UN News, 2024), and gruesome crimes are still being committed, according to the latest reports from Human Rights Watch (2024, May 9). However, a strong international intervention has been absent due to political obstruction by key international actors, which is motivated by concerns about Sudanese territorial sovereignty, taking into account the complexity of politics in the region and the existence of strategic alliances.

Another facet of the political obstruction of genocide manifests itself as a reluctance or refusal to label certain crimes as genocide, despite the existence of very relevant evidence and/or scientific consensus about it. The most famous example is the Armenian genocide, which was reflected in the mass murders and deportations of Armenians by the Ottoman Empire in the period from 1915 to 1923. Although there is a very broad consensus among historians and scientists about the nature of these crimes, political reasons have led some countries to avoid using the term genocide in this case. Turkey, as the successor of the Ottoman Empire, is particularly resisting and exerting diplomatic pressure in this regard. The next example of a similar scale is the genocide of Serbs in the Independent State of Croatia during the Second World War, which was carried out with a clear genocidal intention expressed and implemented on the ground with a strategy – to kill a third (Serbs), expel a third, and convert a third to Catholicism. Over 700,000 Serbs, Jews and Roma were killed in the concentration camp alone, with Serbs being by far the most numerous victims. The independent state of Croatia (original Croatian abbreviation: NDH) was the only one during the Second World War to have a concentration camp for children, who were also Serbs, Jews and Roma. The crimes of the Ustasha regime in the NDH are well documented

and described by eminent scholars in the context of genocidal intent, referring to the policies and statements of the Ustasha leaders that clearly indicated that the goal was the destruction and expulsion of these groups. After the end of the Second World War, the communist government in Yugoslavia, under the leadership of Josip Broz Tito, suppressed open discussions about Ustasha war crimes under the pretext of reducing ethnic tensions in order to maintain internal cohesion and stability. In the interests of different political arrangements with Josip Broz Tito, no one in the international community wanted to initiate discussions on this issue. The expulsion of Serbs from Croatia during the civil war in the 1990s, along with numerous crimes and acts of violence in general, which occurred on both sides but not on the same scale, is difficult to extract it from the context of genocide whose officialization is still politically obstructed. As an example of similar political obstruction in the recent past, the events in Myanmar can be cited. Many human rights organizations and some governments, as well as numerous scientists, label the systematic violence, murder, rape and displacement that has been carried out against the Rohingya Muslim minority in Myanmar since 2017 as genocide. Political and strategic interests, which have been mentioned several times, caused the reluctance of the relevant international factors to officially recognize these events as genocide and, accordingly, take the necessary actions.

3.2. Political construction of genocide

The political construction of genocide is a form of political instrumentalization of the crime of genocide through which states or political actors, in order to achieve their own interests, can use the term and its legal and moral weight even when its existence is debatable. Those interests can be political or economic in nature, and most often they are strategic, uniting all interests into one of strategic importance. Potential motives and interests of such abuse can be: justification and support for political pressure on regimes that resist control and patronage, including punishment through various types of sanctions; justification and support for the deployment of military forces in a certain region or for direct military intervention; delegitimization or destabilization of “disobedient” regimes through their moral satanization and initiation of internal turmoil; obtaining military support and assistance in material means (weapons); receiving humanitarian aid; guiding future legal definitions and responses with the aim of influencing international law and international politics as a whole.

The media can play a significant role in this political instrumentalization of the concept of genocide. This is achieved by targeted shaping of narratives, in order to influence public opinion so that it accepts and adopts media representations as undoubtedly true and correct. Thus, existing conflicts can be given the desired dimension by emphasizing certain aspects in the media, such as the sufferings of a certain group by omitting the wider context. Certain contents can be repeated, in order to highlight their priority and increase the pressure on public opinion in a certain direction. By focusing on allegations of genocide, the media can pressure governments and international bodies to act even though the existing information is incomplete or even highly biased. Therefore, the goal of media interference is to create or reinforce wrong ideas or oversimplify the legal concept of genocide in accordance with the geopolitical interests that such media reporting serves. Media influence is the first step, followed by other mechanisms of soft and hard power, including resolutions, political and economic sanctions, as well as threats of impunity for war crimes and

genocide. When a targeted state faces a combination of public condemnation, diplomatic isolation, economic pressures, and legal consequences, it may be forced to negotiate or make concessions on issues on which it has held a hard line. These can be territorial disputes, compliance with international norms or improvement of human rights.

A characteristic example is the case of Srebrenica. Media coverage of the civil war in Bosnia and Herzegovina in the early 1990s developed a narrative about the crimes of one side in the conflict, while the crimes of other sides were minimized or hushed up. This narrative continues. Some studies have shown that from the very beginning of the conflict in the territory of the former Yugoslavia, 55.8–63% of media reports from the European Union (12 countries) put the pro-Yugoslav (Serbian) forces in a predominantly negative context, while the value of the positive context was below 4% (ICSR, 2020, p. 832). With a one-sided approach, which has been reflected in the silence or minimization of the crimes committed against the Serbian civilian population and emphasizing the suffering of the Muslim population, the leading world media have aligned their narratives with the narratives of the Muslim side in this civil war, contributing in such way to the creation of a distorted picture of the nature and extent of the crimes committed by different parties. Christiane Amanpour, who reported on the civil war in Bosnia and Herzegovina for CNN, was accused by viewers and critics of being biased in favor of Bosnian Muslims, to which she once replied that there are situations in which one cannot be neutral and be objective does not mean treating both sides equally, but listening to them (Schmitt, 1996). In the opinion of this journalist of British citizenship, whose father is a Muslim from Iran, the role of the media is to listen to all sides and make a judgment about what is “truth.” Therefore, according to this understanding, the role of the media is not to inform public opinion about the objective circumstances of an event, but about its own judgment about those events. In the judgment of the Appeals Chamber in the case *Prosecutor v. Radoslav Krstić* (2004), when considering the definition of the part of the group for which “there is an intention to destroy”, it is stated that the condition for fulfilling this requirement is that “that part must be significant enough to affect that group as a whole”. As the Appeals Chamber states in the verdict, the protected group is “defined as the national group of Bosnian Muslims”, about 40,000 Muslims in Srebrenica who “made up a relatively small percentage of the total population in Bosnia and Herzegovina at that time”. At the same time, the ICTY determined numerical indicators of the scale of this crime using selective evidence. The outcomes of these determinations do not align with basic mathematical calculations, which are easily derived when using the evidentiary material available to both the Trial and Appeal Chambers. According to the data from both verdicts, as stated by Škorić (2013, pp. 13–24), about 40,000 Muslims lived in Srebrenica at the critical time, and according to the data of the World Health Organization and the then government formed in Sarajevo, 35,632 people escaped from Srebrenica. Data on the number of dead Muslim soldiers during the breakthrough attempt vary - from 3,000 (UN. Secretary-General, 1999), over 1,500 (Brunborg et al., 2003, p. 237) to 1,000 (2nd Corps of the Army of the Republic of BiH [2.K A RBiH]). In addition, the ICTY documentation contains data on: the number of exchanged prisoners - from 171 (exhibit D228) to 255 (exhibit P1733); 542 male persons of Muslim nationality who fled to other countries or were repatriated to Sarajevo (Tribunal number 03625406); 300–400 Muslim soldiers who fled to Žepa, from where they were later evacuated, as well as 5,000 soldiers of the 28th Division A of the RBiH, whom General Delić stated broke through the encirclement of the Serbian forces and joined the 2.K A of the RBiH (Škorić, 2013, p. 24). It is obvious that the result is a far smaller number of victims of the crime committed by shooting compared to the one

dealt with in the verdict, and to this day, both by various officials and the media, the figure exceeds 8000. At the same time, they soon began to appear evidence that the list of the executed includes living people as well as those who died in combat operations in other places and in another time period (ICSR, 2003, pp. 367–386). In spite of the fact that the case file against Radislav Krstić has evidence from which accurate numerical data can be derived, the court panels relied on the opinion of a military expert, American Sergeant Richard Butler, who did not offer any specific information, but on each crime scene stated descriptively: “several hundreds”, “about a thousand”, “several trucks” and the like. The appeals panel considered that the number of victims mentioned in the verdict (more than 7,000) certainly does not meet the necessary condition for the designation “significant part”. Calculating with the number of victims, either in the direction of decreasing or increasing, is not moral, but the exact determination of their number is legally relevant. Since that condition was not met, the Appeals Chamber states that the numerical size of the group is not the basic criterion, but the importance of the group in some other sense, and on this occasion it refers to the media importance of Srebrenica, because “it was talked about a lot in the international media”, as well as the strategic importance of Srebrenica in relation to the military objectives of the Serbian side in this civil war. The strategic importance for the Serbian side was reflected in the preservation of the compactness of the territory under its control, and the complete opposite for the side represented by the Bosnian Muslims. For international negotiators, the political and strategic importance of Srebrenica was reflected in the fact that it was the biggest stumbling block in the negotiations regarding territorial allocations between the warring parties. Therefore, it was necessary to find a way to pressure one side into concessions.

The broader historical context and specific circumstances of the crime can be very helpful when there are difficulties in proving genocidal intent. In order to build a comprehensive understanding of the motives and circumstances that potentially point to genocidal intent, courts can look at the historical contexts that preceded the crime. This may include examining the nature of previous conflicts, if any, the possible existence of long-standing discriminatory practices or the historical relationship between the perpetrators and the victim group. In order not to go beyond the scope of this paper, we will dwell only on the immediate circumstances. Namely, under the command of Naser Orić, the Territorial Defense of Srebrenica (later renamed to the United Armed Forces of the Srebrenica subregion) raided more than 50 villages in the vicinity of Srebrenica and Bratunac, and on that occasion committed horrific crimes against Serbian civilians. In just one attack on the Serbian Christmas on the village of Kravice and 11 surrounding villages, 51 civilians were killed, including members of the village guard, the villages were burned and the surviving Serbian population was expelled. Nine days later, with the same forces (4-5 thousand fighters), Naser Orić attacked the Serbian village of Skelane, from where the population was driven across the Drina river to neighboring Serbia, and on that occasion 57 civilians were killed, and the youngest victims were 5 and 12 years old. they were killed by sniper fire from Muslim forces (ICSR, 2020, p. 940). Even after the UN declared Srebrenica a protected zone (UN Secretary Council, 1993), with the promise that everyone in it would be disarmed, Naser Orić and his men still went out of the protected zone and attacked Serbian soldiers, and then returned safely into the protected zone. There are testimonies that say that among the Serbian fighters when they entered Srebrenica, there were many whose family members were killed by the soldiers of Naser Orić. This is important to know, as it may indicate a motivation for revenge for personal reasons. Since genocidal intent is *dolus specialis*, which is different from other war crimes and crimes against humanity, the Appeals Chamber

in the case against Radislav Krstić sought alternative solutions, because it did not have enough concrete evidence, bearing in mind the specificity of that intent, but the necessity of its existence. Namely, the Appeals Chamber supported the conclusion of the Trial Chamber that genocide was committed even though the genocidal intent was not attributed to “any specific official in the Main Staff of the Army of the Republic of Srpska”. The logical conclusion is that if genocidal intent has not been attributed to anyone, then the existence of the crime of genocide has not been proven. However, as stated in the WikiLeaks dispatch (04THEHAGUE1033_a, April 23, 2004), political reasons dictated that a way must be found for the genocide to be confirmed independently of the determination of the perpetrators (genocidal intent). Thus, the Appeals Chamber states that “the killing of men, Bosnian Muslims”, “together with other steps taken by the General Staff to ensure the physical destruction of that community, represent a sufficient factual basis for the conclusion that there was a specific genocidal intent”. This fits with a comment from the WikiLeaks cable (04THEHAGUE1033_a, 2004). Continuing the explanation of its verdict, the Appeals Chamber states the “seriousness of the genocide” by asserting that the Bosnian Serb forces “aimed at the extermination of forty thousand Bosnian Muslims who lived in Srebrenica, a group that symbolically represented Bosnian Muslims in general”. Despite the fact that over 35,000 people escaped and that Serbian military forces also participated in the organization of the evacuation of civilians, mostly women, children and the elderly. Having concluded that “the Trial Chamber clearly did not provide adequate evidence that Radislav Krstić possessed genocidal intent”, the Appeals Chamber introduces the famous “joint criminal enterprise” into the verdict. This concept is not provided for by the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, but was constructed at the suggestion of the Prosecutor’s Office in the judgment of the Appeals Chamber in the Tadić case. That concept proved to be a saving solution for the Prosecutor’s Office in cases where it is difficult to prove the responsibility of a superior. In contrast to the usual practice in criminal procedural law to apply the principle of *in dubio pro reo* where the evidence for attributing criminal responsibility is not at the level of at least a high probability, based on the concept of joint criminal enterprise, the assumption that “some person could foresee the unwanted, unplanned actions of another participant from which the crime was born” (Marković, 2013, p. 137).

Confident in its claims that the crime of genocide in Srebrenica was politically constructed, in 2018 the Government of Republika Srpska formed an independent commission consisting of eminent experts chosen on the basis of their expertise, from nine different countries, headed by Gideon Greif (president of the commission) from Israel and Yuki Osa (Vice President) from Japan. In the Report, which was prepared in 2020, the Commission indicates that their work was impartial and independent, with the aim of “objectively investigating and presenting the suffering of all peoples in the Srebrenica region” (ICSR, 2020, p. 6). The conclusion of this commission is that in the period between July 11 and 16, 1995, Serbian forces committed mass murders of prisoners of war in several places. The Commission notes that the number of missing/victims in the events in Srebrenica, which according to the ICRC and Prosecutor’s Office databases is 7,692, is wrongly represented as the number of those shot. According to the results of the investigation carried out by this commission, “the minimum number of captured and later shot is between 1,500-2,000 people, while the maximum number is between 2,500 and 3,000 people (ICSR, 2020, p. 956). During the investigation, it was noticed that the list of those who were shot included persons who were later registered as applicants for the issuance of personal documents, as well as persons who died in combat much earlier, some of them during 1993. In this case, the Commission criticized the ICTY

Prosecutor's Office for failings in the investigation, especially when counting the victims, which did not distinguish between those who died in battle and those who were shot prisoners of war. Also, it was observed that the Bosniak side delayed for an unreasonably long time (a year and a half) in delivering to the Prosecutor's Office of the ICTY the transcripts of radio communications of the Army of the Republika Srpska, which were intercepted by the Army of the Republic of BiH during this military operation. The trial panels accepted these transcripts as sources of high reliability, without checking whether the content had been changed, even though the Bosniak side "was motivated to present its interpretation of events". Along with numerous other remarks, significant for the final assessment, the Commission determined that in no case did the judges of the ICTY discuss "any other motive for murder, except for genocide". Also, the ICTY panels did not even discuss the historical context (genocide of Serbs during World War II by Croats with the help of Muslims, as well as brutal attacks and ethnic cleansing by Muslim forces in more than 150 settlements in and around the Srebrenica region in 1992 and 1993. Taking into account all the results of its research work, the Commission concludes that "the term 'genocide' cannot be used to describe" the suffering of the Muslim side in the tragic events of 1995 (ICSR, 2020, pp. 967–972).

The director of the "Simon Wiesenthal" Center, Efraim Zuroff, one of the greatest experts on genocide issues, opposes the political constructions of genocide, believing that in this way the importance of that term is relativized. He, like the famous historian prof. Yehuda Bauer, believes that what happened in Srebrenica was not genocide, and that if the Serbs had wanted to commit genocide, they would not have spared the woman and children, that is, "they would have killed all the Bosnian Muslims gathered in Srebrenica" (Zuroff, 2024). Ignoring the opinions of the scientific community, when they do not correspond to the interpretations of the prevailing or state-sanctioned truths, strengthens the assumptions that it is about political instrumentalization. Because, if the evidence is objectively derived and legally based, without the need to "reinforce" judgments with resolutions that have political overtones, they are strong enough to face attempts to challenge them. Therefore, sanctioning a different opinion should not go beyond the scope of preventing hate speech.

4. CONCLUSION

The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide established the concept of genocide, which proved to be narrow in practice. By the consensus of the political and strategic interests of the states, primarily the great powers, the legal concept of genocide has been narrowed down to a level that diminishes the fear that a wider scope could be used in the future to review the internal policies of the states. This fear, as practice later has showed us, led to states giving more importance to issues of state sovereignty than to humanitarian issues. In practice, there is no uniform, impartial reaction of the international community to the same or similar crimes, and there are recognizable indicators that this reaction is conditioned by geopolitical interests. Being guided by motives that are the product of geopolitical interests creates the possibility to manipulate the concept of genocide in complex ways, which reflect the intertwining of legal, ethical and political dimensions.

In addition to the narrowness of the concept of genocide, a significant challenge in classifying a crime as genocide, and a potential area for misuse of such a classification, is the proof

of genocidal intent, or *dolus specialis*. This intent is a necessary criterion; without it, the crime cannot be classified as genocide, but as an other crime. Precisely because of this, the insistence on the qualification of genocide by presenting circumstantial evidence, i.e. pointing to genocidal intent based on the broader context of the conflict or a specific event, raises the suspicion that it may be the political instrumentalization of this crime with some more or less hidden political or strategic interest.

Analyzing crimes committed in different parts of the world and in different periods of time, about whose legal qualification there are serious disputes of a legal and political nature, one can see the uneven reaction of the international community to mass crimes. That analysis was developed through two concepts of political instrumentalization of the crime of genocide, the concept of political obstruction and the concept of political construction of genocide. These concepts provide useful frameworks for understanding how the international community, and particularly the great powers, respond to mass crimes.

The selectivity of recognition of the existence of genocide, that is, the designation of mass crimes as genocide, is a product of the political, economic and generally geostrategic interests of major powers, which have various opportunities to impose their views on other subjects of international relations, including the veto power in the UN Security Council. Support for accusations of genocide is also achieved in the same way, the purpose of which is to exert pressure on opponents or justify military intervention for strategic gain. This often leads to a narrative that politically constructs the genocide, in which the international media under the influence of a great power whose interests are at stake play a significant role.

Eminent scholars in the field of international law, particularly those with expertise in the concept of genocide and the Holocaust such as Efraim Zuroff and Yehuda Bauer, have warned that the political construction of genocide dilutes the integrity of this concept. By reducing its importance in this way, the importance of the Holocaust and the role of those who carried it out are relativized. By reducing its importance in this way, the importance of the Holocaust and the role of those who carried it out are relativized. This is especially so considering that precisely those who are the creators and practical implementers of the Holocaust are now in the first ranks of those who, on the wave of interests of large military and economic alliances, would throw their criminal past into the background. This is not the path that leads to the establishment of fairness and international justice, as a condition for reconciliation, which is probably the most important part of the process of establishing international peace.

Disparate treatment creates an image of selective moral outrage that produces a perception of injustice, especially if crimes with comparable evidence are given disparate attention and legal treatment. Such inconsistencies revive historical wounds and produce narratives of historical justice and collective memory, all of which move away from reconciliation. Therefore, in addition to open dialogue, a significant contribution to solving both past crimes and today's perceptions of fairness and justice in international relations can be provided by academic research, which is not possible if there are no academic freedoms. Laws against crime denial must be carefully crafted to distinguish between hate speech or the deliberate distortion of historical facts and legitimate scientific research or criticism. The effect of such laws should protect against the harmful effects of denial without suppressing necessary scientific debate. By critically examining the legal and, especially, political processes involved, academic researchers can offer policymakers a better understanding

of the limitations of current international legal frameworks and the need for consistent, impartial approaches to the prevention and response to genocide crimes.

REFERENCES

1. Appeals Chamber Judgement in the Case the Prosecutor v. Radislav Krstic. Press Release. CC/P.I.S./839e, The Hague, 19 April 2004.
2. Avramov, S. (1992). *Genocid u Jugoslaviji u svetlosti međunarodnog prava* [Genocide in Yugoslavia in the light of international law]. Politika.
3. Brunborg, H., Hovde, T., & Urdal, H. (2003). Accounting for genocide: How many were killed in Srebrenica? *European Journal of Population*, 19, 229–248.
4. Davidson, L. (2012). *Cultural genocide*. Rutgers University Press.
5. Grosescu, R. (2024). *Justice and memory after dictatorship: Latin America, Central Eastern Europe, and the fragmentation of international criminal law*. Oxford University Press.
6. Human Rights Watch [HRW]. (2024, May 9). Sudan: Ethnic cleansing in West Darfur. <https://www.hrw.org/news/2024/05/09/sudan-ethnic-cleansing-west-darfur>
7. ICSR – Independent International Commission of Inquiry on the Sufferings of All Peoples in the Srebrenica Region between 1992 and 1995. (2020). *Academic report on the sufferings of all peoples in the Srebrenica region between 1992 and 1995*. <https://incomfis-srebrenica.org>
8. Jones, A. (2023). *Genocide: A comprehensive introduction* (4th edition). Routledge.
9. Kress, C. (2006). The Crime of genocide under International law. *International Criminal Law Review*, 6, 461–502. <https://www.legal-tools.org/doc/8799cd/pdf/>
10. Lemkin, R. (1944). *Axis rule in occupied Europe: Laws of occupation, analysis of government, proposals for redress*. Carnegie Endowment for International Peace.
11. Marković, D. (2013). *Zajednički zločinački poduhvat/Joint Criminal Enterprise* [bilingual]. Zadužbina Andrejević.
12. Moses, D. A. (2021). *Language of transgression (Human rights in history)*. Cambridge University Press.
13. Moses, D. A., Federman, S., & Straus, S. (2022). Round table (Full symposium): What's Raphaël Lemkin got to do with genocide studies? A conversation on gender, culture, economics, categorical violence, and colonization with professors Sarah Federman, Dirk Moses, Max Pensky, and Scott Straus. *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 16(2), 37–67. <https://doi.org/10.5038/1911-9933.16.1.1929>
14. Power, S. (2002). *A problem from hell: America and the age of genocide*. Brilliance Audio.
15. Schabas, W. (2009). *Genocide in international law: The crimes of crimes*. Cambridge University Press.
16. Schmitt, E. (1996, May 12). Five years later, the Gulf War story is stil being told. *The New York Times*. <https://writing.upenn.edu/~afilreis/Coursetexts/gulf-war-arnett.html>

17. Sirkin, M. (2010). Expanding the crime of genocide to include ethnic cleansing: A return to established principles in light of contemporary interpretations. *Seattle University Law Review*, 33(2), 489-526.
18. Škorić, R. P. (2013). *Srebrenička podvala. Sa osvrtom na Izveštaj Komisije Vlade Republike Srpske 2004* [The hoax of Srebrenica. Including a Critique of the Report of the Commission of the Government of the Republic of Srpska in 2004]. The Netherlands: NGO Srebrenica Historical Project.
19. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgment). ICTR-96-4-A, 2 September 1998.
20. Triffterer, O. (2001). Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such. *Leiden Journal of International Law*, 14(2), 399–408. <https://doi.org/10.1017/S0922156501000206>
21. UN News. (2024, January 29). World confronts an ‘ugly and inescapable truth’ in Darfur, says ICC Prosecutor. <https://www.un.org/africarenewal/magazine/august-2023/world-confronts-‘ugly-and-inescapable-truth’-darfur-says-icc-prosecutor>
22. UN General Assembly. (1948). Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Approved and proposed for signature and ratification or accession by General Assembly resolution 260 A (III) of 9 December 1948 Entry into force: 12 January 1951, in accordance with article XIII. Refworld. <https://www.refworld.org/legal/agreements/unga/1948/en/13495>
23. UN Secretary-General. (1999, November 15). Report of the Secretary-General pursuant to General Assembly resolution 53/35: the fall of Srebrenica. A/54/549. United Nations, Digital Library. <https://digitallibrary.un.org/record/372298?ln=en&v=pdf#files>
24. UN Security Council. (1993, April 16). Resolution 819 [demanding that Srebrenica and the surrounding areas, Bosnia and Herzegovina, be treated as a safe area]. S/RES/819(1993). United Nations, Digital Library. <https://digitallibrary.un.org/record/164939?ln=en&v=pdf>
25. United States Holocaust Museum [USHMM]. (2024, April 19). What is genocide? *Holocaust Encyclopedia*. <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/what-is-genocide>
26. WikiLeaks. (2004, April 23). ICTY: Krstic judgment sets aside genocide conviction, leaving behind a frustrated and bitter prosecution [Canonical ID: 04THEHAGUE1033_a]. *Public Library of US Diplomacy*. https://www.wikileaks.org/plusd/cables/04THEHAGUE1033_a.html
27. Zurroff, E. (2024, April 26). Not every war crime is genocide. The Times of Israel. <https://blogs.timesofisrael.com/not-every-war-crime-is-genocide/>

ПОЛИТИЧКА ИНСТРУМЕНТАЛИЗАЦИЈА ГЕНОЦИДА

Дарко М. Марковић²

Правни факултет за привреду и правосуђе у Новом Саду,
Универзитет Привредна академија у Новом Саду

Сажетак: Као групни злочин, геноцид припада најмрачнијим страницама историје човечанства које се, нажалост, и даље исписују. То је злочин над злочинима, не само због масовности жртава него и због разлога њиховог страдања, који не лежи ни у каквој субјективној кривици, већ у објективној околности да припадају одређеној раси, нацији и/или вери. Конвенција УН о спречавању и кажњавању злочина геноцида даје правни оквир кривичном гоњењу геноцида, а већ и сам процес њеног обликовања дао је прве назнаке замагљивљања правде ради испуњавања геополитичких интереса. Развој међународних односа од тада до данас игра важну улогу у обликовању перцепције геноцида, врло често занемаривањем или произвољним тумачењем норми међународног права. Из такве праксе се развила претпоставка да је при тумачењу злочина геноцида право врло често политички инструментализовано. Полазећи од тако формулисане претпоставке, сврха овог рада јесте утврђивање јасних показатеља испољавања политичке инструментализације злочина геноцида у досадашњој међународној пракси. У првом делу рада, применом нормативно-догматског и историјског метода, језичким, логичким и системским тумачењем норми међународног права, анализирају се правно формулисани критеријуми који морају бити испуњени да би се одређене радње класификовале као геноцид. У наставку, анализом најкарактеристичнијих примера предмета рада, у даљој и ближој прошлости, применом историјског и компаративног метода, као и метода апстракције, разобличавају се две основне форме политизације, политичка опструкција и политичка конструкција геноцида, чиме се потврђује почетна претпоставка.

Кључне речи: Међународно право, политика, политичка конструкција геноцида, политичка опструкција геноцида, ратни злочин

УЖЕ И ШИРЕ ДЕЈСТВО МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА У ПРАВУ ЕУ¹

Сања Ђорђевић Алексовски²

Правни факултет Универзитета у Нишу, Република Србија

Сажетак: Једно од суштинских питања сваког интерног правног поретка јесте одређивање обима и интензитета дејства потврђених међународних уговора. У том погледу треба проучавати решења из правног поретка Европске уније, те коришћењем метода анализе садржаја у комбинацији са еволутивним приступом јуриспруденције судова у ЕУ извршити класификацију дејстава међународних уговора. Иако се иницијално стекао утисак о пријатељском, монистичком односу Суда правде према општем међународном јавном праву заснован на премиси давања директног дејства у ужем смислу појединим одредбама међународних уговора, ситуација се променила. Током више деценија Суд правде је признавао директно дејство одредбама међународних уговора економске природе, међутим данас, услед све веће експанзије права ЕУ на друге сфере, повећава се број међународних споразума којима се не даје директно дејство. Имајући у виду овакав „гард“ Суда правде, долази до повећања броја ситуација суштинске непропустљивости међународноправних норми унутар права ЕУ или њихове формалне рецепције без могућности да интерно произведу дејство. Стога је дошло до преиспитивања могућности позивања на међународне споразуме од стране држава чланица како унутар права ЕУ (ради оспоравања секундарне легислативе или ревизије националних прописа, као и тумачења), тако и пред другим међународним телима, те и до критичке анализе и преиспитивања класичне доктрине директног дејства међународних споразума. Будући да директно дејство остварује различите функције у унутрашњем и тзв. спољашњем праву ЕУ, посматра се у два смисла – у ужем и ширем смислу. Дуго времена је у јуриспруденцији и стручној литератури преовлађивао став да је директно дејство у ужем смислу предуслов позивања на међународни споразум унутар права ЕУ, да би касније ово решење било критиковано те се концепт директног дејства проширио тако да има другачије значење у контексту примене међународних уговора и приближава се концепту директне применљивости.

Кључне речи: директно дејство, међународни уговори, директно дејство у ужем смислу, директно дејство у ширем смислу, право Европске уније.

1 Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године.

2 Доцент, е-пошта: sanjadj@prafak.ni.ac.rs, ORCID: 0000-0003-2827-8728.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Приликом анализе општег питања ефекта или дејства које инкорпорисане међународноправне одредбе производе у интерном правном поретку - националном или праву ЕУ, нужно се постављају нека међусобно повезана питања.

Прво и основно, неопходно је идентификовати проблем тј. појаву која је предмет истраживања, што није лако услед терминолошке недоследности те употребе бројних термина: примењивост, извршивост, самоизвршивост, директно дејство, као и могућност позивања на међународни уговор. Док је у доктрини међународног јавног права (надаље: МЈП) дато питање потпуно неразјашњено, у праву Европске уније (надаље: ЕУ) је ипак начињен значајан корак напред у разумевању и разјашњењу овог појма.

Друго, потребно је разлучити да ће се директно дејство неког међународног споразума постављати само у случају обавезности саме ЕУ њима.³ Дакле, могућност позивања на неки међународни споразум постојаће само уколико представља део права ЕУ, након чега следи питање под којим условима је могуће такво позивање. Дакле, две су препреке на путу ефикасне примене међународноправних норми – прва препрека тиче се метода инкорпорације, односно питања да ли ће уопште међународни уговор бити сматран за саставни део права ЕУ, након чега се поставља одвојено питање могућности позивања на њега. У литератури права ЕУ се у том контексту од свих горе побројаних примењују термини директне применљивости и директног дејства. Поред тога, разликују се ситуације с обзиром на то ко врши позивање на међународни споразум и из ког разлога. У највећем броју случајева позивање на међународне одредбе вршено је ради оспоравања законитости акта ЕУ или националних аката, али и због тумачења права ЕУ, што представља индиректно дејство.

У стручној литератури је изражена тенденција да се проблематици приступа тако да у фокусу буде преиспитивање и анализирање могућности позивања на међународне уговоре у смислу њиховог директног дејства унутар правног поретка ЕУ.⁴ Заправо, велики део традиционалног схватања које поима Суд правде као отворени и монистички настројен према МЈП произилази из његове раније праксе по овом питању,⁵ да би каснији случајеви открили да је реч о много нијансиранијем и сложенијем односу.

Стога, иако се иницијално стекао утисак о пријатељском, монистичком односу Суда правде према општем МЈП заснован на премиси давања директног дејства у ужем смислу појединим одредбама међународних уговора, ситуација се променила. Логично је било да је Суд правде, током више деценија, признавао директно дејство одредбама међународних уговора економске природе, при чему су се посебно издвајали уговори о придруживању.⁶ Данас, међутим, услед све веће експанзије права ЕУ на друге сфере, повећава се број међународних споразума којима се не даје директно дејство, што доводи и до другачијег односа Суда правде, и уопште права ЕУ према МЈП. Имајући у виду овакав „гард“ Суда правде, и повећање броја

³ Било као уговорница или када је теоријом функционалне сукцесије постала њиме обавезана.

⁴ Mendez, M., *The Legal Effects of EU Agreements: Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques* (Oxford: Oxford University Press, 2013).

⁵ C-181/73, R. & V Haegeman v Belgian State, 1974, ECR 449, ECLI:EU:C:1974:41, paras 3-5.

⁶ Зоран Радивојевић, „Споразуми о стабилизацији и придруживању у праву Европске уније“, Зборник радова Правног факултета у Нишу: тематски број, *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, (Ниш: Правни факултет, 62, 2012), 70-71.

ситуација суштинске непропустљивости међународноправних норми унутар права ЕУ, или њихове формалне рецепције без могућности да интерно произведу дејство. Стога је дошло до преиспитивања могућности позивања на међународне споразуме од стране држава чланица како унутар права ЕУ (ради оспоравања секундарне легислативе или ревизије националних прописа, као и тумачења), тако и пред другим међународним телима, те и до критичке анализе и преиспитивања класичне доктрине директног дејства међународних споразума.

Будући да директно дејство остварује различите функције у унутрашњем и тзв. спољашњем праву ЕУ, мора се посматрати у два смисла – у ужем и ширем смислу. Дуго времена је у јуриспруденцији и стручној литератури преовлађивао став да је директно дејство у ужем смислу предуслов позивања на међународни споразум унутар права ЕУ, да би касније ово решење било критиковано те се концепт директног дејства проширио тако да има другачије значење у контексту примене међународних уговора и приближава се концепту директне применљивости.

2. ДИРЕКТНО ДЕЈСТВО МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА У УЖЕМ СМISЛУ

Принцип директног дејства, инаугурисан у случају *Van Gend en Loos*,⁷ имао је за циљ додељивање права појединцима као субјектима права ЕУ. Стога директно дејство у ужем смислу представља могућност приватних субјеката права ЕУ (физичких и правних лица) да се пред националним судовима позову на одредбу права ЕУ која задовољава одређене услове. Сматра се да је Суд правде развио појам унутрашњег директног дејства у циљу легитимизације приватног извршења права ЕУ, „*сматрајући да одредбе из уговора, који подлежу одређеним условима, имају директно дејство, тако да се појединци могу ослањати на њих пред националним судовима и изазвати недоследну националну меру*“.⁸ Стога се оно може разумети као средство које „*дозвољава појединцима да спровode права која су искључиво одобрена од стране ЕУ*“.⁹

Током година судска пракса је постајала сложенија, те је проширена примена директног дејства тако да поред оснивачких уговора укључује и друге међународне уговоре, одлуке тела који су формиран тим међународним споразумима, па чак и извесне мере директива.¹⁰ Почетни *en Loos* критеријуми су релаксирани и скраћени, те је према неким „*позивање на одредбе Уговора сада сведено на пуко питање правичности*“.¹¹ Стога поједини аутори критикују овакво решење и сматрају да је директно дејство временом постало исувише широко и разблажено, идући толико далеко да тврде да ствара више штете него користи.¹²

⁷ C-26/62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration, 1963, ECR I, ECLI:EU:C:1963:1.

⁸ Craig, P., De Burca, B., EU law. *Text, Cases and Materials* (Oxford: University Press, 2008), 269.

⁹ Marsden, S., „Invoking Direct Application and Effect of International Treaties by the European Court of Justice: Implications for International Environmental Law in the European Union“, *International and Comparative Law Quarterly*, 60 (3), 2011, 744.

¹⁰ Craig, P., De Burca, G., EU law. *Text, Cases and Materials* (Oxford University Press, 2008), 269-302.

¹¹ Chalmers, D., Davies, G., Monti, G., *European Union Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 273.

¹² Prechal, S., „Does Direct Effect Still Matter?“, *Common Market Law Review*, 37 (5), 2000, 1068.

У првих неколико деценија развоја комунитарног права, у претежном броју случајева Суд правде је, приликом отклањања дилеме о постојању директног дејства међународних уговора, одговарао потврдно. Међутим, иако су савременици тог доба на основу таквог пресека стања инсистирали на закључку о монистичком односу између комунитарног права и МПЈ, касније се увидело да се питање евентуалног постојања директног дејства појединих одредби међународних уговора постављало искључиво у погледу једног типа међународних споразума. Реч је о међународним економским уговорима где су се успостављали изузетно блиски трговински односи са другом уговорном страном.

Поставља се питање шта тачно појам директног дејства подразумева у контексту међународних споразума у којима је ЕЗ/ЕУ странка, будући да је дати концепт првобитно развијен ради примене на унутрашње право. Од највеће помоћи је анализа пресуде *Kupferberg*,¹³ јер пружа најјасније и најразвијеније испитивање непосредног дејства одредби међународних споразума које обавезују ЕЗ, данас ЕУ. У овом случају, немачки увозник оспорио је законитост одлуке којом се наплаћује царина о увозу порта (портног вина) из Португалије позивајући се на одредбу о слободној трговини из Споразума између Европске економске заједнице и Португалије.¹⁴ Суд правде је у пресуди потврдио да чак и најобичнији билатерални трговински споразум може имати директно дејство. Међутим, треба напоменути да је до тог закључка дошао тек након што је бацио сенку на првобитно монистичку полазну тачку из случаја *Haegeman*,¹⁵ тврдећи да се „дејство одредбе међународног споразума који је Заједница закључила са државом нечланицом не може одредити без узимања у обзир међународног порекла одредби у питању”,¹⁶ чиме је изградио прву одступницу коју је пронашао у пореклу норме. Тиме је на време посејано семе које ће касније послужити као одступница у примени правила МПЈ и ускраћивања директног дејства, нарочито код међународних обичаја.

Прво, Суд правде је испитао да ли су стране у споразуму о слободној трговини намеравале да се одредби тог споразума да директно дејство.¹⁷ Суд правде није био рад да из предмета и сврхе споразума закључи да су стране намеравале да искључе директно дејство његових одредби. Није био уверен чак ни у постојање имплицитне намере искључивања директног дејства, упркос недостатку узајамности у имплементацији споразума, односно чињеници да би португалски судови одбили да дају директан ефекат одредбама уговора, као и због постојања заштитних клаузула.¹⁸ Када је закључио да стране у споразуму нису имале изричиту нити имплицитну намеру у погледу директног дејства споразума, настављено је са

13. Случај *Kupferberg* први је који се тичао тумачења одредбе међународног уговора који је закључила тадашња ЕЕЗ са Португалијом, а односио се на слободну трговину у тренутку док она још увек није била чланица. Спорна одредба забрањивала је разликовање пореза на увезена добра из ове земље.

14. C-104/81, *Hauptzollamt Mainz v. C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, 1982, ECR 03641, ECLI:EU:C:1982:362, paras 2-7.

15. C-181/73, *R. & V Haegeman v Belgian State*, 1974, ECR 449, ECLI:EU:C:1974:41.

16. Cannizzaro, E., Palchetti, P., Wessel, R. A. (Eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012 (Cannizzaro et. al.), pp. 37-39.

17. C-104/81, *Kupferberg*, para. 17: „У складу са принципима међународног јавног права, институције Заједнице које имају овлашћење да преговарају и закључују споразум са нечланицом слободне су да се договоре са том државом какве ефекте ће имати одредбе споразума у унутрашњим правним порецима уговорних страна. Само ако то питање није решено споразумом доноси се одлука од стране судова надлежних за дато питање, а конкретно у надлежности Суда правде у складу са оснивачким уговором”.

18. *Ibid.*, paras 18-22.

испитивањем да ли је одредба споразума о слободној трговини била безусловна и довољно прецизна, те се приступило језичкој анализи дате одредбе у светлу контекста, предмета и сврхе споразума, тек тада нашавши у другом краку теста примена да има директно дејство.¹⁹

На основу претходног се увиђа да Суд правде приступа анализи и субјективног и објективног елемента. Полазно становиште у процени постојања директног дејства међународног споразума јесте субјективан елемент, односно озбиљна и детаљна анализа намере страна уговорница, али у случају дилеме коначну одлуку доноси сам Суд правде. У том смислу је илустративан случај *Kupferberg*, јер је Суд правде на систематичан и детаљан начин анализирао питање директног дејства међународних уговора закључених од стране ЕЗ, при чему је додао да у случају ћутања међународног уговора по питању сопствене имплементације, обавеза је националних судова и Суда правде да тумаче тај међународни уговор на начин којим би се он применио у најпотпунијем обиму.²⁰

Не може се оспорити да Суд правде темељно испитује субјективну компоненту. Међутим, исто тако се не може рећи ни да прихвата постојање намере странака олако, будући да је у пракси доминантно испитивање постојања објективног елемента, те базирање пресуде на том елементу. Приликом разматрања објективне компоненте, Суд правде прво испитује природу, циљ и сврху споразума уопште, а потом испитује да ли је сама формулација дате одредбе јасна, прецизна и безусловна. Овакав двоструки тест, и посебно једнака тежина испитивања природе, објекта и сврхе уговора у целини примењује се и приликом позивања на одредбе међународних уговора.²¹ Наиме, приликом испитивања директног дејства интерних аката ЕУ, анализа природе, предмета и сврхе дате одредбе прилично је ограничена и увек подређена постојању језичке конструкције која је јасна, прецизна и безусловна. Касније се јуриспруденцијом искристалисала следећа формула: *„одредба у споразуму који је Заједница склопила са нечланицама мора се сматрати директно применљивом када се има у виду њена формулација, као и сврха и природа самог споразума, уколико сама одредба садржи јасну и прецизну обавезу, која није предмет имплементације, нити подлеже усвајању било какве накнадне мере”*.²²

¹⁹ *Ibid.*, paras 23-26.

²⁰ *Ibid.*, paras 14, 18. Para. 17: „У складу са принципима међународног јавног права, институције Заједнице овлашћене да преговарају и закључују споразум са нечланицом, слободне су се сложити са том државом какав утицај одредбе споразума имају у унутрашњем правном поретку уговорних страна. Ако то питање није решено споразумом, односни судови имају надлежност, а првенствено Суд правде у оквиру своје надлежности према оснивачким уговорима”.

²¹ C-17/81 *Pabst & Richarz KG v Hauptzollamt Oldenburg*, 1982, ECR 1331, paras 25-27; C-12/86, *Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, 1987, ECR 3719, ECLI:EU:C:1987:400, paras 14-25; C-432/92, *R. V Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte SP Anastasiou (Pissouri) Ltd*, 1994, ECR I -3087, ECLI:EU:C:1994:277, paras 23-27.

²² C-192/89, *S. Z. Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, 1990, ECR I-3461, ECLI:EU:C:1990:322, para. 15. Дати услови искристалисали су се први пут у предмету C-12/86, *Demirel*, para. 14; да би касније били потврђени у низу случајева: C-18/90, *Office national de l'emploi v Bahia Kziber*, 1991, ECR I-199, ECLI:EU:C:1991:36, para. 15; C-432/92, *Anastasiou*, para. 23; C-416/96, *Nour Eddline El-Yassini v Secretary of State for Home Department*, 1999, ECR II209, ECLI:EU:C:1999:107, para. 25; C-262/96, *Sema Sürül v Bundesanstalt für Arbeit*, 1999, ECR I-2685, ECLI:EU:C:1999:228, para. 60; C-37/98, *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Abdulnaser Savas*, 2000, ECR I-2927, ECLI:EU:C:2000:224, para. 39; C-63/99, *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Wieslaw Gloszczuk and Elzbieta Gloszczuk*, 2001, ECR I-06369, ECLI:EU:C:2001:488, para. 30; C-235/99, *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Eleanor Ivanova Kondova*, 2001, ECR I-06427, ECLI:EU:C:2001:489, para. 31; C-257/99, *The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte*

Суд правде такође мора размотрити да ли постоје било какви разлози који би евентуално могли искључити директно дејство, а као први корак, Суд приступа анализи „природе и шире логике” међународног уговора, користећи се телеолошким тумачењем, као другом краку теста директног дејства. Посматрајући међународни споразум у целини, испитаће „посебно... његов циљ, преамбулу и услове”²³, као и разлоге који онемогућавају да његове одредбе буду директно дејствујуће.²⁴

Упркос тадашњој очигледној отворености ка МЈП кроз међународне уговоре, Суд правде је развио услове њихове примене у правном поретку ЕУ, а своју позицију је несрећним избором речи резимирао у случају *Demirel* објаснивши да „*одредба у споразуму који је Заједница успоставила са државама које нису чланице мора се сматрати директно примењивом када, с обзиром на речи и сврху и природу самог споразума, одредба садржи јасну и прецизну обавезу која није предмет његове примене или ефеката, на усвајање било које накнадне мере*”²⁵. Нажалост, ово је један од примера терминолошке конфузије и недоследности, будући да Суд правде користи синтагму директна примењивост приликом описивања директног дејства у ужем смислу. Корак даље отишло се у случају *Sevinçe* где је закључено да чак и одлуке које доноси тело формирано на основу споразума о придруживању могу имати директно дејство, истакавши „да би се признало да имају директно дејство, одредбе одлуке савета за придруживање морају испуњавати исте услове као и оне које се примењују на одредбе самих споразума”²⁶. Суд правде је утврдио да су одлуке Савета за придруживање директно дејствујуће под условом да испуњавају исте критеријуме као и одредбе међународног споразума: да је дата норма јасна, прецизна, безусловна и да не захтева даље мере имплементације,²⁷ што представља релаксирани и скраћени услове инаугурисане у *Van Gend en Loos*. Нешто касније је у случају *Bresciani*²⁸ Суд правде утврдио да је позивање на међународни уговор могуће пред националним судовима ради оспоравања ваљаности националног права, чиме је још једном потврдио да начелно одредбе споразума о придруживању могу имати директно дејство. Као што се може видети, Суд правде је остао доследан дводелном тесту из иницијалног предмета *en Loos*, проширивши га и на друге међународне уговоре сем оснивачког.

Julius Barkoci and Marcel Malik, 2001, ECR I-06557, ECLI:EU:C:2001:491, para. 31; C-162/00, Land Nordrhein-Westfalen v Beata Pokrzepowicz-Meyer, 2002, ECR, I-01049, ECLI:EU:C:2002:57, para. 19.

²³ C-308/06, The Queen, on the application of International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) and Others v Secretary of State for Transport, 2008, ECR I-04057, ECLI:EU:C:2008:312, para 54.

²⁴ C-366/10, Air Transport Association of America and Others v Secretary of State for Energy and Climate Change (ATAA), 2011, ECLI:EU:C:2011:864, para 53; Joined cases C-120-121/06 P, Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) and Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06 P), Giorgio Fedon & Figli SpA and Fedon America, Inc. (C-121/06 P) v Council of the European Union and Commission of the European Communities, (FIAMM and Others v Council and Commission), 2008, ECR I-06513, EU:C:2008:476, para. 110.

²⁵ C-12/86, Demirel, para. 14.

²⁶ C-192/89, Sevinçe, para. 14.

²⁷ Knežević-Predić, V., Radivojević, Z., Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije, Beograd, Službeni glasnik, 2009, str. 151-152.

²⁸ C-87/75, Conceria Daniele Bresciani v Amministrazione delle finanze dello Stato, 1976, ECR 129, ECLI:EU:C:1976:18; C-18/90, Kziber; C-268/99, Aldona Malgorzata Jany and Others v Staatssecretaris van Justitie, 2001, ECR I-08615, ECLI:EU:C:2001:616.

Полазећи од инцијалне премисе да је принцип директног дејства у ужем смислу инаугурисан ради заштите права појединаца као субјекта права ЕУ, у јуриспруденцији је потврђено да се и држављани нечланица могу позивати на одредбе међународних споразума закључених са ЕУ, ради остваривања субјективних права које им додељује право ЕУ. Примера ради, тако се руски фудбалер Игор Симутенков, у време када је играо у шпанској другој лиги, могао позвати на релевантне одредбе Споразума о партнерству и сарадњи са Русијом.²⁹ Том приликом се поставило питање инкомпатибилности, те се процењивала усаглашеност националних прописа са овим међународним уговором ЕЗ, будући да је сматрао да је национална одредба о максималном броју страних држављана овлашћених да игра у једном фудбалском тиму дискриминаторна и у супротности са поменутиим чланом. Суд правде је у разматрању датог случаја ишао сличном логиком као у предмету *Kuferberg*. Најпре је анализирао да ли уопште одредба о забрани дискриминације датог међународног уговора може имати директно дејство. Суд правде је утврдио да те одредбе постављају „јасне, прецизне и безусловне услове који забрањују било којој држави чланици да врши дискриминацију по основу држављанства против руских радника у односу на своје држављане“.³⁰ Након тога, наставило се са анализом контекста усвајања такве норме, посматрајући природу и намеру читавог уговора о партнерству.

На основу реченог, испрва је директно дејство у ужем смислу заиста представљао *предуслов* позивања на међународне споразуме, те су њихове одредбе биле анализиране у светлу дводелног теста, како би се утврдило да ли су одредбе споразума у питању довољно прецизне и безусловне,³¹ као и да ли је одредба таквог квалитета да успоставља права на која се могу позивати појединци, без обзира на држављанство. Суд правде је, чини се, скоро без проблема прихватио могућност директног дејства међународних уговора, било вишестраних или двостраних, уколико испуњавају поменуте услове, што је потврђено бројним судским одлукама,³² због чега не треба да чуди зашто је ранија доктрина закључила да је тиме успостављен монистички однос између МЈП и права ЕУ. Поред принципа директног дејства, и захтев за његовим тумачењем *effet utile* послужио је као аргумент у корист тезе о отворености права ЕУ према општем МЈП. Као што се види, оригинарно чисто монистичко полазиште, по коме међународни споразум представља интегрални део права ЕУ, не подразумева директно дејство свих међународних уговора закључених од стране Уније. СПЕУ

29 Члан 23 (1) тог споразума гласио је: „У складу са правима, условима и процедурама које се примењују у свакој држави чланици, Заједница и њене државе чланице гарантују да третман који се пружа руским држављанима, законито запосленим на територији држава чланица биће ослобођени било какве дискриминације на основу држављанства, радних услова, накнаде или отпуштања, у поређењу са својим држављанима“.

30 C-265/03, *Igor Simutenkov v Ministerio de Educación y Cultura, Real Federación Española de Fútbol*, 2005, ECR I-2579, ECLI:EU:C:2005:213; Hillion, C., C-265/03, *Igor Simutenkov v Ministerio de Educación y Cultura, Real Federación Española de Fútbol*, 2005, ECR I-2579, *Common Market Law Review*, 45 (3), 2008, pp. 815-833.

31 C-366/10, *ATAA*, para. 54; C-308/06, *Intertanko*, para. 45; C-344/04 *The Queen, on the application of International Air Transport Association and European Low Fares Airline Association v Department for Transport (IATA and ELFAA)*, 2006, ECR I-0000, ECLI:EU:C:2006:10, para. 39.

32 Примера ради, директно дејство Јаунде Конвенције која је закључена између ЕЗ и одређених афричких земаља 1963. године потврђена је у случају C-87/75, *Bresciani*, paras 15-26; док је такво дејство IV Ломе Конвенције потврђено у C-469/93, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Chiquita Italia SpA*, 1995, ECR I-4533, ECLI:EU:C:1995:435, paras 30-37; затим Конвенције о обједињавању извесних правила за међународни превоз ваздушним путем, тј. Монреалске конвенције из 1999. године у предмету C-344/04, *IATA and ELFAA*, para. 39.

питање евентуалног постојања директног дејства међународних уговора решава „од случаја до случаја“, примењујући на њих двостепени тест директног дејства у ужем смислу који, поред познатих услова, узима у обзир и природу, ширу логику и схему уговора, али и порекло норми. Суд правде је утврдио да директно дејство у ужем смислу могу имати: трговински споразуми, билатерални и мултилатерални споразуми о придруживању, одлуке Савета за придруживање,³³ као и споразуми о партнерству и сарадњи,³⁴ будући да су језички и телолошки конципирани тако да врло често садрже прецизне и безусловне одредбе на које се могу позивати појединци.³⁵

На основу таквог пресека стања, Каду (*Kaddous*) је изнела уопштен закључак да је Суд правде усвојио „врло отворен приступ ефектима међународних уговора у правном поретку ЕУ“.³⁶ Међутим, имајући у виду да је суштински реч само о једној категорији споразума, као и чињеницу да је новијом јуриспруденцијом делимично побијен овакав став, чини се да је прецизнија и исправнија тврдња Клаберса (*Klabbers*), који истиче: „Ако постоји категорија уговора чијим је одредбама Суд правде спреман и вољан да да директно дејство, то је група уговора о придруживању и сродни инструменти, као што су одлуке савета за придруживање основани на бази таквих споразума“.³⁷ Имајући у виду да су се сви поменути споразуми суштински односили на проширивање права ЕУ (*acquis*) и промовисање либерализације тржишта, може се разумети и оправдати тадашњи отворени приступ ка овој категорији међународних споразума, јер је омогућио даљи развој пројекта ЕУ.

У јуриспруденцији је такође потврђена могућност постојања директног дејства одредби међународних споразума у случају контроле законитости аката Уније. Појединци могу оспоравати ваљаност секундарне легислативе позивањем на међународне уговоре само под предусловом њиховог директног дејства у ужем смислу. У предмету *International Fruit Company*, Суд правде је закључио да тужилац-појединац може оспорити ваљаност акта ЕУ заснованог на одредбама међународног споразума пред националним судовима ако је „та одредба међународног права способна да даје права грађанима ... на које се могу позивати пред судовима“.³⁸ Дакле, Суд правде је захтевао да одредба међународног споразума мора имати директно дејство како би се непривилегованом тужиоцу омогућило позвање на њу.

И у предмету *Немачка против Савета* Суд правде је потврдио директно дејство као услов позивања на одредбу споразума ради разматрања законитости акта ЕУ. Међутим, за разлику од случаја *International Fruit Company*, питање ваљаности акта није постављено у оквиру претходног питања, већ је дошло до директног оспоравања законитости акта

33 C-277/94, Z. Taflan-Met, S. Altun-Baser, E. Andal-Bugdayci v Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank and O. Akol v Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging, 1996, ECR I-04085, EU:C:1996:315.

34 C-17/81, Pabst & Richarz KG v Hauptzollamt Oldenburg, 1982, ECR 1331, EU:C:1982:129, односи се на уговор о придруживању између ЕЗ и Грчке.

35 Mendez, M., „The Legal Effect of Community Agreements: Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques“, *European Journal of International Law*, 21 (1), 2010, 104.

36 Kaddous, C., *Effects of International Agreements in the EU Legal Order*, Cremona, M., De Witte, B. (Eds.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 311.

37 Klabbers, J., *The European Union in International Law*, Institut des hautes études internationales de Paris, Université Panthéon-Assas (Paris II), Cours et travaux no. 13, 2012, p. 81.

38 Joined cases C-21-24/72, *International Fruit Company NV and others v Produktschap voor Groenten en Fruit* 1972, ECR-1219, ECLI:EU:C:1972:115, para. 8.

Заједнице на који се позвао привилеговани тужилац³⁹ - држава чланица подношењем тужбе за поништај, чиме је направљена вишеструка забуна.⁴⁰ Прво, директно дејство није један од услова за подношење тужбе за поништај, и друго, принцип директног дејства увек је у суштини био повезан са правом појединца да се позове на право ЕЗ/ЕУ пред националним судом у циљу оспоравања усаглашености националне мере са правом ЕУ. Читав концепт директног дејства развијен је од стране Суда правде ради заштите права појединаца, тј. као минимална гаранција њихове судске заштите.⁴¹ До тог тренутка, директно дејство никада није било коришћено као услов за позивање на „унутрашњи“ акт у тужби за поништај од стране привилегованог тужиоца.

Оваква забуна настала је као логична последица нечињења разлике између директног дејства као принципа који објашњава однос између правних поредака ЕЗ/ЕУ и држава чланица, с једне стране, и директног дејства као услова за могућност позивања на међународне уговоре унутар правног поретка ЕЗ/ЕУ, с друге стране. Другачије речено, није дошло у том тренутку до разликовања његове *унутрашње* и *спољне* димензије.

Међутим, услед динамичног развоја права ЕУ, те закључивањем бројних међународних уговора из других области, дошло је до парадоксалних ситуација које су иницирале промишљање о адекватности примене дводелног теста директног дејства у ужем смислу на остале категорије међународних уговора. Имајући у виду да је у оквиру права ЕУ принцип директног дејства изнедрен како би се појединцима омогућила примена права ЕУ пред националним судовима, треба критички преиспитати оправданост пуког проширивања или преливања примене таквог теста на тзв. остале међународне уговоре.

3. ДИРЕКТНО ДЕЈСТВО МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА У ШИРЕМ СМISЛУ

Иако је случај *Van Gend en Loos* пре свега познат по дефинисању односа између комунитарног права (данас права ЕУ) и националних правних поредака, њиме је заправо успостављена и основна концептуална премиса од пресудног значаја и за обликовање односа између МЈП и права ЕУ. Принцип непосредног дејства је флексибилан инструмент којим се осигурава поштовање правила једног правног поретка унутар другог, те је било логично користити га у ситуацији гарантовања правилне примене новог, комунитарног права унутар националних правних поредака. Дајући појединцима овлашћење да се пред националним

39 C-280/93, Federal Republic of Germany v Council of the European Union (Bananas), 1994, ECR I-4973, ECLI:EU:C:1994:367, para. 109.

40 C-149/96, Portuguese Republic v Council of the European Union, Opinion of AG Saggio, 1999, ECR I-08395, ECLI:EU:C:1999:92, para. 18; Lenaerts, K., De Smijter, E., The European Union as an Actor under International Law, Yearbook of European Law, 19, 1999-2000, 108.

41 Joined cases C-46, 48/93 Brasserie du Pêcheur, para. 20: „Право појединаца да се ослањају на директно дејствујуће одредбе Уговора пред националним судовима је само минимална гаранција и није довољна да осигура потпуну и комплетну имплементацију Уговора... Сврха тог права је осигурати да одредбе права Заједнице имају предност над националним одредбама. Она не може, у сваком случају, осигурати особама користи од права која им се дају на основу права Заједнице и, посебно, избежавати њихово наношење штете као резултат кршења права Заједнице који се може приписати држави чланици.“

органима позивају на додељена им права по основу комунитарног права, успостављен је захвалан систем контроле одоздо (*checks and balances*), будући да појединци попут агената саме ЕУ у националним правним порецима могу да захтевају правилну примену права ЕУ.

На сличан начин се може посматрати и однос између МЈП и права ЕУ. Директно дејство схваћено у тзв. ширем смислу требало би да гарантује ефективну примену и поштовање одредби МЈП унутар другог правног поретка - права ЕУ. Нажалост, за разлику од принципа директног дејства у ужем смислу који дефинише однос права ЕУ са националним правним порецима, и који се током јуриспруденције искристалисао, питање тзв. спољашње функције директног дејства која се остварује у контексту међународних споразума ЕУ је сложеније, будући да постоји термилошка, али и појмовна забуна. Термилошка конфузија настаје због употребе различитих термина за означавање истог појма, или пак коришћење истих термина за означавање различитих ситуација, те се у литератури покушава одгонетнути замршено клупко директне применљивости, директног дејства у ужем и ширем смислу или унутрашњем и спољашњем контексту, као и самоизвршивост међународних уговора.⁴² Нажалост, део „кривике“ услед настале забуне свакако лежи и на самом Суду правде, будући да је дуго мешао директну применљивост и директно дејство.⁴³

Са јачањем уговорне способности ЕУ и проширивањем области регулисања, поставило се питање да ли и други међународни уговори, који нису уско везани за евроинтеграције могу „издржати“ и „положити“ двостепени тест директног дејства у ужем смислу. Будући да је одговор на то питање негативан, потребно је анализирати природу и сврху међународних уговора. По правилу су међународни уговори, нарочито мултилатерални, врло апстрактног карактера и садрже опште одредбе како би се уговорницама дао што већи маневарски простор за њихову имплементацију. Као што примећује Канизаро (*Cannizzaro*): „међународни уговори који додељују права појединцима су у међународном правном поретку изузетно ретки“,⁴⁴ те се наметањем захтева директног дејства у ужем смислу заправо „поништава интерно дејство међународног права“.⁴⁵ Применом тако строгог теста, непропорционално се смањује опсег међународних инструмената који би могли да производе непосредно дејство у правном поретку ЕУ. У литератури се стога преиспитивао домаћај појма директног дејства, те се изродила теорија или идеја о његовом ширем значењу, у смислу могућности позивања на међународни споразум, најчешће ради оспоравања ваљаности секундарне легислативе, али и ради усаглашавања права ЕУ са њеним међународноправним обавезама.

Јасно је да се у унутрашњем правном поретку ЕУ појединци смеју позивати на одредбе међународних уговора под условима тзв. директног дејства у ужем смислу, које је и изнедрено

42 Термин самоизвршиви међународни уговори није у духу међународног права нити права ЕУ, већ је одлика америчког правног система. Ипак, у литератури како МЈП, тако и права ЕУ се често прави паралела са америчким правним системом, како би се увидело да се различитим терминима суштински именују исте ситуације унутрашње применљивости међународних споразума, Gáspár-Szilágyi, S., „EU Member State enforcement of 'mixed' agreements and access to justice: rethinking direct effect“, *Legal Issues of Economic Integration*, 40 (2), 2013, 186-189; Martines, F., „Direct Effect of International Agreements of the European Union“, *Jean Monnet Working Paper* No 05, 2014, 131.

43 Појашњење разлике између појмова видети у: Зоран Радивојевић, „Непосредна примена и непосредно дејство права Европске уније“, у *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: тематски зборник радова* (Ниш: Центар за публикације Правног факултета, 2013), 47-49.

44 Cannizzaro, E., Cannizzaro et. al., op. cit, p. 49.

45 *Ibid.*

ради остваривања циља заштите њихових права као субјеката права ЕУ. Међутим, поставља се питање правне логике, целисходности и оправданости проширивања овако дизајнираног принципа и на друге субјекте и друге ситуације, те наметања истих услова и за државе чланице, које по правилу не треба изједначавати са приватним субјектима. Стога се мора реконфигурисати значење принципа директног дејства у тзв. спољашњим односима, односно у ситуацијама када се директно дејство примењује код међународних споразума. У доктрини је стога осмишљена синтаagma директно дејство у ширем или спољашњем смислу.⁴⁶ Дакле, прави се разлика између тзв. унутрашњег и спољашњег директног дејства, при чему први означава однос између права ЕУ и националног права, док се други тиче односа између МЈП и права ЕУ.⁴⁷

У ситуацијама када је држава чланица уговорница каквог међународног уговора, било би логично претпоставити њено аутоматско право позивања на њега пред свим релевантним међународним судовима и трибуналима, што би нарочито требало да важи за Суд правде, имајући у виду његову ексклузивну надлежност на бази чл. 344 УФЕУ. Међутим, проблем се јавља управо стога што је Суд правде дуго онемогућавао такво позивање држава чланица на међународни уговор, захтевајући испуњење истих услова као и за појединце код класичног схватања принципа директног дејства. Стога се као кључно али и проблематично поставило питање да ли класично схватање принципа директног дејства (осмишљен за интерну употребу и дефинисање односа између права ЕУ и националних правних система), тј. директно дејство у ужем смислу, треба у непромењеном облику примењивати и на екстерном плану, тј. у ситуацијама када се државе чланице ЕУ позивају на одредбе међународних споразума. Оваквим приступом државе чланице се стављају у неповољан положај, између чекића и наковња – са једне стране им се на основу искључиве надлежности Суда правде онемогућава позивање на валидно закључене међународне уговоре пред другим међународним судовима сагласно чл. 344 УФЕУ, док се и на интерном плану такође врло вешто и лако искључује могућност позивања на њих наметањем неадекватног предуслова директног дејства у ужем смислу. Тиме се у великој мери поткрепљује теза о постојању дуалистичког односа између права ЕУ и МЈП, као одвојеним правним порецима, те се у праву ЕУ на врло скептичан и опрезан начин дозвољава уплив норми МЈП.

С обзиром на то да по правилу међународни уговори не узимају у обзир права појединаца, јер су по природи дизајнирани да уређују односе између међународноправних субјеката, поједини аутори су критиковали вештачку и нецелисходну примену принципа директног дејства на дате ситуације, схваћене у свом класичном, уском поимању.⁴⁸ Логично је да се по правилу већина међународних уговора не бави субјективним правима појединаца, јер они не представљају субјекте МЈП. Међутим, пошто појединци јесу субјекти права ЕУ, приликом инкорпорисања норми из домена МЈП у правни поредак ЕУ долази до размимоилажења двају поменутих правних поредака који су инхерентно супротстављени на релацији појединаца и њихових субјективних права. Управо се најочигледнија разлика између МЈП и права ЕУ јавља у домену њихових субјеката, што се неминовно „прелива“ и на дилему о директном дејству формалних извора права. Стога је наметање могућности позивања на обавезујући

46 Prechal, S., „Does Direct Effect Still Matter?“, *Common Market Law Review*, 37 (5), 2000, 1050.

47 Eeckhout, P., *EU External Relations Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 330.

48 Gáspár-Szilágyi, S., op. cit., p. 172, 181, 186; Martines, F., op. cit., pp. 132-136.

и валидан међународни уговор предусловом његовог директног дејства у ужем смислу нелогична и правно неоправдана конструкција коју форсира Суд правде. Наиме, могућност позивања на међународни уговор не треба поистовећивати са његовим евентуалним директним дејством у ужем смислу, јер се тиме онемогућава позивање на право и од стране других субјектата који нису појединци.

На основу реченог искристалисао се предлог да концепт директног дејства у ужем смислу треба одбацити код међународних уговора, те да се уместо тога постави суштински другачије питање – да ли је дозвољено позивање на њих, што је названо директним дејством у ширем смислу. На први поглед се чини да је реч о лицу и наличју исте медаље, нарочито у очима правника ЕУ који су темељна знања о праву ЕУ стекли и изграђивали након прихватања логике *en Loos*, што није сасвим тачно. Несрећа лежи у коришћењу истог термина за две различите ситуације. Наиме, иако је неспорно да постоје ситуација када се јавља повезаност датих појмова, мора се јасно истаћи да није реч о синонимима, те је потребно разликовање ситуација када се нужно као секундарно поставља питање директног дејства дате одредбе, од ситуација када је могуће само примарно - позивање на какву одредбу, односно на питање њене применљивости, без постављања секундарног питања директног дејства у ужем смислу. У прву категорију би требало сврстати све ситуације везане за појединце, а у другу државе чланице приликом позивања на међународни уговор. Међутим, треба бити обазрив те широко тумачење директног дејства не треба поистовећивати са тзв. доктрином доследног тумачења,⁴⁹ будући да то представља индиректни или секундарни начин додељивања дејства међународним споразумима⁵⁰ који начелно није био проблематичан у јуриспруденцији СПЕУ.

Оштрица критике у примени класичног поимања принципа директног дејства у ужем смислу најпре је била усмерена на образложења Суда правде у предметима *Intertanko* и *АТАА*. Док је у ранијој судској пракси примена теста директног дејства у ужем смислу и могла бити оправдана с обзиром на политичкоисторијски контекст и врсту међународног уговора у питању, новија линија критике истиче да другачији пресек стања нужно треба да доведе и до другачијег резонувања. У случају *Intertanko*, Суд правде је нашао да УН Конвенција о праву мора није била таквог квалитета да се њоме успостављају правила намењена пружању услуга појединцима.⁵¹

Срж предмета *Intertanko* представља став Суда правде да не могу све међународне норме представљати интегрални део правног поретка ЕУ,⁵² што значи да не могу све норме из домена МЈП бити ваљане у праву ЕУ.

Појашњење овог става захтева дубљу анализу случаја *Intertanko*. Он је покренут захтевом административног одељења Вишег суда Енглеске и Велса ради добијања одговора на претходно питање о усаглашености Директиве 2005/35/ЕЗ (која је прописивала правила и увела казне за загађење које потиче са бродова),⁵³ са извесним одредбама два међународна

49 Више о доктрини доследног тумачења националног права у светлу права ЕУ видети: Arnulf, A., *The European Union and its Court of Justice* (Oxford University Press, 2006), 229-235.

50 Више о доктрини доследног тумачења права ЕУ у светлу међународног права видети: Eeckhout, P., *EU External Relations Law*, (Oxford University Press, 2011), 355-357.

51 C-308/06, *Intertanko*, para. 64.

52 Van Rossem, J. W., „Interaction between EU Law and International Law in the Light of *Intertanko* and *Kadi*: The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community“, *Netherlands Yearbook of International Law*, 40, 2009, 183-227.

53 OJ 2005, L 255/11.

уговора из области права мора, тачније Међународне конвенције о спречавању загађења са бродова (надаље: МАРПОЛ Конвенције) и, на посредан начин, Конвенције о праву мора из 1982. године.⁵⁴ Интересантно је напоменути да је унутрашње право ЕУ заправо прописивало строжи режим обавеза од оног који предвиђа МЈП, тачније, поменуте две конвенције. Наиме, након катастрофалног загађења обала Шпаније, Португала и Француске од стране танкера *Prestige 2002*. године,⁵⁵ на нивоу ЕУ је усвојена Директива о мерама које се односе на поморски саобраћај која прописује строжи режим од оног прописаног двема поменутим конвенцијама. Будући да се у преамбули Директиве изричито позива на МАРПОЛ конвенцију, тиме је јасно истакнуто да је спорна директива заправо требало да транспонује постојећа међународна правила у правни поредак ЕЗ. Пред британским судом се поставило питање да ли је построжавање режима одговорности у праву ЕУ било незаконито због неусаглашености са правилима из МЈП. Другачије речено, да ли треба секундарну легислативу поништити услед њене неусаглашености са међународним уговорима који су, по схватању странака пред националним судом, хијерархијски више норме, истичући да је исто питање на другачији начин било регулисано Конвенцијом о праву мора и МАРПОЛ Конвенцијом.

Међутим, Велико веће Суда правде није се сложило са оваквим виђењем ствари, већ је заузео став да ниједна од поменutih међународних конвенција не може да утиче на ваљаност спорне директиве. Ипак, разлози на основу којих је Суд је дошао до оваквог закључка разликовали су се код ових уговора, будући да је ЕЗ од 1998. године уговорница јединствене Конвенције о праву мора, али не и МАРПОЛ конвенције, којом су обавезане само државе чланице ове организације.⁵⁶

Позната изјава, да уговори закључени од стране ЕЗ обавезују све њене институције и да су, сходно томе, вишег ранга од секундарне легислативе, била је уводни став пресуде,⁵⁷ чиме је још једном у пракси потврђена *Haegeman* доктрина. Имајући то у виду, закључак је да су у принципу директиве подложне судском преиспитивању ваљаности уз неопходно испуњење два услова. Прво, Суд је подсетио да је предуслов судског испитивања усаглашености директиве са одређеним међународним уговором обавезаност Заједнице датим уговором.⁵⁸ Другачије речено, као и у МЈП, мора се прво проверити да ли је уопште дати субјект обавезан одређеним међународним уговором. Друго, ваљаност мера ЕЗ могуће је проценивати само ако „природа и шира логика” међународног уговора то не искључује. Поред тога, потребно је да су одредбе уговора безусловне и довољно прецизне.⁵⁹

Када је реч о МАРПОЛ конвенцији, први крак поменутог теста био је довољан да Суд правде оцени недопуштеност захтева подносиоца. Пошто је МАРПОЛ склопљен у оквиру Међународне поморске организације, њене уговорнице су све државе чланице, али не и ЕЗ. Суд није био убеђен изнетим аргументом о постојању функционалне сукцесије, по којој се тврдило да је Заједница преузела надлежности од држава чланица у области на коју се

54 UN Treaty Series, vol. 1341, no. 22484, Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Documents, vol. XVII, 1984, Doc. A/Conf.62/122, 157-231.

55 Denza, E., „Case Comment: A Note on *Intertanko*“, *European Law Review*, 33 (6), 2008, 875.

56 Критички осврт на овакав став дат је у: Eeckhout, P., „Case C-308/06, *The Queen on the application of Intertanko and Others v Secretary of State for Transport*“, *Common Market Law Review*, 46 (6), 2009, 2053-2057.

57 C-308/06, *Intertanko*, para. 42.

58 *Ibid.*, para. 44.

59 *Ibid.*, para. 45.

уговор односи, те је из тог разлога дати међународни уговор постао обавезујући и за ЕЗ, иако она формалноправно није његова уговорница.⁶⁰ Суд правде није прихватио такво гледиште, тврдећи да се за Заједницу не може рећи да је у потпуности, односно на искључив начин преузела надлежности држава чланица у области заштите од загађења мора. Такође је одбачен аргумент да је обавезујућа природа МАРПОЛ конвенције индиректно следила из чињенице да је спорна Директива заправо вршила инкорпорисање тог међународног уговора у правни поредак Заједнице,⁶¹ те је заправо представљала само имплементирајућу меру. Суд је истакао да би то једино било могуће уколико би се релевантне одредбе из МАРПОЛ конвенције посматрале као кодификација међународног обичаја, што је нашао да није случај.

У другом делу пресуде, Суд се осврнуо на Конвенцију о праву мора. За разлику од МАРПОЛ конвенције, ЕЗ, односно данас ЕУ, јесте уговорница Конвенције о праву мора из 1982. године, будући да јој је приступила 1998. године. Сходно томе, Суд је потврдио обавезност овог међународног уговора по Заједницу, као и да сама Конвенција представља саставни део правног поретка ЕЗ/ЕУ.⁶² Међутим, одбацио је тврдњу да овај уговор има директно дејство, односно да даје извесна права појединцима на која се они могу непосредно позивати.⁶³

Значајно је истаћи разлику у мишљењима Суда правде и општег правобраниоца по датом питању. Наиме, Суд правде је истакао да га сама природа и шира логика јединствене Конвенције о праву мора спречава да процени ваљаност спорне директиве. Супротно томе, општи правобранилац је ишао корак даље, те процењивао и испуњеност трећег услова, тврдећи да степен до којег појединци могу да се ослоне на дати уговор зависи од садржаја сваке одредбе појединачно. Управо је оваквим виђењем ствари омогућен МАРПОЛ конвенцији „улаз на мала врата”. Тумачење општег правобраниоца било је да Конвенција о праву мора, будући да представља оквирни уговор, није довољно безусловна и прецизна, те захтева „усвајање одговарајућих међународних стандарда”, док би се управо МАРПОЛ конвенција могла сматрати допунским уговором који дефинише такве стандарде. Самим тим, иако формалноправно не обавезује Заједницу, инкорпорисана је као стандард за ревизију секундарне легислативе од стране Конвенције о праву мора.⁶⁴ Дакле, приликом анализе Конвенције о праву мора, мора се узети у обзир и МАРПОЛ. Међутим, чак и такав след аргумената није утицао на коначан став општег правобраниоца о ваљаности директиве. Користећи се методом доследног тумачења, заузет је став да је било могуће усагласити спорну Директиву са релевантним одредбама МАРПОЛ конвенције, тако да се, на крају, дошло до истог резултата као и судеће веће.⁶⁵ Дакле, иако се ишло путем екстензивног тумачења, резултат добијен на крају је био исти као и резултат до којег су дошле судије.

Са друге стране, аргументација Суда правде је једноставнија по конструкцији и логичком редоследу од оног изнетог од стране општег правобраниоца. Иако је јасно истакао да Унија нема статус уговорнице МАРПОЛ конвенције, ипак се осврнуо на случај *International*

⁶⁰ *Ibid.*, paras 48-49.

⁶¹ *Ibid.*, paras 50-52.

⁶² *Ibid.*, para. 53.

⁶³ *Ibid.*, paras 54-65.

⁶⁴ C-308/06, *The Queen, on the application of International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) and Others v Secretary of State for Transport*, Opinion of AG Kokott, 2008, ECR I-4057, ECLI:EU:C:2007:689, paras 65-66.

⁶⁵ *Ibid.*, paras 80-112.

Fruit Company и изнет аргумент о постојању функционалне сукцесије. Међутим, појаснио је да се ова теорија не може применити јер ЕУ није преузела од држава чланица искључиву надлежност за области регулисане МАРПОЛ конвенцијом.⁶⁶ Појаснио је да сама чињеница усвајања извесног правног акта од стране ЕУ ради постизања истих или сличних резултата са већ постојећим међународним уговором не подразумева аутоматски везаност саме ЕУ датим уговором.

Дакле, формалноправно посматрано, Суд правде је једино био у обавези да оцењује усаглашеност поменуте Директиве са јединственом Конвенцијом о праву мора, будући да од 1998. године обавезује Заједницу. Ипак, СПЕУ је у даљој анализи закључио да она по својој природи није таквог карактера да би могла да произведе директно дејство у правном поретку ЕУ. Са друге стране, СПЕУ је отишао корак даље, и у параграфу 52 пресуде истакао да, иако се не врши процењивање усаглашености Директиве са МАРПОЛ конвенцијом, мораће се узети у обзир, како приликом тумачења Конвенције о праву мора, тако и секундарне легислативе. Суд је оправдао такав свој поступак позивањем на начело обичајног права *bona fides*, као једно од базичних принципа општег МЈП, као и члана 10 Римског уговора који је регулисао обавезу лојалне сарадње. Нажалост, иако се позвао на принцип савесности, у пресуди Суд правде ничим није објаснио да ли је уопште и на који начин заиста узео у обзир разматрање одредаба МАРПОЛ конвенције при тумачењу спорне Директиве, тако да је позивање на опште МЈП остало штуро и недоречено.

Нажалост, и каснија пракса је потврдила тај став,⁶⁷ јер је у предмету АТАА Суд правде поновио приступ из претходног случаја, потврђујући тиме да посебно наглашавање директног дејства међународних споразума у ужем смислу није представљао „изоован случај”.⁶⁸ Инсистирање на овом захтеву као предуслову позивања на међународни уговор заправо доводи до мешања два одвојена концепта: концепта директног дејства, осмишљеног да заштити појединце, са условима под којима би Суд правде требало да утврђује усклађеност права ЕУ са предузетим међународноправним обавезама.⁶⁹ Доктрина критикује примену ужег поимања директног дејства на међународне споразуме, истичући да се примењују „исти тестови како би утврдило да ли споразум ствара индивидуална права и да ли може послужити као стандард ваљаности”,⁷⁰ што је неодржива правна конструкција, будући да се њоме изједначавају два различита правна питања. Мора се имати у виду да „све док норма која утврђује понашање ЕУ може бити изведена из међународног споразума, тај споразум може служити

⁶⁶ *Ibid.*, paras 47-48.

⁶⁷ Wouters, J., De Man, P., International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Cooperation Committee, Lloyd's Register and International Salvage Union v Secretary of State for Transport. Case C-308/06, *American Journal of International Law*, 103 (3), 2009, pp. 560-561.

⁶⁸ Etienne, J., „Loyalty Towards International Law as a Constitutional Principle of EU Law?”, *Jean Monnet Working Paper*, 3, 2011, 19.

⁶⁹ Wouters, J., „Van Eeckhoutte, D., Enforcement of Customary International Law through European Community Law”, Prinssen, J. M., Schrauwen A. (Eds.), *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, Groningen, 2002, 223-225.

⁷⁰ Eeckhout, P., „Case C-308/06, The Queen on the application of Intertanko and Others v Secretary of State for Transport”, *Common Market Law Review*, 46 (6), 2009, 2053.

као референтна норма за одређивање валидности права ЕУ⁷¹ као хијерархијски супериорна у односу на секундарну легислативу, без постављања питања њеног директног дејства.

Иако се може тврдити да „обавезујуће за сва лица“ по дефиницији не значи њихово опште право позивања на међународне одредбе, пракса открива блиску везу између ова два појма у праву ЕУ.⁷² Нарочито пресуда *Intertanko* у великој мери се приближава овој идеји истичући аргумент да међународни споразум „не успоставља правила која су намењена да се директно и одмах примењују на појединце и да им додељују права или слободе на које се могу ослонити државе...“.⁷³

Државе чланице не треба поистовећивати са појединцима, нити њихове различите интересе и мотивацију приликом позивања на међународни споразум. За разлику од појединаца који воде рачуна о сопственим интересима позивајући се на заштиту субјективних права, државе су као јавноправни субјекти МЈП и права ЕУ у обавези да се старају о поштовању и правилној примени права као целине, а не само о сопственим интересима. Оне су у обавези да осигурају правилну примену свих грана права, где спада не само национално, већ и право ЕУ као и МЈП. У контексту односа МЈП и права ЕУ, чланицама би требало дозволити позивање на међународне уговоре ради преиспитивања ваљаности секундарне легислативе под другачијим, релаксиранијим условима будући да треба остварити другачији и уједно виши циљ – поштовање права, конкретно МЈП, те усклађивање права ЕУ са предузетим међународноправним обавезама. Међутим, Суд правде је био изузетно заштитнички настројен, те је наметањем теста директног дејства у ужем смислу заправо штитио интерно право од страног, чувајући секундарну легислативу од сваког евентуалног „напада“ практичним онемогућавањем њихове ревизије у светлу међународних уговора.

Ипак, треба приметити да испољена заштитничка улога Суда правде није у складу са телеолошким тумачењем оснивачких уговора на којима толико инсистира. Иако Суд правде своју заштитничку улогу остварује путем директне и индиректне надлежности, треба приметити кључну разлику. Наиме, наметање директног дејства у ужем смислу као предуслова за позивање на међународни споразум ради оспоравања ваљаности секундарне легислативе чини се неспојивом са *ratio*-м и логиком чл. 263 УФЕУ који регулише тужбу за поништај аката. Уколико државе чланице као привилеговани тужиоци могу поднети тужбу за поништај скоро без икаквих услова, поставља се питање зашто би им се таква могућност практично ускраћивала приликом оспоравања ваљаности секундарних аката применом индиректне надлежности. Другачије речено, зашто се код индиректне надлежности умеће услов кога нема по директној. Закључак се сам по себи намеће, а тиче се једине разлике између поменутих процедура – рока. Наиме, не сме се створити могућност правне несигурности. У првом случају чак и привилегованим субјектима стоји на располагању преклузиван двомесечни рок, док би се у другом случају у било ком тренутку могло поставити питање поништаја секундарног акта. Дакле, могућност ревизије је временски неограничена када се усклађеност процењује у односу на оснивачки уговор као устав у материјалном смислу, али је временски

71 Lenaerts, K., Corthaut, T., „Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law“, *European Law Review*, 31 (3), 2006, 287, 298.

72 За појашњавање уске везе која постоји између ових концепата видети: Klabbers, J., „International Law in Community Law: The Law and Politics of Direct Effect“, *Yearbook of European Law*, 21, (1), 2001, 292-295.

73 Пара. 64 пресуде.

ограничена када се оцењује у светлу међународног уговора, као извор од секундарног значаја у поређењу са оснивачким уговором.

Екху (*Eeckhout*) сматра да питање позивања на међународни споразум ради оспоравања ваљаности секундарног законодавства ЕУ не треба везивати нити зависити од питања његовог директног дејства у унутрашњем смислу. Он истиче да је неопходно постављати друга кључна питања: 1) да ли се оспоравање ваљаности секундарне легислативе у светлу међународног уговора врши на бази тужбе за поништај према члану 263 УФЕУ или у поступку по претходним питањима; 2) да ли се позивање на међународни споразум врши пред националним судом или неким од судова ЕУ, као и 3) да ли је поступак покренуо појединац, држава чланица или институција ЕУ.⁷⁴ У зависности од одговора на дата питања, треба дизајнирати и примењивати другачије концепте директног дејства, при чему он користи термине унутрашњег и спољашњег директног дејства. Сматра да је развој и ширење концепта директног дејства позитивно, јер се треба бавити суштинским питањима, а не питањем процедура у којима се оспорава ваљаност секундарног законодавства ЕУ.⁷⁵ Кутракос (*Koutrakos*) такође спада у ред критичара јуриспруденције Суд правде јер сматра да је неопходно ублажавање импликација двостепеног теста директног дејства у ужем смислу, који тренутно ствара исте услове позивања на међународне уговоре и државама чланицама и појединцима.⁷⁶

Иако су се у доктрини јавила валидна и јака аргументована критика јуриспруденције Суда правде, и предлози за другачије поимање принципа директног дејства, са друге стране, треба разумети и разлоге због којих се толико инсистира на примени директног дејства у ужем смислу. Само право ЕУ, као аутономни правни поредак, треба да дефинише свој однос са другим правним порецима, где би спадало и МЈП. Иако није држава, мора се суочити и разрешити исте дилеме као и национални правни пореци, што је разлог због чега се у литератури обилато употребљава термин „унутрашњи“ или „интерни“ правни поредак, како за право ЕУ, тако и за националне поретке, када се на сличан начин поставља питање њиховог односа према МЈП. Једно од кључних питања јесте како осигурати поштовање међународних обавеза у унутрашњем правном поретку. Много је значајније што се се у пракси ово питање заправо јавља у негацији, те се поставља питање како избећи поштовање међународних обавеза тако да се не постави питање одговорности. Одговор се крије не само у методу инкорпорације, већ и у додељеном дејству инкорпорираних норми. Стога сваки интерни правни поредак, па и право ЕУ, креира спектар правних инструмената који се манифестују као комбинација доктрина, правних принципа и метода тумачења којим ће бити у прилици да на правном пољу, правним аргументима одбрани своје базичне вредности и основна начела као израз идентитета и аутономије од правила успостављених у другом, туђем поретку, у овом случају МЈП.

Уставна архитектура правног поретка ЕУ и инсистирање на његовој спољној аутономији мора стално проналазити деликатну равнотежу између формалног поштовања МЈП као једног од прокламованих циљева ЕУ, са једне стране, али и одбране самосталности и интегритета сопственог правног поретка, са друге. Управо је коришћење принципа директног дејства у ужем смислу у спољним односима, односно примена, по неким неадекватног, дводелног

⁷⁴ Eeckhout, P., *EU External Relations Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 295.

⁷⁵ *Ibid.*, 295-296.

⁷⁶ Koutrakos, P., *EU International Relations Law* (Hart Publishing, 2006), 255.

теста на међународне уговоре, послужило као алат или средство заштите права ЕУ од норми МЈП и елегантан начин избегавања пуног поштовања међународноправних обавеза ЕУ. Иако је хијерархијска позиција међународних уговора одређена врло високо, те се налазе испод оснивачких уговора а изнад секундарне легислативе, практично долази до онемогућавања преиспитивања усклађености нижих правних аката са тим уговорима. Закључује се да је висока друга позиција међународних уговора у пракси суштински разблажена немогућношћу њиховог практичног дејства у интерном праву ЕУ,⁷⁷ што би се једино могло кориговати проширивањем принципа директног дејства, али једино уколико постоји политичка воља за тим. Иако је хијерархијски гледано секундарну легислативу потребно усаглашавати са међународним уговорима ЕУ, у пракси је изражена резервисаност Суда правде да то чини у пуној мери. Тиме се запажа да је у хијерархијској пирамиди друго место додељено међународним уговорима заправо скрајнуто, као степен одгурнуто са једне стране, те се чешће и лакше оставрује директна веза између секундарне легислативе и оснивачких уговора, док се њихова контрола у светлу међународних уговора јавља само изузетно. Увиђа се да је битније остваривати јединственост унутрашњих правних правила, те се форсира усклађеност секундарне легислативе са оснивачким уговорима, а само изузетно са међународним уговорима, када су испуњени услови теста директног дејства у ужем смислу. Иако део доктрине предлаже *de lege ferenda* другачије конципирање принципа директног дејства међународних уговора, пружајући валидне аргументе за ово становиште, кључеви врата примене међународних уговора су у рукама Суда правде.

Кориговање неусклађености судске праксе у вези са могућношћу позивања на одредбе међународних споразума са једне стране, и правила међународних обичаја са друге, те приближавање услова позивања на њих уследило је у случају Биотехнолошких проналазака (*Biotechnological inventions*).⁷⁸ Суд правде је само стидљиво показао помак у овом правцу, јер се изванредан преокрет ка директном дејству у ширем смислу јавио у поменутом случају чији је званичан назив Холандија против Европског парламента и Савета. Холандија је упутила захтев за поништај Директиве о правној заштити биотехнолошких изума тврдећи да је неслагасна са бројним међународним уговорима. Међутим, претходно је било неопходно утврдити типове уговора, тачније одредити субјекта који је закључио дате међународне уговоре, као би се утврдило да ли се ради о уговору ЕЗ, уговору државе чланице (Холандије), или је реч о мешовитим уговорима. Након што је утврђено да је најспорнија била компатибилност директиве са међународним уговором који је закључила сама ЕУ, приступило се даљој анализи. Иако је на крају Суд правде одбио захтев Холандије, те епилог случаја није од значаја, овај предмет је занимљив због начина на који је Суд правде анализирао принцип директног дејства међународног уговора. Наиме, интересантан је његов став по коме не морају сви међународни уговори да имају директно дејство, чак и уколико је реч о онима које је закључила сама ЕУ, да би било омогућено позивање на њих.

Холандија је тврдила да обавезе држава чланица на основу Директиве о правној заштити биотехнолошких проналазака⁷⁹ нису у складу са њиховим обавезама по бројним

⁷⁷ Martines, F., op. cit., p. 6.

⁷⁸ C-377/98, Kingdom of the Netherlands v European Parliament and Council of the European Union (Biotechnological inventions), 2001, ECR I-07079, ECLI:EU:C:2001:523, para. 50.

⁷⁹ Directive 98/44/EC of the European Parliament and the Council of 6 July 1998 on the Legal Protection of biotechnological inventions 1998 O.J., L 213/13.

међународним споразумима. Конкретно, Директива би, између осталог, прекршила одредбе Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС), Споразума о техничким баријерама у трговини и Конвенцији о биолошкој разноврсности, док су Савет и Европски парламент тврдили да се не би уопште могло вршити позивање на дате споразуме ради испитивања ваљаности Директиве, будући да немају директно дејство.⁸⁰ Позивајући се на предмет Португал против Савета, Суд правде је поновио да споразуми из домена СТО, попут ТРИПС и Споразума о техничким баријерама у трговини, „имајући у виду њихову природу и структуру, нису у принципу међу правилима у светлу којих Суд треба да преиспита законитост (у светлу инструмената међународног права) мера које су усвојиле институције Заједнице”.⁸¹ Међутим, издвојио је из те категорије Конвенцију о биолошкој разноврсности, будући да није строго заснована на реципрочним и обострано корисним аранжманима.⁸² Затим је дао кључни dictum, те изјавио да чак и уколико ова Конвенција садржи одредбе које немају директно дејство, то не би значило немогућност примене њених одредби за преиспитавање законитости Директиве. Чињеница непостојања директног дејства не спречава контролу од стране судова који испуњавају обавезе Заједнице као странке у том уговору.⁸³ Треће, Суд правде је закључио да је у сваком случају приговор прихватљив, јер је усмерен на истицање „не толико непосредног кршења међународних обавеза Заједнице, колико на обавезу која се намеће државама чланицама посредством Директиве да прекрше сопствене обавезе по међународном праву, док сама Директива тврди да не утиче на исте.”⁸⁴ С обзиром на утврђену прихватљивост овако дефинисаног правног основа, приступио је мериторном одлучивању те је преиспитао законитост спорне Директиве у светлу одредби свих поменутих међународних споразума.⁸⁵

Стога се из овог значајног случаја може извући неколико закључака.⁸⁶ 1) директно дејство није предуслов за позивање на међународноправне норме ради преиспитивања законитост акта ЕУ; 2) одобравање могућности позивања на међународноправне одредбе као основ за преиспитивање законитости акта ЕУ зависиће од процене природе и структуре међународног споразума; 3) могућност позивања на правило међународног обичајног права ради преиспитивања законитости акта Уније делује под истим условима као и за одредбе међународних споразума. Суд правде је то јасно истакао у делу пресуде где наводи да могућност позивања није резервисано само на одредбе међународних споразума, већ „инструменте међународног права”.⁸⁷ Међутим, реч је о двостраном односу, јер разматрања Суда правде у случају *Racke* нису релевантна само за правила међународног обичајног права, већ и за споразуме којима је ЕУ страна уговорница;⁸⁸ 4) Суд је потврдио да се у неким околностима може вршити позивање на инструмент међународног права на који се у начелу не може позивати ради преиспитивања законитости акта ЕУ. Према јуриспруденцији Суда правде,

⁸⁰ C-377/98, *Biotechnological inventions*, para. 51.

⁸¹ *Ibid.*, para. 52.

⁸² C-377/98, *Biotechnological inventions*, para. 53.

⁸³ *Ibid.*, para. 54.

⁸⁴ *Ibid.*, para. 55.

⁸⁵ *Ibid.*, paras 57-68.

⁸⁶ Wouters, J., „Van Eeckhoutte, D., Giving Effect to Customary International law Through European Community Law”, KU Leuven, Faculty of Law, Institute for International Law, *Working Paper No 25*, June 2002, 43.

⁸⁷ C-377/98, *Biotechnological inventions*, para. 52.

⁸⁸ *Ibid.*, para. 54.

то су ситуације када је оспорени акт имао за циљ спровођење међународног споразума на који се позива (изузетак *Nakajima*) или када се сам акт ЕЗ/ЕУ изричито позива на прецизне одредбе међународног споразума (изузетак *Fediola*).

Међутим, треба истаћи и посебно обратити пажњу на две чињенице – Суд правде се не позива на изузетке *Nakajima* нити *Fediol*, а чини се да дати случај не потпада ни под један од ових изузетака. Реч је само о примеру када је ипак могуће позивање на међународни споразум на који се начелно не може вршити позивање, тј. када су институције ЕУ јасно ставиле до знања да су искористиле своје дискреционо право у погледу средстава за испуњавање међународних обавеза. Заправо, у самој тврдњи да Директива „не доводи у питање обавезе држава чланица у складу са међународним споразумима, а посебно Споразуму ТРИПС и Конвенцијом о биолошкој разноврсности“, ⁸⁹ институције ЕУ су јасно ставиле до знања да је намера била да Директива буде у складу са међународним обавезама држава чланица, и на тај начин, коришћењем својих дискреционих овлашћења, нашле су начин да се придржавају ове међународне обавезе.

5. ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Иако је један од прокламованих циљева ЕУ стриктно поштовање и развој МЈП,⁹⁰ заправо се дубљом анализом решења из праксе увиђа да је и право ЕУ, посредством различитих судских техника и принципа, развило начин избегавања да међународним уговорима да пуно дејство унутар права ЕУ.

Рецепцијом међународних уговора у право ЕУ не остварује се њихов пун ефекат, те је питање инкорпорације само прво од два кључна питања. Управо се на нивоу дејства међународних уговора сагледава истински однос према формалнопрокламованом циљу стриктног поштовања МЈП које је уграђено у оснивачке уговоре. Наиме, успостављањем строгог и по некима, неадекватног теста директног дејства у ужем смислу, онемогућава се директно дејство међународних одредби због чега доктрина нуди решење у виду редизајнирања или/и проширивања овог принципа. У том контексту би се директно дејство у ширем или спољашњем смислу суштински изједначавало са њеном директном применом. Поменута два корака би се сјединила, те би се рецепцијом међународних уговора омогућавало државама чланицама позивање на њих ради успостављања директније везе између њих и секундарне легислативе, нарочито у контексту контроле њихове законитости у светлу међународних уговора. Засад се чини да постоји „тврда мембрана“ између међународних уговора као саставног дела права ЕУ, који се налазе на другој хијерархијској позицији, и секундарне легислативе која је трећепласирана, те да у пракси само изузетно долази до остваривања везе међу њима. Суд правде ретко дозвољава преиспитивање ваљаности секундарне легислативе у светлу потврђених међународних уговора ЕУ, доприносећи да се оваква мембрана у пракси формира и учврсти. Он је такође контролор пропустљивости овако описане мембране, те само у неспорним

⁸⁹ Article 1(2) Directive 98/44/EC of the European Parliament and the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, OJ 1998, L 213/13.

⁹⁰ Према чл. 3 (5) УЕУ, ЕУ се самообавезала да ће доприносити „стриктном поштовању и развоју међународног права, укључујући поштовање начела Повеље Уједињених нација“.

ситуацијама прихвата могућност ревизије секундарне легислативе када је очигледно да неће доћи до њиховог поништаја. Заштитничка улога Суда правде је оправдана, будући да је оснивачким уговорима задужен да чува и негује аутономију правног поретка, што се одражава и на тзв. спољну аутономију. Такође је логично да се правни поредак ЕУ, попут других интерних правних система, на својеврстан начин „брани“ од уплива међународноправних норми не само методама рецепције, већ и ускраћивањем дејства таквих одредби. Међутим, поставља се питање пропорционалности, јер се чини да је Суд правде своју заштитничку улогу преозбиљно схватио те је престрого примењује. Стога се оправдано може поставити питање односа штете и користи који се остварује оваквим приступом. У том контексту чини се тачном изјава да је Суд правде од демаркације права ЕУ од МЈП сликовито речено, уместо оgrade направио кавез.⁹¹

Иако се у првим деценијама развоја комунитарног права стекао утисак о монистичком односу права ЕУ према МЈП услед прихватања директног дејства у ужем смислу значајном броју међународних уговора, са ове временске дистанце се увиђа да је дата изјава тачна само у погледу ограниченог типа међународних уговора – оних који су врло блиско везани за економску интеграцију и стварање пројекта ЕУ. Иако би по предмету регулисања било за очекивати да овде спадају и ГАТТ као и сви споразуми донети под окриљем СТО, то није случај, што важи и за поједине друге међународне уговоре из домена општег МЈП. Ускраћивање директног дејства у ужем смислу тих међународних уговора логична је последица чињенице да по правилу општи међународноправни уговори не додељују права појединацима, што је послужило Суду правде као одличан „излаз“ ускраћивању њиховог директног дејства. Иако нема дефинитивног одговора које категорије међународних уговора децидирано имају или немају директно дејство у ужем смислу, јер се то процењује по моделу од случаја до случаја, очигледна је резервисаност Суда правде да олако додељује одредбама међународних уговора овакав ефекат.

С обзиром на то, у доктини се поставило питање другачијег концепта директног дејства када је реч о спољашњем праву ЕУ, односно ситуацијама када би се државе чланице као јавноправни субјекти позивале на међународне уговоре са циљем усклађивања секундарне легислативе са преузетим међународним обавезама Уније. Услови под којима је то могуће чинити стога не би требало, као досад, да буду изједначени са условима под којима појединци ради заштите својих субјективних права се могу позивати на њих. За разлику од тога, требало би да *de lege ferenda* Суд правде изгради другачији тест примене директног дејства у тзв. ширем или спољном смислу, како би се омогућило веће поштовање, примена и дејство међународних уговора у правном систему ЕУ, као и њихова већа интеграција, јер је засад њихова интегрисаност у право ЕУ само површинска и формалноправна.

Напослетку, треба истаћи да је у стручној литератури деценијама недовољно критикован начин на који је Суд правде тумачио и примењивао МЈП. Наиме, уочљиво је да је дуго времена фокус био усмерен на начин на који МЈП „улази“ у правни поредак ЕУ и условима под којима ће примењивати, што је неспорно битно, али је деценијама изостајала академска дискусија на тему адекватне примене МЈП од стране Суда правде, што се у последње две деценије квалитативно променило. Иако се Суд правде каткад квалификује као међународни суд,

⁹¹ Odermatt, J., „When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law“, *EUI Working Paper, Max Weber Programme*, 7, 2016, 19.

он увек поступа са позиције највишег суда унутрашње организације правног поретка, због чега је његова примена и тумачење међународноправних одредби пречесто била неадекватна, како би се задовољили интереси и аутономија права ЕУ. Стога се Суд правде критикује као институција која доприноси фрагментацији МЈП, усвајајући аутономна тумачења установа које су традиционално припадале сфери МЈП.

ЛИТЕРАТУРА:

- Arnull, A., *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press, 2006,
- Cannizzaro, E., Palchetti, P., Wessel, R. A. (Eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012;
- Chalmers, D., Davies, G., Monti, G., *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010,
- Craig, P., De Burca, B., *EU law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2008,
- Denza, E., Case Comment: A Note on Intertanko, *European Law Review*, 33 (6), 2008, pp. 870-879,
- Eeckhout, P., Case C-308/06, *The Queen on the application of Intertanko and Others v Secretary of State for Transport*, *Common Market Law Review*, 46 (6), 2009, pp. 2041-2057,
- Eeckhout, P., *EU External Relations Law*, Oxford University Press, 2011,
- Etienne, J., *Loyalty Towards International Law as a Constitutional Principle of EU Law?*, Jean Monnet Working Paper, 3, 2011, pp. 1-40,
- Gáspár-Szilágyi, S., *EU Member State enforcement of 'mixed' agreements and access to justice: rethinking direct effect*, *Legal Issues of Economic Integration*, 40 (2), 2013, pp. 163-189,
- Hillion, C., C-265/03, *Igor Simutenkov v Ministerio de Educación y Cultura, Real Federación Española de Fútbol*, 2005, ECR I-2579, *Common Market Law Review*, 45 (3), 2008, pp. 815-833,
- Kaddous, C., *Effects of International Agreements in the EU Legal Order*, Cremona, M., De Witte, B. (Eds.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Hart Publishing, Oxford, 2008,
- Klabbers, J., *International Law in Community Law: The Law and Politics of Direct Effect*, *Yearbook of European Law*, 21, (1), 2001, pp. 263-298,
- Klabbers, J., *The European Union in International Law*, Institut des hautes études internationales de Paris, Université Panthéon-Assas (Paris II), Cours et travaux no. 13, 2012,
- Knežević-Predić, V., Radivojević, Z., *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, Beograd, Službeni glasnik, 2009,
- Koutrakos, P., *EU International Relations Law*, Hart Publishing, 2006,
- Lenaerts, K., Corthaut, T., *Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law*, *European Law Review*, 31 (3), 2006, pp. 287-315,
- Lenaerts, K., De Smijter, E., *The European Union as an Actor under International Law*, *Yearbook of European Law*, 19, 1999-2000, pp. 95-138,

- Marsden, S., Invoking Direct Application and Effect of International Treaties by the European Court of Justice: Implications for International Environmental Law in the European Union, *International and Comparative Law Quarterly*, 60 (3), 2011, pp. 737-757,
- Martines, F., Direct Effect of International Agreements of the European Union, *Jean Monnet Working Paper No 05*, 2014, pp. 129-147,
- Mendez, M., The Legal Effect of Community Agreements: Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques, *European Journal of International Law*, 21 (1), 2010, pp. 83-104,
- Mendez, M., The Legal Effects of EU Agreements: Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques, Oxford, Oxford University Press, 2013,
- Odermatt, J., When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law, *EUI Working Paper, Max Weber Programme*, 7, 2016, pp. 1-19,
- Prechal, S., Does Direct Effect Still Matter?, *Common Market Law Review*, 37 (5), 2000, pp. 1047-1069,
- Радивојевић, З., Непосредна примена и непосредно дејство права Европске уније, Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: тематски зборник радова, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2013, стр. 45-64, (Radivojević, Z., *Neposredna primena i neposredno dejstvo prava Evropske unije, Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru: tematski zbornik radova, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Niš*, 2013, str. 45-64,)
- Радивојевић, З., Споразуми о стабилизацији и придруживању у праву Европске уније, Зборник радова Правног факултета у Нишу: тематски број, Заштита људских и мањинских права у европском правном простору, Ниш: Правни факултет, 62, 2012, стр. 53-72, (Radivojević, Z., *Sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju u pravu Evropske unije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu: tematski broj, Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru, Niš: Pravni fakultet*, 62, 2012, str. 53-72)
- Van Rossem, J. W., Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community, *Netherlands Yearbook of International Law*, 40, 2009, pp. 183-227,
- Wouters, J., De Man, P., International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Cooperation Committee, Lloyd's Register and International Salvage Union v Secretary of State for Transport. Case C-308/06, *American Journal of International Law*, 103 (3), 2009, pp. 555-561,
- Wouters, J., Van Eeckhoutte, D., Enforcement of Customary International Law through European Community Law, Prinssen, J. M., Schrauwen A. (Eds.), *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, Groningen, 2002, pp. 183-234,
- Wouters, J., Van Eeckhoutte, D., Giving Effect to Customary International law Through European Community Law, KU Leuven, Faculty of Law, Institute for International Law, Working Paper No 25, June 2002.

Документација:

- C-104/81, *Hauptzollamt Mainz v C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, 1982, ECR 03641, ECLI:EU:C:1982:362,

- C-162/00, Land Nordrhein-Westfalen v Beata Pokrzeptowicz-Meyer, 2002, ECR, I-01049, ECLI:EU:C:2002:57,
- C-17/81, Pabst & Richarz KG v Hauptzollamt Oldenburg, 1982, ECR 1331, EU:C:1982:129,
- C-18/90, Office national de l'emploi v Bahia Kziber, 1991, ECR I-199, ECLI:EU:C:1991:36,
- C-181/73, R. & V Haegeman v Belgian State, 1974, ECR 449, ECLI:EU:C:1974:41,
- C-192/89, S. Z. Sevince v Staatssecretaris van Justitie, 1990, ECR I-3461, ECLI:EU:C:1990:322,
- C-262/96, Sema Sürül v Bundesanstalt für Arbeit, 1999, ECR I-2685, ECLI:EU:C:1999:228,
- Directive 98/44/EC of the European Parliament and the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, OJ 1998, L 213/13,
- Directive 98/44/EC of the European Parliament and the Council of 6 July 1998 on the Legal Protection of biotechnological inventions, 1998, O.J, L 213/13,
- C-12/86, Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd, 1987, ECR 3719, ECLI:EU:C:1987:400,
- Joined cases C-120-121/06 P, Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FI-AMM) and Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06 P), Giorgio Fedon & Figli SpA and Fedon America, Inc. (C-121/06 P) v Council of the European Union and Commission of the European Communities, (FIAMM and Others v Council and Commission), 2008, ECR I-06513, EU:C:2008:476,
- C-265/03, Igor Simutenkov v Ministerio de Educación y Cultura, Real Federación Española de Fútbol, 2005, ECR I-2579, ECLI:EU:C:2005:213,
- C-344/04, The Queen, on the application of International Air Transport Association and European Low Fares Airline Association v Department for Transport (IATA and ELFAA), 2006, ECR I-0000, ECLI:EU:C:2006:10,
- C-308/06, Opinion of AG Kokott, The Queen, on the application of International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) and Others v Secretary of State for Transport, 2008, ECR I-4057, ECLI:EU:C:2007:689,
- C-308/06, The Queen, on the application of International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) and Others v Secretary of State for Transport, 2008, ECR I-04057, ECLI:EU:C:2008:312,
- C-366/10, Air Transport Association of America and Others v Secretary of State for Energy and Climate Change (ATAA), 2011, ECLI:EU:C:2011:864,
- Joined cases C-21-24/72, International Fruit Company NV and others v Produktschap voor Groenten en Fruit 1972, ECR-1219, ECLI:EU:C:1972:115,
- C-469/93, Amministrazione delle Finanze dello Stato v Chiquita Italia SpA, 1995, ECR I-4533, ECLI:EU:C:1995:435,
- C-432/92, R. V Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte SP Anastasiou (Pissouri) Ltd, 1994, ECR I -3087, ECLI:EU:C:1994:277,
- C-416/96, Nour Eddline El-Yassini v Secretary of State for Home Department, 1999, ECR I1209, ECLI:EU:C:1999:107,
- C-377/98, Kingdom of the Netherlands v European Parliament and Council of the European Union (Biotechnological inventions), 2001, ECR I-07079, ECLI:EU:C:2001:523,
- C-280/93, Federal Republic of Germany v Council of the European Union (Bananas), 1994, ECR I-4973, ECLI:EU:C:1994:367,

- C-277/94, Z. Taflan-Met, S. Altun-Baser, E. Andal-Bugdayci v Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank and O. Akol v Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging, 1996, ECR I-04085, EU:C:1996:315,
- C-18/90, Kziber; C-268/99, Aldona Malgorzata Jany and Others v Staatssecretaris van Justitie, 2001, ECR I-08615, ECLI:EU:C:2001:616,
- C-257/99, The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Julius Barkoci and Marcel Malik, 2001, ECR I-06557, ECLI:EU:C:2001:491,
- C-235/99, The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Eleanora Ivanova Kondova, 2001, ECR I-06427, ECLI:EU:C:2001:489,
- C-149/96, Portuguese Republic v Council of the European Union, Opinion of AG Saggio, 1999, ECR I-08395, ECLI:EU:C:1999:92,
- C-87/75, Conceria Daniele Bresciani v Amministrazione delle finanze dello Stato, 1976, ECR 129, ECLI:EU:C:1976:18,
- C-63/99, The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Wieslaw Gloszczuk and Elzbieta Gloszczuk, 2001, ECR I-06369, ECLI:EU:C:2001:488,
- C-26/62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration, 1963, ECR 1, ECLI:EU:C:1963:1;
- C-37/98, The Queen v Secretary of State for the Home Department, ex parte Abdulnasir Savas, 2000, ECR I-2927, ECLI:EU:C:2000:224,
- UN Treaty Series, vol. 1341, no. 22484, Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Documents, vol. XVII, 1984, Doc. A/Conf.62/122.

ANALYSING THE NARROW AND THE BROADER MEANING OF THE DIRECT EFFECT OF INTERNATIONAL AGREEMENTS IN EU LAW

Sanja Đorđević Aleksovski⁹²

Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia

Summary: One of the essential issues in any internal legal order is to determine the scope and intensity of the effect of confirmed international treaties. In this respect, the solutions of the EU legal order should be analysed and the effects of international agreements should be classified by using methods of content analysis in combination with the evolving jurisprudence of EU courts. Despite the initial impression of a friendly, monistic attitude of the Court of Justice towards the general international law, based on the premise of giving direct effect in the narrower sense to individual provisions of international treaties, the situation has dramatically changed. For several decades, the Court of Justice recognized the direct effect of provisions of international agreements of an economic nature. However, today, due to the increasing expansion of EU Law to other fields, the number of international agreements that do not have direct effect is increasing. Bearing in mind this “guard” of the Court of Justice, there is a growing number of situations involving essential impermeability of international law norms within EU Law or their formal reception without the possibility of producing an effect internally. Therefore, EU Member States had to review the possibility of referring to international agreements both within EU law (for the purpose of challenging secondary legislation or revision of national regulations, as well as interpretation) and before other international bodies, which ultimately generated a critical analysis and review of the classic doctrine of direct effect of international agreements. Considering that the direct effect has various functions in the internal and (so-called) external law of the EU, it is viewed in two ways: the narrower sense (*stricto sensu*) and the broader sense (*lato sensu*). For a long time, the prevailing view in jurisprudence and academic literature was that direct effect in the narrower sense is a prerequisite for referring to an international agreement within EU law. As a result of the subsequent criticism of this solution, the concept of direct effect has been expanded. Now, it has a different meaning in the context of application of international agreements and approaches the concept of direct applicability.

Keywords: Direct effect, international treaties, direct effect *stricto sensu*, direct effect *lato sensu*, European Union Law

⁹² Assistant Professor, email: sanjadj@prafak.ni.ac.rs, ORCID: 0000-0003-2827-8728.

ПРЕТЕЧЕ САВРЕМЕНИХ МЕЂУНАРОДНИХ ОРГАНИЗАЦИЈА

Немања Даниловић¹

Сажетак: Функционисање савремених међународних односа данас је практично незамењиво без деловања међународних организација. Оне представљају најзначајније субјекте међународног јавног права после држава. Као носиоци међународноправног субјективитета играју значајну улогу у изградњи глобалног светског поретка. Било да су универзалног или регионалног типа, све их је више, а државе удружене у један овакав облик функционисања лакше остварују своје политичке, стратешке, геополитичке, економске и друге интересе. Европа је колевка међународних организација. Постојање оваквог облика сарадње између држава започело је непосредно након окончања Наполеонових освајачких ратова на ста-ром континенту у циљу „трагања за светским миром“. Управо из тог разлога, аутор је рад посветио претечама савремених (владиних) међународних организација, односно оним облицима удруживања држава који су нагостили стварање међународних организација које данас познајемо. Пажња ће бити посвећена великим међународним конгресима као првим претечама (конгреси у Минстеру и Оснабрику, Бечки конгрес и сл.), затим речним комисија-ма (за Елбу, Рајну, Дунав и сл.) и такозваним управним савезима. Уједињене нације данас представљају најзначајнију универзалну међународну организацију у свету и сходно томе аутор се у раду осврће и на Друштво народа као њену претечу. Међународне организације представљају један непрекидан процес удруживања држава, а савремени свет без њих не би био овакав какав јесте. Оне су са пуним правом „феномен савременог доба“.

Кључне речи: Међународне организације, удруживање држава, међународни конгреси, речне комисије, Друштво народа.

1. УВОДНО РАЗМАТРАЊЕ

Савремене међународне организације представљају важан сегмент функционисања међународних односа и међународне заједнице. Одмах после држава оне су најзначајнији субјект међународног јавног права, носиоци међународних права, обавеза и одговорно-сти. Кроз овај облик међународног организовања државе лакше остварују своје политичке, стратешке, економске, културне и друге интересе. Овај вид сарадње и удруживања јавио се првенствено у делима средњовековних и модерних филозофа, правника и теоретичара. Поред

¹ Докторанд Правног факултета Мегатренд универзитета у Београду, е-пошта: nemanjad444@gmail.com, ORCID:0000-0002-2845-9150.

лакшег постизања заједничких интереса државе су се удруживањем и стварањем савеза залагале да превазиђу све препреке, антагонизме па чак и оружане сукобе на миран начин. Међународне организације какве данас познајемо прешле су дуг пут свог развоја. Томе су, пре свега, претходиле њихове претече оличене у међународним конгресима, речним комисијама, управним савезима итд. Као први облици међународног организовања држава јавили су се велики међународни конгреси организовани углавном после великих ратних сукоба на тлу Европе која уједно представља колевку међународних организација. Конгреси су били мировног карактера и бавили су се питањима уређења будућих односа некада зараћених држава. Иако су се међународни конгреси углавном бавили питањима постизања трајног мира неки од њих су решавали и статус коришћења међународних река и режим слободне пловидбе на њима. То је касније изнедрило нове претече међународних организација - речне комисије. Речне комисије су савези држава који су се првенствено бавили режимом слободне пловидбе на некој међународној реци уз стриктно поштовање правних норми и начела којима је уређена пловидба и сви други облици коришћења међународне реке. Поред међународних конгреса и речних комисија важно место међу претечама савремених међународних организација припада и административним унијама или управним савезима који су практично представљали професионална удружења држава, а бавили су се питањима из разних области, као што су: телекомуникације, поштанске услуге, спорт, здравство, индустријска својина, ауторска и сродна права итд. Аутор у раду пажњу посвећује и Друштву народа које представља претечу данашње најважније (универзалне) међународне организације, а то су Уједињене нације. Иако није било толико успешно у свом раду да обезбеди светски мир, Друштво народа има велики значај јер је то прва универзална (општеприхваћена) међународна организација икада формирана у свету.

2. САВРЕМЕНЕ МЕЂУНАРОДНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ

Одређење појма међународних организација данас је у надлежности међународно-правне доктрине с обзиром на чињеницу да позитивно међународно право не познаје опште прихваћену дефиницију међународних организација. Сходно Фицморисовој дефиницији, то је удружење држава (или других субјеката међународног права) које је основано на основу уговора, које има сталне органе одвојене од држава чланица, делокруг рада, циљеве и функције.² Пошто производе међусобне интеракције и воље између држава, велики број писаца међународне организације дефинише као деривативне субјекте међународног права који се зарад остваривања заједничких интереса и циљева формирају међународним уговором. После држава као оригинарних субјеката међународног права, међународне организације су други најзначајнији облик друштва који поседује међународноправни субјективитет.³ Велики број дефиниција међународних организација које данас постоје у теорији међународног

² Даворин Лапаш, „Међународна организација као странка међународног спора“, *Зборник ПФЗ*, број 62 (2012): 715.

³ Матеј Савић, „Правна личност међународних организација у међународном праву“, *Политеиа*, број 11 (2016): 171.

јавног права углавном се суштински не разликују према значењу, већ према класификацији и врстама међународних организација које се према њима деривирају.⁴

Према Димитријевићу и Рачићу „међународна организација је трајан облик међународне сарадње између чланица, које су по правилу државе; она настаје и делује на основу сагласности њихових воља испоњених у међународном уговору или на сличан начин, има бар један стални орган и формално је самостална у односу на чланице“.⁵ Међународне организације се могу одредити као облици институционализације међународних односа. Ово представља дескриптивну дефиницију међународних организација која је настала из многих других свеобухватних дефиниција.⁶ Међународне организације данас делују као посебан субјект међународног јавног права и међународних односа. Представљају систем односа између држава чланица који поседује своје органе као средишта одлучивања. У већини случајева, под међународном организацијом подразумева се, пре свега, међувладина, међудржавна односно јавна међународна организација.⁷ Органи саме међународне организације играју значајну улогу у деловању саме организације која се састоји у организацији разних састанака, припремању докумената, давању савета и разних саветодавних мишљења. Међународне организације данас се могу дефинисати и као арене у којима се сусрећу представници држава чланица да расправљају, дискутују, међусобно сарађују и доносе заједничке одлуке.⁸ Оно што међународну организацију означава као правно лице у односу на право националних држава и као субјекта међународног права јесте њена посебна, самостална, независна воља која је уједно друго име за правну личност међународне организације.⁹

Како би одредила јасну одговорност међународних организација као субјекта међународног јавног права, Комисија УН за међународно право (International Law Commission - ILC) дала је једну дужу и прецизнију дефиницију појма међународне организације. Сходно томе, ILC је у члану 2. Нацрта чланова о одговорности међународних организација дала следећу дефиницију: „Израз *међународна организација* односи се на организацију основану уговором или другим инструментом који је регулисан међународним правом, која поседује и властити међународноправни субјективитет. Међународне организације као своје чланице, поред држава, могу укључивати и друге ентитете“.¹⁰ Сродне дефиниције налазимо и код каснијих теоријских концепција. Основни циљ деловања међународних организација јесте остваривање заједничких циљева и интереса путем непосредне сарадње чланица, а сама организација почива на оснивачком уговору који је настао као плод сарадње и деловања држава, па се стога међународна организација дефинише и као удружење држава.¹¹

⁴ *Ibid.*

⁵ Војин Димитријевић, Обрад Рачић, *Међународне организације* (Београд: Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, 2011), 27.

⁶ Миленко Крећа, *Међународно јавно право* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2023), 545.

⁷ Војин Димитријевић, Радослав Стојановић, *Међународни односи* (Београд: Нолит, 1996), 117, фн 28.

⁸ Тања Мишчевић, *Нова ера међународних организација* (Београд: Службени гласник, 2012), 15.

⁹ Тања Мишчевић, „Међународне владине организације - савремена пракса као израз самосталне воље“, *Анали Правног факултета у Београду*, број 2 (2016): 127.

¹⁰ Татјана Папић, „Појам међународне организације из Нацрта чланова о одговорности међународних организација Комисије УН за међународно право“, *Правни записи*, број 1 (2011): 82.

¹¹ Игор Јанев, *Међународно право и међународни односи* (Београд: Институт за политичке студије, 2012), 34.

Као што је већ речено, у теорији постоји огроман број дефиниција појма међународних организација што говори о томе да међу правним теоретичарима још увек не постоји јасна усаглашеност о том појму што је последица не само становишта са ког се ово питање решава, већ и свеобухватности и шареноликости самих међународних организација.¹² Међународне организације данас доносе одлуке на бази јединственог консензуса између држава чланица што је регулисано оснивачким актом саме организације, а њихов настанак у ствари представља пренос суверене власти држава на саму организацију.¹³

Подела (класификација) међународних владиних организација данас је веома разноврсна и зависи од разних карактеристика као што су поље деловања, овлашћења, отвореност приступа и др. У зависности од изабраног критеријума, међународне организације се најчешће могу поделити:

- према просторном деловању (универзалне и регионалне);
- по трајности (сталне и привремене);
- по области деловања (опште и специјализоване);
- према отворености за пријем (отворене, полуотворене и затворене);
- по степену организованости и овлашћењима (координирајуће и наднационалне, наддржавне).¹⁴

Поред тога, Жупљанин запажа да се међународне организације могу поделити, узимајући у обзир њихову геополитичку улогу, на: универзалне, интерконтиненталне, регионалне, али и једноставно на универзалне и посебне, у зависности од обима и природе веза које везују државе чланице и од самих циљева организација (политичких, економских, идеолошких).¹⁵ Међународне организације као носиоци међународноправних права и обавеза (међународноправног субјективитета) састоје се од следећих конститутивних елемената постојања, а то су: (1) државе као оснивачи и чланице; (2) међународни уговор, као оснивачки акт; (3) област делатности; (4) стални органи; (5) седиште и (6) посебан статус (привилегије и имунитети).¹⁶

Као субјект међународног јавног права међународна организација поседује и одговорност у свом деловању. Данас најчешће постоје три нивоа одговорности међународних организација. Први представља одговорност организације на међународном нивоу. Други се односи на потенцијалну одговорност међународних организација пред унутрашњим органима држава чланица, а трећи ниво обухвата одговорност према сопственим службеницима што представља одговорност у приватно-правном смислу. За утврђивање овог последњег нивоа одговорности развијени су разни облици форума за решавање насталих

¹² Иван Гвозденовић, Инес Миладиновић, „Међународне невладине организације - феномен савременог доба“, *Војно дело*, број 4 (2015): 77.

¹³ Ненад Аврамовић, *Међународно јавно право* (Нови Сад: Правни факултет за привреду и правосудје, 2011), 81.

¹⁴ Борис Кривокапић, *Међународно јавно право* (Београд: Мегатренд универзитет и Институт за међународну политику и привреду, 2014), 322.

¹⁵ Немања С. Жупљанин, „Развојна сарадња унутар система Организације Уједињених нација“, *Сварог*, број 2 (2011): 229.

¹⁶ Борис Кривокапић, *Актуелни проблеми међународног права* (Београд: Службени гласник, 2011), 104.

спорова.¹⁷ С обзиром да су врло активни субјекти међународног права и међународних односа међународне организације морају бити одговорне за противправне акте по међународном праву јер њихово уживање у том праву повлачи са собом права, обавезе али и одговорности.¹⁸ Руњић истиче да вршење противправног чина од стране међународне организације повлачи са собом међународноправну одговорност те међународне организације али не и одговорност њених чланица. Из тог разлога, особеност међународних организација је у томе да она представља штит који државама чланицама обезбеђује заштиту од евентуалне међународноправне одговорности за чињења међународне организације.¹⁹

3. ИДЕЈНЕ ПРЕТЕЧЕ МЕЂУНАРОДНИХ ОРГАНИЗАЦИЈА

Идејне или такозване духовне претече савремених међународних организација представљају први вид потенцијалних идеја и учења разних теоретичара који су тежили стварању јединственог облика удруживања држава. Циљ је био формирање заједничких видова сарадње на међународном плану кроз остваривање циљева и интереса држава, решавања разних облика спорова мирним путем, антагонизама и стварања услова за успостављање трајног мира.

На настанак међународних организација, сматра Кривокапић, утицала су два битна фактора. Први је потреба организовања држава ради обезбеђења и очувања мира, а други нужност њиховог повезивања у циљу остваривања узајамних интереса у оквиру економске сарадње.²⁰ Као што је речено, основни циљ постојања савремених међународних организација јесте лакше остваривање заједничких циљева и интереса држава чланица. Међутим, ако се вратимо у прошлост једини циљ тадашњег удруживања и организовања држава јесте трагање за „трајним миром“. Појам *трајни мир* можемо објаснити кроз Кантов спис „*Према вечном миру*“ из 1795. године. Сходно томе, за настанак трајног мира, сматра Кант, мировни уговори не смеју садржати повод за нови рат; држава није имовина и не може се стећи куповином, наследством или даривањем; стајаће војске треба у потпуности да нестану; држава се не сме задуживати ради ратовања нити се сме насилно уплитати у послове друге државе; државе међусобно не смеју допуштати таква непријатељства која би штетили будућем миру.²¹ Професор Миљуш закључује да „смисао и циљ међународних организација не лежи у њима самима него у остварењу специфичних циљева за које су основане. У почетку међународне организације су имале циљ да обезбеде ефикасније методе сарадње и саобраћаја између држава, да помире супротности и антагонизме који карактеришу државне

17 Бојан М. Милисављевић, „Одговорност међународних организација са освртом на захтеве Републике Србије“, *Српска политичка мисао*, број 2 (2016): 133.

18 Антонија Јутронић, „Утврђивање одговорности међународних организација у праву и пракси“, *Страни правни живот*, број 3 (2018): 227.

19 Љубо Руњић, „Међународне организације и међународноправна одговорност“, *Гласник права*, број 2 (2013): 84.

20 Борис Кривокапић, *Енциклопедијски речник међународног права и међународних односа* (Београд: Службени гласник, 2010), 535.

21 Immanuel Kant, *Pravno-politički spisi* (Zagreb: Politička kultura, 2000), 115-118.

системе“.²² Неки теоретичари сматрају да корени међународних организација потичу још из времена Старе Грчке и првих градова-држава. Тако се као најранији облик међународне организације истиче Амфиктионско веће античке Грчке које је основано са циљем да обезбеди заштиту светилишта у Делфина и да уједно омогући грчким градовима-државама (полисима) обављање заједничких верских обреда.²³

Још у делима Платона, грчких и римских филозофа па све то данашњих дана документована је идеја глобалног мира. Та идеја била је неизоставни део сваке епохе у људској прошлости али је њена снага била превише мала да би утицала на политички живот једног друштва. Концепт глобалног мира добио је на свом значају тек средином 17. века како на практичном тако и на ширем теоријском пољу. Прекретницу из тог периода представља Вестфалски мир потписан 1648. године. То је био први међународни документ којим је успостављен глобални мир.²⁴ Настанак међународних организација условио је систем врло сложених и различитих услова као што су: лакше обављање саобраћаја међу државама (економско-технички услови), стална потреба за сарадњом, удруживањем и координацијом (политички услови), затим идентичност начела и погледа на живот (идеолошки услови).²⁵ Развој идеје о глобалном миру и потреби за удруживањем и организовањем држава налази се у делима значајних писаца, теоретичара и филозофа средњег и новог века: Пјера Дибоа (1250-1323), чешког краља Јижија Пођебрадског (1420-1471), тј. његовог саветника Маринија, Емерика Крисеа (1590-1648), француског краља Анрија IV (1553-1610), тј. његовог министра војводе Де Силија (1559-1641), Вилијама Пена (1644-1718), Опата од Сент-Пјера (1658-1743), Жан Жака Русоа (1712-1778), Џеремија Бентама (1748-1832), Имануела Канта (1724-1804) и др.²⁶ Пјер Дибоа у XIV веку залагао за концепцију о стварању једне савезне хришћанске републике под управом заједничког сабора. Данте Алигијери предлаже стварање светске федерације под владавином једног монарха. Чешки краљ Пођебрад дао је предлог да се састави савез држава у Европи како би се лакше одбранили од Турака. Војвода Сили написао је чувени пројекат о организацији Европе у којем се залагао за њену територијалну поделу са циљем обезбеђивања трајног мира. Опат Сент-Пјер 1713. године образлаже потребу стварања дефанзивног савеза²⁷ који би се заједничким снагама одбранио од оних који не чине тај савез.²⁸ Како истиче академик Живојиновић „многи писци и државници развијају идеју федерације између држава. Вилијам Пен пише *Расправу о садашњем и будућем европском миру* (1693), Џон Белерс и кардинал Јулије Алберони износе идеју о структури владајућих тела, Ричард Прајс предлаже стварање европског сената који би деловао као помириатељ у спорним случајевима, а Џереми Бентам захтева да се армије европских држава сведу на минимум, колоније ослободе и створи суд за решавање међународних проблема“.²⁹

22 Брано Миљуш, *Савремени проблеми међународног права* (Београд: Институт за међународну политику и привреду, 2013), 79.

23 Ценис Шашировић, *Утицај међународних организација на креирање новог међународног поретка - докторска дисертација* (Нови Пазар: Депарتمان за правне науке Универзитета у Новом Пазару, 2023), 46.

24 Марко Новаковић, „Улога међународних организација у међународним односима - пример Уједињених нација“, *Недржавни актери у међународном праву*, ур. Михајло Вучић, (2020), 177.

25 Смиља Аврамов, *Међународно јавно право* (Београд: Академија за дипломатију и безбедност, 2011), 420.

26 Војин Димитријевић, Обрад Рачић, *Међународне организације*, 17.

27 Сент Пјер ту своју идеју истиче у чувеном спису *План за очување трајног европског мира*.

28 Бранимир Јанковић, Зоран Радивојевић, *Међународно јавно право* (Ниш: СКЦ, 1998), 206-207.

29 Драгољуб Живојиновић, *Успон Европе 1450-1789* (Нови Сад: Матица српска, 1985), 435.

4. МЕЂУНАРОДНИ МИРОВНИ КОНГРЕСИ

Као што је аутор рада већ рекао, настанак и развој међународних организација у најранијем периоду њиховог развитка почивао је на сарадњи која је имала за циљ очување безбедности и трајног мира. Како би се тај трајни мир осигурао, долази до развоја првих претеча савремених међународних организација - међународних конгреса. Међународни конгреси као претече почињу да долазе до пуног изражаја у 17. веку када је дотадашња више-страна дипломатија управо била оличена у овим облицима деловања и доласка до трајног мира. Међународни мировни конгреси почели су да окупљају све више заинтересованих држава које су на њима постизале заједничке интересе и циљеве.

4.1. Међународни конгреси у Минстеру и Оснабрику (Вестфалски мир)

Међународни конгреси који су одржани у Минстеру и Оснабрику, а који су изне-дрили Вестфалски мир, одржани су као последица исцрпљујућег Тридесетогодишњег рата који је беснео у Европи од 1618. до 1648. године. То је био сукоб између католичких и протестантских имања унутар Светог Римског Царства. Сукоб који се постепено ширио на крају је укључио већи део Европе. Током целог сукоба католички Хабзбурзи борили су се против протестантских принчева Немачке који су имали подршку Француске, Шведске и Данске.³⁰ Тридесетогодишњи рат био је велики и сложен сукоб који је разорио средњу Европу, док је већина немачког становништва убијена. Истовремено, то је био и верски сукоб, сукоб тадашњих сила, сукоб династичких интереса и побуна немачких принчева против Светог Римског Царства.³¹

Преговори за окончање Тридесетогодишњег рата започели су 1642. и трајали су све до 1648. године, то јест, до краја сукоба. За места преговора одабрана су два града која су међусобно удаљена око 30 миља - Минстер и Оснабрик, у Немачкој. На ова два међународна конгреса били су присутни представници чак 96 ентитета из Европе. Католичка имања која су учествовала у сукобу, укључујући Шпанију, Француску, Холандију, Свето Римско Царство и папски посредник састали су се у Минстеру, док су се протестанти под вођством Шведске окупили у Оснабрику.³²

Први мировни споразум за окончање Тридесетогодишњег рата потписан је 15. маја 1648. године у Минстеру, а други у Оснабрику 24. октобра исте године. Током вишегодишњих преговора који су касније резултирали потписивањем мировних аката у Минстеру и Оснабрику учествовало је укупно 109 делегација из 16 европских држава, 66 такозваних империјских сталежа и 27 интересних група. Сви они су од 1643. до 1647. године долазили у Минстер и Оснабрик, међусобно преговарали и одлазили. Из тог разлога, веома је тешко утврдити када су тачно започели преговори о окончању Тридесетогодишњег рата иако су

³⁰ Steven Patton, „The Peace of Westphalia and its Effects on International Relations, Diplomacy and Foreign Policy“, *The Histories*, No: 1 (2019): 91.

³¹ Luis Moita, „A critical review on the consensus around the Westphalian System“, *Janus.net E-journal of International Relations*, No: 2 (2012): 19.

³² Steven Patton, „The Peace of Westphalia and its Effects on International Relations, Diplomacy and Foreign Policy“, 92.

дати потписивања мировних споразума познати.³³ Међународни конгреси у Минстеру и Оснабрику оставили су у наслеђе дипломатију равнотеже снага која је по многим аспектима у том тренутку била погодна за очување трајног мира. Иако мировни уговори из Минстера и Оснабрика нису садржали јасну формулацију о односу снага, концепт је био инхерентан уговорима. Правило о колективним санкцијама подразумевало је потенцијал одвраћања који би могао да обузда политику примене силе у међународним односима, а која би угрозила равнотежу снага и самим тим трајни мир у Европи.³⁴

4.2. Бечки конгрес (1814-1815)

Бечки конгрес одржан је у периоду од првог септембра 1814. до деветог јуна 1815. године након окончања Наполеонових ратова на тлу Европе. Плод вишемесечног преговарања био је Завршни акт Бечког конгреса, један од најзначајних међународних докумената тог времена.

Међу представници европских држава који су се септембра 1814. године састали у Бечу главну реч су водили руски цар Александар I, пруски министар гроф Харденберг, аустријски канцелар кнез Метерних, британски министар спољних послова Каслреј и француски министар спољних послова Таљеран. Међу свим представницима на конгресу одлучујућу улогу имао је аустријски министар спољних послова и уједно канцелар Клеменс фон Метерних који се на том положају налазио од 1809. године, док је уз њега стално био присутан аустријски писац Фридрих фон Генц, који му је помагао у састављању државних и правних докумената.³⁵ Велика Британија, Аустрија, Пруска и Русија су на Бечком конгресу створиле монархистички споразум о заједничким вредностима познат и као Европски концепт којим се оне као водеће силе тог времена супростављају свим револуционарним покретима и залажу за равнотежу снага.³⁶ Поред Завршног акта који је потписан у Бечу 1815. године, највећа тековина Бечког конгреса била је Света алијанса коју данас многи сматрају првом претечом савремених међународних организација које теже очувању трајног мира и равнотеже снага у Европи.

С обзиром да је и после Бечког конгреса Француска била озбиљна претња по европски мир, државници су у Бечу створили Савез четворице (Велика Британија, Пруска, Аустрија и Русија) те Свету алијансу³⁷ - споразум између конзервативних владара источних сила (Пруске, Аустрије и Русије). Савез четворице је имао задатак да искорени француске тежње и њену агресивну политику, док је Света алијанса своју сврху посветила суочавању са либералним

³³ Борис Кривокапић, „Значај Вестфалског мира (1648) за међународно право“, *Ревизија Копачичке школе природног права*, број 1 (2023): 48.

³⁴ Ove Bring, „The Westphalian Peace Tradition in International Law“, *International Law Studies*, Vol: 75 (2000): 62-63.

³⁵ Јелисавета Благојевић, „Бечки конгрес - осврт на оквир дипломатских дешавања и последице одлука“, *Историјски записи*, број 1-4 (2007): 274-275.

³⁶ Вељко Благојевић, Станислав Стојановић, „Зашто рат, а не међународни конгрес 1914. године? (Неуспех дипломатије и улога Србије у догађајима који су претходили Великом рату)“, *Војно дело*, број 3 (2015): 326.

³⁷ Конгреси Свете алијансе одржани су у Ахену 1818, у Опави (Чешка) 1820, у Љубљани 1821. и Верони 1822. године.

и националним струјањима.³⁸ Кроз Свету алијансу европске државе тежиле су да сачувају своје династичке интересе, да обнове и учврсте начело легитимитета и апсолутизма из времена пре револуција, што је уједно подразумевало да су себе овластиле за интервенције у свим оним државама у којима би ти интереси на било који начин били угрожени.³⁹

4.3. Берлински конгрес (1878)

Берлински конгрес сазван је након Руско-турских ратова, а одржан је у периоду од 13. јуна до 13. јула 1878. године. Берлински конгрес представља један од најзначајних политичких скупова тог доба, а по својој важности не може се поредити са мировним скупштинама из Беча⁴⁰ и Париза⁴¹. Никада раније ни на једном мировном скупу није се окупило толико нација са статусом велике силе.⁴² Термин „болесник Европе“ коришћен је за Османско царство у 19. веку и описује хаотично стање у којем се ова држава налазила суочена како са међународним тако и са унутрашњим проблемима. Четврти Османско-турски рат (1877-1878) назван је Источна криза, и уједно је био последњи велики сукоб вођен у Европи пре Првог светског рата.⁴³ Берлински конгрес окупио је веома значајне личности Европе тог доба. Најзначајнији међу њима био је немачки канцелар Ото фон Бизмарк. Затим ту је био и британски премијер Бенџамин Дизраели као и министар спољних послова лорд Роберт Солзбери. Затим, аустријски министар спољних послова гроф Јулије Андраши, човек за кога извори кажу да је одиграо одлучујућу улогу на Конгресу.⁴⁴ Главни циљ Берлинског конгреса био је да се реши Источно питање, односно да се утврди ко ће контролисати Југоисточну Европу након што Османско царство изгуби контролу над својим територијама на Балкану. У том погледу, може се рећи да је Конгрес био веома успешан и да се на њему обезбедио трајан мир у Југоисточној Европи који је трајао више од 30 година. Берлински конгрес је такође представљао још један покушај решавања великих проблема у Европи помоћу „конференцијске дипломатије“.⁴⁵

4.4. Хашке мировне конференције

У периоду од 18. маја до 29. јуна 1899. године на иницијативу руског цара Николаја II одржана је Прва хашка мировна конференција на којој су се састали представници бројних држава како би расправљали о питањима рата и мира. Главни циљ Прве хашке конференције био је стварање услова за спречавање даљих ратова и одржавање трајног мира. Резултат

38 Хенри Кисинџер, *Дипломација* (Загреб: Голден маркетинг, 2000), 71.

39 Владимир Ђуро Деган, *Међународно право* (Загреб: Школска књига, 2011), 422.

40 Бечки конгрес (1814-1815) након окончања Наполеонових ратова у Европи.

41 Париски мировни конгрес 1856. године након окончања Кримског рата (1853-1856).

42 Kenneth Allen Shafer, *The Congress of Berlin of 1878: its origins and consequences - dissertation* (Portland: Portland State University, 1989), 49.

43 Mustafa Gencer, „The Congress of Berlin (1878) in context of the Ottoman-German relations“, *The Pursuit of History*, No:12 (2014): 295.

44 Kenneth Allen Shafer, *The Congress of Berlin of 1878: its origins and consequences - dissertation*, 2.

45 *Ibid.*, 3.

переговора било је усвајање две конвенције⁴⁶ и три декларације⁴⁷. Као резултат предлога који се односио на кодификацију закона и обичаја рата усвојена је позната Конвенција о законима и обичајима сувоземног ратовања.⁴⁸

Друга Хашка конференција одржана је 1907. године. На њој је остварена још опсежнија кодификација обичајних правила ратовања, и то у следећим уговорним инструментима: 1) Конвенцији о отварању непријатељстава; 2) Конвенцији о законима и обичајима сувоземног ратовања, која је заменила истоимену конвенцију из 1899. године; 3) Конвенција о правима и дужностима неутралних држава и лица у сувоземном рату; 4) Конвенција о положају непријатељских трговачких бродова; 5) Конвенција о постављању аутоматских додирних поморских мина; 6) Конвенција о бомбардовању с мора за време рата, итд.⁴⁹ Хашке конференције представљају важан корак у настанку и развоју савремених међународних организација. На њима је било представника европских, латиноамеричких па и азијских земаља. Поред тога што су се бавиле питањима рата и мира, бавиле су се, такође, питањима кодификације правила за хуманизацију сукоба, а значајан је и њихов допринос судском решавању међународних спорова.⁵⁰

5. РЕЧНЕ КОМИСИЈЕ

Начело слободне пловидбе⁵¹ на међународним рекама⁵² било је неизоставан део преговора на великим међународним конгресима који су одржавани после ратних сукоба на простору старог континента. Мировни споразуми су садржали одредбе којима се уређивала пловидба на међународним рекама. Како би се те одредбе дословно поштовале основане су такозване речне комисије, састављене од представника више држава, које су имале надлежност да контролишу режим пловидбе на међународним рекама у Европи.

Према традиционалним теоријама међународног јавног права, положај међународних река разматран је у оквирима територијалног суверенитета држава. То значи да су

46 Конвенција о прилагођавању на поморски рат начела Женевске конвенције о рањеницима из 1864. године; Конвенција о законима и обичајима сувоземног рата.

47 Декларација о забрани бацања бомби из балона или сличних средстава; Декларација о забрани употребе зрна са загушливим или отровним гасовима; Декларација о забрани употребе зрна која се распрскавају у људском телу (дум-дум мети).

48 Дарија Аџић, „Хашке конференције и конвенције о међународном хуманитарном праву“, *Примус*, број 4 (2012): 167.

49 Зоран Вучинић, *Међународно ратно и хуманитарно право* (Београд: Војноиздавачки завод, 2001), 105.

50 Војин Димитријевић, Обрад Рачић, Владимир Ђерић et.al., *Основи међународног јавног права* (Београд: Београдски центар за људска права и Досије студио, 2012), 95.

51 Ово начело прва је истакла Влада Француске за време велике револуције својом одлуком од 16. септембра 1792. године због заинтересованости за пловидбу на Шелди и Мези. Према члану 14. Шелсиншких правила о коришћењу вода и међународних река из 1966. године, принцип слободне пловидбе подразумева следеће слободе за приобалне државе: 1) слободу кретања на целом пловном току реке; 2) слободу улаза у луке и коришћење постројења и пристаништа; 3) слободу превоза робе и путника, директно или путем претовара.

52 Треба правити разлику између међународних и националних река. Националне реке су углавном оне реке које протичу у оквиру граница једне државе. Да би се нека река могла сматрати међународном она мора: 1) да протиче кроз више држава или да раздваја више држава; 2) да је пловна; 3) да је режим пловидбе на њој регулисан, то јест, уређен међународним уговором; 4) да се улива у море или да се нека њена притока улива у море.

међународне реке које теку унутар државне територије сматране саставним делом те државне територије баш као и њене националне реке, планине и долине.⁵³

5.1. Речна комисија за Рајну

Међународна речна комисија за пловидбу реком Рајном основана је на Бечком конгресу 1815. године и данас представљају најстарију активну међународну организацију у свету. Завршни акт Бечког конгреса у својим члановима од 108. до 116. потврдио је начело слободне пловидбе на међународним рекама у Европи, укључујући и на Рајни. Режим слободне пловидбе реком Рајном, који је према одредбама Завршног акта Бечког конгреса требало да буде контролисан успостављањем посебне речне комисије, није одмах ступио на снагу упркос преговорима који су започети недуго након завршетка самог конгреса. Преговори нису уродили плодом због великог броја противречности између прибрежних држава, а нарочито Холандије и Пруске. Конвенција којом је уређен режим слободне пловидбе Рајном закључена је тек 31. марта 1831. године у Мајнцу. Ова конвенција је 17. октобра 1868. године замењена новом конвенцијом из Манхајму коју су потписале Баден, Баварска, Француска, Хесен, Холандија и Пруска.⁵⁴

Према овој Конвенцији Комисија за Рајну имала је надлежност да контролише извршење Конвенције из Манхајма и других одлука држава уговорница, да разматра предлоге о побољшању пловидбе и пресуђује у другом степену спорове о којима су одлуку донели судови за пловидбу Рајном. Комисија је била састављена искључиво од представника прибрежних држава и заседала је у Манхајму.⁵⁵

5.2. Речна комисија за Дунав

Дунав представља највећи међународни речни слив у Европи који обухвата површину од 817.000 квадратних километара. Једна је од три највеће реке на старом континенту које дренирају четвртину европског тла. Дунав протиче кроз старе и нове државе постхладноратовске Европе. То је путовање од 2.778 километара кроз Немачку, Аустрију, Словачку, Мађарску, Хрватску, Србију, Румунију, Бугарску и Украјину. Пре уливања у Црно море дренира сливове Швајцарске, Италије, Пољске, Чешке, Словеније, Босне и Херцеговине, Албаније, Молдавије и Македоније.⁵⁶

Након окончања Кримског рата који је беснео Европом од 1853. до 1856. године закључен је Париски мир који је садржао одредбе које су се односиле на режим слободне пловидбе на Дунаву. Париски мир предвидео је формирање Европске комисије за Дунав која би била састављена од делегата из Аустрије, Баварске, Велике Порте и Виртемберга, а којима ће бити

⁵³ Nitza Shapiro Libai, „Development of International River Basins: Regulation of Riparian Competition”, *Indiana Law Journal*, No: 1 (1969), 20.

⁵⁴ Милан Бартош, *Међународно јавно право - књига друга* (Београд: Култура, 1956), 110.

⁵⁵ *Ibid.*, 111.

⁵⁶ Libor Jansky, Masahiro Murakami, Nevelina Pachova, *The Danube: Environmental monitoring of an international river* (Tokyo: United Nations University Press, 2004), 16.

додати комесари из Три подунавске кнежевине (њихово именовање морала је да одобри Велика Порта). Члан 17. Париског мира предвиђао је надлежности Комисије које су се састојале у следећем: „1) припрема Правилник о пловидби и речној полицији; 2) Комисија ће уклонити све препреке које спречавају примену одредаба Бечког акта у погледу пловидбе Дунавом; 3) спровешће неопходне радове дуж целог тока Дунава за несметано одвијање пловидбе; 4) стараће се о одржавању тока Дунава и свих његових притока у пловном стању“.⁵⁷ Иначе, Комисија која је основана Париским миром и на коју се односи овај члан мировног споразума у научној и стручној литератури је позната као Прва дунавска комисија и сматра се најстаријом међународном организацијом регионалног карактера. Постојала је до 1938. године.

Први састанак новоформиране Европске комисије за Дунав одиграо се 4. новембра 1856. године. Седиште Комисије било је у Галцу (Румунија), а за главног инжењера именован је Чарлс Хартли (*Charles Hartley*). На састанку су донети закључци да ће сви новчани фондови директно зависити од Турске без мешања других држава, није усвојен јединствен став по питању решавања проблема одржавања речног тока, утврђено је да је речни саобраћај парализован и да ће се будућим радовима омогућити несметана пловидба реком у наредне две године.⁵⁸ Комисија је превасходно имала задатак да изврши радове на целом току Дунава како би се постигао висок ниво пловности реке. Пошто ти радови нису могли да се окончавају у кратком временском периоду, Комисији се стално продужавао рад. Имала је своју заставу а њени представници дипломатске повластице. Због својих великих овлашћења једног момента је сматрана речном државом или државом у држави.⁵⁹ Сама чињеница да је Европска комисија за Дунав самостално доносила своје одлуке, правилнике, обавезе за појединце па чак и казне за прекршаје, омогућили су јој статус прве међународне организације у свету са наддржавним карактером. Комисија је имала овлашћења да сама одређује и прикупља дажбине као и искључиво право да даје дозволе за пловидбу и пилотирање.⁶⁰

Речне комисије настале у 19. веку у Европи после великих Наполеонових похода представљају најупечатљивији облик међународних организација које данас познајемо. Основане су међународним уговорима (конвенцијама), имале су поља свог деловања и интересовања, своје органе одлучивања и окупљале су представнике из свих држава чланица које су прихватиле и ратификовале оснивачки акт комисије. Оно што је битно да се нагласи јесте и то да су неке од њих имале наднационални карактер и да је интерес саме комисије био изнад интереса држава чланица, као што је, на пример, данас случај са Европском унијом, најзначајнијом регионалном међународном организацијом на европском континенту.

57 Treaty of Paris of 1856, Article XVII (https://content.ecf.org/files/M00934_TreatyOfParis1856English.pdf)

58 Edward Krehbiel, „The European Commission of the Danube: An Experiment in International Administration”, *Political Science Quarterly*, No: 1 (1918), 44.

59 Јурај Андраши, *Међународно право* (Загреб: Школска књига, 1971), 144.

60 Војин Димитријевић, Обрад Рачић, *Међународне организације*, 20.

6. АДМИНИСТРАТИВНЕ УНИЈЕ

Последњу етапу у развоју међународних организација, у другој половини 19. века, представљале су административне уније или управни савези. Оне су чиниле координациона средишта управних органа држава чланица које су на основу свог статута утврђивале мере које је неопходно предузети у некој области. У центру функционисања ових организација био је секретаријат који је имао задатак да организује седнице и да посредује у комуникацији између држава чланица.⁶¹ У ову врсту претеча међународних организација, између осталих, убрајамо: Међународну телеграфску унију (1865), Општу поштанску унију (1874), Међународни биро за тегове и мере (1875), Унију за заштиту индустријске својине (1883), Железничку унију (1890).

За административне уније или такозване управне савезе можемо рећи да су били професионална удружења која су се бавила различитим областима делатности. Уније нису представљале претече савремених међународних организација у пуном смислу те речи. Више су подсећале на данашње специјализоване агенције које делују у оквиру система Организације Уједињених Нација (ОУН) што свакако не умањује њихов значај.

7. ДРУШТВО (ЛИГА) НАРОДА

Након окончања Првог светског рата у многим државама света јавила се идеја о оснивању јединствене универзалне међународне организације која би имала задатак да спречи поновне страхоте које је са собом носио ратни сукоб и да се залаже за очување трајног глобалног мира. Како би осигурале мир у свету после Првог светског рата у многим земљама јављају се удружења која су се залагала за мирно решавање спорова између зараћених страна. Највише тих удружења настало је у Сједињеним Америчким државама и Великој Британији. У САД 1915. године почиње да делује Лига за јачање мира основана од стране групе истакнутих политичких вођа. Истовремено, у Великој Британији почињу да делују организације попут Друштва лиге нација и Лиге интересне групе Фабијаниста.⁶² Ипак и поред свих тих удружења свету је ипак била потребна организација универзалног типа. Предлог за оснивање једне такве организације дала је Филиморова комисија у марту 1918. године. Ова комисија названа је по истакнутом правнику из САД-а лорду Волтерсу Филимору (Walters Phillimore). Филиморова комисија предлагала је да се оснује универзална међународна организација чије би се чланице обавезале да неће напасти ниједну другу државу без претходног покушаја мирног решавања спора, то јест, кроз поступак међународне арбитраже.⁶³

Ђулибрк истиче да је „Друштво народа основано 10. јануара 1920. године, као исход Париске мировне конференције, којом је окончан Први светски рат. Главни циљеви Друштва народа били су спречавање рата, разоружањем и успостављањем колективне безбедности,

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Фабијанисти су били присталице политичке теорије фабијанизма. Фабијански покрет званично је формиран у Лондону 1884. године. Име су добили по римском војсковођи Квинту Фабију Максиму. Циљ Фабијаниста је промоција социјализма, али не кроз револуцију, већ кроз постепене реформистичке промене унутар постојећег политичког и економског система.

⁶³ *Ibid.*, 256.

као и решавање међународних спорова путем преговора и арбитраже. Друштво народа никада није имало званичан симбол јер поједине земље нису хтеле да имају било какав наднационални симбол изнад својих националних симбола“.⁶⁴

Према одредбама Пакта Друштва народа, делатност Друштва врше Скупштина и Савет, којима је придодат Стални секретаријат (члан 2). Скупштину сачињавају представници чланова Друштва, а ниједан члан друштва не може имати више од три представника у Скупштини, а располаже само једним гласом (члан 3). Савет се састоји од представника Главних савезничких и удружених сила (САД, Велика Британија, Француска Италија и Јапан) као и представника четворице осталих чланова Друштва (члан 4). Стални секретарија налази се у седишту Друштва и њега саставља Генерални секретар, секретари и потребно особље (члан 6). Седиште Друштва било је у Женеви.⁶⁵ Друштво народа престало је да постоји 1946. године. Исте године у априлу одржано је последње заседање Друштва када је донета одлука да се сва његова имовина, новчани фондови, зграде, библиотека пренесу на нову међународну организацију - Уједињене нације.

8. ЗАКЉУЧАК

Настанак и развој савремених међународних организација представља један дуг процес сарадње и удруживања држава. Идеје средњовековних и модерних филозофа, правника и теоретичара о успостављању заједништва држава полако су почеле да се реализују кроз међународне конгресе, речне комисије, управне савезе и на крају кроз Друштво народа као најоригиналнији тип данашњих међународних организација. Савремене међународне организације прешле су дуг пут настанка и формирања као важних субјеката међународног јавног права и међународних односа. Тај пут развоја огледа се у деловању њихових претеча. Правни теоретичари и филозофи идеју о трајном миру покушали су да остваре кроз своја писана документа и дела веома значајна по историју међународног удруживања држава. Од најранијег периода постојао је изразит интерес научника за међународно организовање држава о чему сведочи постојање бројних радова који данас представљају важну основу за проучавање развоја међународних организација.

Однос претеча и савремених међународних организација огледа се у сталном усавађавању и унапређивању идеје о међународном организовању држава, мирном решавању међународних спорова, остваривању заједничких циљева и интереса држава чланица и тежњи о постизању трајног светског мира. С обзиром да су настајале као плод рада мировних конгреса (у склопу мировног акта) заједно са њима развијала се упоредно и свест о даљем развоју међусобног организовања држава. Савремени међународни односи, дипломатија и светска политика почивају на деловању међународних организација које доприносе стварању једног напреднијег и уређенијег света.

⁶⁴ Жарко Ђулибрк, „Правна и политичка улога Друштва народа након Првог свјетског рата“, *Војно дело*, број 3 (2019): 287.

⁶⁵ Стеван Ђорђевић, Миленко Крећа, Родољуб Етински et.al., *Грађа међународног јавног права - прва књига* (Нови Сад: Дневник, 1988), 288-289.

ЛИТЕРАТУРА

1. Аврамов, Смиља. *Међународно јавно право*. Београд: Академија за дипломатију и безбедност, 2011.
2. Аврамовић, Ненад. *Међународно јавно право*. Нови Сад: Правни факултет за привреду и правосуђе, 2011.
3. Андраши, Јурај. *Међународно право*. Загреб: Школска књига, 1971.
4. Адић, Дарија. „Хашке конференције и конвенције о међународном хуманитарном праву“, *Примус*, број 4 (2012).
5. Бартош, Милан. *Међународно јавно право – књига прва*. Београд: Култура, 1956.
6. Благојевић, Вељко, Стојановић, Станислав. „Зашто рат а не међународни конгрес 1914. године? (Неуспех дипломатије и улога Србије у догађајима који су претходили Великом рату)“, *Војно дело*, број 3 (2015).
7. Благојевић, Јелисавета. „Бечки конгрес – осврт на оквир дипломатских дешавања и последице одлука“, *Историјски записи*, број 1-4 (2007).
8. Bring, Ove. „The Westphalian Peace Tradition in International Law“, *International Law Studies*, Vol: 75 (2000).
9. Вучинић, Зоран. *Међународно ратно и хуманитарно право*. Београд: Војноиздавачки завод, 2001.
10. Гвозденовић, Иван, Миладиновић, Инес. „Међународне невладине организације – феномен савременог доба“, *Војно дело*, број 4 (2015).
11. Gencer, Mustafa. „The Congress of Berlin (1878) in context of the Ottoman-German relations“, *The Pursuit of History*, No: 12 (2014).
12. Деган, Владимир-Ђуро. *Међународно право*. Загреб: Школска књига, 2011.
13. Димитријевић, Војин, Рачић, Обрад. *Међународне организација*. Београд: Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, 2011.
14. Димитријевић, Војин, Рачић, Обрад, Ђерић, Владимир, et.al. *Основи међународног јавног права*. Београд: Београдски центар за људска права и Досије студио, 2012.
15. Димитријевић, Војин, Стојановић, Радослав. *Међународни односи*. Београд: Службени лист СРЈ, 1996.
16. Ђорђевић, Стеван, Крећа, Миленко, Етински, Родољуб, et.al. *Грађа међународног јавног права – прва књига*. Нови Сад: Дневник, 1988.
17. Живојиновић, Драгољуб. *Успон Европе 1450-1789*. Нови Сад: Матица српска, 1985.
18. Жупљанин, Немања С. „Развојна сарадња унутар система Организације Уједињених нација“, *Сварог*, број 2 (2011).
19. Јанев, Игор. *Међународно право и међународни односи*. Београд: Институт за политичке студије, 2012.
20. Јанковић, Бранимир, Радивојевић, Зоран. *Међународно јавно право*. Ниш: СКЦ, 1998.
21. Jansky, Libor, Murakami, Masahiro, Pachova, Nevelina. *The Danube: Environmental monitoring of an international river*. Tokyo: United Nations University Press, 2004.
22. Јутронић, Антониа. „Утврђивање одговорности међународних организација у праву и пракси“, *Страни правни живот*, број 3 (2018).

23. Kant, Imanuel. *Pravno-politički spisi*. Zagreb: Politička kultura, 2000.
24. Кисинџер, Хенри. *Дипломација*. Загреб: Голден маркетинг, 2000.
25. Крећа, Миленко. *Међународно јавно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2023.
26. Krehbiel, Edward. „The European Commission of the Danube: An Experiment in International Administration“, *Political Science Quarterly*, No: 1 (1918).
27. Кривокапић, Борис. *Актуелни проблеми међународног права*. Београд: Службени гласник, 2011.
28. Кривокапић, Борис. *Енциклопедијски речник међународног права и међународних односа*. Београд: Службени гласник, 2010.
29. Кривокапић, Борис. „Значај Вестфалског (1648) мира за међународно право“, *Ревизија Копачичке школе природног права*, број 1 (2023).
30. Кривокапић, Борис. *Међународно јавно право*. Београд: Мегатренд универзитет и Институт за међународну политику и привреду, 2014.
31. Лапаш, Даворин. „Међународна организација као странка међународног спора“, *Зборник ПФЗ*, број 62 (2012).
32. Libai, Nitza Shapiro. „Development of International River Basins: Regulation of Riparian Competition“, *Indiana Law Journal*, No: 1 (1969).
33. Милисављевић, Бојан М. „Одговорност међународних организација са освртом на захтеве Републике Србије“, *Српска политичка мисао*, број 2 (2016).
34. Миљуш, Брано. *Савремени проблеми међународног права*. Београд: Институт за међународну политику и привреду, 2013.
35. Мишчевић, Тања. „Међународне владине организације – савремена пракса као израз самосталне воље“, *Анали Правног факултета у Београду*, број 2 (2016).
36. Мишчевић, Тања. *Нова ера међународних организација*. Београд: Службени гласник, 2012.
37. Moita, Luis. „A critical review on the consensus around the Westphalian System“, *Janus.net E-journal of International Relations*, No: 2 (2012).
38. Новаковић, Марко. „Улога међународних организација у међународним односима – пример Уједињених нација“, *Недржавни актери у међународном праву*, ур. Михајло Вучић, (2020).
39. Папић Татјана. „Појам међународне организације из Нацрта чланова о одговорности међународних организација Комисије УН за међународно право“, *Правни записи*, број 1 (2011).
40. Patton, Steven. „The Peace of Westphalia and it Affects of International Relations, Diplomacy and Foreign Policy“, *The Histories*, No: 1 (2019).
41. Руњић, Љубо. „Међународне организације и међународноправна одговорност“, *Гласник права*, број 2 (2013).
42. Савић, Матеј. „Правна личност међународних организација у међународном праву“, *Политеија*, број 11 (2016).
43. Словић, Срђан Ж, Зарковић, Весна С. „Друштво народа – организација проистекла из Првог светског рата и вододелница нове ере дипломатије“, *Српска политичка мисао*, број 2 (2016).

44. Shafer, Kenneth Allen, *The Congress of Berlin of 1878: its origins and consequences – dissertation*. Portland: Portland State University, 1989.
45. *Treaty of Paris of 1856*.
46. Ђулибрк, Жарко. „Правна и политичка улога Друштва народа након Првог свјетског рата“, *Војно дело*, број 3 (2019).
47. Шаћировић, Џенис. *Утицај међународних организација на креирање новог међународног поретка – докторска дисертација*. Нови Пазар: Департман за правне науке Универзитета у Новом Пазару, 2023.

LITERATURE

1. Avramov, Smilja. *International Public Law*. Belgrade: The Academy of Diplomacy and Security, 2011.
2. Avramović, Nenad. *International Public Law*. Novi Sad: Law Faculty of Economics and Justice, 2011.
3. Andrašić, Juraj. *International Law*. Zagreb: School book, 1971.
4. Adžić, Darija. „Hague Conferences and Conventions on International Humanitarian Law“, *Primus*, No 4 (2012).
5. Bartoš, Milan. *International Public Law - the first book*. Belgrade: Culture, 1956.
6. Blagojević, Veljko, Stojanović, Stanislav. „Why a war and not an international congress in 1914? (Failure of diplomacy and the role of Serbia in the events preceding the Great War)“, *Војно дело*, No. 3 (2015).
7. Blagojević, Jelisaveta. „Vienna Congress - Reflections on the Framework of Diplomatic Events and the Consequences of Decisions“, *Historical Records*, No. 1-4 (2007).
8. Bring, Ove. „The Westphalian Peace Tradition in International Law“, *International Law Studies*, Vol: 75 (2000).
9. Vučinić, Zoran. *International law of war and humanitarian law*. Belgrade: Military Publishing, 2001.
10. Gvozdenovic, Ivan, Miladinovic, Ines. „International NGOs - Modern Age Phenomenon“, *Војно дело*, No. 4 (2015).
11. Gencer, Mustafa. „The Congress of Berlin (1878) in context of the Ottoman-German relations“, *The Pursuit of History*, No: 12 (2014).
12. Degan, Vladimir-Đuro. *International law*. Zagreb: School book, 2011.
13. Dimitrijević, Vojin, Račić, Obrad. *International organizations*. Belgrade: University of Union Law School and Official Gazette, 2011.
14. Dimitrijević, Vojin, Račić, Obrad, Đerić, Vladimir, et.al. *The foundation of public international law*. Belgrade: Belgrade Centre for Human Rights and the Dosije Studio, 2012.
15. Dimitrijević, Vojin, Stojanović, Radoslav. *International relations*. Belgrade: Official Gazette of the FRY, 1996.

16. Dorđević, Stevan, Kreća, Milenko, Etinski, Rodoljub, et.al. *The edifice of public international law - the first book*. Novi Sad: Dnevnik, 1988.
17. Zivojinović, Dragoljub. *The rise of Europe 1450-1789*. Novi Sad: Matica srpska, 1985.
18. Župljanin, Nemanja S. „Development cooperation within the United Nations organizational system“. *Svarog*, No 2 (2011).
19. Janev, Igor. *International law and international relations*. Belgrade: Institute for Political Studies, 2012.
20. Janković, Branimir, Radivojević, Zoran. *International Public Law*. Niš: SKC, 1998.
21. Jansky, Libor, Murakami, Masahiro, Pachova, Nevelina. *The Danube: Environmental monitoring of an international river*. Tokyo: United Nations University Press, 2004.
22. Jutronić, Antonia. „Establishment of responsibility of International organizations in Law and practice“, *Foreign Legal Life*, No. 3 (2018).
23. Kant, Immanuel. *Legal-political writings*. Zagreb: Political culture, 2000.
24. Kissinger, Henry. *Diplomacy*. Zagreb: Golden Marketing, 2000.
25. Kreća, Milenko. *International Public Law*. Belgrade: Faculty of Law of University of Belgrade, 2023.
26. Krehbiel, Edward. „The European Commission of the Danube: An Experiment in International Administration“, *Political Science Quarterly*, No: 1 (1918).
27. Krivokapić, Boris. *Current problems of international law*. Belgrade: Official Gazette 2011.
28. Krivokapić, Boris. *Encyclopedic dictionary of international law and international relations*. Belgrade: Official Gazette, 2010.
29. Krivokapić, Boris. „Significance of the Peace of Westphalia (1648) for International Law“, *The Review of the Copanion School of Natural Law*, No. 1 (2023).
30. Krivokapić, Boris. *International Public Law*. Belgrade: Megatrend University and Institute for International Policy and Economics, 2014.
31. Lapaš, Davorin. „International organization as a party to an international dispute“, *Zbornik PFZ*, No. 62 (2012).
32. Libai, Nitza Shapiro. „Development of International River Basins: Regulation of Riparian Competition“, *Indiana Law Journal*, No: 1 (1969).
33. Milisavljević, Bojan M. „Responsibility of International organizations with regard to the requirements of the Republic of Serbia“, *Serbian Political Thought*, No.2 (2016).
34. Miljuš, Brano. *Contemporary problems of international law*. Belgrade: Institute for International Policy and Economics, 2013.
35. Mišćević, Tanja. „Intergovernmental organizations contemporary practice as an expression of the autonomus will“, *Annals Belgrade Law Review*, No. 2 (2016).
36. Mišćević, Tanja. *A new era of international organizations*. Belgrade: Official Gazette, 2012.
37. Moita, Luis. „A critical review on the consensus around the Westphalian System“, *Janus.net E-journal of International Relations*, No: 2 (2012).
38. Novaković, Marko. „The role of international organisations in international relations – example of the United Nations“, *Non-state actors in international law*, ed. Mihajlo Vucic, (2020).

39. Papić, Tatjana. „Definition of International organization from the Draft articles on responsibility of International organizations of the UN International Law Commission“, *Pravni zapsi*, No. 1 (2011).
40. Patton, Steven. „The Peace of Westphalia and it Affects of International Relations, Diplomacy and Foreign Policy“, *The Histories*, No: 1 (2019).
41. Runjić, Ljubo. „International organizations and the international legal responsibility“, *Herald of Law*, No. 2 (2013).
42. Savić, Matej. „International legal personality of international organizations in the International Law“, *Politeia*, No. 11 (2016).
43. Slović, Srđan Ž, Zarković, Vesna S. „League of Nations - The organization emerged from the First World War and watershed of the new era of diplomacy“, *Serbian political thought*, No. 2 (2016).
44. Shafer, Kenneth Allen, *The Congress of Berlin of 1878: its origins and consequences – dissertation*. Portland: Portland State University, 1989.
45. *Treaty of Paris of 1856*.
46. Ćulibrk, Žarko. „The Legal and Political Role of the League of Nations after the First World War“, *Vojno delo*, No. 3 (2019).
47. Šaćirović, Dženis. *The influence of international organisations on the creation of a new international order – doctoral dissertation*. Novi Pazar: Department of Legal Science, University of Novi Pazar, 2023.

FORERUNNERS OF MODERN INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

Nemanja Danilović⁶⁶

Summary: *The functioning of modern international relations today is practically unthinkable without the action of international organizations. They represent the most significant subjects of public international law after states. As bearers of international legal subjectivity, they play a significant role in the construction of the global world order. Whether they are of universal or regional type, there are more and more of them, and states united in this form of functioning more easily realize their political, strategic, geopolitical, economic and other interests. Europe is the cradle of international organizations. The existence of this form of cooperation between states began immediately after the end of Napoleon's wars of conquest on the old continent for the purpose of „the search for world peace“. Precisely for this reason, the author dedicated the paper to the forerunners of contemporary (governmental) international organizations, that is, to those forms of association of states that foreshadowed the creation of the international organizations we know today. Attention will be devoted to large international congresses as the first forerunners (Congresses of Münster and Osnabrück, Congress of Vienna, etc.), then river commissions (for Elbe, Rhine, Danube, etc.) and so-called administrative unions. Today, the United Nations represent the most important universal international organization in the world, and accordingly, the author refers to the League of Nations as its predecessor. International organizations represent a continuous process of association of states, and the modern world would not be the way it is without them. They are rightfully a „phenomenon of modern times“.*

Key words: *international organizations, association of states, international congresses, river commissions, League of Nations.*

⁶⁶ PhD candidate, Faculty of Law of Megatrend University in Belgrade, e-mail: nemanjad444@gmail.com, ORCID:0000-0002-2845-9150

„БЕСПИЛОТНЕ ЛЕТЈЕЛИЦЕ“ КАО СРЕДСТВО ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА ТЕРОРИЗМА

Бојана Кнежевић¹

Сажетак: На помен „беспилотних летјелица“ (дронов) већини је асоцијација неки вид сукоба у којима се дронове користе током извиђања и напада на инфраструктурне објекте. У овом раду ће бити ријечи о њиховој употреби приликом извршења терористичких напада, у вријеме мира, односно када се напад не очекује. Кроз рад ће бити приказани конкретни начини како терористи могу да користе беспилотне летјелице, будући да терористи више не врше искључиво самоубилачке нападе, већ се терористички напади изводе уз помоћ савремене технологије. Овај проблем је неопходно посматрати како глобално тако и са фокусом на простор Босне и Херцеговине. Након тога ће бити направљен преглед најважнијих међународних и регионалних прописа, којима се регулише ова област. Технолошки напредак се не може зауставити, стога је важно видјети у којој мјери је могуће ограничити употребу ових технолошких средстава, како би били кориштени само у дозвољене сврхе.

Кључне ријечи: Међународна безбједност, тероризам, „беспилотне летјелице“, конвенције, извиђање, напад, одбрана.

1. ДЕФИНИСАЊЕ ТЕРОРИЗМА И ПОЗНАТЕ ТЕРОРИСТИЧКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ

Прије него буде ријечи о беспилотним летјелицама² неопходно је дефинисати појам тероризма. За правну науку тероризам представља кривично дјело, док се истовремено тероризам може сматрати и савременим начином ратовања. Они који се идентификују са терористима рећи ће да је тероризам ослободилачка борба, а може се дефинисати и као

¹ Мастер правник, е-пошта: kbojana639@gmail.com, ORCID: 0009-0006-0714-9854.

² У различитим изворима се може наћи термин „беспилотна летјелица“ која подразумева да летјелица лети без пилота, што заправо није тачно. Иако пилот није у летјелици, он постоји, што напомиње и проф. др Милан Шкулић у свом раду „Употреба беспосадних летелица/ дронови у рату/оружаном сукобу – анализа са становишта међународног кривичног права“, гдје пише да летјелица нема посаду, али има пилота. Стога, правилније би било рећи беспосадне летјелице. Ми ћемо у овом раду користити термин беспилотне летјелице, само из разлога да не бисмо правили забуну, будући да се кроз различиту литературу користи тај израз.

Милан Шкулић „Употреба беспосадних летелица/ дронови у рату/оружаном сукобу – анализа са становишта међународног кривичног права“, *Зборник радова са међународне научне конференције „Раскрића међународног кривичног и кривичног права – реформа правосудних закона Републике Србије“*, Палић 16–19. јун 2023. године, 40.

облик насилне реакције на комплексне прије свега друштвено-економске, политичке, културне и вјерске односе.³

Директивом ЕУ 2017/541 прописује се у преамбули под бројем 8 да се кривичним дјелом тероризма могу квалификовати дјела учињена са посебним терористичким циљем застрашивања становништва или противправног присиљавања органа власти или међународне организације на чињење или нечињење или како би се озбиљно дестабилизovala или уништила основна политичка, уставна, економска или друштвена структура неке државе или међународне организације. У даљем тексту се дефинише кривично дјело тероризма и да се може извршити предузимајући неку од следећих радњи: 1) нападом на живот особе који може узроковати смрт, 2) нападом на физички интегритет особе, 3) отмицом или узимањем талаца, 4) изазивањем огромног уништења државног или јавног објекта, транспортног система, инфраструктурног објекта, укључујући информациони систем, фиксну платформу која се налази на епиконтиненталном појасу, односно на јавном мјесту или у приватном власништву која може угрозити људске животе или довести до великог економског губитка, 5) отмицом ваздухоплова, бродова или других средстава јавног или робног превоза, 6) производњом, посједовањем, куповином, превозом или употребом експлозива или оружја, између осталог хемијског, биолошког, радиолошког или нуклеарног оружја, као и истраживањем и развојем овог оружја, 7) испуштањем опасних материја или изазивањем пожара, поплава или експлозија, чији је ефекат угрожавање живота људи и др. (чл. 3).⁴

Главни циљеви терориста су: велики број жртава, којим се постиже изазивање опште панике и уништавање инфраструктуре. Кад је ријеч о начинима испољавања тероризма може се рећи да су ови најчешћи: агентати, бомбашки напади, узимање талаца, отмица авиона, оружани напади, разне врсте диверзија и саботажа и оне мање видљиве методе шпијунажа, психолошко-пропагандна активност и психофизичко злостављање.⁵ Организација терористичке групе се може подијелити на двије подгрупе: хелија и стуб. Стуб се састоји од хелија, а за хелију је карактеристично да само њен руководиоца има контакт са вишим „руководством“ чиме се штити идентитет чланова групе, јер сваки члан може идентификовати свега неколико чланова.⁶

На помен терористичких организација прва асоцијација је Ал-Каида (al-Qaeda), но у наставку ћемо поменути једну другу, такође познату, терористичку организацију – Боко Харам. Ова организација је позната по извршењу терористичких аката на подручју Африке, тачније Нигерије и по својој повезаности са Исламском државом Ирака и Леванта. Дјеловање јој је децентрализовано, а велики број међусобно независних хелија омогућава већу мобилност уз извођење истовремених напада.⁷ На такав вид организације ако се дода савремена

3 Миле Шикман, *Тероризам* (Бања Лука: Факултет за безбједност и заштиту, 2009), 16-17.

4 Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA OJ L 88, 31.3.2017, p. 6–21 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L0541> приступљено 11. септембра 2024.

5 Шикман, *Тероризам*, 222 и 230.

6 Миле Шикман, *Тероризам: актуелни и могући облици* (Бања Лука: Министарство унутрашњих послова Републике Српске; Управа за полицијско образовање; Висока школа унутрашњих послова, 2006), 99.

7 Dorica Pașcalău and Letiția Sirbu, „Boko Haram, the bloodiest terrorist group of the 21st century“, (*Annals of the „Constantin Brâncuși” University of Târgu Jiu letter and social science series*), 121, 123-125.

приступљено 12. јуна 2024.

технологија коју терористи користе добије се јако опасна терористичка организација и пријетња по безбједност.

Посебан проблем у контексту тероризма на локалном нивоу су последице произашле из рата у Босни и Херцеговини (1992-1995), који је донио са собом исламски фундаменатализам, односно екстремистичко схватање ислама. Муслиманским оружаним снагама су се придружили и исламисти из одреда “Ел Муџахид”, који су већ раније имали искуство борбе у оружаним сукобима у Авганистану и терористичким активностима.⁸

По завршетку сукоба највећи број тих лица је отишао на друга ратишта, а дио је добио држављанство и наставио да живи у БиХ.⁹ Једном броју тих страних држављана који су стекли држављанство БиХ, касније је држављанство одузето након што је утврђено да представљају пријетњу по безбједност БиХ.¹⁰ Првим терористичким актом у БиХ сматра се напад ауто-бомбом испред зграде полицијске управе у Мостару. Овај напад се догодио 1997. године, приликом чега је 29 лица теже или лакше повријеђено. На основу доступних података агенција за спровођење закона у БиХ, извјештаја међународних организација и других држава БиХ је идентификована као држава из које одређени број лица одлази у Сирију и Ирак и учествује у активностима “Исламске државе” и Ал Нусра Фронта.¹¹

Битно је нагласити да ни у ком случају не треба поистовјетљивати исламисте са вјерницима исламске вјероисповјести – муслиманима, који немају екстремистичке ставове.

На крају овог поглавља треба поменути да је тероризам као међународна пријетња препознат још у првој половини двадесетог вијека. Наиме, 1937. године донесена је Женевска конвенција о спријечавању и кажњавању тероризма коју је потписало 24 државе, али никада није била ратификована. Поменутом конвенцијом је тероризам дефинисан као кривично дјело управљена против државе чији је циљ или природа да проузрокује страх код појединих лица, групе лица или јавности.¹²

2. ДЕФИНИСАЊЕ ПОЈМА БЕСПИЛОТНЕ ЛЕТЈЕЛИЦЕ

Оно што се увијек јавља као проблем код појаве нове технологије је дефинисање уређаја. Ови уређаји се најчешће називају: дроновима, системом летјелица са даљинским управљањем, беспилотним летјелицама (UAV - unmanned aerial vehicle), даљинским пилотираним авионима (RPA - Robotic process automation) и другим називима. Дрон је вјероватно најкраћи и најпрепознатљивији назив за ове уређаје. Потребно је напоменути да свака

⁸ Предраг Поповић, *Стратегија у контроли тероризма са освртом на Босну и Херцеговину: монографија* (Бања Лука: Факултет безбједносних наука, 2023), 84-85.

⁹ Миодраг Симовић и Миле Шикман, *Кривичноправно реаговање на тешке облике криминалитета* (Бања Лука: Правни факултет, 2017), 201.

¹⁰ *Ibidem*, 201.

¹¹ *Ibid.*, 204. према В. Азиновић и М. Јусић, *The Lure of the Syrian War – The Foreign Fighters' Bosnian Contingent*, (Сарајево: Atlantic Initiative, 2015).

¹² Иванка Марковић и Милош Бабић, „Борба против тероризма (кривичноправни аспект)“, *Зборник радова са Међународне научностручне конференције „Супротстављање тероризму – међународни стандарди и правна регулатива“*, Козара, 29-30. март 2011, уред. Миле Шикман и Горан Амиџић, (Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова, 2011.), 174.

беспилотна летјелица је дрон, али сваки дрон није нужно беспилотна летјелица, будући да имамо још бродове, подморнице и уређаје који се крећу по копну.

Под појмом беспилотне летјелице се сматрају уређаји који се самостално крећу у ваздуху и којима се управља даљински у реалном времену. Битно је поменути и “корисни терет” које ове летјелице носе, а под којим се подразумемијева електронски или оптоелектронски уређаји, који служе као ометачи, извиђачки пријемници, термовизијске и фото-камере, као и средства са великом моћи разарања.¹³

Беспилотне летјелице су почетно коришћене у војној индустрији, а касније су постале доступне у цивилне сврхе.¹⁴ Ови уређаји се могу користити у војне сврхе у сљедећим случајевима: за извиђање, осматрање, аквизицију циљева, противелектронску борбу, корекцију артиљерије ватре, фотоснимање, прикупљање метеоролошких података, испитивање корисног терета и др.¹⁵ Може се примјетити да већина набројаних разлога одговара и терористичким активностима. Кад је ријеч о подјели летјелица, дијеле се према: даљини лета (веома малог домета, малог, средњег и за дуготрајан лет), затим се могу подијелити према висини на којој могу летјети и брзини кретања.

Поред тога летјелице се могу подијелити на тактичке које пружају подршку јединици на земљи и стратегијске чији је задатак извиђање и осматрање терена на великим удаљеностима.¹⁶ Једна таква тактичка летјелица кратког домета је мини беспилотна летјелица “Врабац”.¹⁷

Основни услови које је неопходно да испуне беспилотне летјелице су што дужа непримјетност и издржљивост, односно њихова основна сврха је коришћење у ситуацијама које су ризичне за човјека или штетне по здравље.

Данас између осталог проблем представља и употреба беспилотних летјелица у комерцијалне сврхе. Поред сврсисходних начина употребе: за гашење шумских пожара, пољопривреду, регулисање и контролу саобраћаја, контролу граница, доставу и пружање хуманитарне помоћи током ванредних ситуација и природних катастрофа, у потрази и спасавању,¹⁸ провјери постројења, далековода, користе се у филмској индустрији приликом снимања одређених кадрова или сцена. Чак је и Амазон имао пројекат гдје би се користиле приликом доставе робе.¹⁹

13 Славко Покорни, „Беспилотне летелице западних земаља“, (*Војнотехнички гласник: стручни часопис за технику наоружања, опреме и снабдевања*, год. 50, бр. 6, 2002), 2002, 642 и 644. https://www.researchgate.net/publication/286277058_Bespilotne_letelice_zapadnih_zemalja приступљено 14. јуна 2024.

14 Veronika Szikora and Gabor Szilagyi. „New dangerous practice on the horizon? Legal aspects of drone usage“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2017 (Pravni fakultet, Univerzitet u Debrecinu,), 501. https://www.researchgate.net/publication/322878678_New_dangerous_practice_on_the_horizon_Legal_aspects_of_drone_usage приступљено 12. јуна 2024.

15 Покорни, „Беспилотне летелице западних земаља“, 643.

16 Драгољуб Вујић и Милан Бајовић, *Мини беспилотне летелице за осматрачко-извиђачке задатке* (Београд: Војнотехнички институт, монографска серија, бр. 4, 2012), 24.

17 Бојан Милосављевић, *Беспилотне летелице* (Београд: Војнотехнички институт, монографска серија, бр. 152, 2011), 33.

18 Силвио Гробенски, Антонио Хардт и Еуген Јакопивић, „Проблематика правне регулативе беспилотних зракоплова и њихова употреба у цивилне сврхе“, (Правни факултет Осиек, 2017), 26. приступљено 14. јуна 2024.,

19 Стеван Михајлов, „Уређај за пренос малог терета код беспилотних летелица“, *Зборник радова Факултета техничких наука*, уред. Раде Дорословачки, год. 30, бр. 11, (2015), 2157.

<https://scholar.archive.org/work/relakzu5ovfxjb7qrurvrf5fdtm/access/wayback/http://www.ftn.uns.ac.rs/ojs/index.php/zbornik/article/download/162/67> приступљено 13. јуна 2024.

Да би се боље разумјела употреба ових уређаја, потребно је истаћи да се састоје из три дијела: хардвера, софтвера и комуникације. Кад је ријеч о ризицима, они које се односе на хардвер су физичке природе и лако се могу открити, за разлику од оних напада који су извршени у правцу софтвера (рачунарски вируси, цурење података) и комуникације (при-слушкивање, превара и ометање).²⁰

Сам лет ових летјелица обухвата неколико фаза: стартање мотора, полијетање, пењање на задату висину, крстарење, осматрање, крстарење у повратку и слијетање. Треба поменути како је наведене операције могуће извести уз помоћ компјутерског програма.²¹

3. КОРИШТЕЊЕ БЕСПИЛОТНИХ ЛЕТЈЕЛИЦА ПРИЛИКОМ ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА ТЕРОРИЗМА

Раније су се терористи служили како хладним оружјем тако и ватреним оружјем, до којег су долазили у посјед. Међутим, данас користе и модерно оружје “захваљујући” црном тржишту наоружања и може се рећи да су милитаризовани. Поред тога данас терористичке групе се служе и вјештачком интелигенцијом и навођеним пројектиlima.

Беспилотне летјелице се могу сматрати једним од првих видова примјене вјештачке интелигенције за извођење терористичких активности, јер су обично кориштене као “извидница” у циљу провјере потенцијалног оружја и прикупљања обавјештајних података у војним базама.²² Терористички напад приликом кога терористи успију да остваре своје циљеве истовремено доводи у питање способност и ефикасност државе да се одбрани од оваквих пријетњи. Оно што је додатни проблем код тероризма је што исту активност одређена група или држава може окарактерисати као терористички напади, а друга као вид одбране или заштите безбједности.

Први забиљежени покушаји употребе ових уређаја су: неуспјели покушај јапанске терористичке организације да распрши отров над Токијом 1995. године, након чега је изведен напад на метро станицу, затим терористичка група Фатах 2002. године је имала за циљ да нападне европске амбасаде у појасу Газе.²³

Постоји податак да је „Исламска држава“ 2017. године основала дивизију под називом “Беспилотне летјелице Муџахидина” са циљем да се дугорочно стратешки унаприједи и

20 Syed Agha Hassnain Mohsan et al. „Unmanned aerial vehicles (UAVs): practical aspects, applications, open challenges, security issues, and future trends”, *Intelligent Service Robotics*, 109-137, 2023, 129-130. https://www.researchgate.net/publication/366548023_Unmanned_Aerial_Vehicles_UAVs_Practical_aspects_applications_open_challenges_security_issues_and_future_trends приступљено 13. јуна 2024.

21 Коста Велимировић, *Тактичка беспилотна летелица клин-елисном погонском групом: прорачун перформанси лета*, (Београд: Војнотехнички институт, монографска серија, бр. 2, 2013), 21.

22 Aleksander Olech, „Unmanned Aerial Vehicle – a Lethal Weapon of Tomorrow for Terrorists”, (*Baltic Defence College, Nowa Polityka Wschodnia* 2022, nr 1 (32)), 48. <https://www.cceol.com/search/viewpdf?id=1088031> приступљено 12. јуна 2024.

23 Стеван Синковски и Лазар Петровић, „Беспилотне летелице као оружје терориста“ (*Безбедност* 2/07), 268-269. приступљено 12. јуна 2024.

наоружа технологијом употребе беспилотних летјелица, да би 2017. године уз помоћ једног таквог уређаја погодили тенк у Мосулу.²⁴

Двије године касније, 2019. године “рој дронова” је напао два руска војна кампа у Сирији. Овај напад је привукао доста пажње, али до данас није са сигурношћу утврђено ко га је извео. Дронови који су учествовали у овом нападу су имали барометријске сензоре што им је омогућило да мијењају надморску висину, као и GPS систем који је крајње прецизно могао да пронађе мету и уништи је, а летјели су на малим висинама, због чега су остали изван домета радару.²⁵ Остало је нејасно да ли је њима управљала вјештачка интелигенција.

Битно је истаћи да се данас терористичке организације употребом савременог наоружања припремају за извођење напада на начин који је карактеристичан за војни тип операција. Уз помоћ ових уређаја се могу извести напади са високом стопом смртности, односно великим бројем жртава, док су мале шансе за одбрану.

Уз то увијек вреба опасност од примјене оружја које се назива „оружје за масовно уништење“, а под којим се подразумева биолошко, хемијско, радиолошко и нуклеарно оружје. У једном од извора постоји напомена да се радиолошки материјал најчешће налази у чврстом стању и да је готово немогуће да се распрши, осим хлорид цезије који је у облику прашка, а у наставку стоји шта терористи виде као предност употребе беспилотних летјелица:

- могућност напада на циљеве који су иначе тешко доступни,
- могућност напада широких размјера,
- могућност преласка великих раздаљина,
- мала могућност да их оборе уређаји ПВО,
- економичност и сачувано људство и
- изазивање јаког психолошког ефекта.²⁶

Кад је ријеч о набавци ових уређаја треба рећи да терористи могу доћи у посјед не само цивилних, већ и војних беспилотних летјелица, тако што их могу заробити, затим је могуће модификовати цивилне летјелице у беспилотне и уз посједовање стручног знања може се склопити овакав уређај. При томе беспилотне летјелице су све јефтиније и доступније. Губитак једне такве летјелице не представља велики финансијски губитак за терористичку организацију, али свеједно овакве организације раде на томе да смање шансе за њихово обарање.

Употреба беспилотних летјелица умјесто ранијег вршења самоубилачких напада доводи до закључка да се промијенио карактер дјеловања терористичких организација. Поред наношења великих губитака и стварања панике циљ је сачувати своје људство и показати да су у стању да се „такмиче“ са званичним оружаним и безбједносним снагама држава.

Локалитети на Блиском Истоку и у Африци стављају се у први план као простор како постојања терористичких организација, тако и за извршење напада, стога је проведено истраживање и израђена мапа потенцијалних операција највећих терористичких организација

24 Aleksander Olech, „Unmanned Aerial Vehicle – a Lethal Weapon of Tomorrow for Terrorists“, 48.

25 Ibid., 48-49. према Michael Horton, *Inside the Chilling World of Artificially Intelligent Drone*, 2018. <https://www.theamericanconservative.com/inside-the-chilling-proliferation-of-artificially-intelligent-drones/>

26 Синковски и Петровић, „Беспилотне летелице као оружје терориста“, 269, 270 и 272.

на Блиском истоку.²⁷ Организације, за које се сматра да имају довољно новца да дођу у посјед оваквог наоружања су: Ал – Каида, ИСИС (ISIS), Хамас (Hamas), Хезболах (Hezbollah), Талибани (the Taliban), Радничка Партија Курдистана (the Kurdistan Workers' Party), Покрет Исламски Џихад у Палестини (the Islamic Jihad Movement in Palestine), Ката'иб Хезболах (Kata'ib Hezbollah), Лешкар – Е Таиба (Leshkar-E Taiba) и Боко Харам. Ове организације поред сопствених ресурса налазе новац и кроз државна спонзорства.²⁸ Уз то приликом извршења напада користе заставице и објављују снимке напада на мрежама у циљу да покажу своју надмоћ и колико су озбиљна пријетња по безбједност.

Такође могуће је и комбиновање људства и савремене технологије што омогућава дјеловање на више локација и доводи до већег броја жртава, стога једно или друго средство може да буде кориштено као мамац, док се на некој другој локацији изводи већи терористички напад. Могуће је у исте сврхе користити више беспилотних летјелица, а што ће посебно омогућити употреба вјешачке интелигенције, која даје аутономност дјеловању. Нажалост томе доприноси и трка у наоружању између великих држава, јер терористи налазе своје начине да дођу до савременог наоружања. На овај начин имају прилику да дођу до „готовог производа“, будући да би их сувише коштало и тражило времена да сами развију своје наоружање.

Ефикасност ПВО против ових уређаја је мала због техничких могућности да се покрије одређена брањена територија са ПВО (противваздушна одбрана), ПВО-РС (противваздушна одбрана - ракетни систем) и ПАА (противавионска артиљерија кратког домета). Оно што је предност на страни беспилотних летјелица је што их је тешко детектовати, јер имају малу радарску рефлексну површину, као и оптичку и акустичку сигнатуру.²⁹ Такође, велике су шансе ако се уређај креће споро да га ПВО не детектује као уређај, већ као птицу. Сљедећи проблем је што се терористички напади дешавају у градским срединама гдје је опет отежано дјеловање против оваквих летјелица. Најбољим начином заштите од терориста се може сматрати превентивно деловање кроз повезан рад обавјештајне службе, полицијских снага задужених за борбу против тероризма и граничних служби.

Колико је битно ограничити употребу ових уређаја говори у прилог чињеница да се неадекватном употребом дронова може угрозити ваздушни саобраћај, јер могу неконтролисано летјети близу пилотске кабине, или завршити у мотору авиона, поред ризика који подразумева ношење експлозивних направа. Због мале величине и тежине тешко их је уочити, у комбинацији са вјештачком интелигенцијом и израдом од нових материјала теже ће се бити носити са овим уређајима.

Начини на који се покушавају онеспособити дронави подразумевају обарање, ометање и др, а огледају се кроз употребу различитих технологија:

- упозорења, кроз различите видове детекције,
- лажирања које подразумева слање лажног сигнала што доводи до губитка контроле и обарања дрона,
- ометања, кроз употребу електромагнетног пиштоља и
- ублажавања уз помоћ уређаја којима се уништава или хвата дрон.³⁰

²⁷ Aleksander Olech, „Unmanned Aerial Vehicle – a Lethal Weapon of Tomorrow for Terrorists“, 53.

²⁸ *Ibid.*, 52-53.

²⁹ Синковски и Петровић, „Беспилотне летелице као оружје терориста“, 277-278.

³⁰ Isbir Turan, Aybuke A. Mehmet Ali Tekiner and Niyazi Umut Akincioglu, „Modern usage areas of UAV technology“ (Ревизија за криминологију и кривично право, год. 58, бр. 3, 2020), 115-116. приступљено 14. јуна 2024. <https://>

Средства која се могу користити против оваквих уређаја су: пушке за ометање сигнала, пушке за хватање беспилотне летјелице и друга беспилотна летјелица, која је у стању да ухвати прву.³¹ Кад је ријеч о ефикасном систему ПВО, било је помена кроз медије како су Руси обарали мини дронове, који би долијетали на њихову територију. Мини дронови су посебно изазовни због своје величине и мале брзине уз истовремено јаку рефлексију за земљине површине, стога их је тешко открити. Посебно је специфичан квадрокоптер „Фантом“, који се чешће користи за извиђање, али може носити и корисни терет и бити кориштен за извршење терористичког напада. Но, уз помоћ радарских станица и руског ПВО ракетног система „Панцир“ је могуће оборити мини дронове.³²

Употреба различитих врста дрона у овим просторима у циљу извиђања је била актуелна од страна НАТО-а током рата у БиХ (1992-1995), као и током НАТО агресије на СРЈ 1999. године, када су неке и оборене. Но, „експанзија“ употребе ових уређаја се десила у Авганистану, гдје су оружане снаге САД користиле дронове за дејство на формације које су сматрале терористичким.³³

4. ПРАВНИ ОКВИР КОД УПОТРЕБЕ БЕСПИЛОТНИХ ЛЕТЈЕЛИЦА

Будући да беспилотне летјелице постају све доступније, сходно томе се повећава број корисника, што истовремено отежава контролisaње употребе ових уређаја. Повећава се број опасних активности, стога је потребно наћи начин да се додатно ограничи њихова употреба у циљу њиховог безбједнијег кориштења.

Кад је ријеч о регулисању ове области споменућемо само важније прописе. Конвенцијом о међународном цивилном ваздухопловству из 1944. године (познатија као Чикашка конвенција) чланом 8, регулисано је питање употребе ваздухоплова без пилота и то на сљедећи начин: „Ниједан ваздухоплов који је у стању летјети без пилота не смије летјети без пилота изнад територија Државе чланице без њеног посебног одобрења и у складу с условима таквог одобрења. Свака Држава чланица је обавезна осигурати да лет ваздухоплова без пилота у подручјима отвореним за цивилне ваздухоплове буде контролисан тако да се избјегне опасност за цивилне ваздухоплове.“ Ова конвенција је ратификована у Федеративној Народној Републици Југославији Одлуком, број: 3/54.

www.researchgate.net/publication/348042489_MODERN_USAGE_AREAS_OF_UAV_TECHNOLOGY

31 Драган Милидраговић и Ненад Милић, "Нормирање нових полицијских овлашћења у закону о полицији", (Зборник радова Правног факултета у Нишу, Број 98, Година LXII, 2023), 145. <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z98/07z98.pdf> приступљено 12. јуна 2024.

32 Pantsir designer: the complex has been modified to combat mini-drones., https://vpk.name/news/369980_konstruktor_pancirya_kompleks_dorabotali_dlya_borby_s_mini-bespilotnikami.html приступљено 14. јуна 2024.

33 Шкулић „Употреба беспилотних летелица/ дронови у рату/оружаном сукобу – анализа са становишта међународног кривичног права“, 39.

Аустралија се помиње као прва држава која је у свом националном законодавству ријешила питање употребе беспилотних летјелица 2002. године.³⁴

Кад је ријеч о законодавству ЕУ, до 2018. године било је предвиђено да државе у својим националним законодавствима регулишу питање беспилотних летјелица које су лакше од 150kg. Уредбом 2018/1139 Европског Парламента и Вијећа донесена су заједничка правила у подручју цивилног зракопловства и основана Агенција Европске уније за безбједност ваздушног промета (European Union Aviation Safety Agency).³⁵ Наредне године су донесене двије директиве: *Проведбена директива Комисије ЕУ 2019/947 о правилима и процедурама за рад беспилотних летјелица* од 24. маја 2019. године³⁶ и *Делегирана директива Комисије ЕУ 2019/945 о системима беспилотних ваздухоплова и о оператерима система беспилотних ваздухоплова из трећих држава* од 12. марта 2019. године³⁷.

Проведеном директивом су дефинисане следеће категорије операција: отворена, посебна и сертификована (чл.3), гдје је прецизирано: а) за отворену категорију није потребно претходно одобрење за рад нити нити оператер мора прије почетка операције дати изјаву о раду, б) за посебну категорију је неопходно добити одобрење за рад, само изузетно може бити довољна изјава – кад се ради о оператеру LUC, односно оператер лаког беспилотног ваздухоплова с одговарајућим повластицама и в) за сертификовану је неопходно да се и уређај и оператер сертификају, док удаљени пилоти према потреби морају добити дозволу.

Додатни услови који су прописани код *отворене* операције: 1) уређај мора бити класе која је прописана Делегираном директивом ЕУ 2019/945, приватно израђен или чија маса из поткатегорије А1 је мања од 250gr, односно из поткатегорије А3 мања од 25kg, 2) највећа допуштена маса беспилотног ваздухоплова при полијетању мора бити мања од 25kg, 3) удаљени пилот мора одржавати ваздухоплов на сигурној удаљености и не смије летјети са њим изнад мноштва људи, 4) у случају да ваздухоплов није у модулу рада „прати ме“, удаљени пилот мора све вријеме да га има у свом видеокругу, 5) ако ваздухоплов не прелијеће вјештачку творевину не смије летјети више од 120m изнад тла и 6) услов који се односи на корисни терет, а подразумева да се током лета ваздухопловом не превози

34 Rise of the Drones: Opportunity and liability for Australian businesses, Norton Rose Fulbright logo, July 2016 <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/7b7067d8/rise-of-the-drones-opportunity-and-liability-for-australian-businesses#:~:text=In%202002%2C%20Australia%20became%20the,including%20the%20use%20of%20drones>. приступљено 13. јуна 2024.

35 Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2018 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency, and amending Regulations (EC) No 2111/2005, (EC) No 1008/2008, (EU) No 996/2010, (EU) No 376/2014 and Directives 2014/30/EU and 2014/53/EU of the European Parliament and of the Council, and repealing Regulations (EC) No 552/2004 and (EC) No 216/2008 of the European Parliament and of the Council and Council Regulation (EEC) No 3922/91 (Text with EEA relevance.) OJ L 212, 22.8.2018, p. 1–122 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1139> приступљено 13. септембра 2024. године

36 Directive (EU) Commission Implementing Regulation (EU) 2019/947 of 24 May 2019 on the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft C/2019/3824 OJ L 152/4588, 11.6.2019, p.45–71 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0947> приступљено 13. септембра 2024. године

37 Directive (EU) Commission Delegated Regulation (EU) 2019/945 of 12 March 2019 on unmanned aircraft systems and on third-country operators of unmanned aircraft systems, C/2019/1821, OJ L 152/1, 11.6.2019, p. 1–40 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0945> приступљено 13. септембра 2024. године

опасну робу нити се из њега испушта било какав материјал (чл. 4, ст. 1). У оквиру ове категорије имамо још поменуте покатегорије А1, А2 и А3, које су детаљније појашњене у дијелу А Прилога ове Директиве.

Посебна категорија се додијељује уређајима који не испуњавају неки од услова да би били разврстани у отворену категорију. У том случају оператер од надлежног тијела у држави чланици у којој је регистрован мора добити одобрење за рад (чл. 5, ст. 1).

Цертификована категорија подразумијева операцију, која се изводи изнад мноштва људи, укључује превоз људи односно укључује превоз опасне робе због чега би у случају несреће треће стране биле изложене високом ризику (чл. 6, ст. 1).

С друге стране Делегирана директива предвиђа постојање класа C0-C4, које су у оквиру прилога Директиве у дијелу 1-4. детаљно класификоване на сљедећи начин и предвиђају ограничења у погледу: највеће допуштене масе C0 до 250gr, C1 до 900gr, C2 до 4kg, C3 и C4 до 25kg, затим се одређује највећа брзина у хоризанталном лету, материјал, својства и физичке карактеристике који су такви да енергија која се пренесе на људску главу у случају удара буде мања од 80J, висина изнад тачке полијетања, димензије ваздухоплова. У случају да дође до прекида везе ваздухоплов мора располагати поузданим и предвидљивом методом да се веза поново успостави или прекине лет уз вођење рачуна о трећим људима у ваздуху или на тлу.

Измјенама из 2024. године у оквиру Прилога Делегиране директиве прописује се да класе C1-C3 морају имати инсталирано упозорење да је батерија ваздухоплова или његове јединице за управљање и праћење при крају, како би удаљени пилоти имали довољно времена да сигурно приземље беспилотни ваздухоплов.³⁸

Највећи проблем код законодавства ЕУ је обавеза да се приликом доношења неког прописа изврши хармонизација, уз поштовање „*права приоритета*“ права ЕУ у односу на национално законодавство.³⁹

У законодавству Хрватске ово питање раније је било регулисано кроз сљедеће прописе, *Законом о зрачном промету*, Народне новине, бр. 69/09, 84/11, 54/13, 127/13, 92/14 (чл. 2) и *Правилником о саставу беспилотних зракоплова*, Народне новине, број 104/2018 (чл. 2), гдје се помиње израз „*беспилотни зракоплов*“ и дефинише као ваздухоплов који је намијењен извођењу лета без пилота у ваздухоплову, који је даљински управљан или програмиран и аутономан. Сва даља питања су била ријешена кроз поменути Правилник. Међутим, наведени правилник је стављан ван снаге, *Правилником о престанку важења Правилник о саставу беспилотних зракоплова*, Народне новине, број:10/21. Стога, сад се за регулисање ове области користе: Директива ЕУ 2019/947 и Директива ЕУ2019/945.

³⁸ Commission Delegated Regulation (EU) 2024/1108 of 13 March 2024 amending Regulation (EU) No 748/2012 as regards the initial airworthiness of unmanned aircraft systems subject to certification and Delegated Regulation (EU) 2019/945 as regards unmanned aircraft systems and third-country operators of unmanned aircraft systems, *OJ L* 2024/1108, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401108 приступљено 13. септембра 2024. године Commission Implementing Regulation (EU) 2024/1110 of 10 April 2024 amending Regulation (EU) No 748/2012 as regards the initial airworthiness of unmanned aircraft systems subject to certification and Implementing Regulation (EU) 2019/947 as regards the rules and procedures for the operation of unmanned C/2019/3824 *OJ L* 152/4588, 11.6.2019, p.45-71 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401110 приступљено 13. септембра 2024. године

³⁹ Mateusz Gregorski, "Analysis of international law on Unmanned Aerial Vehicles through the prism of European Union law", (*Универзитет у Варшави, Przegląd Europejski* Vol. 2018, No. 4), 82. <https://www.cceol.com/search/viewpdf?id=906268> приступљено 14. јуна 2024. године,

Даље, у законодавству Србије ово питање је постало дио законских прописа 2015. године када су урађене измјене и допуне *Закона о ваздушном саобраћају* и када је донесен *Правилник о беспилотним ваздухопловима* и тиме измјењен појам ваздухоплова који је до тада подразумијевао постојање посаде⁴⁰, да би поменути Правилник био замијењен новим 2020. године, Службени гласник, број: 1/20. Према Правилнику беспилотни ваздухоплови се дијеле у четири категорије: прва (до 0,9 kg), друга (0,9kg - 4kg), трећа (4kg -25kg) и четврта (25kg – 150 kg) (чл.3). Поменути прописи предвиђају да се беспилотне летјелице из треће и четврте категорије обавезно морају налазити у Евиденцији ваздухоплова, док из прве и друге категорије само у одређеним ситуацијама: приликом летења на висинама већим од 100 метара, летења у близини аеродрома, летења на хоризонталној удаљености већој од 500m од оператера, летења изнад или у близини људи, летења у условно забрањеној зони, летења ноћу, односно ако се уређаји користе за избацивање течности, предмета или ношење спољног терета који није елемент структуре беспилотног ваздухоплова и сл (чл. 4). Уз напомену да уређај има дозволу да лети изнад 100 метара или у близини аеродрома без обзира на висину само уз претходну извршену алокацију ваздушног простора (чл. 9). Наведена правила важе ако је ријеч о домаћем беспилотном ваздухоплову, а ако је ријеч о страном онда је потребна сагласност министарства одбране, која је предуслов за добијање одобрења од Директората цивилног ваздухопловства Републике Србије (чл. 24).

Кад је ријеч о Републици Српској и Босни и Херцеговини треба рећи да у важећем *Закону о зракопловству Босне и Херцеговине*, Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 39/09 и 25/18 није регулисано ово питање, већ је питање употребе беспилотних летјелица регулисано *Правилником о условима за извођење летачких операција дроновима*, Службени гласник Босне и Херцеговине, број: 51/20, уз напомену да се Правилник односи само на уређаје чија је маса мања или једнака 25 kg. Потребно је поменути BHDCA (*Bosnia and Herzegovina Directorate of Civil Aviation*) - Дирекцију за цивилно ваздухопловство Босне и Херцеговине, која је надлежни орган. Правилником је дефинисана врста, односно категорија операција која се може изводити уз помоћ ових уређаја: некомерцијалне, комерцијалне и операције које подразумијевају извођење радова из ваздуха (чл. 4). У чл. 5 Правилника је извршена класификација дрона по основу максималне масе при полијетању дрона: A1 (0,248kg < x ≤ 1kg), A2 (1kg < x ≤ 2kg), A3 (2kg < x ≤ 5kg), A4 (5kg < x ≤ 25 kg). Даље одредбе се односе на подручје летења и ограничења (чл. 6), затим се дефинише свака поједина категорија, затим обавезна документација (чл. 14), као и обавеза да се посједује полиса осигурања за дрон, која покрива штету нанесену трећим лицима на земљи на територији Босне и Херцеговине приликом вршења операција (чл. 16). Када су у питању страни оператери, они не морају добити одобрење BHDCA, ако се ради о некомерцијалном пословању (чл. 19), друге двије категорије морају претходно добити одобрење.

Такође, питање које није довољно регулисано је употреба беспилотних летјелица у оквиру полицијских овлашћења, а која се показала много ефикаснијом, оперативнијом, економичнијом и приступачнијом од употребе хеликоптера као средства ваздушне подршке приликом извођења захтјевних операција. Употреба ових уређаја је потребно како у оквиру

40 Горан Петровић, „Правно регулисање беспилотних ваздухоплова у Републици Србији“, (Бранич, број 1/2023), 96. https://www.researchgate.net/publication/372078884_PRAVNO_REGULISANE_BESPILOTNIH_VAZDUHOPLOVA_U_REPUBLICI_SERBIJI приступљено 14. јуна 2024.

извршења редовних задатака, тако и приликом решавања терористичких кризних ситуација, ванредним ситуацијама и спасилачким операцијама. Оно што се може јавити као проблем је снимање лица на јавним скуповима што је с једне стране неопходно, а с друге стране могло би представљати повреду на приватност.⁴¹

5. ЗАКЉУЧАК

На крају овог рада може се примјетити да је распострањена употреба беспилотних летјелица. У првом реду се могу користити у војне сврхе, но тема овог рада се односила на употребу ових уређаја у вријеме мира. У вријеме мира могу бити кориштени приликом извршења терористичких активности, али и у циљу сузбијања истих, уз то могу бити значајна подршка органима безбједности у вршењу њихових свакодневних активности. Такође, корисна је њихова употреба приликом дјеловања у ванредним ситуацијама и током елементарних непогода, али морамо бити свјесни да могу бити узрок оваквих догађаја. Кад се сагледа написано може се извући закључак да је неопходно пажљиво регулисати употребу ових уређаја, јер су изузетно корисна средства кад се користе у дозвољене, а изузетна опасна кад се користе у недозвољене сврхе. Посебно је забрињавајућа опасност употребе ових уређаја од стране терористичких организација. Из тог разлога постоји потреба за давањем већих овлашћења за употребу ових уређаја прије свега у вршењу полицијских активности на сузбијању тероризма, али и у ванредним ситуацијама, приликом непогода и сл. Наведене прописе треба да прати обука кадрова, као и организована предавања и радионице у школама како би дјеча и омладина постали свјесни озбиљних посљедица неодговорне употребе савремених уређаја. Уз то је потребно осигурати бољу националну и међународну безбједност кроз различите видове сарадње међу државама у циљу одбране од неадекватне употребе ових уређаја.

ЛИТЕРАТУРА

1. Велимировић, Коста. *Тактичка беспилотна летелица клипно-елисном погонском групом: прорачун перформанси лета*, (Београд: Војнотехнички институт, монографска серија, бр.2, 2013). (Velimirović, Kosta. *Taktička bespilotna letelica klipno-elisnom pogonskom grupom: proračun performansi leta*, (Beograd: Vojnotehnički institut, monografska serija, br.2, 2013)).
2. Вујић, Драгољуб и Милан Бајовић. *Мини беспилотне летелице за осматрачко-извиђачке задатке*, (Београд: Војнотехнички институт, монографска серија, бр.4, 2012). (Vujić, Dragoljub i Milan Bajović. *Mini bespilotne letelice za osmatračko-izviđačke zadatke*, (Beograd: Vojnotehnički institut, monografska serija, br.4, 2012)).

41 Милидраговић и Милић, "Нормирање нових полицијских овлашћења у закону о полицији", 141-142.

3. Gregorski, Mateusz. "Analysis of international law on Unmanned Aerial Vehicles through the prism of European Union law", *Универзитет у Варшави, Przegląd Europejski* Vol. 2018, No. 4, ORCID ID: 0000-0003-0617-9737, <https://www.ceeol.com/search/viewpdf?id=906268> приступљено 14. јуна 2024.
4. Гробенски, Силвио, Антонио Хардт и Еуген Јакопивић. „Проблематика правне регулативе беспилотних зракоплова и њихова употреба у цивилне сврхе“, *Правни факултет Осијек*, 2017, (стр. 9-36), <https://hrcak.srce.hr/188394> приступљено 14. јуна 2024. (Grobenski, Silvio, Antonio Hardt i Eugen Jakopivić. „Problematica pravne regulative bespilotnih zrakoplova i njihova upotreba u civilne svrhe“, *Pravni fakultet Osijek*, 2017, (str. 9-36), <https://hrcak.srce.hr/188394>, pristupljeno 14. juna 2024.)
5. Isbir Turan, Aybuke A. Mehmet Ali Tekiner and Niyazi Umut Akincioğlu. „Modern usage areas of UAV technology“, *Ревџа за криминологију и кривично право (год. 58, бр. 3, 2020, стр. 111-117)*, 2020, <https://doi.org/10.47152/rkkp.58.3.8> https://www.researchgate.net/publication/348042489_MODERN_USAGE_AREAS_OF_UAV_TECHNOLOGY приступљено 14. јуна 2024.
6. Марковић, Иванка и Милош Бабић. „Борба против тероризма (кривичноправни аспект)“, *Зборник радова са Међународне научностручне конференције „Супростављање тероризму – међународни стандарди и правна регулатива“*, Козара, 29-30. март 2011., уред. Миле Шикман и Горан Амићић, (Бања Лука : Висока школа унутрашњих послова, 2011). (Marković, Ivanka i Miloš Babić. „Borba protiv terorizma (krivičnopravni aspekt)“, *Zbornik radova sa Međunarodne naučnostručne konferencije „Suprostavljanje terorizmu – međunarodni standardi i pravna regulativa“*, Kozara, 29-30. mart 2011., ured. Mile Šikman i Goran Amidžić, (Banja Luka : Visoka škola unutrašnjih poslova, 2011)).
7. Милидраговић, Драган и Ненад Милић. „Нормирање нових полицијских овлашћења у закону о полицији“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу | Број 98 | Година LXII | 2023. DOI:10.5937/zrpf1-45017* <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z98/07z98.pdf> приступљено 12. јуна 2024. (Milidragović, Dragan i Nenad Milić. „Normiranje novih policijskih ovlašćenja u zakonu o policiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu | Broj 98 | Godina LXII | 2023. DOI:10.5937/zrpf1-45017*, <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z98/07z98.pdf>, pristupljeno 12. juna 2024.)
8. Милосављевић, Бојан. *Беспилотне летелице*, (Београд: Војнотехнички институт, монографска серија, бр.152, 2011). (Milosavljević, Bojan. *Bespilotne letelice*, (Beograd: Vojnotehnički institut, monografska serija, br.152, 2011)).
9. Михајлов, Стеван. „Уређај за пренос малог терета код беспилотних летелица“, *Зборник радова Факултета техничких наука*. (год. 30, бр. 11, 2015, стр. 2157-2160), 2015. <https://scholar.archive.org/work/relakzu5ovfxjb7qruvrf5fdtm/access/wayback/http://www.ftn.uns.ac.rs/ojs/index.php/zbornik/article/download/162/67> приступљено 13. јуна 2024. (Mihajlov, Stevan. „Uređaj za prenos malog tereta kod bespilotnih letelica“, *Zbornik radova Fakulteta tehničkih nauka*. (god. 30, br. 11, 2015, str. 2157-2160), 2015. <https://scholar.archive.org/work/relakzu5ovfxjb7qruvrf5fdtm/access/wayback/http://www.ftn.uns.ac.rs/ojs/index.php/zbornik/article/download/162/67>, pristupljeno 13. juna 2024.)
10. Olech, Aleksander. „Unmanned Aerial Vehicle – a Lethal Weapon of Tomorrow for Terrorists“, *Baltic Defence College, Nowa Polityka Wschodnia* 2022, nr 1 (32), DOI: 10.15804/

- npw20223203*, <https://www.cceol.com/search/viewpdf?id=1088031> приступљено 12. јуна 2024.
11. Paşcalău Dorica and Letiția Sirbu. "Boko Haram, the bloodiest terrorist group of the 21st century", *Annals of the "Constantin Brâncuși" University of Târgu Jiu letter and social science series*, 1/2021. <https://www.cceol.com/search/viewpdf?id=1153148> приступљено 12. јуна 2024.
12. Петровић, Горан. „Правно регулисање беспилотних ваздухоплова у Републици Србији“, *Бранич*, број 1/2023, https://www.researchgate.net/publication/372078884_PRAVNO_REGULISANE_BESPILOTNIH_VAZDUHOPLOVA_U_REPUBLICI_SRBIJI приступљено 14. јуна 2024. (Petrović, Goran. „Pravno regulisanje bespilotnih vazduhoplova u Republici Srbiji“, *Branič*, број 1/2023, https://www.researchgate.net/publication/372078884_PRAVNO_REGULISANE_BESPILOTNIH_VAZDUHOPLOVA_U_REPUBLICI_SRBIJI, pristupljeno 14. juna 2024.)
13. Покорни, Славко. „Беспилотне летелице западних земаља“, *Војнотехнички гласник : стручни часопис за технику наоружања, опреме и снабдевања*. (год. 50, бр. 6, 2002, стр. 642-651), 2002. https://www.researchgate.net/publication/286277058_Bespilotne_letelice_zapadnih_zemalja приступљено 14. јуна 2024. (Pokorni, Slavko. „Bespilotne letelice zapadnih zemalja“, *Vojnotehnički glasnik: stručni časopis za tehniku naoružanja, opreme i snabdevanja*. (god. 50, br. 6, 2002, str. 642-651), 2002. https://www.researchgate.net/publication/286277058_Bespilotne_letelice_zapadnih_zemalja, pristupljeno 14. juna 2024.)
14. Поповић, Предраг. *Стратегија у контроли тероризма са освртом на Босну и Херцеговину*, (Бања Лука : Факултет безбедносних наука, 2023). Popović, Predrag. *Strategija u kontroli terorizma sa osvrtom na Bosnu i Hercegovinu*, (Banja Luka : Fakultet bezbednosnih nauka, 2023)).
15. Симовић, Миодраг и Миле Шикман. *Кривичноправно реаговање на тешке облике криминалитета*, (Бања Лука : Правни факултет, 2017). (Simović, Miodrag i Mile Šikman. *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, (Banja Luka : Pravni fakultet, 2017)).
16. Синковски, Стеван и Лазар Петровић. „Беспилотне летелице као оружје терориста“, *Безбедност* 2/07. http://www.mup.gov.rs/wps/wcm/connect/8e839c19-8b8c-4814-8628-c13c632e97ed/web_Bezbednost_2_2007.pdf?MOD=AJPERES&CVID=om6EE7V приступљено 12. јуна 2024. (Sinkovski, Stevan i Lazar Petrović. „Bespilotne letelice kao oružje terorista“, *Bezbednost* 2/07. http://www.mup.gov.rs/wps/wcm/connect/8e839c19-8b8c-4814-8628-c13c632e97ed/web_Bezbednost_2_2007.pdf?MOD=AJPERES&CVID=om6EE7V, pristupljeno 12. juna 2024.)
17. Szikora, Veronika and Gabor Szilagyi. „New dangerous practice on the horizon? Legal aspects of drone usage“, *Правни факултет, Универзитет у Дебрецину, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2017 (стр. 499–519). doi:10.5937/zrpfns51-15059, https://www.researchgate.net/publication/322878678_New_dangerous_practice_on_the_horizon_Legal_aspects_of_drone_usage приступљено 12. јуна 2024.
18. Syed Agha Hassnain Mohsan, et al. „Unmanned aerial vehicles (UAVs): practical aspects, applications, open challenges, security issues, and future trends“, *Intelligent Service Robotics*, 2023, 109-137. <https://doi.org/10.1007/s11370-022-00452-4> https://www.researchgate.net/publication/366548023_Unmanned_Aerial_Vehicles_UAVs_Practical_aspects_ap-

plications_open_challenges_security_issues_and_future_trends приступљено 13. јуна 2024.

19. Шикман, Миле. *Тероризам: актуелни и могући облици*, (Бања Лука: Министарство унутрашњих послова Републике Српске : Управа за полицијско образовање : Висока школа унутрашњих послова, 2006). (Šikman, Mile. Terorizam: aktuelni i mogući oblici, (Banja Luka: Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske : Uprava za policijsko obrazovanje : Visoka škola unutrašnjih poslova, 2006)).
20. Шикман, Миле. *Тероризам*, (Бања Лука: Факултет за безбједност и заштиту, 2009). (Šikman, Mile. Terorizam, (Banja Luka: Fakultet za bezbjednost i zaštitu, 2009)).
21. Шкулић, Милан. „Употреба беспилотних летелица/ дронови у рату/оружаном сукобу – анализа са становишта међународног кривичног права“, *Зборник радова са међународне научне конференције “Раскришћа међународног кривичног и кривичног права– реформа правосудних закона Републике Србије”*, Палић 16–19. јун 2023. године, 2023. (Škulić, Milan. „Uпотреba беспilотних letelica/ dronovi u ratu/oružanom sukobu – analiza sa stanovišta međunarodnog krivičnog prava“, *Zbornik radova sa međunarodne naučne konferencije “Raskršća međunarodnog krivičnog i krivičnog prava– reforma pravosudnih zakona Republike Srbije”*, Palić 16–19. jun 2023. godine, 2023)
22. Pantsir designer: the complex has been modified to combat mini-drones, https://vpk.name/news/369980_konstruktor_pancirya_kompleks_dorabotali_dlya_borby_s_mini-bespilotnikami.html приступљено 14. јуна 2024.
23. Rise of the Drones: Opportunity and liability for Australian businesses, Norton Rose Fulbright logo, July 2016 <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/7b7067d8/rise-of-the-drones-opportunity-and-liability-for-australian-businesses#:~:text=In%202002%2C%20Australia%20became%20the,including%20the%20use%20of%20drones.>

ПРАВНИ ИЗВОРИ

1. Конвенција о међународном цивилном ваздухопловству - Чикашка конференција из 1944. године (Convention on International Civil Aviation - Chicago Conference of 1944)
2. Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA *OJ L 88, 31.3.2017, p. 6–21* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L0541> приступљено 11. септембра 2024.
3. Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2018 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency, and amending Regulations (EC) No 2111/2005, (EC) No 1008/2008, (EU) No 996/2010, (EU) No 376/2014 and Directives 2014/30/EU and 2014/53/EU of the European Parliament and of the Council, and repealing Regulations (EC) No 552/2004 and (EC) No 216/2008 of the European Parliament and of the Council and Council Regulation (EEC) No 3922/91 (Text with EEA relevance.) *PE/2/2018/REV/1 OJ L 212, 22.8.2018, p. 1–122* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1139> приступљено 13. септембра 2024. године

4. Directive (EU) Commission Implementing Regulation (EU) 2019/947 of 24 May 2019 on the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft C/2019/3824 *OJ L 152/4588, 11.6.2019, p.45-71* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0947> приступљено 13. септембра 2024. године
5. Directive (EU) Commission Delegated Regulation (EU) 2019/945 of 12 March 2019 on unmanned aircraft systems and on third-country operators of unmanned aircraft systems, C/2019/1821, *OJ L 152/1, 11.6.2019, p.1-40* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0945> приступљено 13. септембра 2024. године
6. Commission Implementing Regulation (EU) 2024/1110 of 10 April 2024 amending Regulation (EU) No 748/2012 as regards the initial airworthiness of unmanned aircraft systems subject to certification and Implementing Regulation (EU) 2019/947 as regards the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft, C/2024/2001, *OJ L 2024/1110, 23.5.2024*, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401110 приступљено 13. септембра 2024. године
7. Commission Delegated Regulation (EU) 2024/1108 of 13 March 2024 amending Regulation (EU) No 748/2012 as regards the initial airworthiness of unmanned aircraft systems subject to certification and Delegated Regulation (EU) 2019/945 as regards unmanned aircraft systems and third-country operators of unmanned aircraft systems, C/2024/1108, *OJ L 2024/1108*, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401108 приступљено 13. септембра 2024. године
8. *Закон о зрачном промету* („Народне новине“, бр. 69/09, 84/11, 54/13, 127/13, 92/14) (Law on Air Traffic (Official Gazette, No. 69/09, 84/11, 54/13, 127/13, 92/14))
9. *Правилник о саставу беспилотних зракоплова* („Народне новине“, број: 104/2018) (Regulation on the Unmanned Aircraft System (Official Gazette, No. 104/2018))
10. *Правилник о беспилотним ваздухопловивима* („Службени гласник Републике Србије“, број: 1/20) (Regulation on Unmanned Aircraft (Official Gazette of the Republic of Serbia, No. 1/20))
11. *Закону о зракопловству БиХ* (“Службени гласник БиХ” број: 39/09 и 25/18) (Law on Aviation of BiH (Official Gazette of BiH, No. 39/09 and 25/18))
12. *Правилником о условима за извођење летачких операција дроновима* (“Службени гласник БиХ” број: 51/20) (Regulation on the Conditions for Performing Flight Operations with Drones (Official Gazette of BiH, No. 51/20))

“UNMANNED AIRCRAFT” AS A MEANS OF COMMITTING THE CRIMINAL OFFENSE OF TERRORISM

Bojana Knežević⁴²

Summary: At the mention of “unmanned aerial vehicles” (drones), most people will associate some kind of conflict in which drones are used during reconnaissance and attacks on infrastructure facilities. This paper will discuss their use during terrorist attacks, in times of peace, i.e. when an attack is not expected. Through the work, specific ways in which terrorists can use drones will be shown, since terrorists no longer only carry out suicide attacks, but terrorist attacks are carried out with the help of modern technology. It is necessary to observe this problem both globally and with a focus on the territory of Bosnia and Herzegovina. After that, an overview of the most important international and regional regulations, which deal with this area, will be made. Technological progress cannot be stopped, therefore it is important to see to what extent it is possible to limit the use of these technological means, so that they are used only for permitted purposes.

Keywords: international security, terrorism, “unmanned aerial vehicles”, conventions, reconnaissance, attack, defense

⁴² Master of Laws, email: kbojana639@gmail.com, ORCID: 0009-0006-0714-9854

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна и универзитетска библиотека
Републике Српске, Бања Лука

34"20"(082)

МЕЂУНАРОДНИ научни скуп "Изазови и перспективе развоја
правних система у XXI вијеку" (4 ; 2024 ; Бања Лука)

Зборник радова. Том II / Међународни научни скуп
"Изазови и перспективе развоја правних система у XXI вијеку",
Бања Лука (2024) = Zbornik radova. Tom II / Međunarodni
naučni skup "Izazovi i perspektive razvoja pravnih sistema u XXI
vijeku", Banja Luka (2024) = Conference proceedings. Vol. II /
International scientific conference "Challenges and perspectives
of the development of legal systems in the XXI century", Banja
Luka (2024) ; [главни и одговорни уредник Жељко Мирјанић ;
уредници Игор Милинковић, Бојан Влашки, Стојана Петровић].
- Бања Лука : Правни факултет = Faculty of law, 2024 (Бања Лука
: Графид). - 489 стр. ; 23 см. - (Изазови и перспективе развоја
правних система у XXI вијеку, ISSN 2831-1310)

Доступно и на: <https://mnsisc.pf.unibl.org/>. - На врху насл. стр.:
Универзитет у Бањој Луци = University of Banja Luka. - На насл.
стр.: Година 4, број 4. - Радови на срп. и енгл. језику. - Текст ћир.
и лат. - Тираж 100. - Уреднички уводник, Editorial introduction
: стр. 11-13. - Напомене и библиографске референце уз текст. -
Библиографија уз сваки рад. - Abstracts.

ISBN 978-99976-54-26-7

COBISS.RS-ID 142012673



Универзитет у Бањој Луци
Правни факултет
Булевар војводе Степе Степановића 77,
Бања Лука
Tel. 051 339 000
www.pf.unibl.org
info@pf.unibl.org
www.facebook.com/pf.unibl.org

ISBN 978-99976-54-26-7

