

ISSN 0353-9644



БРАНИЧ

Часопис за правну теорију и праксу
Адвокатске коморе Србије

Година СXXXI • Нова серија

Број 1–2 / 2018

Београд

2019

Власник и издавач:
АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ

11000 Београд, Дечанска бр. 13/II
Телефон: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082
www.advokatska-komora.rs

Досадашњи главни и одговорни уредници:

Милан Ст. МАРКОВИЋ (1887. и 1897–1901); Ђорђе НЕНАДОВИЋ (1888–1890);
Добривоје–Добра ПЕТКОВИЋ (1902–1906. и 1925–1926); Љубомир СТЕФАНОВИЋ
(1927–1930); Др Обрад БЛАГОЈЕВИЋ (1931–1933); Др Видан БЛАГОЈЕВИЋ (1934);
Др Радоје ВУКЧЕВИЋ (1935–1937); Владимир СИМИЋ (1938–1941); Др Александар
МИКУЛИЋ (Адвокатура, 1976–1981); Горазд ОГУРЕК (Адвокатура, 1982–1984);
Михаило МЛАДЕНОВИЋ (Адвокатура, 1985–1990); Мирослав ДИНЧИЋ (1991–1995);
Живојин ШЕСТИЋ (1995–2002); Др Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ (2002–2017)

Главни и одговорни уредник

———— * —————

др Мирослав ПАУНОВИЋ

адвокат

Уређивачки одбор

———— * —————

Тихомир ХРЊАК, адвокат, **Оливер ИЊАЦ**, адвокат,
Милош ЦВЕЈИЋ, адвокат, **Драган СОКНИЋ**, адвокат

Припрема за штампу: Душан Ћасић

Адреса редакције

———— * —————

АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ

11000 БЕОГРАД, Дечанска 13/II – Тел.: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082
www.advokatska-komora.co.rs; e-mail: komora@sbb.rs, a.k.srbije@gmail.com

БРАНИЧ излази тромесечно. Годишња претплата износи 800 динара, а појединачни
број је 250 динара. Рукописи се не враћају. Сарадња у часопису се не хонорише.

Претплата: Адвокатска комора Србије – 11000 Београд, Дечанска 13/II,
са назнаком: за Бранич. Жиро-рачун број: 205-12358-68

На основу мишљења Републичког министарства за културу, број 413-00-1737/2001-04,
од 21. 12. 2001. године, часопис је ослобођен од обавеза плаћања пореза на промет.

Штампано у 10.100 примерака

Штампа Службени гласник, Београд

Овај број *Бранича* штампан је у априлу 2019. године.

ISSN 0353-9644



Stamp
Bar Association of Serbia

BRANIČ

Journal of Legal Theory and Practice
of the Bar Association of Serbia

Year CXXXI • New series

Number 1–2/2018

Belgrade

2019

Owner and publisher:
BAR ASSOCIATION OF SERBIA
11000 Beograd, Dečanska 13/II
Telephone: +381 11/32 39 875 – Fax: 32 37 082
www.advokatska-komora.rs

Previous editors-in-chief:

Milan St. MARKOVIĆ (1887 and 1897–1901); Đorđe NENADOVIĆ (1888–1890); Dobrivoje – Dobra PETKOVIĆ (1902–1906 and 1925–1926); Ljubomir STEFANOVIĆ (1927–1930); Obrad BLAGOJEVIĆ, PhD (1931–1933); Vidan BLAGOJEVIĆ, PhD (1934); Radoje VUKČEVIĆ, PhD (1935–1937); Vladimir SIMIĆ (1938–1941); Aleksandar MIKULIĆ, PhD (Advocacy; 1976–1981); Gorazd OGUREK (Advocacy; 1982–1984); Mihailo MLADENOVIĆ (Advocacy, 1985–1990); Miroslav DINČIĆ (1991–1995); Živojin ŠESTIĆ (1995–2002); Nedeljko JOVANČEVIĆ, PhD (2002–2017)

Editor-in-chief

— * —

Miroslav PAUNOVIĆ, PhD
Attorney at law

Editorial Board:

— * —

Tihomir HRNJAK, attorney at law, **Oliver INJAC**, attorney at law,
Miloš CVEJIĆ, attorney at law, **Dragan SOKNIĆ**, attorney at law

Prepress: Dušan Ćasić

Address of the Redaction

— * —

ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE

11000 Beograd, Dečanska 13/II – Tel.: +381 11/32 39 875 – Fax: 32 37 082
www.advokatska-komora.co.rs; e-mail: komora@sbb.rs, a.k.srbije@gmail.com
Branich is published quarterly. Annual subscription is 800 dinars, and a single issue is 250 dinars. Manuscripts are withheld. Contributions to the journal are not paid.
Subscription: ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE – 11000 Beograd, Dečanska 13/II, attention: *for Branič*. Bank account number: 205-12358-68

According to the opinion of the Ministry of Culture of the Republic of Serbia, number 413-00-1737/2001-04, of December 21st 2001, the journal is exempt from paying VAT.

Circulation: 10.100 copies

Printed by Službeni glasnik, Belgrade

САДРЖАЈ

Увод

Поздравна реч г. Виктора Гостиљца, председника Адвокатске коморе Србије на Свечаној академији поводом Дана адвокатуре 2019. године	9
--	---

ЧЛАНЦИ

Вида Пејровић Шкоро

О Нацрту амандмана на уставне одредбе о правосуђу и о мишљењу Венецијанске комисије о Нацрту амандмана	17
--	----

Милан Шкулић

Кривично дело у погледу којег је кривично гоњење апсолутно застарело – као део конструкције продуженог кривичног дела	41
---	----

Предраг Цвејковић

Управљање уговорима о јавно-приватном партнерству	89
---	----

Бранислава Лејошић Ковачевић

Механизам стварања правног система Енергетске заједнице	102
---	-----

Снежана Радовановић

Два аспекта права на жалбу: правни лек и фундаментално људско право	117
---	-----

Тајјана Милошевић

Еволуција права својине у Кини и одраз актуелне регулативе на привредне односе са Србијом	131
---	-----

КОМЕНТАРИ, РАСПРАВЕ, ИСТРАЖИВАЊА*Ивана Јаковљевић*

Смернице о сукобу интереса у међународној арбитражи
 Међународне адвокатске коморе 149

Ивана Тојалов Пауновић

Васпитни налози – примена начела условљеног опортунитета
 према малолетним учиниоцима кривичних дела 163

ПРИКАЗИ*Иван Ђокић, Вања Бајовић*

„Основи кривичног права”, дело Зорана Стојановића,
 Милана Шкулића и Вељка Делибашића 173

Упутство за ауторе 183

TABLE OF CONTENTS

Introduction

Introduction speech of Mr. Viktor Gostiljac, president of the Bar Association of Serbia, at the Solemn Academy devoted to Advocacy Day, on 23 February 2019	9
---	---

ARTICLES

Vida Petrović Škero

Notes on Draft Amendments to the provisions of Constitution regulating judicial system and on opinion of Venetian Committee on the Draft	17
--	----

Milan Škulić, PhD

Criminal offence in respect of which the prosecution is not possible due to the statute of limitation on criminal prosecution – as part of the construction of continuing criminal offence	41
--	----

Predrag Cvetković, PhD

Contract management of public-private partnership agreements	89
--	----

Branislava Lepotić Kovačević

Mecanism of creation the legal system of the Energy Community ...	102
---	-----

Snežana Radovanović

Two aspects of right to appeal: legal remedy and fundamental human right	117
--	-----

Tatjana Milošević

Evolution of property rights in China and reflection of the
current regulations on economic relations with Serbia 131

COMMENTARIES, DISCUSSIONS, RESEARCHES

Ivana Jakovljević

International Bar Association Guidelines on Conflict of
Interests in International Arbitration 149

Ivana Topalov Paunović

Educational orders – application of principle of conditional
opportunity towards juveniles as criminal offenders 163

REVIEWS

Ivan Đokić, PhD, Vanja Brajović, PhD

Review of books: Basics of criminal law (book I: Criminal substantive
law; book II: Law on criminal procedure) by Zoran Stojanović PhD,
Milan Škulić PhD, and Veljko Delibašić PhD 173

УВОД

Поштоване колегинице и колеге,

Као увод у овај број часописа, Уређивачки одбор преноси делове поздравне речи г. Виктора Гостиљца, председника Адвокатске коморе Србије, изговорене на Свечаној академији поводом Дана адвокатуре, 23. фебруара 2019. године. Намера је Уређивачког одбора да обезбеди да часопис доприноси улози адвокатуре у Србији – кроз обраду тема од значаја за професију и од интереса за адвокатуру и друштво у коме адвокати делају, те развијајући стручну и критичку мисао на његовим страницама. Овај приступ је, по оцени Уређивачког одбора, у складу са основним ставовима изнетим у говору председника Коморе на Свечаној академији.

Даме и господа, поштоване колеге,

Добродошли у Адвокатску комору Србије, добродошли у овај дом слободномислећих и слободних људи. Код нас не постоји појам делимичне слободе. Комора је или слободна или није. Или смо адвокати или нисмо. И то је тако још од оног фебруара 1862. године када нам је књаз Михаило подарио Закон о јавним правнозаступницима, којим је устављен наш адвокатски ред.

Драго нам је што данас тај дан обележавамо заједно са нашим колегама из већине европских адвокатских комора и међународних адвокатских организација и њихово присуство нам заправо говори о угледу АКС-а у међународној адвокатској породици.

Међутим, поштоване колеге, без обзира на то што ми имамо одличне односе са свим европским коморама, има разлога да данас посебно поздравимо представнике једне коморе који прошле године нису били са нама овде у Београду, јер су управо тих дана водили велику борбу за очување своје националне коморе, с обзиром на то да је њихова влада имала намеру да укине њено постојање. Молим вас да једним великим аплаузом поздравимо наше храбре колеге из Турске, председника Адвокатске коморе Анкаре, и председника Адвокатске коморе Истанбула.

Очигледно је да наша адвокатска професија у сваком делу света показује исту виталност и решеност да се одупре притисцима и способност да функционише у једном окружењу које не разуме шта је то адвокатура и каква је њена улога у једном друштву.

Због тога ће ми бити драго да се на нашој прослави Дана адвокатуре позовем на изговорене речи председника Адвокатске коморе Истанбула, приликом доделе Награде за људска права од стране ССВЕ-а, речи које можда на најбољи могући начин осликавају све оно што и ми, српски адвокати, можемо поручити сваком ко би желео да угрози адвокатуру као независну професију.

„Као Адвокатска комора никад се нисмо, ништа ћемо се повинувати, ништа уступити пред њихом, никад нећемо одустати од наших захтева за владавином права, правдом и демократијом.

Борба за владавину права, државу која је вођена на принципима владавине права, слободе и демократије није окончана. Ми имамо два поља пред собом: ћутати и предасти се пред најадима на ове вредности или показати поштовање према људима које су ове вредности увели и заштити их. Ми бирамо други пут, оштор неправди, незаконитостима и њихом. Очигледно је да ово није лак пут, али је частан и вредан. Ово је захтев који се поставља пред нас уколико желимо да будемо адвокати. Ми као адвокати, сами по себи имамо историјско и универзално наслеђе: не попуштајте, не слушајте, не ћутиште, већ се борите за правду. Нека дуго живи владавина права, нека дуго живе адвокати као борци за правду, и нека дуго живи адвокатска комора као организована адвокатска сила. Како је срећан онај који се ојуре!”

Ове речи Адвокатска комора Србије потписује као своје, и то са пуним правом, позивајући се на век и по дугу традицију. Догађаји из наше историје речито показују да је српска адвокатура увек била на правој страни, на страни свога народа, на страни правде и на страни слободе.

Адвокатска комора Србије, као национална комора, ни данас не бежи од те своје улоге. Ми и данас желимо јасно да искажемо своје ставове у погледу свих оних појава за које проценимо да представљају претњу по загарантована права наших грађана, или претњу основним принципима правне државе.

Ми смо прошле године, са Свечане академије, послали одређене поруке и нашем друштву и нашој државној управи. Тада је наша основна порука била – порука јединства. Поручили смо да смо се вратили, да су наши сукоби окончани, да имамо консензус у вези са свим значајним

питањима за адвокатуру; заправо, рекли смо да смо поново једна уређена и снажна организација са којом мора и треба да се разговара.

У данима који су следили, ми смо промовисали један нов приступ: и рекли смо да сада, када смо уредили сопствено двориште, желимо да уредимо и наше односе са државом. Ми смо видели да постоји једна вештачка претпоставка да адвокатура мора бити у сталном сукобу са државом у коме држава, по инерцији још од 1945. године, доживљава адвокатуру као „реметилачки фактор“ и као људе ван система. Ми смо желели да окончамо дугогодишње стање у коме је држава константно занемаривала наше интересе, а адвокатура се бранила саопштењима и протестима. То је била једна ситуација, дакле, која ником није донела ништа добро и која је заправо показала да адвокатура, након свог великог протеста из 2014. године, мора пронаћи нове облике реаговања ако жели да постигне неке конкретне резултате.

Због тога, ми смо овај ланац деструктивне политике прекинули, и рекли смо да желимо да разговарамо ако је то могуће. Сматрали смо да, ако на челу наших институција седе озбиљни људи, а у случају Адвокатске коморе Србије то јесте случај, онда имамо специфичну врсту одговорности у смислу да мора постојати узајамна комуникација кроз коју ћемо проналазити најбоља решења. У том смислу, ми смо оне ставове, које је Управни одбор Адвокатске коморе Србије утврдио као ставове адвокатури, заступали управо пред онима који доносе одлуке.

И због тога смо успели у претходном периоду, у преговорима са Министарством правде, да сачувамо, пре свега, наш уставно-правни положај, јер је пре годину дана било доста говора да ће адвокати бити избачени из Устава. Успели смо да добијемо, након 15 година, Закон о бесплатној правној помоћи, који је донет у потпуности у складу са нашим сугестијама. Успели смо да повучемо из законске процедуре Закон о услугама који је, у предложеном облику, био неприхватљив за адвокатуру и који се, по нашем мишљењу, уопште не може односити на адвокатуру (а што ће и бити унето у текст овог закона). Успели смо да сачувамо порески положај адвоката и на трагу смо договора о успостављању трајног модела опорезивања који ће бити прихватљив за наше колеге. Успели смо да сачувамо ингеренције Коморе над контролом примене Закона о прању новца, као једина комора у региону са таквим решењем. Решили смо један од дугогодишњих проблема који нас је оптерећивао, а то је систем постављања бранилаца по службеној дужности који је до сада био потпуно нетранспарентан и који је био плодно тле за коруптивне радње и који окривљенима често није обезбеђивао делотворну одбрану. Дана 18. фебруара, на основу потписаног Прото-

кола између Адвокатске коморе Србије, Министарства правде, Врховног касационог суда и Републичког јавног тужилаштва, отпочео је са радом *Call Centar* Адвокатске коморе Србије за постављање бранилаца по службеној дужности на целој територији Републике Србије.

Наравно, јасно је да све ово не бисмо постигли да није постојала једна отвореност Министарства правде које је врло често излазило у сусрет нашим захтевима и које је показало велику дозу разумевања за наше ставове и наше проблеме.

Међутим, сви ови резултати су постигнути на пољу заштите ужих интереса адвокатуре, па тек онда, посредно, и интереса грађана. Ово је и разумљиво. И ако погледамо читав овај период од 157 година историје српске адвокатуре само кроз записнике са седница Управних одбора Коморе, онда ћемо видети да се ту није много тога променило и да је незаобилазна тема свих Управних одбора од кнеза Михаила па до данас била:

- потреба да се донесе добар Закон о адвокатури,
- потреба да се донесе добар Закон о порезима,
- настојање да се очува независност адвокатуре, и
- борба против надриписарства.

Али адвокатура има и других дужности. Адвокатура има своју друштвену улогу без које се она не може представљати као суверени бранилац зајемчених права наших грађана и као интелектуална снага која увек диже свој глас када дође до драстичних кршења правног поретка. До таквих кршења у нашем друштву често је долазило у претходном периоду и не сумњам да ће их бити и у будућности. Зато смо ми више пута рекли да ће адвокатура снажно реаговати на такве појаве управо из осећања ове своје дужности према нашем друштву.

Наравно, ово чинимо са позиција струке, ослобођени од политичких калкулација. Јер, питања владавине права, доследне примене принципа поделе власти на извршну, законодавну и судску, питања обезбеђења достигнутог нивоа људских и грађанских права, питања постојања независног судства и независне адвокатуре, питања постојања слободних медија, и слободних институција овог народа схватамо као шира друштвена питања, а не као уско политичка и дневно-политичка. Одговори на ова питања заправо говоре о постојању или непостојању правне државе, а то је онда, свакако, и адвокатско, стручно питање.

О многим од ових питања Управни одбор Адвокатске коморе Србије је врло често расправљао и ми смо водили своје битке тако да Комору нисмо увели на терен дневне политике. У својим саопштењима у којима

смо изражавали забринутост због напада представника власти на судије услед незадовољства њиховим пресудама, ми смо сматрали да се преваходно бавимо правним питањима, а тек посредно политичким. Наша политичка елита, међутим, свако питање сматра политичким. И у нашем друштву је владајуће мишљење да се решавањем ових питања и изношењем ставова о овим проблемима могу бавити једино ексклузивни, „регистровани“ учесници политичког живота. Сматра се да прво морате организовати политичку странку, победити на изборима, па се онда можете бавити политиком. То није тачно! Адвокатура, која је изван политике, мора бити један непристрасан друштвени коректив, и када ми говоримо о аномалијама правног система, онда то чинимо са позиција општег интереса.

И због тога имамо право да кажемо да адвокатура не може дати позитивну оцену о општем стању наших институција и њиховом међусобном односу. И то није ексклузивитет данашњег времена. Ми већ дуго година живимо у једном друштву у коме је власт увек персонализована и у коме су институције од другоразредног значаја. Ми смо имали један велики прекид у развоју наших установа након Другог светског рата и ми их, практично, у последњих 20, 30 година поново изграђујемо. Можда и онај период од 1903. до 1914 . године, који често називамо „златним добом демократије“, и није био толико златан, али би свакако наше институције биле стабилније да су имале континуитет у развоју последњих 100 година.

Дакле, систем поделе власти, као основ правне државе, данас није у равнотежи. Судска власт се налази у једном подређеном положају у односу на друге две гране власти, а нарочито у односу на извршну власт. И ја се не слажем када често покушавамо да одредимо степен те подређености. Судство јесте или независно или није независно. Адвокатска комора Србије сматра недопустивим изношење паушалних оцена о раду појединих судија од стране представника извршне власти и стварању неповерења у рад правосудних органа, а да се при томе јавности не предоче никакви докази о таквим тврдњама. Такви покушаји посредног утицаја на суд морају представљати сигнал за узбуну. Сматрамо лошом праксом, и непознавањем темеља правне државе и правног система, појаву да Министарство унутрашњих послова критикује рад судства, јер ствар може бити само обрнута – једино је суд властан да цени да ли докази које су тужилаштво и полиција прикупили могу да издрже судску проверу. Међутим, и само правосуђе мора, са своје стране, да покаже већи степен интегритета и независности и борбе за поштовање основних принципа свог позива. Дакле, потребно је учинити посебан

напор у том правцу, и у том смислу судство ужива сваку подршку адвокатуре. Јер, јасно је: независност судства је најважнија ствар у једној држави, услов без кога се не може, и та се тековина, тај се принцип не може надоместити нити привредним растом, нити евентуалним напретком у другим друштвеним областима.

Сведоци смо, ових дана, једне олако обећане брзине у погледу измена кривичног законодавства. Управни одбор Адвокатске коморе Србије није желео да цени оправданост увођења потпуно нових санкција и кривичних дела у наш казнени систем из простог разлога што ми немамо обичај да се изјашњавамо у погледу изјава државних званичника, већ једино у погледу образложених, званичних предлога. Али Управни одбор је јасно изнео свој став да је против тога да се овакве тектонске промене, које захтевају измену више закона, врше у кратком року, без претходно спроведене јавне расправе. То није добро, и то би значило да су ове измене резултат декрета, а не образложеног мишљења струке, а надам се да то није била намера подносиоца иницијативе. Ипак, драго нам је што је Министарство правде успорило тај процес, што је формирало радну групу, у коју је позвало представнике адвокатуре и ми ћемо се, на основу мишљења наших познавалаца материје, изјаснити у вези с тим предлозима.

Када разматрамо однос полиције и тужилаштва према судству, мислим да тужилаштво и полиција морају превасходно да се сконцентришу на правовремено и ефикасно откривање кривичних дела и процесуирање учинилаца, јер је то најбоља порука грађанима да систем функционише. Ако говоримо о ономе што тишти адвокате у овом погледу, поновићемо да се од 55 случајева напада на адвокате у последњих десет година, на прсте једне руке могу набројати они који су добили судски епилог. Увидом у тих 55 предмета ми смо утврдили да је проблем у функционисању тужилаштва и полиције, односно да тужилаштво, као орган који руководи истрагом, не показује довољно иницијативе и не користи она овлашћења према полицији која има према Закону о кривичном поступку.

Наравно, желим јасно да истакнем и то да је Министарство правде у својим саопштењима подржало адвокатуру, што је можда и први пут да је неки представник државне власти оценио адвокатуру као један од стубова правне државе и рекао да је напад на адвокате напад на правни систем. Позитиван корак је и то што представници Министарства заједно са нама раде на унапређењу кривичноправне заштите адвоката, увођењем посебног кривичног дела Напад на адвокате.

Ако бих желео, све што је важно рећи у овој свечаној прилици, да сведем на једну поруку, на један појам, на један адвокатски идеал који најбоље одржава наше тежње и жеље – онда бих рекао да је то појам

слободе. Из ње све извире. Ако имамо слободу, то мора значити да имамо правну државу. Ако имамо правну државу, то значи да имамо слободног грађанина. Ако имамо слободног грађанина, онда се негде подразумева да је то просвећени грађанин. Ако је грађанин просвећен, онда он има свест о себи као центру система и не дозвољава било какву врсту агресије према његовим зајемченим правима. Ја мислим да овај идеал није толико утопијски и мислим да наше друштво осећа један такав циљ. И наш народ је, управо због својих слободарских, државотворних и демократских традиција, успео да се уврсти у ред великих народа, без обзира на своју малобројност.

Другим речима, наша основна порука је: Само правна држава, која је заснована на поштовању зајемчених права и слобода њених грађана, која има слободне институције, која има независно судство и независну адвокатуру, која има слободне медије, која има уређене унутрашње односе, која има уређен систем, која има стабилност, дакле – само таква држава може у пуном капацитету остваривати интересе овог друштва. За то нам не треба ни новац, ни налози Европске уније, ни Венецијанска комисија – за то нам је потребна једино политичка воља и одлука овог друштва да се трансформише у овом правцу.

И, на самом крају, неколико речи и о нама. И сама адвокатура у предстојећем периоду мора себе припремити и изменити на много начина – и то и због себе и због наших грађана. Она се мора изборити за добар Закон о адвокатури и ми у том смислу имамо договор са Министарством правде да радна група, која буде сачињавала Нацрт овог закона, буде састављена већином од адвоката. Адвокатура се мора едуковати, унапређивати свој коморски рад и, највише од свега, сачувати своју независност као самосталне и независне професије.

И ја мислим да је адвокатура на добром путу да то и постигне

Хтео бих да подвучем и данас да је Адвокатска комора Србије једна веома снажна организација, која има такву инфраструктуру какву нема нити једна друга организација у друштву, било политичка, било струковна. Ми у сваком нашем граду имамо нашу комору или њену организациону јединицу, која у себи окупља веома паметне људе. И то је једна огромна снага која чека да буде искоришћена на општу корист, за наш заједнички циљ – а то је јачање институција правне државе. Наши грађани треба да знају да уз себе имају своје адвокате и да ће адвокатура и даље бити последњи бранилац њихових зајемчених права и последња брана било какве узурпације тих права, од било кога.

У то име, за крај ћу поновити ону реченицу с почетка овог обраћања: Срећан је онај који се опире!

UDK

Вида Петровић Шкоро

дипломирани правник*

О НАЦРТУ АМАНДМАНА НА УСТАВНЕ ОДРЕДБЕ О ПРАВОСУЂУ И О МИШЉЕЊУ ВЕНЕЦИЈАНСКЕ КОМИСИЈЕ О НАЦРТУ АМАНДМАНА

Сажетак

У тексту се анализирају све верзије Нацрта амандмана на Устав Републике Србије у одредбама о правосуђу, уз осврт на неформални процес у коме се радило на њиховом доношењу. Анализира се Мишљење Венецијанске комисије о Нацрту амандмана, колико су прихваћене дате примедбе и сугестије да би се остварио жељени циљ: деполитизација правосуђа, јачање независности судства и отклањање утицаја других грана власти на правосуђе. Разматран је проблем да ли ће предложена решења за промене Устава са прихватањем минимума стандарда бити довољна мера за обезбеђење владавине права и независности судства.

Кључне речи: Устав, Нацрт амандмана, деполитизација правосуђа, Високи савет судства, Венецијанска комисија, Правосудна академија, независност судства.

* Ранији председник Врховног суда Србије.

I. Увод

Важећи Устав Републике Србије,¹ у Начелима, одређује носиоце суверености и наводи да сувереност потиче од грађана који је врше референдумом, народном иницијативом и преко својих слободно изабраних представника.²

Мора се поменути како је текла процедура усвајања важећег Устава. Није било јавне расправе о нацрту Устава. Народна скупштина га је усвојила 30. септембра 2006. године. Референдум за усвајање уместо једног, трајао је два дана, 28. и 29. октобра 2006. године, што је довело у питање вољу грађана и проблем суверености. Након што је усвојен, Устав је достављен на мишљење Венецијанској комисији (ВК) која је дала примедбе о начину регулisaња поделе власти и независности судске власти. Указала је на „претерану улогу Народне скупштине (НС) у именовану на функције у правосуђу уопште ... намером да се посланик веже за странку по свим питањима и увек се концентрише претерана власт у рукама партијског вођства, чиме се појачава ризик стварања правосудног система у коме су све функције подељене између политичких странака и ствара се озбиљна опасност да ће политичке странке контролисати судство”.³ Имајући у виду да се сви чланови Високог савета судства (ВСС) којих има једанаест (осам изборних чланова: шест судија, представник адвокатуре и професор правног факултета, те чланови по функцији: председник Врховног касационог суда (ВКС), министар правде и председник скупштинског одбора за правосуђе) бирају посредно или непосредно у НС, ВК је навела да је „ово рецепт за политизацију судства”.⁴

Држава је 2013. године Националном стратегијом реформе правосуђа⁵ утврдила потребу за променом Устава у циљу јачања независности правосуђа, деполитизације и отклањања могућег утицаја других грана власти у поступцима избора и разрешења судија и председника судова, јавних тужилаца и заменика и чланова ВСС и Државног већа тужилаца (ДВТ). Приоритетни циљ Стратегије је био стварање квалитетног судства и враћање поверења грађана у ову грану власти која

¹ Устав Републике Србије – Устав, *Службени гласник РС*, бр.98/2006.

² Устав, чл. 2 ст. 1.

³ Мишљење Европске комисије за демократију путем права о Уставу РС бр.405/2006, ЦДЛ-АД (2007)004, доступно на: http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Opinion_ef.asp?L=E&OID=405, 1. 12. 2018.

⁴ *Ibid.*

⁵ Национална стратегија реформе правосуђа за период 2013–2018, *Службени гласник РС*, бр. 57/13.

обезбеђује заштиту права и владавину права. Влада је усвојила Акциони план за спровођење Националне стратегије реформе правосуђа⁶ и Акциони план за Поглавље 23 (преговарачко поглавље за приступ Европској унији које третира област правосуђа) којим се држава обавезала да измени Устав.

Стручна јавност, струковна удружења и цивилно друштво, конституционалисти, сматрали су да би било могуће и целисходније, само изменама закона, постићи циљеве реформе правосуђа. Уколико би то било неприхватљиво, предлагано је да се приступи доношењу новог Устава, имајући у виду нужну потребу да се у поступку придруживања морају регулисати, прецизирати или доносити нове уставне норме које морају бити усклађене. Међутим, за овакво решење није било политичке воље.

Половином 2017. године Министарство правде (МП) и Канцеларија за сарадњу са цивилним друштвом Владе РС позвали су струковна удружења и организације цивилног друштва, све адвокатске коморе, државне и приватне факултете, те научне институте да доставе у писменој форми предлоге за измену Устава у области правосуђа и наведу који међународни акти су битни за регулисање стандарда судске независности. Започет је тзв. консултативни процес на скупу у Београду, са правом учесника на петоминутно излагање ради представљања достављеног и објављеног предлога. Током овог дела процеса, без стварне јавне дебате, одржана су још четири округла стола од јула до новембра 2017. године. Изнете су тврдње „да НС и Влада не врше никакве притиске на правосуђе и да су оне, заправо, гарант његове независности”, затим да је „опасно [је] да се из поступка избора судија и тужилаца искључе Влада и Парламент, јер се пресуде доносе у име народа”, као и да „Министарство није по Уставу било у обавези за дијалог”, већ да се „зна ко може да мења Устав, а нигде не пише да су то организације цивилног друштва” (посланик НС). Наведено је да је „инкорпорација Академије у Устав једини пут и то је захтев Европске комисије”, као и да „састав ВСС и ДВТ представљају секундарно питање”. Изнета је и тврдња да је „независност судства фетишизам, идеолошки мит, да је расправа о њој изнедрила судијске јуришнике, који се понашају као да су изнад свега и желе у Советима већину судија и тужилаца”, те да су „предлози тужилаца и судија смешни” (специјални саветник у МП). „Судије желе да одлучују како им се ћеифне ... правосуђе је друштво са

⁶ Акциони план за спровођење националне стратегије реформе правосуђа за период 2013–2018. године, *Службени гласник РС*, бр. 71/13,55/14; Закључак о прихватању ревидираног Акционог плана за спровођење Националне стратегије реформе правосуђа за период 2013–2018.године, *Службени гласник РС*, бр. 106/16.

ограниченом одговорношћу, а судије желе занатску радњу” (помоћник министра правде на челу преговарачке групе за Поглавље 23).⁷

Имајући у виду ток и начин вођења консултативног процеса, удружења су се путем саопштења за јавност обратила грађанима РС, указујући им на значај независног правосуђа за владавину права и демократско друштво. Позвали су извршну и законодавну власт да о изменама Устава отворено дебатују, да се и јавност укључи у дебату, а да медији посвете посебну пажњу објективном извештавању о процесу измене Устава.⁸ МП није реаговало на апеле за транспарентност процеса, па је већи број удружења напустило консултативни процес.

II. Рад на измени Устава и пропусти

1. Радни текст Амандмана

Јануара 2018. године на сајту МП објављен је радни текст амандмана на Устав у делу који се односи на правосуђе. До окончања дискусије о радном тексту, јавност није била упозната ко је његов творац; није се знало да ли је формирана стручна радна група, ко су њени чланови. На последњем скупу одржаном у Београду 5. марта 2018. године у дискусији о Радном тексту амандмана Министарка правде обавестила је јавност да су радни текст сачинили запослени у МП, без посебно формиране радне групе. Први пут стручњаци из области уставног права нити су консултовани, нити су учествовали у стварању текста Амандмана на Устав, најважнији правни акта земље.

Скоро једногласне критике на поједина решења у тексту Амандмана коментарисане су неприкладно од стране посланика у смислу да „можемо да мислимо и причамо шта хоћемо, једино је битно да направимо уставне промене које треба да прихвати ВК и потом Европска унија због политичких потреба”. Више није постојала политичка воља за реформу спрам стварних потреба и разрешења конкретних проблема, да би се грађанима обезбедило право на суђење пред непристрасним судом. Исто тако је процес „улагања у себе” имплементацијом европских вредности, већ се приступило променама које су нас враћале уназад, уз лош покушај задовољења форме, без образложења за предложена решења. Уз поједине амандмане наведени су фрагменти мишљења ВК дати за Уставе, али и законе других држава, без образложења како је процењено да су управо

⁷ Записници са одржаних скупова сачињених на основу аудио снимка организатора могу се видети на сајту Друштва судија <http://www.sudije.rs>, 1. 12. 2018.

⁸ Документ доступан на <http://www.sudije.rs/index.php/aktuelnosti>, 1. 12. 2018.

она адекватно решење за нашу земљу. Изнете су нетачне тврдње да ВК формулише стандарде. Понављана је аргументација „да нема поделе власти ако судство има одговорност искључиво према самом себи. Судије суде како ко хоће, одузимају децу, паре, посао, шаљу грађане у затвор, а без икакве одговорности било коме. Законодавна и извршна власт означене су као потребни и нужни контролори судства ради заштите грађана и што ће свакако разумети они који су имали посла са судовима”⁹. Начело поделе власти остало је само у уставној текстуалној прокламацији, заборављено у реторици. Током расправа, судијама је прећено, урушаван им је углед, изношене су увредљиве поруке.

Текстом Амандмана је укинут пробни мандат судија који је кршио начело сталности судијске функције и сви избори судија и председника прешли су у надлежност ВСС. Однос три гране власти није регулисан. Изостављене су одредбе које су предвиђале да су судске одлуке обавезне за све и да не могу бити предмет вансудске контроле,¹⁰ којима је прописано да је сваки утицај на судију у вршењу судске функције забрањен.¹¹ Судска власт је остала недефинисана. Нису предвиђене материјалне гаранције независности. Носиоцима правосудних функција није зајемчена слобода удруживања. Смањена је садржина гаранције непреместивости судија и заменика тужилаца. Начин избора чланова Савета, њихове надлежности, могућност њиховог распуштања, те чињеница да све несудијске и нетужилачке чланове бира НС, додатно су допринели могућности политизације правосуђа. Број чланова ВСС је паран, има их десет, пет судија и пет „истакнутих правника” из чијих редова се бира председник Савета који има одлучујући „златан глас”, те су судије при гласању суштински у мањини. Први избор за судију или заменика јавног тужиоца могућ је само од кандидата са завршеном Правосудном академијом (ПА), па је улога Савета минимализована. Избор полазника ПА није у надлежности Савета, него органа Академије који немају гаранције независности. Коришћени су нови, недефинисани појмови попут „истакнути правник” и „приватна функција”. Министар правде, носилац извршне власти, може и да покреће дисциплинске поступке против носилаца правосудних функција. Увођење „судске праксе” као извора права, о којој ће бити усвојен посебан закон, представља ретроградно решење. Уједначење судске праксе може се вршити по процени несудских органа (према предвиђању из Акционог плана, то ће чинити сертификациона комисија).

⁹ <https://Naslovi.net> 15. 2. 2018; rs.n1 info.com emisija „Dan uživo”.

¹⁰ Устав, члан 145, став 3.

¹¹ Устав, члан 149, члан 2.

Тужилаштво остаје самостални орган, без гаранција функционалне независности у односу на извршну и законодавну власт, што омогућава политички утицај. Врховног јавног тужиоца и све остале јавне тужиоце и даље бира НС већином коју обезбеђује скупштинска владајућа већина. ВСТ јамчи самосталност само институцији тужилаштва, што је корак уназад у односу на постојеће решење по коме ДВТ обезбеђује и гарантује самосталност јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца. Савет чини једанаест чланова: четири заменика јавних тужилаца, пет „истакнутих правника“, Врховни јавни тужилац Србије и министар надлежан за правосуђе.

О радном тексту амандмана у писаним мишљењима и анализама негативно су се изјаснила струковна удружења судија и тужилаца, судијских и тужилачких сарадника и приправника, ВКС, ВСС, ДВТ, већи број судова. Исту оцену дало је и петнаест професора уставног права, теорије државе и права и судско-организационог права на скупу „Јавно слушање професора“ одржаном 20. фебруара 2018. године,¹² Јединствен предлог изнет у овим изјашњењима је био да се Радни текст уставних амандмана у потпуности повуче, због неприхватљивих решења и битних номотехничких пропуста. Исказан је став да нема могућности исправљања оваквог Радног текста. Предложено је од свих наведених институција, удружења и еминентних конституционалиста да се приступи формирању стручне радне групе која ће сачинити нови радни текст.

2. Нацрт амандмана

Предлог за израду новог Радног текста Уставних амандмана није усвојен. МП је сачинило Нацрт амандмана и објавило га на сајту Министарства.¹³ Мишљење и предлози струке у суштинским стварима нису уважени. Извршене су извесна побољшања у односу на Радни текст амандмана, који, међутим, и даље не даје гаранције за онемогућавање политичких утицаја на правосуђе. Измене су биле непотпуне, недовољно прецизне. Без могућности давања било каквих сугестија на његову садржину, Нацрт је достављен на мишљење ВК без образложења. Министарка правде је на заседању ВК усмено образлагала поднети Нацрт амандмана, што ни стручна ни општа јавност у Србији није имала могућност да прати. Стога је и остала ускраћена за аутентично образложење предложених решења и зашто су управо Амандмани такве

¹² https://www.youtube.com/watch?v=_s-IA84mZMI.

¹³ Радне верзије прописа – Министарство правде; <https://www.gov.rs>

садржине прихваћени као најбоље решење за циљ реформи, деполитизацију и обезбеђење независног и одговорног правосуђа.

3. Садржина Нацрта амандмана

МП је у нацрту формулисало XXIX амандмана као саставни део Устава, за чије спровођење се доноси уставни закон.

а) Чеџа нема у Нацрту амандмана, а требало би да у њему нађе место

МП и даље није прецизирало одредбе које регулишу уређење и поделу власти на законодавну, извршну и судску. Устав утврђује да је њихов однос заснован на равнотежи и међусобној контроли, а у истој одредби утврђује да је судска власт независна.¹⁴ Ову одредбу требало је регулисати прецизније, с обзиром на изнете тврдње да је потребно да „претерано независно”, „отуђено”, „недовољно одговорно” судство мора бити контролисано.¹⁵ Одредба њеним језичким тумачењем омогућава политички утицај на судство, поготово што у Уставу, а ни у Нацрту амандмана, нису у потребној мери предвиђене праве гаранције независности судства (институционалне, организационих, персоналне, процесне), што угрожава владавину права;¹⁶ садржина ове одредбе у супротности је и са одредбом да судску одлуку може преиспитивати само законом предвиђен суд у законом одређеном поступку.¹⁷ Стиче се утисак да се омогућава вансудска контрола пресуда, што се у пракси све више и дешава, уз позивање на уставна овлашћења да се мора вршити контрола судске власти.

¹⁴ Устав, чл. 4.

¹⁵ У мишљењу ВК о сада важећем Уставу (ЦДЛ-АД, 2007, 004), наводи се следеће: „чини се да је намера да се посланик веже за странку по свим питањима и увек. Ово је озбиљно кршење слободе посланика на изражавање својих погледа о ваљаности предлога или радње. Тиме се концентрише претерана власт у рукама партијског вођства. Ово је још више забрињавајуће услед претеране улоге Народне скупштине у именованима на функције у правосуђу уопште, а посебно у поступку реизбора. Тиме се појачава ризик стварања правосудног система у коме су све функције подељене између политичких странака.” Ово је поново актуелан проблем с обзиром да није предложена промена чл. 102 ст. 2 Устава, нити отклоњена могућност поновног реизбора, осим за судије Врховног суда.

¹⁶ ВК наводи да је „у новим демократијама потребно да постоје експлицитне уставне одредбе као заштита у смислу да спрече да друге власти у држави имају политичку моћ код именовања судија”, ВК-подкомисија за судство, избор судија (ЦДЛ-ЈД(2007)001рев).

¹⁷ Амандман III ст. 4 Нацрта амандмана на Устав.

Нацртом амандмана нису регулисане врсте судова. Устав препознаје само Врховни суд (ВС); остали судови се оснивају и укидају законом.¹⁸ ВК је у мишљењу о важећем Уставу¹⁹ дала препоруку да би било пожељно да се у уставу означе врсте судова, а у Нацрту је прихваћено решење које није у складу са препоруком. Ово је од посебног значаја с обзиром на искуство да је, након доношења важећег Устава и спровођењем Уставног закона, извршен општи реизбор свих судија и тужилаца, уз образложење да су Законом конституисане нове врсте судова. Радило се углавном о промени имена судова, који су остали са истим надлежностима, па је и реизбор био политички мотивисан, без постављања стварних критеријума. Сада је отворен правни пут да се понови исти процес. У Нацрту текста Уставног закона достављеном ВК наводи се да ће само судије и судско особље ВКС и заменици и тужилачко особље Републичког јавног тужилаштва наставити своје функције и радни однос у ВС, тј. ВЈТ. У погледу статуса осталих носилаца правосудних функција, ни судско ни тужилачко особље нема никакве извесности. Сигнали, без јасног образложења, не могу представљати правну сигурност, нити гаранتيју да реизбора неће бити.

Уставом није дефинисана судска власт, за разлику од законодавне²⁰ и извршне²¹ власти. Нацртом амандмана предвиђа се да судска власт припада судовима, као самосталним и независним државним органима.²² Судови Нацртом амандмана постају државни органи, иако ВК говори о судским органима и каже да „само суд може бити судски орган”.²³ Имајући у виду како се одређују друге институције које су носиоци других грана власти и које, без икакве дискусије и образложења, добијају нову категоризацију, те које ће у потпуности бити уређене законима који се могу доносити или мењати под условима битно лакшим него за промену Устава, не смемо превидети све чешћу праксу НС да се закони усвајају по хитној процедури и када за то не постоје нарочито оправдани разлози,²⁴ или закони са повратним дејством и када није општи интерес за такво дејство утврђен при доношењу закона.²⁵

¹⁸ Амандман IV ст.1 Нацрта амандмана на Устав.

¹⁹ Мишљење ВК, ЦДЛ-АД (2007)004.

²⁰ Устав, чл. 98 и 99.

²¹ Устав, чл. 98 и 99.

²² Амандман III, ст. 1 Нацрта амандмана на Устав.

²³ ВК, Мишљење бр. 70.

²⁴ Устав, чл. 196 ст. 4.

²⁵ Устав, чл. 197 ст. 2.

Нацртом амандмана није регулисан однос судова и Уставног суда. Ценећи начин избора судија Уставног суда,²⁶ не може се рећи да су му обезбеђене гаранције независности. Уставни суд одлучује о жалбама судија на одлуке ВСС у вези са престанком судијске функције. Одлучујући о уставним жалбама, Уставни суд има овлашћења да поништава судске одлуке, за шта му се морају обезбедити гаранције независности. Остало је и нерегулисано разграничење надлежности код заштите појединих људских права по уставним жалбама, и нерешено питање одлучивања о сукобу надлежности.

Изостала је и уставно регулисање битне гаранције – материјалне независности и судског система (судски буџет)²⁷ и судија.²⁸ Ове гаранције су регулисане бројним међународним стандардима које МП није уградилу у Нацрт амандмана.

Право на удруживање судија није ни у Уставу ни у Нацрту амандмана експлицитно прописано. Ова веома битна гаранција независности у нашој земљи често је кршена и нужно је да се уставно регулише.²⁹

б) Садржина Нацрта амандмана

Поред бројних, аргументованих критика Радног текста амандмана, он је остао као приоритетни основ за Нацрт амандмана. У Нацрт је враћена одредба да је забрањен сваки притисак на судију у вршењу судијске функције; нема више енигматичног појма „приватне функције”; нема више ни „златног гласа” председника ВСС. Унета су нека нова решења која нису била предмет оцене и дискусије, без икаквог образложења. Уочавају се непрецизности у тексту, недопустиве за сваки правни акт, а поготову за највиши, који треба да представља темељ владавине права у држави.

²⁶ По чл. 172 Устава, све судије Уставног суда су посредно или непосредно изабране од Народне скупштине: 5 бира НС од 10 кандидата предложених од председника Републике, 5 именује председик Републике од 10 предложених кандидата од НС и од 10 кандидата предложених од ВСС, који је изабран посредно или непосредно од НС, именује 5 ВКС.

²⁷ Препорука Р(94)12 Ком. Мин.СЕ: „... обавеза државе је да обезбеди одговарајућа средства и омогући судству да правилно обавља своју функцију”.

²⁸ Препорука Р(94)12 Ком.Мин.СЕ: „Одговарајућа накнада треба да одговара достојанству професије и терету одговорности”; Европска повеља о закону за судије: „Висину пензије и право на пензију – износ мора бити приближан последњој судској плати”, (ст. 6.4).

²⁹ Европска повеља о закону за судије (ст. 1.7); Препорука Р(94)12 Ком.Мин.СЕ; Основна начела о независности судија (тач. 7 и 9).

Садржина Амандмана, према Нацрту, може бити узрок смањења достигнутог нивоа независности и судства и судија. И даље је у надлежности НС да бира и разрешава пет чланова ВСС, пет чланова ВСТ, Врховног јавног тужиоца Србије и јавне тужиоце.³⁰ Чланови ВСС и ВСТ бираће се већином од три петине гласова свих народних посланика (150 посланика), а ако тако не буду сви изабрани, преостали се у наредних десет дана бирају већином од пет деветина гласова свих народних посланика (138,8 посланика) с којом се и разрешавају.³¹ Није дато образложење зашто је уведена ова минимална квалификована већина гласова само за избор чланова Савета која ће омогућити владајућој већини у НС да обезбеди политизацију Савета којима је једна од основних надлежности избор и разрешење правосудних функционера. Питање је да ли језичка нејасноћа представља стварну вољу творца Нацрта амандмана да ће се чланови Савета разрешавати са мањом већином од оне која је била потребна за њихов избор.

Уколико НС не успе да изврши избор свих чланова Савета, избор ће после 15 дана извршити комисија од 5 чланова коју чине председник НС, председник Уставног суда, председник Врховног суда Србије, Врховни јавни тужилац Србије и Заштитник грађана, већином гласова.³² Избор истакнутих правника у Савете биће могућ са само три гласа комисије. ВСТ ће имати 11 чланова: 4 заменика тужиоца, 5 истакнутих правника, Врховни јавни тужилац Србије и министар надлежан за правосуђе. Супротно Националној стратегији, Акционом плану и међународних стандардима, у саставу овога Савета предвиђено је мање од половине заменика тужилаца, а све остале чланове бираће НС.

МП допуњава Нацрт амандмана тиме да се истакнутим правником сматра дипломирани правник са положеним правосудним испитом који има најмање десет година радног искуства у правној области из надлежности ВСС, тј. ВСТ, који се доказао стручним радом и ужива лични углед.³³ Овакви услови скоро да елиминишу већину истакнутих професора правних факултета, који немају положен правосудни испит, и адвоката, који не испуњавају други прописани услов, да могу бити чланови Савета. То не би допринело нити деполитизацији, нити ојачавању независности правосуђа.

Решење да је број чланова ВСС паран, а да се његов председник бира из редова истакнутих правника, очигледно је производ воље да се обе-

³⁰ Нацрт амандмана I, ст. 2 тач. 3.

³¹ Нацрт амандмана II, ст. 2 тач.4.

³² Нацрт амандмана XIII, ст. 2 и Амандман аXIII, ст. 2.

³³ Нацрт амандмана XIII, ст. 2 и Амандман XXVI, ст. 1.

збеди само минимум стандарда да у Савету мора да буде најмање половина судија, и да је смањен достигнути ниво права (у садашњем саставу ВСС има 11 чланова, 7 су судије). Уведена је још једна новина која погодује могућим притисцима – у случају да ВСС не одлучи у законом одређеним питањима из своје надлежности у року од 30 дана од дана када је о томе први пут одлучивао, свим члановима ВСС престаје мандат.³⁴ С обзиром на паран број чланова ВСС, овакав случај може бити чест и за последицу ће имати поновне изборе свих чланова. Резултат оваквог решења може бити изнуђено доношење одлука, да не би дошло до престанка мандата и понављања избора.

Надлежност ВСС у погледу избора и дисциплинске одговорности предвиђена је само на формалан начин. Лице које се први пут бира за судију у судовима који имају искључиву првостепену надлежност може бити изабрано само ако је окончало један од видова законом предвиђене обуке у институцији за обуку у правосуђу.³⁵ У Србији постоји само једна оваква институција, Правосудна академија (ПА), која нема све гаранције независности – нема потребан буџет да самостално обезбеди спровођење свих законом предвиђених активности, капацитет јој је недовољан да обезбеди све врсте обука које су по закону у њеној надлежности., а начин избора органа ПА указује на утицај других грана власти. Оваква уставно одређење критеријума за први избор судија и тужилаца би обесмислило функцију ВСС и ВСТ за ову врсту избора. Савети би имали само административну улогу да утврде да ли кандидати испуњавају овај услов који би био једино битан. У неједнаком положају би се нашао велики број квалитетних сарадника који раде у судовима и тужилаштвима, често и преко десет година; они ће морати да постану полазници почетне обуке, да би тек после још три године стекли услов да конкуришу за први избор на неку правосудну функцију, док је друга могућност да одлуче да напусте правосуђе. ПА не сме бити злоупотребљена зарад политизације првог избора носилаца правосудних функција. И ово решење није обрложено и остало је нејасно у чему је нужност да ова институција постане, прво, уставна категорија, па тек потом да се разреши сва спорна питања у начину њеног функционисања. Ово је несхватљиво и када се зна да је земље са развијеним системима рада академије нису уврстиле у уставну категорију (осим Албаније). Жеља да овај услов за избор судија и тужилаца постане апсолутно приоритетан, указује на бојазан да управо институција која треба да обезбеди квалитет будућих правосудних ка-

³⁴ Нацрт амандмана XVI, ст. 3.

³⁵ Нацрт амандмана VI, ст. 2.

дрова буде и канал политичког утицаја за избор који је са НС измештен формално на ВСС и ВСТ, а који и даље неће бити стварно власни у поступку избора.

Надлежност ВСС³⁶ и ВСТ³⁷ фактички је ограничена. Побројане надлежности су веома сужене, непрецизно одређене, мање или више битне. Нацртом амандмана се ово мора прецизирати да би Савети остваривали своју улогу. Исти коментар важи и за одредбе о имунитету чланова ВСС³⁸ и чланова ВСТ³⁹.

Начела о судовима утврђена су у једноме Амандману, уз две новине. Судови су означени као самостални и независни државни органи.⁴⁰ Овакво опредељење изискује опсежну стручну дискусију и мишљење стручњака за уставно право у смислу да ли је то стварно одређење носилаца судске власти. Поред тога, потпуно непрецизно и крајње упитно решење је да у суђењу, поред судија поротника, могу да учествују и судијски помоћници.⁴¹ Судија поротник је „судија лаик” са једнаким правом гласа у доношењу судске одлуке као и професионални судија, док судијски помоћник нема таква права те се овако непрецизном одредбом може довести у питање да ли је грађанима угрожено право на правично суђење у поступку у коме ће да учествује судијски помоћник.

Један од најспорнијих Амандмана у рубруму је означен као „Независност судија”.⁴² Наводи се да је судија независан и суди на основу Устава, потврђених међународних уговора, закона и других општих аката. Ако се погледа како је Уставом регулисана хијерархија домаћих и међународних општих правних аката, може се утврдити да су потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права део правног поретка Републике Србије.⁴³ И приликом одређивања начела Устава, код међународних односа, наводи се да су општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике и да се непосредно примењују.⁴⁴ Очигледна неусаглашеност текста Нацрта амандмана са постојећим уставним одредбама у овом погледу указује да судија при суђењу неће примењивати општеприхваћена правила међународног права, и ако је

³⁶ Нацрт амандмана XII.

³⁷ Нацрт амандмана XXV.

³⁸ Нацрт амандмана XVII, ст. 1.

³⁹ Нацрт амандмана XXIX, ст. 1.

⁴⁰ Нацрт амандмана III, ст. 1.

⁴¹ Нацрт амандмана III, ст. 7.

⁴² Нацрт амандмана V.

⁴³ Устав, чл. 194 ст. 4.

⁴⁴ Устав, чл. 16 ст. 2.

основним уставним текстом утврђено да су она саставни део правног поретка Републике. Оваква недоследност у формулисању уставних норми је недопустива.

Истим Амандманом који, према Нацрту, регулише независност судија, наводи се да се законом уређује начин на који се обезбеђује јединствена примена закона од стране судова.⁴⁵ Амандманом са рубромом „Врховни суд Србије”,⁴⁶ утврђује се да је Врховни суд највиши суд у Републици Србији, те да он обезбеђује јединствену примену закона од стране судова. То му је уједно и једино наведена надлежност у Нацрту амандмана. Чудно је да јединствена судска пракса представља категорију независности судија; још веће је питање како ће законодавна власт, НС, у чијој је надлежности доношење свих закона, уредити обезбеђење јединствене примене закона. Очигледно је да ће НС, према Нацрту амандмана, добити велику контролну улогу независне судске власти и да се управо у овим решењима може наћи одговор на питање зашто није прихваћен предлог да се регулише садржина чл. 4 Устава, који уређује поделу власти. Подела власти се и кроз овакав Амандман у потпуности занемарује. Слободно судијско уверење, које се формира на основу конкретних чињеница у сваком поступку, постаће илузорно. Ако се законом буду уједначиле све врсте судских одлука, законодавна власт ће фактички преузети надлежност ВС. Овакво решење представљаће далеко већи проблем од сада постојећег. Неуједначеност судске праксе постаје проблем који се мора решавати, али у границама судске власти. О овоме се ВК више пута изјашњавала у својим мишљењима, решење овога проблема МП је могло да потражи и у препорукама Комитета министара, а пре свега у писаним мишљењима и јавним дискусијама домаће стручне јавности која очигледно нису разматрана.

Непрецизни су и ставови у Нацрту Амандмана који се односе на престанак судијске функције и функције заменика јавног тужиоца због разрешења. Они се морају битно прецизније формулисати.

Непреместивост судија, по Нацрту амандмана⁴⁷ представља могућност за злоупотребу овог права. Премештај судије у други суд без његове сагласност предвиђено је у случају укидања суда или претежног дела надлежности суда у који је изабран. Притом се не одређује шта је укидање претежног дела надлежности, да ли премештање може да буде извршено у други град, у суд различитог нивоа или друге врсте. Овакво

⁴⁵ Нацрт амандмана V, ст. 3.

⁴⁶ Нацрт амандмана X, ст. 2.

⁴⁷ Нацрт амандмана VIII, ст. 2.

ограничење права, које је изузетак, мора бити суштински прецизирано на истом месту у коме је предвиђено.

Иста примедба односи се и на питање неспојивости судијске функције⁴⁸ и функције јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца.⁴⁹ Нацртом амандмана се забрањује политичко деловање судија и председника судова. Имајући у виду да се у пракси тумачило да у неким ситуацијама чак и чланство у струковним удружењима представља политичко деловање, ова одредба мора да се прецизира да би се избегла злоупотреба тумачења од случаја до случаја односно да би се поставило опште правило које обезбеђује правну сигурност.

Веома сличне примедбе и предлоге на Нацрт амандмана су, пре ВК, дале највише правосудне институције у Србији, већи број нижестепених судова, струковна удружења и организације цивилног друштва. Критички осврт дало је и Консултативно веће европских судија,⁵⁰ Консултативно веће европских тужилаца и међународна удружења судија. МП их није прихватило, нити се осврнуло на бројне достављене међународне акте, мишљења и препоруке.

4. Мишљење Венецијанске комисије бр. 921/2018⁵¹

а) Уводни коментар

Министарка правде је 13. априла 2018. године упутила ВК захтев за мишљење о Нацрту амандмана који је усвојила Влада Србије. У захтеву је наведено да ће НС покренути формални процес измене Устава након усвајања мишљења ВК.

У уводу мишљења ВК је разјаснила дилеме око улоге г. Џејмса Хамилтона, и информације МП датој домаћој јавности у уводним напоменама Нацрта амандмана, да је текст сачињен у сарадњи са њим. Образложено је да је МП новембра 2017. године од ВК затражило помоћ у изради уставних амандмана који се односе на правосуђе. ВК је именовала г. Хамилтона, бившег члана ВК, да присуствује састанцима са МП и дру-

⁴⁸ Нацрт амандмана IX, ст. 3.

⁴⁹ Нацрт амандмана XXIV, ст. 3.

⁵⁰ Мишљење од 14. маја 2018. године у коме је наведено да предложене измене Устава могу бити веома опасне по судијску независност.

⁵¹ Ово мишљење ВК је усвојила на својој 115. пленарној седници (Венеција, 22–23. јуна 2018. године) након разматрања Подкомисије за правосуђе (21. јуна 2018. године) и размене ставова са министром правде Србије; доступно на линку www.venice.coe.int, на страни радне верзије прописа – Министарство правде <https://www.mpravde.gov.rs>, те и на сајту друштва судија www.sudijerS.

гим релевантним факторима у циљу пружања помоћи у изради предлога. Он није био ангажован као представник ВК, није учествовао у састављању одредаба, већ је пружао савете о претходно израђеном концепту МП. Два пута је посетио Београд и о боравку обавестио ВК у свом извештају

ВК је изразила забринутост да је процес измене Устава Србије започет процесом јавних консултација у не баш најбољој атмосфери. Наведено је да треба постићи заједнички циљ, а то је усклађивање српског правосуђа са европским стандардима. Комисија је подвукла да из тог разлога „подстиче српске власти да не штеде напоре у стварању конструктивне и позитивне атмосфере за јавне консултације...”.

У општим коментарима ВК наводи да је препознала искрене напоре српске владе у тежњама да се, између осталог, у први план стави потреба за испуњењем највишег степена усклађености са најбољом међународном праксом и владавином права.

ВК је на 29 Амандмана дала преко 40 примедби. Указано је на садржину Контролне листе за владавину права по којој: „Правосуђе треба да буде независно. Независност значи да је правосуђе ослобођено спољног притиска и да није предмет политичког утицаја или манипулације, посебно од стране извршне власти. Овај захтев је саставни део демократског принципа поделе власти. Судије не би требало да подлежу политичком утицају или манипулацији.”⁵² ВК стога сматра да садржина чл. 4 важећег Устава, који регулише поделу власти, мора да се мења. Важно је да целокупни систем буде заснован на равнотежи, али да израз „међусобна контрола” изазива забринутост и може довести до политичке контроле над правосуђем. МП је тврдило да „контрола” представља део принципа „*check and balance*”, који судство не жели да прихвати, не уважавајући да независна судска власт која се спроводи кроз судовање и доношење судске одлуке не може бити контролисана од стране извршне и законодавне власти. Мишљење ВК је било да одређена питања, која су, према Нацрту амандмана, укључена у Устав, треба решавати законима и подзаконским актима, а низ других питања за која се упућује на законе, требало би да се нађу у Уставу.

б) Мишљење о Нацрту амандмана

Мишљење ВК је да у погледу „Надлежности НС” и „Начина одлучивања у НС”⁵³ у вези са избором чланова ВСС и ВСТ, ВЈТС и јавних

⁵² Контролна листа за владавину права (ЦДЛ-АД(2016)007, параграф [http://www.venice.coe.int/wbforms/documents/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](http://www.venice.coe.int/wbforms/documents/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e)

⁵³ Нацрт амандман I и II.

тужилаца Нацрт амандмана мора бити измењен у складу са препорукама „да савети треба да имају плуралистички састав са знатним делом, ако не већином чланова које су судије и које бирају или именују њихове колеге судије”. У саставу ових тела „треба постићи равнотежу између независности правосуђа и самоуправе са једне стране и неопходне одговорности правосуђа са друге стране како би се избегли негативни ефекти корпоративизма унутар правосуђа”.⁵⁴

Наводи се да само неколико земаља има савет са парним бројем чланова, дата је препорука да половина чланова буду судије, биране од колега судија. ВК то не сматра проблемом јер се одлуке доносе са најмање шест гласова.⁵⁵ Питање се поставља зашто се истакнутим правником сматрају само они који су положили правосудни испит. Други критеријум за истакнутог правника (десет година радног искуства у правној области из надлежности ВСС) непрецизан је и нејасан по питању сврхе.

ВК главни проблем, као и наша стручна јавност, види у томе што свих пет чланова ВСС из реда истакнутих правника бира НС и то већином од 3/5, што је слаба заштита од могућности да сви буду изабрани од владајуће већине. Указује се и да нема подстицаја владајућој већини да се избор заврши у првом кругу, јер се у другом кругу избор врши са 5/9 гласова, што чини вероватним да ће влада располагати таквом већином. Могућа блокада избора решена је могућношћу да преостале чланове бира петочлана комисија, а ВК сматра да, ради осигурања плурализма унутар ВСС, избор комисије не би требао да се ограничи на предложене кандидате од стране скупштинског одбора. Предложеним решењем би се створила могућност да једна половина чланова ВСС и председник ВСС буду кохерентна група сличних ставова у складу са жељама актуелне владе. Мишљења је да је решење проблематично и да треба наћи друго. ВК предлаже четири опције: 1. обезбеђење пропорционалног изборног система, које омогућава да мањина у скупштини има могућност да бира; 2. могућност да органи који нису под надзором владе (адвокатска комора или правни факултети) именују чланове; 3. Повећање броја судија које бирају колеге; 4. омогућавање да комисија врши избор између кандидата који су се првобитно пријавили НС. Предложена је и могућност *ex officio* чланова ВСС (министар или председник Врховног суда), уз ограничење у одлучивању о премештају и дисциплинским мерама. Мишљење је да

⁵⁴ Извештај о независности правосудног система део I: Независни судија (ЦДЛ-АД(2010) 004) став 32.

⁵⁵ Нацрт Амандмана XII.

овај Амандман није погодан за осигурање плурализма и да је потребно наћи друго решење на основу услова и искуства у земљи.

Састав ВСТ је планиран са једанаест чланова, од којих су четири заменици јавног тужиоца које бирају јавни тужиоци и заменици, пет су истакнути правници бирани на исти начин као иста категорија чланова ВСС, те чланови по функцији: Врховни јавни тужилац Србије и министар правде. ВК сматра да и овде уведени механизам против блокаде покреће исте проблеме који су наведени за ВСС и да их треба ревидирати. Овако предвиђен састав ВСТ изазива забринутост, јер седам његових чланова бира НС. И овде је ВК мишљења да је потребно осигурати плурализам, а постављена питања односно примедбе за судије важе и примењују се и на тужиоце у могућој мери.

Мандат чланова ВСС и председника ВСС⁵⁶ износи 5 година, без могућности поновног избора. ВК сматра да не би било добро да се сви чланови мењају у истој години и предлаже систем ротације. Избор председника из реда истакнутих правника би био могућ само када би већину чланова чиниле судије; стога, у овој ситуацији, ово решење није применљиво. Амандмани не садрже критеријуме за разрешење. То је остављено за закон, што је проблематично. Наводи се да треба ревидирати решење тако да већина гласова за разрешење мора бити већа или бар једнака већини потребној за избор чланова Савета. Критеријуми и процедура за разрешење се не могу препустити закону.

ВК сматра спорним питање престанка мандата свих чланова ВСС ако не донесу одлуку у року од 30 дана (према Нацрту, ако у случају једнаког броја гласова не постоји одлука, мандат ће престати свим члановима). Ово решење може довести до честог распуштања ВСС или убрзаног доношења одлука. ВК указује да су чланови ВСС независни појединци и не би требало да се „групно“ разрешавају. Оваква одредба може довести до неоперативности ВСС, па је мишљење да правила треба преиспитати и избрисати овај став или заострити услове распуштања.

Предлог ВК је да се питање како ће суд судити, као техничка ствар, регулише законом. У погледу учешћа судских помоћника у судским поступцима, њихов статус, улога и надлежност остали су нејасни и треба их дефинисати, а то би било адекватније решити законом. Предлог је и да се овај Амандман допуни одредбама о буџету које су потпуно изостављене у Нацрту. Правосуђе које врши контролу и одговорно је за сопствени буџет, више ће водити рачуна о судском времену, ресурсима и боље пружати услуге правосуђа.

⁵⁶ Нацрт амандмана XIV и XV.

ВК позитивним оцењује сигнал о важности конзистентне судске праксе, али је забринута што се предвиђа да се законом уређује начин на који се обезбеђује јединствена примена закона од стране судова. То је задатак судства, што би повећало и поверење јавности у судове.⁵⁷ Ако законодавац није задовољан тумачењем закона од стране судова, може у том смислу променити закон. ВК је предложила да Врховни суд Србије обезбеђује јединствену примену закона кроз своју судску праксу. ВК је оценила да је МП у нацрту овога Амандмана пренебрегло међународне стандарде, општеприхваћене принципе и мишљење стручне јавности која је указивала на недостатке предложеног решења у погледу контроле судске власти и непоштовања принципа поделе власти.

ВК је оценила да су услови за избор судија веома општег карактера. Једина специфичност је услов за први избор за судију, док је предвиђено да се све остало регулише законом. Комисија је навела да би решење да ПА буде једини „чувар улаза“ у правосуђе било прихватљиво уз обезбеђење ПА од непримереног утицаја, тако што би јој се обезбедио чврст статус у Уставу. Уколико би стварна воља других грана власти била да ПА буде стварни гарант квалитета, а не чувар улаза преко кога се може вршити непримерени утицај на избор, ово решење би било прихватљиво.

Треба напоменути да је капацитет ПА још увек недовољан, а да је неразумљиво то што се не прихвата мишљење битних правосудних институција, државних комисија, науке, да је ово преурањено решење. Инсистирање на предложеном решењу, без стварног образложења разлога за такав став, указује на жељу контролисања првог избора.

Што се тиче разрешења судија, ВК наводи да је нејасан израз „кажњиво дело које га чини недостојним судијске функције“. Предлаже се прецизирање и јасно навођење на које врсте дела се овај критеријум односи. Прави проблем за ВК је израз „нестручно вршење судијске функције“, јер је непрецизан и може се применити и кад судија направи грешку. Нестручност је тешко процењива и, да овај критеријум не би била злоупотребљен, мора бити прецизиран уставним текстом. Разлог који се односи на тежак дисциплински прекршај мора да садржи детаље.⁵⁸ Позитивно се оцењује право на жалбу Уставном суду (став 4) као важна гаранција независности.

⁵⁷ Више у извештају ВК о независности правосуђа – параграф 71–72.

⁵⁸ Види *Oleksandr Volkov v. Ukraine* бр.21722/11, 27 мај 2013, параграфи 182–185; види и: Европску повељу о статусу за судије (1998), параграф 5.1; Заједничко мишљење о предлогу уставног закона о изменама и допунама Устава Грузије (ЦДЛ-АД(2005)003), параграф 105; Мишљење о нацрту амандмана на Устав Киргистана (ЦДЛ-АД(2002)033), параграф 11, став 105.

Позитивно се оцењује и сталност функције заменика јавног тужиоца. Међутим, указује се на нејасност и потребу уношења правила о престанку функције јавног тужиоца.

По мишљењу ВК, непреместивост судија мора се прецизирати у случају премештаја без сагласности у односу на израз „укидање суда или претежног дела надлежности”. Нацрт амандмана се мора допунити да би се осигурао исти износ накнаде и обезбедиле гаранције еквивалентне или сличне позиције приликом премештаја.

Када се говори о неспојивости и „политичком деловању” судија, ВК предлаже да се она јасно дефинише или замени увођењем забране чланства у политичкој странци. Ова препорука је веома битна, јер су се у пракси неке конкретне ситуације, као што су чланство у стручним удружењима, учествовање на јавним правним дебатама и др., карактерисани као политичко деловање судија и када то евидентно није био случај, што је представљао притисак на рад судија.

Према Амандману и Врховни јавни тужилац и јавни тужиоци су одговорни НС која их бира и разрешава. ВК наводи да је ово прихватљиво само за Врховног јавног тужиоца који је одговоран за целокупну политику спровођења закона. Остали тужиоци не могу бити одговорни НС, двострука одговорност може довести до недостатка било какве одговорности. Пошто се мандат Врховном јавном тужиоцу не може поновити, ВК сматра да његов мандат треба продужити. Јавни тужиоци не би требали да имају било какве везе са НС.

в) Закључци Венецијанске комисије

ВК наводи да поздравља Нацрт амандмана и признаје напоре Владе Србије у настојању да оствари свој циљ развоја. Ипак, постоје бројна отворена питања која би требало решити у овом важном процесу измене Устава Србије. Закључци су формулисани кроз 6 група главних препорука које се односе на: 1. састав ВСС и улогу НС (јер Амандман није погодан за осигурање плурализма унутар ВСС, те ВК позива српске власти да пронађу друго решење);⁵⁹ 2. иста препорука је дата за ВСТ; 3. распуштање ВСС (препука је да се наведени став брише односно да се заостре услови за распуштање); 4. разрешење због нестручности у вези са дисциплинском одговорношћу (препука је да би ово питање требало детаљније регулисати); 5. начин на који се обезбеђује примена закона у погледу јединствене судске праксе, те 6. начин избора јавних

⁵⁹ Имајући у виду препоруку за измене, очигледно је да се закључак односи на измену Нацрта амандмана I, став 2, тачка 3, амандмана II став 4 и амандман XIII.

тужилаца и заменика јавних тужилаца. ВК је указала да одредбе Нацрта амандмана треба размотрити и допунити према препорукама у њеном мишљењу.

Већ је наведено да су веома сличне, критичке примедбе и предлоге у погледу Нацрта амандмана, и пре ВК, дале највише правосудне институције у Србији, више судова нижег степена, релевантна струковна удружења и организације цивилног друштва, као и Консултативно веће европских судија, Консултативно веће европских тужилаца и међународна удружења судија. Ове примедбе и предлоге, треба поновити, МП није прихватило. Министарка правде је у неколико наврата обавестила јавност да ће МП без даљих дискусија извршити измене Нацрта амандмана и доставити их НС.

5. Трећа верзија Нацрта амандмана

МП је на својој интернет страници 11. септембра 2018. године објавило трећу верзију Нацрта амандмана на Устав РС,⁶⁰ без позива за јавну расправу. Иако је образложено да су у њу уврћене све примедбе ВК, ни овом верзијом нису отклоњене јасне могућности за политички притисак на правосудје. И даље су остављена решења која омогућавају реизбор и размештај судија. Појачана је могућност политичког утицаја на ВСС и ВСТ, а за ПА и даље нису обезбеђене стварне гаранције независности.

Предвиђено је да се однос три гране власти заснива на међусобном ограничавању и равнотежи. Наведено је да је судска власт независна, али и даље постоји недоумица око кључног питања – да ли је адекватно решено питање независности судске власти те да ли постоји могућност њеног ограничења од стране друге две гране власти.

6. Четврта – коначна верзија Нацрта амандмана

Дана 15. октобра 2018. године, на интернет страници МП, објављена је коначна верзија Нацрта амандмана, која је, по наводима МП, унапређена према коментарима стручне јавности.⁶¹ Међутим, поново се Нацртом предвиђа да се законом може предвидети да у суђењу могу да учествују и судијски помоћници, што је у претходној верзији било изостављено. Предвиђена је обавеза да лице које се први пут бира за судију или тужиоца мора испуњавати услов завршене обуке у ПА. Састав

⁶⁰ Доступно на страни: радне верзије прописа-Министарство правде: <https://www.mpravde.gov.rs>, 1. 12. 2018.

⁶¹ *Ibid.*

органа управљања ПА одражава састав ВСС и ВСТ, те и даље не постоје гаранције независности; ни овом верзијом састав оба Савета, њихово конституисање, надлежности и могућност распуштања суштински нису мењани, и остали су подложни политичком утицају.⁶² Састав ВСС чини пет судија и пет истакнутих правника које бира НС, а у састав ВСТ улазе четири заменика, Врховни јавни тужилац, четири истакнута правника које бира НС и министар надлежан за послове правосуђа. Правосудна струка, према томе, нема већину ни у органима ПА, која обезбеђује улаз судијама и заменицима тужилаца у правосуђе.

Истакнуте правнике које не изабере НС у првом покушају, бираће петочлана комисија, чији су чланови посредно или непосредно бирани у НС, и то са могућом већином од три гласа. Више се не предвиђа, као услов за њихов избор, положен правосудни испит, али и даље морају имати најмање десет година одговарајућег радног искуства у пословима правне струке који ће бити одређени законом, тражи се и да су доказани стручним радом и да уживају лични углед. НС бира само Врховног јавног тужиоца. Све остале носиоце правосудних функција бира одговарајући Савет. Председник ВСТ је Врховни јавни тужилац, а председника ВСС бирају његови чланови из реда судија. Уколико ВСС не донесе одлуке у року од 60 дана од када је први пут одлучивао о одређеним питањима, члановима ВСС престаје мандат. Престанак мандата за све чланове утврђује председник НС и против те одлуке дозвољена је жалба Уставном суду. Овакво решење може да доведе до тога да судство остане и дужи временски период без ВСС, који између осталог, одлучује о избору, престанку функције судија и председника судова, премештању и упућивању судија, именовању и разрешењу чланова дисциплинских органа.

Предвиђено је да Врховни суд Србије обезбеђује једнаку примену права од стране судова путем судске праксе. Законом се уређује које су функције, послови или приватни интереси неспојиви са функцијама у судству. И даље се може без сагласности судија вршити њихов премештај у други суд уз прецизније одређење када је то могуће и под којим условима.

Однос три гране власти заснива на међусобном проверавању и равнотежи. Уочава се да је у енглеском преводу Устава и Нацрта амандмана увек употребљаван исти стандард „*check and balance*”, док се у тексту Уставу говори о контроли, а у Нацртима амандмана прво је наведено да се ради о ограничавању и, коначно, о међусобном проверавању три гране власти.

⁶² *Ibid.*, 19.

МП је доставило ВК четврту верзију Нацрта амандмана 13. октобра 2018. године (у уводу се наводи да је текст достављен 12. октобра 2018. године), пре него што је документ званично објављен у Србији на интернет страници МП. О овој верзији Нацрта изјаснио се Секретаријат ВК у Меморандуму и закључио да је поступљено према препорукама ВК из мишљења ЦДЛ-АД(2018)011, па се наводи да га је ВК нотирала на 116. пленарној седници,⁶³ без оцене експерата ВК.

6. Процедура за измену Устава

Уставом и Пословником о раду НС прописана је процедура за измену Устава.⁶⁴ Овлашћени предлагачи су најмање једна трећина од укупног броја народних посланика, председник Републике, Влада и најмање 150.000 бирача. Надлежни одбор НС утврђује да ли је предлог дат од овлашћеног предлагача у прописаном облику, са образложењем. НС разматра предлог уз присуство подносиоца предлога и двотрећинском већином од укупног броја народних посланика одлучује о предлогу који се не може мењати. Ако се предлог не усвоји, по питањима садржаним у поднетом предлогу не може се приступити поновном предлагању наредних годину дана. Ако се предлог усвоји, надлежни одбор утврђује акт о промени Устава са образложењем и предлог Уставног закона за спровођење промена Устава, уз присуство предлагача. Донети предлози за измену Устава достављају се посланицима уз предлог за расписивање референдума. НС разматра предлог акта о промени Устава и предлог Уставног закона и по окончању расправе о њима, расписује референдум и, по извештају са референдума, доноси одлуку о проглашењу Устава и Уставног закона.

III. Епилог

Након скоро две године од почетка активности МП, започета је предвиђена процедура за промену Устава. Влада је 30. новембра 2018. године поднела НС, на основу члана 203. Устава и члана 142. Пословника НС, Предлог за промену Устава РС. Предложена је промена члана 4, одредбе које се односе на судове и јавна тужилаштва, односно чланова 142–165, и, последично, промена чланова 99 (надлежност НС), 105 (начин одлучивања у НС) и 172 (избор и именовање судија Уставног суда). Дато је и образложење Предлога.

⁶³ *Ibid*, 28.

⁶⁴ Устав, чл. 203–205; Пословник Народне скупштине, *Службени гласник РС*, бр. 20/2012, пречишћен текст, чл. 142.

За представника Владе у НС одређена је Министарка правде, а за поверенике државни секретар, два помоћника и један виши саветник Министра правде.

Шта се може очекивати од будуће процедуре остаје непознаница, коју ће нам поступак који следи расветлити. Уз поднети Предлог за промене Устава, сачињени Нацрт амандмана није достављен, нити је поменут. Утисак је, на основу досадашњег поступања у раду на изменама Устава, да ће постојећи Нацрт амандмана бити једина основа у поступку измене Устава.

МП није прихватило, нити се приликом израде Нацрта амандмана освртало на скоро идентичне предлоге и критичке примедбе на његове Радне верзије и Нацрте измена Устава које су давале највише правосудне институције у земљи и низ судова, релевантна удружења стручњака и организације цивилног друштва, као и респектабилне иностране институције – Консултативно веће европских судија, Консултативно веће европских тужилаца и Међународна удружења судија. МП није у свом раду тражило ни мишљење стручњака за уставно право, а организовано јавно слушање петнаест најеминентнијих професора правних факултета у Србији у потпуности је игнорисано.

Досадашњи процес, како је наведено, није био довољно транспарентан, а одликовао се и стварањем тзв. *GONGO* (*Governmental Non-governmental Organizations*), организација основаних од стране саме владајуће већине, које су се наводно укључиле у процес давања примедби на предложене текстове, чиме се одржавао привид инклузивног процеса.

Vida Petrović Škero*
lawyer

NOTES ON DRAFT AMENDMENTS TO THE PROVISIONS OF CONSTITUTION
REGULATING JUDICIAL SYSTEM AND ON OPINION OF VENETIAN
COMMITTEE ON THE DRAFT

Summary

The text analyses the process of amending the Serbian Constitution, the Draft of the Amendments to the provisions of the Constitution regulating judicial system, and the Opinion of the Venetian Committee on the Draft Amendments. It is stated

* Former president of Supreme Court of Serbia

that it is obvious that the Ministry of Justice was not guided by the majority of critical opinions to the versions of the Drafts, expressed either in the public debate, or in the texts evaluating the documents prepared. The Ministry presented the Draft Amendments with no explanations or reasoning. It remains unclear why the Ministry accepted the solutions that are in apparent contradiction with many recognized constitutional standards. For 29 Amendments, Venetian Committee gave over 40 recommendations, highlighting 6 main remarks in regard the membership of High Counsel of Judiciary, High Counsel of Prosecutors and the role of National Assembly in their election, dissolution of High Counsel of Judiciary, dismissal of the judges, unification of the application of law by the courts, and election and responsibilities of public prosecutors and deputy public prosecutors. The author resolutely concludes that the whole process of the changes of the Constitution, and the results achieved by the state administration in this process, are far from the level that they can be positively assessed and to consider that we are „on good path” to provide, by the Constitution, for the de-politicization of the judicial system and the credible guarantees for independence of the judiciary.

Key words: Constitution, draft amendments, de-politicization of judicial system, the High Judicial Council, Venetian Committee, Judicial Academy, independence of judiciary

UDK

Др Милан Шкулић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду,
судија Уставног суда Србије

КРИВИЧНО ДЕЛО У ПОГЛЕДУ КОЈЕГ ЈЕ КРИВИЧНО ГОЊЕЊЕ АПСОЛУТНО ЗАСТАРЕЛО – КАО ДЕО КОНСТРУКЦИЈЕ ПРОДУЖЕНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Сажетак

У раду се објашњава кривичноправни значај застарелости кривичног гоњења уопште, као и посебно када се ради о апсолутној застарелости кривичног гоњења појединачног кривичног дела које је уврштено у конструкцију продуженог кривичног дела.

Став аутора је да кривично дело у односу на које је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења не може бити у саставу продуженог кривичног дела. Супротно мишљење је заузео Уставни суд када је одлучивао о једној уставној жалби која се односила на ово питање, а аутор овог текста, који је и судија Уставног суда, је у односу на ту одлуку Уставног суда, издвојио мишљење. Аргументи наведени у том издвојеном мишљењу су основна садржина овог чланка.

Кључне речи: продужено кривично дело, застарелост кривичног гоњења, начело законитости, Уставни суд, издвојено мишљење.

І. Увод

Уставни суд Србије је на својој седници одржаној 22. новембра 2018. године донео одлуку о одбијању уставне жалбе Љ. Ј., изјављене против пресуде Апелационог суда у Новом Саду Кж1. 439/16 од 23. јуна 2016. године због повреде права на правично суђење, из члана 32. став 1. Устава Републике Србије, као и повреда из члана 33. ст. 6. и 8. Устава Републике Србије.

Уважавајући и поштујући став судије известиоца из чијег предлога је произишла одлука коју је Уставни суд усвојио, као и уз уважавање права сваког уваженог судије Уставног суда на сопствени став, аутор овог текста је, као судија Уставног суда Србије, издвојио мишљење, те тако изразио своје неслагање са одлуком Уставног суда број УЖ-6463/2016, донетом већином гласова судија Уставног суда.¹ У овом издвојеном мишљењу се изражава став да је Уставни суд извео неправилне закључке у погледу једног веома важног кривичноправног питања, а чиме је подносиоцу уставне жалбе повређено како право на правну сигурност, тако и право на правично суђење из члана 32. став 1. Устава Републике Србије зајамчено Уставом Србије.

Одлука Уставног суда Србије у предмету број УЖ-6463/2016, је спорна и заснована на погрешном кривичноправном, али и уставноправном резонувању, пре свега, из следећих разлога:

1. заузимање погрешног става о правној природи застарелости кривичног гоњења;
2. неприхватање неопходности да свако кривично дело у саставу једног продуженог кривичног дела буде кажњиво, те могући предмет кривичног поступка, што није могуће када се ради о кривичном делу у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења;
3. пропуштање уочавања уставно-правне неприхватљивости да у конструкцији продуженог кривичног дела буде садржано и „о(п)стане” и кривично дело у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења;
4. неприхватање ирелевантности у којем је процесном стадијуму наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, када је до наступања застарелости дошло до правноснажности пресуде;
5. неприхватање примера из судске праксе који се односе на немогућност да у конструкцији продуженог кривичног дела буде садржано и „о(п)стане” кривично дело у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења;
6. испољавање погрешне оцене резонувања редовног суда у конкретном случају и значаја судске праксе уопште, када се ради о питању уврштавања већ „застарелог” кривичног дела у конструкцију продуженог кривичног дела;

¹ Издвојено мишљење проф. др Милана Шкулића, судије Уставног суда Србије, *Службени гласник РС*, бр. 6/2019, 148–157.

7. илустровање става Уставног суда примером из праксе Европског суда за људска права, који је сасвим ирелевантан у конкретном случају; као и

8. неуважавање деловања начела законитости и када се ради о већ „застарелом кривичном делу”, које неоправдано „опстаје” у конструкцији продуженог кривичног дела, што је релевантно повезано са правом на правично суђење.

II. Правна природа застарелости кривичног гоњења

Још је *Хераклиј из Ефеса* (Ἡράκλειτος ὁ Ἐφέσιος), иначе, због свог „тешког” стила изражавања, те склоности да „ствари не улепшава”, познат по надимку *Мрачни*, један од неколико значајних „предсократовских” мислилаца, закључио да на „овом свету све пролази и ништа не остаје” (πάντα χωρεῖ καὶ οὐδὲν μένει), што је касније у филозофији, али чак и знатно више у свакодневном животу, постало познато у скраћеној верзији – „све тече” (πάντα ῥεῖ).²

Протек времена, по правилу, има и одговарајући правни значај. Дакле, ни право не може бити имуно на деловање одређених природних „законитости”, међу које спада и снажно „животно дејство” одговарајућег дужег протеча времена, па је стога, такав протек времена значајна чињеница и у праву, односно „прохујало време” некада остварује и одређено правно дејство. У грађанском праву, на пример, одређеним протеклом времена се под одговарајућим условима стиче одређено право (попут права својине које се стиче одржајем у стварном праву) или престаје гаранција за купљену ствар, када се ради о облигационом праву, праву потрошача итд. У грађанском праву такође, протеклом одређеног временског периода, наступа и застарелост одређених потраживања, губи се право на подношење тужбе у парничном поступку и сл. И неке друге гране права познају институт застарелости, попут, на пример, пореског права, управног права итд.

Застарелост постоји и у кривичном праву у облику застарелости кривичног гоњења и застарелости извршења кривичних санкција.³ Застарелост кривичног гоњења се своди на немогућност реализовања кривичног гоњења након протеча одређеног периода од времена извршења

² J. Stangroom und J. Garvey, *Die berühmtesten Philosophen*, „Premio”, London und Münster, 2006, 8–9.

³ Више о томе: З. Стојановић, *Кривично право – ојшњи гео*, 22. издање, „Правна књига”, Београд, 2015, 386.

кривичног дела. То значи да протеком одређеног времена престаје овлашћење, односно право и дужност надлежних државних органа да предузимају било какве радње у кривичном поступку, односно ради кривичног гоњења у односу на конкретно лице.

Застарелост кривичног гоњења је важан институт кривичног права, за који није сасвим извесно да ли је по својој природи доминантно у домену материјалног или процесног кривичног права. Може се сматрати да је његова правна природа мешовита, како материјално кривично-правна, тако и кривичнопроцесна. Наиме, застарелост се у континенталној Европи (као што је то случај и у Србији), претежно регулише кривичним закон(ик)ом, као основним извором кривичног материјалног права, па из тога некако скоро рутински произлази да се ради о материјалном кривичноправном институту, који се, уосталом, детаљније и објашњава углавном у уџбеницима кривичног материјалног права, тј. у оквиру општег дела кривичног права, као и у коментарима кривичног законодавства.⁴ Такође, онда када се кривично гоњење не може предузети због застарелости, произлази и немогућност формалног и дефинитивног утврђивања да ли се уопште и ради о кривичном делу, јер такво противправно дело које је законом прописано као кривично дело у случају наступиле застарелости не може бити предмет кривичног поступка (који се не може покренути ако још није започео, или не може бити настављен, ако је претходно већ био покренут), из чијег би правноснажног исхода могао произићи закључак да је заиста у питању кривично дело.⁵

С друге стране, дејство застарелости је примарно кривичнопроцесно, јер се оно своди на немогућност да конкретно лице буде кривично гоњено, што је једна изразито кривичнопроцесна манифестација. У процесном смислу, застарелост представља *шрајну кривичнојпроцесну смејњу* (*неошклоњиву љрејреку*) за кривично гоњење. Како се кривично гоњење не може предузети онда када је наступила застарелост, тј. онда када је протекао одређени временски период од дана извршења кривич-

⁴ Више о томе: A.Schönke, H.Schröder (део коментара који су писали W.Stree, D. Sternberg – Lieben), *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 26. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2001, 1036–1037.

⁵ Тако се и у Немачкј, када је реч о уџбеницима кривичног процесног права, застарелост кривичног гоњења претежно дефинише као кривичнопроцесна „сметња“, односно „препрека“, а у делу немачке кривичнопроцесне теорије се износи и схватање о „позитивним и негативним процесним претпоставкама“ (*positive und negative Prozeßvoraussetzungen*), при чему се под негативним процесним претпоставкама подразумевају оне које представљају „препреке“ за кривичног гоњење, где између осталог, спада и застарелост кривичног гоњења. Више о томе: C.Roxin, *Strafverfahrensrecht*, „Verlag C.G.Beck“, 25. Auflage, München, 1998, 163–164.

ног дела, такво противправно дело које је законом прописано као кривично дело, не може бити предмет кривичног поступка (*causa criminalis*), а лице у погледу којег је постојао одређени процесно релевантни степен сумње да је такво дело учинило, се без правноснажне одлуке суда (која није могућа, јер кривично гоњење више није могуће реализовати/наставити), не може сматрати кривим. Чини се да је застарелост у основи примарно кривичнопроцесна категорија, али, наравно, она има и одређену материјалну кривичноправну компоненту, не само због законске систематике, јер је регулисана одредбама Кривичног законика, већ и због њене кључне везе са временом извршења кривичног дела, што представља и основни разлог да се у теорији понекад говори о њеној *двострукој природи*.⁶

Када је реч о правној природи застарелости кривичног гоњења, прихватљиво је и једно становиште које се сматра типичним за савремену немачку кривичноправну теорију, а које се заснива на учењу о „кривичноправним и ванкривичноправним условима (сврсисходним претпоставкама) у процесном праву”, као једном од елемената разграничења између услова кажњивости и разлога који искључују кажњивост садржаних у материјалном кривичном праву, од одређених процесних претпоставки, које су регулисане кривичним процесним правом. Ово схватање се заснива на закључку да је старија немачка кривичноправна теорија (на пример, *H.Kaufmann*), у суштини погрешно покушавала да повеже, па и „поистовети” материјалне проблеме кривице, услова кажњивости, те потребе за кажњавањем, са институтима као што су непостојање оптужног акта или застарелост, који су се посматрали као „услови који искључују кажњивост”, те као израз „престале потребе за кажњавањем”.⁷ У теорији се закључује и да одређени институти, попут застарелости кривичног гоњења имају „двоструку природу”, те припадају како материјалном кривичном праву, тако и кривичном процесном праву (*C.Roxin*).⁸ Институт застарелости је типичан за континентално-европска кривична права, док неки англосаксонски кривичноправни системи, чак уопште не познају институт застарелости у неком системском смислу (он је чак био потпуно неприхватљив за класичан

⁶ М.Шкулић, *Правна природа и кривичноправни (материјални и процесни) ефекти застарелости кривичног гоњења* – Први део, „Анали Правног факултета Универзитета у Београду”, број 2/2016, Београд, 2016, 7.

⁷ С. Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I – Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4. Auflage, „Verlag C.H. Beck”, München, 2006, 1050 и 1054–1055.

⁸ *Ibid.*, 1055–1066.

common law систем),⁹ мада је данас ипак скоро немогуће наћи кривичноправни систем у коме у одређеном облику не постоји застарелост кривичног гоњења.¹⁰

Немогућност да кривично гоњење застари би се, начелно, могла сматрати и супротном интересима правне сигурности, мада иначе, многа кривична права познају и одређене категорије кривичних дела у погледу којих из одређених, пре свега начелних, разлога не може доћи до застарелости кривичног гоњења. Сматра се да је „у савременом кривичном законодавству прихваћено становиште према којем државно право на кажњавање (*ius puniendi*), односно право на кривично санкционисање, престаје уколико није реализовано у одређеном временском периоду”.¹¹ Када „држава” нема право кривичног санкционисања, она тада практично губи и право на вођење кривичног поступка чији би предмет било кривично дело у погледу којег је већ наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења.

Суштина је да протек одређеног времена од извршења кривичног дела, односно истек рока застарелости, проузрокује немогућност кривичног гоњења, а основни критеријум за дужину тог рока је везан за *ајсџпракџну џежину* кривичног дела о којем се ради, што значи да се он у самом Кривичном законнику, стриктно и методом одговарајућег набрајања, одређује према критеријуму прописане казне. Начелно, што је теже кривично дело у питању, то је дужи рок застарелости, а ако је за кривично дело прописано више казни, рок застарелости се одређује према најтежој прописаној казни. У правном систему, с обзиром на деловање других не само кривичнопроцесних, већ и уставних механизма, као што је претпоставка невиности (члан 34. став 3. Устава Србије и члан 3. став 1. Законика о кривичном поступку) из које произлази апсолутна немогућност да се учиниоцем сматра лице у погледу којег чињеница да је учинио кривично дело није утврђена правноснажном одлуком суда, одлука којом је утврђено да је кривично гоњење застарело, а када је реч о суду, то може бити било решење о обустави кри-

⁹ У америчкој кривичноправној теорији се истиче да „застарелост кривичног гоњења није постојала у *common law* систему, као најстаријем извору кривичног права САД, већ је она „новија легислативна креација”. D.Hall, *Criminal Law and Procedure*, „Lawyers Cooperative Publishing & Delmar Publishers”, New York, 1992, 272.

¹⁰ М. Шкулић (*Правна природа и кривичноправни (материјални и процесни) ефекти застарелости кривичног гоњења – Први део*), *op. cit.*, 8.

¹¹ М. Бабић, И. Марковић, *Кривично право – ошџиу дџу*, четврто измењено издање, Правни факултет у Бањој Луци, Бања Лука, 2013, стр. 455.

вичног поступка, било одбијајућа пресуда, значи да се такво лице у смислу кривичног права не може сматрати учиниоцем кривичног дела.

Ratio legis постојања института застарелости кривичног гоњења је вишеструк. С једне стране, он се темељи на одређеним криминално-политичким разлозима,¹² из којих произлази да ако су надлежни државни органи пропустили да у одређеном временском периоду (чија дужина начелно зависи од тежине кривичног дела), предузму кривично гоњење, односно у регуларном кривичном поступку, омогуће доказивање кривичног дела и евентуално кривично санкционисање учиниоца, држава практично губи своје, иначе ексклузивно право на кривичноправно реаговање, пре свега право на кажњавање.¹³ Тог се права држава у ствари, на специфичан начин сама одриче сопственим прописима који регулишу застарелост кривичног гоњења. С друге стране, начелно се сматра да протек времена у битној мери елиминише сврху кажњавања, односно кривичног санкционисања.¹⁴ Коначно, протек времена у пракси често битно отежава доказивање, па је и то разлог за постојање застарелости кривичног гоњења.¹⁵ Треба имати у виду и да из отежаног доказивања кривичног дела, односно кривице за дело које је противправно и законом прописано као кривично дело, након протека одређеног дужег времена, што се често сврстава у елементе *ratio legis*-а застарелости, по логици ствари произлази и могућност за чешће судске заблуде, односно уопште грешке органа поступка, па се и то може сматрати разлогом за постојање застарелости кривичног гоњења у кривичноправном систему правних држава.

Већина упоредноправних кривичноправних система у континенталној Европи, на релативно сличан начин као што је то решено у кривичном законодавству Србије, познаје институт застарелости кривичног гоњења, а данас је веома ретко да неко кривично законодавство уопште не познаје механизам застарелости кривичног гоњења. Слично као и код нас, у већини држава континенталне Европе постоје и кривична дела која не застаревају, попут ратних злочина и сл. Постоје и неки англосаксонски правни системи (као у неким државама САД), где чак фор-

¹² Више о томе: М. Цетинић, *Застарелост у кривичном праву СФРЈ*, необјављена магистарска теза, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1980, 33.

¹³ Више о томе: З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, „Службени гласник”, седмо измењено издање, Београд, 2018, 296.

¹⁴ М. Цетинић, „Институт застарелости у Кривичном законик у Србије”, *Бранич* (часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије), број 2/2006, Београд, 2006, 32–33. (Цитирана ауторка своје излагање базира на учењима Berner-а, Mayer-а, Dombach-а. Leoning-а, von List-а i Lorenz-а.).

¹⁵ Више о томе: З. Стојановић, *Кривично право*, „ЦИД”, Подгорица, 2008, 352.

мално, никада не долази до застарелости кривичног гоњења, мада се у пракси већина кривичних дела након дужег протекла времена, ипак не гони, или је у кривичноправним системима неких држава САД утврђен веома широк круг кривичних дела у погледу којих се уопште не примењује институт застарелости, што је у пракси, често, скопчано и са великим проблемима.¹⁶

Није спорно да застарелост кривичног гоњења има свој неспоран *ratio legis*, те је због тога начелно потребно стриктно избегавати било какву флексибилност у тумачењу када је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, као што је то случај са решавањем питања које се односи на застаревање кривичног гоњења појединачних кривичних дела у саставу конструкције продуженог кривичног дела.

Апсолутна застарелост кривичног гоњења, када се ради о кривичним делима за која се гони по службеног дужности, подразумева да је „држава” због протекла времена *изгубила право на кривично гоњење*. Учињено кривично дело у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења не може више никада бити предмет кривичног поступка.¹⁷ Иако оно формално јесте „кажњиво дело”, „кажњивост” је *тада фактички неостварива*, а како више није могуће вођење кривичног поступка, тада наравно, делује и претпоставка невиности.

У одлуци Уставног суда УЖ-6463/2016, у односу на коју је аутор овог текста издвојио мишљење, није на прави начин схваћен правни значај наступеле апсолутне застарелости кривичног гоњења, те је Уставни суд, захваљујући томе, пропустио да укаже на недопустивост да кривично дело у погледу којег је кривично гоњење апсолутно застарело, (пре) остане као *сејменї продуженої кривичної дела*, те тако неоправдано произведе одговарајући правни ефекат, а што се у уставно-правном смислу своди на практично девалвирање кривичноправног ефекта апсолутне застарелости кривичног гоњења, те повреду Уставом гарантованог права на правну сигурност, али и права на правично суђење.

¹⁶ М. Шкулић (*Правна природа и кривичноправни (материјални и процесни) ефекти застарелости кривичног гоњења – Први део*), *op. cit.*, 8–9.

¹⁷ М. Шкулић, *Правна природа и кривичноправни (материјални и процесни) ефекти застарелости кривичног гоњења – Други део*, „Анали Правног факултета Универзитета у Београду”, број 1/2017, Београд, 2017, 50.

III. Неопходност да свако кривично дело у саставу једног продуженог кривичног дела буде кажњиво, те буде могући предмет кривичног поступка

Да би продужено кривично дело могло да „опстане” као целина, сваки његов сегмент мора *сам по себи да буде кажњив*, као и да је од момента уврштавања у конструкцију продуженог кривичног дела, па до правноснажности одлуке која се односи на конкретно продужено кривично дело као предмет кривичног поступка, *погодан да и изоловано (појединачно) буде предмет кривичног гоњења (causa criminalis)*, што није случај када је у погледу неког кривичног дела/кривичних дела, уврштеног/уврштених у конструкцију једног продуженог кривичног дела, наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења. Тада практично није могућа ни кажњивост, јер иако се и у том случају формално ради о делу које је противправно, законом прописано као кривично дело и које је скривљено, оно уопште не може бити предмет кривичног поступка у којем би се утврђивало постојање/непостојање његових битних обележја, па самим тим из таквог кривичног дела, никада не може проистећи ни казна. Ово произлази из претходно објашњење *двосмислене природе застарелости кривичног гоњења*, која је како материјални кривичноправни институт, тако и институт кривичног процесног права.

Исто као што се од *више прекршаја* не може конструисати једно продужено кривично дело, *ни од више кривичних дела, која сама по себи, не би била погодна да буду предмет кривичног гоњења*, не може бити конструисано продужено кривично дело. Свако дело које улази у састав продуженог кривичног дела би само по себи морало да испуњава све услове да и изоловано буде предмет кривичног поступка, што наравно, није могуће када се ради о кривичном делу у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења. Када се такво кривично дело уврсти у конструкцију продуженог кривичног дела, онда оно практично „инфицира” целу ту конструкцију и чини је правно неваљаном. Дакле, не може кривично дело које је само по себи „застарело”, односно у погледу којег је већ наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, да буде или остане у саставу продуженог кривичног дела, а у погледу чега постоји и низ одлука у судској пракси, што се детаљније објашњава у даљем тексту.

Иначе, као што ће се такође детаљније објаснити у даљем тексту, навођење у одлуци Уставног суда става Великог већа Европског суда за људска права (ЕСЉП) нема, у ствари, никакве везе са спорним кривичноправним и уставноправним питањем, јер је суштински исто норма-

тивно решење и онако стриктно већ прихваћено у нашем Кривичном закону и то уопште није нимало спорно. Овде се ради о једном другом проблему, а то је да ли у састав продуженог кривичног дела може да уђе кривично дело које је само по себи већ апсолутно застарело. То никако није могуће, јер основни *ratio legis* застарелости и јесте да одређено чињење или кажњиво пропуштање, самим протеком одређеног времена више не буде кажњиво. Овде се једноставно дефинитивно „спустила рампа” у погледу тог кривичног дела и оно, стога, мора бити елиминисано из конструкције продуженог кривичног дела које у ствари, само по себи представља једну врсту „фикције”, што значи да оно није класична и „права” фикција, али није ни сасвим реална категорија, а иначе, у кривичноправној теорији постоји и схватање да се код продуженог кривичног дела заиста ради о „правној фикцији”. Продужено кривично дело је случај привидног реалног стицаја кривичних дела, али у тој конструкцији, по логици ствари, могу бити само и искључиво она кривична дела која би и већ сама по себи, дакле потпуно изоловано, могла бити предмет кривичног поступка, што није случај када је неко кривично дело апсолутно застарело.

Слично као што од давнина у праву важи правило да *што се грбо роди време не исправи*, ни оно *што је временом грбо пошло*, не може временом бити исправљено, нити се може сматрати да је оно што је постало „грбо”, накнадно „исправљено”, јер је пре „грбављења” уврштено у целину, за коју се саму по себи, дакле у „целости”, сматра да није „грба”. Ово важи и када се ради о продуженом кривичном делу у чијем је саставу (пре)остало кривично дело у односу на које само по себи, кривично гоњење није могуће због наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења. Супротно тумачење би сасвим очигледно потенцијално могло да доведе и до тешких злоупотреба, што ће још бити детаљније објашњено у даљем тексту.

Дакле, као што кривично дело у погледу којег је већ наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, никако не може бити сврстано у конструкцију продуженог кривичног дела (*застарелости „у старшћу”*), ни оно кривично дело које је постало део конструкције продуженог кривичног дела, али у погледу којег је потом (*накнадно наступиће застарелости*), а пре правноснажно окончаног кривичног поступка, чији је предмет такво продужено кривично дело, наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, не може више да буде део конструкције продуженог кривичног дела.

IV. Неадекватност „паралела” између продуженог кривичног дела и сложеног кривичног дела када се ради о застарелости кривичног гоњења

У самој одлуци Уставног суда у односу на коју је аутор овог текста издвојио мишљење се не спомињу извесне „паралеле” између продуженог и сложеног кривичног дела, из чега би произишао став о немогућности да кривично дело које је једном уврштено у састав продуженог кривичног дела, „застарева” посебно, али је такав став изнет током дискусије на седници Уставног суда и он стога заслужује одређени коментар. Ради се о погрешном ставу. Није уопште адекватно поређење продуженог кривичног дела и сложених кривичних дела када се ради о (не)могућности да кривично дело у односу на које је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења о(п)стане у конструкцији једног продуженог кривичног дела.

Када се ради о *сложеном кривичном делу* (што је такође један од случајева привидног реалног стицаја кривичних дела),¹⁸ оно није формално конструисано тако што законодавац означава да извршилац испуњава битна обележја више кривичних дела, тј. једног и другог кривичног дела, те тако чинећи појединачно два кривична дела, он извршава неко „треће сложено кривично дело”, већ је сама инкриминација конкретног сложеног кривичног дела суштински састављена од битних елемената друга два кривична дела, која иначе постоје као посебна кривична дела. То је *велика и кључна разлика* у односу на правну конструкцију продуженог кривичног дела, те се не може (као што се то чуло у расправи на седници Уставног суда), лаконски закључивати да се код сложеног кривичног дела „више дела спајају од стране самог законодавца”, док се код продуженог кривичног дела ради о препуштању суду од стране законодавца могућности да под одређеним условима више посебних кривичних дела уврсти у конструкцију једног продуженог кривичног дела. То једноставно није тако, а таква „логика” би у крајњем случају могла довести и до још „радикалнијег” закључка да законодавац може слободно суду чак да препусти и самостално креирање неког кривичног дела, које иначе ни не постоји као законом дефинисано, али је само одређен његов „наслов”, или да законодавац само формулише неке од битних елемената одређеног кривичног дела, а да потом, дефинисање осталих битних обележја инкриминације препусти суду за сваки кон-

¹⁸ Више о томе: З. Стојановић, М. Шкулић, В. Делибашић, *Основни кривичној и кривичној процесној права*, Адвокатска комора Србије, Београд, 2018, 76–77.

кретни случај и сл., што би све, наравно, било не само апсурдно, већ и очигледно противуставно.

На пример, разбојништво садржи битне елементе кривичних дела принуде и крађе, али то сложено кривично дело није дефинисано тако што се означава да разбојништво постоји онда када се изврше *кумулятивно* и принуда и крађа захваљујући тој принуди, односно на неки сличан начин, који би подразумевао постојање два посебна кривична дела, која под одређеним условима прерастају/спајају у једно (треће) кривично дело, већ се само у законској инкриминацији разбојништва комбинују битни елементи принуде и крађе. Коначно у овом примеру, сама принуда би тешко и могла да постоји самостално, јер она тада не би ни имала било какве сврхе, пошто је овде једини циљ примене одговарајуће силе или претње, одузимање туђе покретне ствари у намери да се њеним присвајањем извршилац себи или другом лицу прибави противправну имовинску корист. С друге стране, такво одузимање туђе покретне ствари (као радња извршења крађе) се у конкретном случају не би ни могло остварити да није употребљена принуда.

Принуда је дакле, у овом примеру, само пуко *средство* за реализацију крађе и она овде, суштински и функционално нема било какав самосталан карактер, као што такав карактер, сама по себи, нема ни крађа, која у оваквом случају не би ни могла бити реализована да није коришћена принуда. Принуда је, у овом примеру, само у функцији реализације крађе, а крађа, опет, не би у таквом случају, по правилу, ни била могућа, јер јој није претходила принуда. Дакле, принуда и крађа нису, када се ради о овом примеру, нека посебна/појединачна кривична дела, „законски спојена/припојена једно другом у једно разбојништво као сложено кривично дело”, већ је разбојништво као сложено кривично дело, сачињено коришћењем од стране законодавца одговарајућих битних елемената кривичних дела принуде и крађе.

Дакле, баш пример са разбојништвом који је навођен на расправи на седници Уставног суда није уопште адекватан за закључивање о тој „врсти сличности” између продуженог и сложеног кривичног дела. Наиме, разбојништво јесте сложено кривично дело, али оно као такво, није некакав формални спој посебних кривичних дела принуде и крађе, већ је формулисано одговарајућим комбиновањем битних елемената та два кривична дела. То представља велику и кључну разлику у односу на продужено кривично дело и зато уопште нису адекватне паралеле између продуженог и сложеног кривичног дела, из којих би затим, произишао погрешан закључак да се, када је реч о сложеном кривичном делу, никада не поставља питање застарелости кривичних дела од којих

је сачињено сложено кривично дело, па тако не треба поступати ни када се ради о продуженом кривичном делу. Таква су тумачења очигледно погрешна, јер као што је већ објашњено, сложено кривично дело не настаје на онај начин који је карактеристичан за конструисање продуженог кривичног дела, где се према одговарајућим критеријумима више, иначе посебних кривичних дела, уврштава у конструкцију једног продуженог кривичног дела, али тако да та дела, као таква и у тој конструкцији чији су део постала, увек имају своју физиономију, те би, такође, увек могла и да се издвоје из те конструкције исто као што је могуће да се и накнадно, нека кривична дела унесу у конструкцију претходно већ „конструисаног” продуженог кривичног дела. Ово је могуће уколико би се оптужни акт (оптужница/оптужни предлог), проширио и уврштавањем тих кривичних дела, односно тог кривичног дела, у већ „настало” продужено кривично дело, што је практично могуће само у првостепеном кривичном поступку, односно до правноснажности одлуке суда о већ „конструисаном” кривичном делу, јер „кривично дело које није обухваћено продуженим кривичним делом у правноснажној судској пресуди, представља посебно кривично дело, односно улази у састав посебног продуженог кривичног дела.” (члан 61 став 6. КЗ).

V. Немогућност и уставно-правна неприхватљивост да у конструкцији продуженог кривичног дела буде садржано и „о(п)стане” и кривично дело у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења

Институт продуженог кривичног дела, као варијанта привидног реалног стицаја кривичних дела, није у нашем кривичноправном систему нимало нов, мада је тек од 2005. године он и законска категорија.¹⁹ Дефинисање продуженог кривичног дела је једно време фигурирало као део пројекта Кривичног законика Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца из 1922. године, али те норме ипак нису биле садржане у Кривичном законнику Краљевине Југославије из јануара 1929. године, нити су унесене у тај КЗ новелама из 1931. године. Овај институт није уведен ни у Кривични законик ФНРЈ из 1951. године, нити у Кривични закон СФРЈ из 1976. године, али се још од 1959. године, спомиње у одређеним одредбама Закона о кривичном поступку (у вези услова за понављање прав-

¹⁹ Више о томе: З. Стојановић, М. Шкулић, В. Делибашић, *Основи кривичног права – Књига I, кривично материјално право*, „Службени гласник”, Београд, 2019, 93.

носнажно окончаног кривичног поступка), те константно постоји у судској пракси.

Институт продуженог кривично дела је, дакле, постојао деценијама у судској пракси, а одређени критеријуми су ради уједначавања судске праксе усвојени на саветовању у тадашњем Врховном суду Југославије у децембру 1965. године. Дакле, продужено кривично дело је у нашој судској пракси постојало далеко пре него што је тај институт и „формализован” тако што је у Кривичном законнику из 2005. године (чија је примена почела 2006. године), прописано под којим законским условима (чија је испуњеност *questio facti*, који у сваком конкретном случају цене надлежни судови), више посебних кривичних дела, што значи кривичних дела која имају своју јасну кривичноправну „физиономију” и свакако постоје и као посебна/појединачна кривична дела, може да се сматра једним продуженим кривичним делом.

У ранијој кривичноправној теорији, која је деценијама била владајућа у некадашњој Југославији, било је сасвим неспорно да појединачно кривично дело које је ушло у састав продуженог кривичног дела, а у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, апсолутно не може након тога више бити садржано у конструкцији продуженог кривичног дела.

Став по којем кривично дело у односу на које је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења не може више бити део конструкције продуженог кривичног дела, сасвим се једноставно може уочити и *најједноставнијим чишањем* (без потребе за било каквим посебним „сложеним” тумачењем написаног) релевантног садржаја далеко најзаступљенијег *коментара кривичноправних њројиса* тог времена, а то је *Коментар Кривичног закона СФРЈ*, групе аутора, који су били тада **најеминентнији правници кривичари** (редакција Никола Срзентић, остали аутори: Фрањо Бачић, Љубо Бавцон, Мирослав Ђорђевић, Божидар Краус, Љубиша Лазаревић. Миомир Лутовац и Александар Стајић).²⁰

У том познатом *Коментару*, који је код нас деценијама био убедљиво најпоузданији „ослонац” за кривичноправну праксу, а који је и данас веома употребљив како за кривичноправну теорију, тако и за праксу кривичног права, означава се и моменат од када почиње да тече рок застарелости продуженог кривичног дела, који се и раније (деценијама, док је тај институт примењиван у пракси, а није био садржан у кривичном закону) у теорији и пракси неспорно одређивао *истио као и сада*

²⁰ Група аутора (ред. Н. Срзентић), *Коментар Кривичног закона СФРЈ „Савремена администрација”*, Београд, 1986, 222.

(када је и законски регулисан), што значи да је он почињао да тече од „последњег дела из састава продуженог кривичног дела”, што значи од дана извршења *тој* *последњеј* *дела* садржаног у конструкцији продуженог кривичног дела. Дакле, баш *нишња* *ново* у том погледу није уређено садашњим законским решењем, нити се *било* *шња* *ново* сазнаје примером из праксе ЕСЉП (који ће бити посебно коментарисан у даљем тексту), који Уставни суд у својој одлуци сасвим непотребно наводи, те тако *доказује* *оно* *шњо* *ни* *иначе* *није* *сјорно*.

Овде је, међутим, од посебне важности једно друго веома важно питање, а то је да се у том Коментару групе најеминентнијих аутора из миљеа југословенског кривичног права, стриктно наводи: „**Међутим, апсолутна застарелост рачуна се за свако од појединачних дела од дана његовог извршења**”.²¹ Овај на логици заснован став никада, *деценијама* *није* *био* *сјоран* *у* *нашој* *кривичној**правној* *пракси*, већ је, напротив, доследно примењиван. Нема никаквог разлога да тај став који је заснован на чврстој кривичноправној логици ни сада не буде сасвим примењив, а нарочито зато што је супротно тумачење уставно-правно неприхватљиво, те се своди не само на девалвирање правног значаја института застарелости кривичног гоњења, већ и на стварање правне несигурности.

Могло би се чак констатовати и да је не само нелогично, већ да је и помало цинично да се у време када је продужено кривично дело постало законски институт, *изразиш* *на* *шњешу* *окривљеној* мења став који је иначе деценијама, а у време када је продужено кривично дело био институт судске праксе, далеко више него законски институт (мада је и тада тај појам био садржан у једној норми тадашњег Закона о кривичном поступку), био неспоран у нашој кривичноправној теорији и пракси, а при том је иначе, код нас деценијама, као и у пракси, један од основних „приговора” институту продуженог кривичног дела, био да сувише погодује учиниоцу кривичног дела, јер „више посебних кривичних дела”, која би иначе постојала у реалном стицају, на извршан и донекле „флуидан” начин, „претвара” у „само једно” продужено кривично дело.

У нашој кривичноправној теорији након ступања на снагу сада важећег Кривичног законика из 2005. године, у релевантним коментарима тог Законика (а практично постоји само један велики коментар КЗ-а, који је доживео већ осам издања), веома дуго није постојао, најжалост, уопште стриктно заузет став у односу на проблем о(п)станка кривичног дела у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кри-

²¹ *Ibidem.*

вичног гоњења у конструкцији продуженог кривичног дела.²² Није извесно да ли се такав став није изражавао зато што се сматрало неспорно адекватним и прихватљивим претходно објашњен деценијама раније сасвим неспоран став наше кривичноправне теорије по којем кривично дело у односу на које је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, не може више бити део конструкције продуженог кривичног дела, или зато што се то питање уопште није сматра довољно значајним, или се избегавало упуштање у његово разматрање. Стога је аутор овог текста у свом издвојеном мишљењу изразио и наду да ће можда, одлука Уставног суда у предмету УЖ-6463/2016 и на њу издвојена мишљења бити повод и да се наша кривичноправна теорија више позабави овим проблемом.²³

²² У Коментару Кривичног законика проф. др З. Стојановића, овом питању се не поклања пажња у тексту седам издања тог великог монографског рада и тек је у осмом, измењеном издању Коментара, које је објављено крајем 2018. године, о томе заузет став, што ће бити коментарисано у даљем тексту овог чланка, заједно са ставовима Врховног касационог суда у односу на овај проблем.

²³ Иначе, аутор тог великог коментара Кривичног законика Србије проф. др Зоран Стојановић, данас свакако водећи теоретичар кривичног права у Србији, у једном другом коауторском раду (З. Стојановић, М. Шкулић и В. Делибашић: *Основи кривичног права – Књига I, кривично материјално право, op. cit.*, стр. 302), у оквиру текста књиге чији је већински део он написао, одређује се у односу на ово питање, тако што прихвата став по коме „у погледу застарелости кривичног гоњења, није прихватљиво да се рок застарелости рачуна посебно у односу на свако дело које улази у састав продуженог кривичног дела, као што то сматра један део судске праксе”. Овај закључак се темељи на ставу Ј. Бутуровића (којег цитира проф. З. Стојановић) који тврди да је то претежно прихваћено у судској пракси, као и да има „само неколико одлука у којима се рок застарелости рачуна посебно.” Овај став се ни сада, а камо ли осамдесетих година 20. века (када је објављена књига Ј. Бутуровића на коју се позива проф. др З. Стојановић), не чини прихватљивим, јер не само што је у даљем тексту овог рада наведен низ одлука из праксе које су потпуно супротне том ставу, већ је у претходном тексту наведен и стриктан став заузет у тада (што има вредност и данас), у пракси далеко најутицајнијем научно-стручном монографском тексту из доба некадашње Југославије, а то значи, у *Коментару КЗ СФРЈ*, где се (што је цитирано у претходном тексту), изричито тврди да се, без обзира што се застарелост самог (већ конструисаног) продуженог кривичног дела рачуна од дана извршења *штој последњеј дела* садржаног у конструкцији продуженог кривичног дела, **апсолутна застарелост рачуна за свако од појединачних дела од дана његовог извршења**. Када се неспорно зна какав је деценијама био значај тог великог коментара кривичноправних прописа некадашње Југославије, тешко је веровати да је у кривичноправној пракси СФРЈ био и иоле широко заступљен супротан став у односу на то питање. У ствари, чак сам Ј. Бутуровић цитира наводе из овог Коментара, тврдећи да аутори, који продужено кривично дело сматрају „једним кривичним делом” (Н. Срзентић, А. Стајић, Ј. Таховић, Б. Златарић), заузимају став да постоји само један рок застарелости за такво кривично дело, те да он почиње од извршења „последње радње” (што уопште није спорно), али је притом невероватно да уопште не примећује да се баш

Наравно, штета је што сада владајућа кривичноправна теорија дуго није стриктно заузела став у односу на ово питање, али то, само по себи, не може ни на који начин да девалвира устаљене ставове који су у теорији кривичног права у односу на питање немогућности да кривично дело у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, буде садржано у „конструисаном” продуженом кривичном делу, практично деценијама углавном били неспорни.

Дакле, када је реч о продуженом кривичном делу, које представља одређену, у неким ситуацијама донекле и прилично „флуидну” кривичноправну конструкцију, за коју би се могло рећи и да је једна врста „фикције” (став да се ради о фикцији, иначе, постоји у кривичноправној теорији, мада није реч о класичној/типичној правној фикцији), а које се испољава као посебан случај привидног реалног стицаја кривичних дела, логично је да се рок застарелости рачуна од предузимања радње последњег, дакле „најновијег” кривичног дела које је сегмент укупног („једног”) продуженог кривичног дела, али то свакако не значи да, у односу на сва поједина кривична дела која су ушла у састав продуженог

у Коментару КЗ СФРЈ (чији су аутори између осталог, баш и Н. Срзентић, А. Стајић, и Ј. Таховић), изричито тврди да се *ајсолућна засћарелост рачуна за свако од појединачних дела од дана његовој извршења*. Види: Ј. Бутуровић, *Продужено кривично дело*, „Привредна штампа”, Београд, 1980, 183.

Дакле, не може никако бити тачна тврдња Ј. Бутуровића, коју прихвата проф. др З. Стојановић (*Ibidem*), да су „сви аутори који заступају став да је продужено кривично дело једно кривично дело, јединствени у томе да се исто сматра свршеним извршењем последње радње, те да од тада почиње тећи рок застарелости, односно да постоји само један рок застарелости”. Наиме, не само што се ни у овом раду више пута цитираном Коментару КЗ СФРЈ, уопште не оспорава да је једном конструисано продужено кривично дело – једно кривично дело (и случај привидног реалног стицаја кривичних дела), а упркос томе аргументовано сматра да се без обзира што у погледу самог продуженог кривичног дела као целине застарелост почиње да тече од дана извршења последњег кривичног дела у његовом саставу – *ајсолућна засћарелост рачуна за свако од појединачних дела од дана његовој извршења*, већ је такав став суштински супротан правној природи и значају апсолутне застарелости кривичног гоњења, тј. њиме се девалвира начелни *ratio legis* застарелости кривичног гоњења.

Конечно, ни тврдња Ј. Бутуровића (*Ibid.*, стр. 184), коју прихвата и проф. др З. Стојановић да је „у великом броју судских одлука одлучено да у састав продуженог кривичног дела уђу и радње које би застареле да се рачунала застарелост за свако кривично дело посебно”, из чега се може „извести закључак да пракса претежно стоји на становишту да „постоји само један рок застарелости”, односно да и „застарела кривична дела”, могу бити у конструкцији продуженог кривичног дела, није адекватно поткрепљена. Наиме, овај, наводно владајући став судске праксе из времена некадашње Југославије, илуструје се само једном одуком тадашњег Врховног суда Хрватске (Кж. 2332/63), док се обрнуто, наводно мањински став судске праксе поткрепљује чак са три примера (Врховни суд Србије – Кж 1541/58 и Врховни суд Хрватске – Кж 909/68 и Кж 2065/63),

кривичног дела, не теку рокови застарелости који се односе на њих конкретно. То значи да ће она кривична дела у погледу којих је наступила застарелост кривичног гоњења, било апсолутна, било релативна (мада би се у пракси у овој ситуацији, по логици ствари, далеко чешће радило о апсолутној застарелости), „испасти” из састава продуженог кривичног дела. Ако то само по себи није довело до престанка могућности за постојање продуженог кривичног дела, онда продужено кривично дело о(п)стаје, тј. оно и даље егзистира, али тада „скраћено”, односно „умањено” за оно кривично дело у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења.

Кривично дело у погледу којег је кривично гоњење застарело, свакако не може бити предмет кривичног поступка, односно у погледу таквог кривичног дела ни иначе није могуће кривично гоњење, па се то односи како само на то „изоловано” кривично дело, тако и на случај када је оно у саставу продуженог кривичног дела.

Недопустиво је да се уврштавањем кривичног дела у погледу којег је већ наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења или „остављањем” таквог кривичног дела у конструкцији продуженог кривичног дела, на изванредан начин „конвалидира” чињеница да се ради о „застарелом” кривичном делу, односно да је у питању кривично дело у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења. Када би се такав став прихватио у „неограниченом облику”, биле би могуће не само изразите нелогичности, већ некада и тешке злоупотребе. На пример, могло би се неко кривично дело које „само што није застарело”, свега „пар дана” пре наступања његове апсолутне застарелости кривичног гоњења, уврштавањем у састав продуженог кривичног дела, практично „подмладити”, тако што би се омогућило да на тај начин, „камуфлирано” у конструкцији продуженог кривичног дела, оно ипак буде предмет кривичног поступка. То би наравно, било апсолутно недопустиво, али се већ и из таквог примера види колико је потенцијално опасан и став о „ограниченој могућности” да и „застарело кривично дело” остане у саставу продуженог кривичног дела, јер до застарелости кривичног гоњења није дошло у првостепеном поступку, већ у каснијим процесним стадијумима.

Наиме, релативизација немогућности да кривично дело у односу на које је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, остане у конструкцији продуженог кривичног дела само зато што је до апсолутне застарелости дошло након првостепене осуђујуће пресуде, нема никаквог утемељења, не само у законским нормама, већ ни у кривичноправној логици која подразумева да наступела апсолутна застарелост кривичног

гоњења означава и дефинитиван престанак могућности за кривично гоњење у погледу кривичног дела обухваћеног таквом застарелошћу. Ово би морало да важи независно од фазе кривичног поступка у којој је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, а у даљем тексту ће се посебно скренути пажња и да је изразита нелогичност става по којем није релевантно наступање апсолутне застарелости кривичног гоњења до чега је дошло након завршеног првостепеног поступка, у великој *конструкцији* и са могућношћу да се у жалбеном поступку укине првостепена пресуда, што тада подразумева могућност да се предмет практично *враћа у првостепену процесну стадијум*.²⁴

Дакле, не може конструисање продуженог кривичног дела да буде својеврсна „камуфлажа“ за опстанак, као једног од његових „сегмената“, и оног кривичног дела у односу на које је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, што важи без обзира у којем је процесном стадијуму наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења. Таква немогућност није само кривичноправно недопуштена, већ је она и уставно-правно неприхватљива.

VI. Ирелевантност процесног стадијума у којем је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења *до њравноснажностии пресуде*

Апсолутна застарелост рачуна за свако од појединачних дела у конструкцији продуженог кривичног дела – од дана његовог извршења, што значи да би, у односу на кривична дела која су била у конструкцији продуженог кривичног дела онда када је поступак већ у фази главног претреса или се ради о жалбеном поступку, морала да се донесе одбијајућа пресуда због апсолутне застарелости кривично гоњења, док би се из тога разлога у претходним процесним стадијумима кривични поступак морао обуставити. Кривична дела у погледу којих је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, морају да „испадне“ из конструкције продуженог кривичног дела.

Не може се сматрати да није од значаја што је и „неко дело у конструкцији продуженог кривичног дела апсолутно застарело“, зато што је до тога дошло након што је већ донета првостепена пресуда. Ово је погрешно, јер нема никаквог разлога да се прави разлика у односу на

²⁴ З. Стојановић, М. Шкулић, В. Делибашић, *Основи кривичног права – књига II – Кривично процесно право – кривични поступак кроз практичну примену*, „Службени гласник“, Београд, 2019, 380.

фазу *исцрпљивости* у којој је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, већ је једино од значаја да је до апсолутне застарелости дошло пре него што је пресуда постала правноснажна.

Коначно, на изразиту нелогичност и кривичноправну (материјалну и процесну) неприхватљивост става по којем није од значаја што је апсолутна застарелост појединачног кривичног дела из конструкције продуженог кривичног дела наступила након доношења првостепене одлуке, указује и скретање пажње на могућност да се у жалбеном поступку **укине првостепена пресуда и предмет врати првостепеном суду на поновно одлучивање.**

Зар би и сада могла да се донесе пресуда која би обухватила и кривично дело у саставу продуженог кривичног дела, а у погледу које је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења ?

Наравно да би то било немогуће, односно како кривичноправно, тако и уставно-правно неприхватљиво, али већ и сам такав пример указује на очигледну нелогичност става по којем кривично дело у односу на које је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, ипак може да остане у конструкцији продуженог кривичног дела, уколико је апсолутна застарелост наступила након што је већ донесена првостепена пресуда.

Стога кривично дело у погледу којег је пре него што је пресуда постала правноснажна (што овде значи, током жалбеног поступка), наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, исто као и када до тога дође у било којој ранијој фази кривичног поступка, свакако и без изузетка *не може да остане у конструкцији продуженог кривичног дела.*

VII. (Не)могућност постојања више рокова застарелости продуженог кривичног дела као само „једног” и „целовитог” кривичног дела

У кривичноправној теорији се, онда када се истиче да кривично гоњење продуженог кривичног дела застарева само у односу на то „једно” кривично дело као целину, посебно инсистира да не постоје *два рока застарелости* у односу на такво кривично дело, па се тако наводи: „У погледу застарелости кривичног гоњење није прихватљиво да се рок застарелости рачуна посебно за свако дело које улази у састав продуженог кривичног дела, као што то сматра део судске праксе.”²⁵ Чини се да

²⁵ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика Србије*, осмо измењено издање, „Службени гласник”, Београд, 2018, 316.

овде постоји извесно претерано фокусирање на третирање продуженог кривичног дела као „само” једног кривичног дела, уз донекле неприхватање природе апсолутне застарелости кривичног гоњења и њеног кривичноправног ефекта. Није, наимае, спорно да је једном конструисано продужено кривично дело – у принципу једно кривично дело, те да за њега стога, као за свако друго кривично дело, тече један рок застарелости, али то важи само док су у његовом саставу појединачна кривична дела у погледу којих није наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења. То важи и у општем смислу, што значи да у саставу продуженог кривичног дела не могу бити кривична дела у погледу којих је држава из одређених начелних разлога (одговарајући дужи протек времена код застарелости кривичног гоњења, акт милости код амнестије и помиловања), дефинитивно одустала од свог права на кривично санкционисање. Када је, при том, реч о апсолутној застарелости, не треба заборавити да таква категорија застарелости постоји из начелних разлога скопчаних са *ratio legis*-ом застарелости кривичног гоњења.

Ако се већ без дилеме сматра да у састав продуженог кривичног дела не може уојшће ни ући кривично дело у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења,²⁶ онда нема разлога ни да се прихвати да је могуће да у конструкцији продуженог кривичног дела буде/остане и оно појединачно кривично дело у погледу којег је у међувремену, тј. онда када је оно већ било у саставу продуженог кривичног дела, дошло до апсолутне застарелости кривичног гоњења. Из овога произлази и да никада не може да престане ток застарелости кривичног гоњења појединачних кривичних дела у саставу продуженог кривичног дела, који потенцијално води до њихове апсолутне застарелости, без обзира што застарелост кривичног гоњења самог продуженог кривичног дела као целине тече од радње извршења последњег кривичног дела у његовом саставу.

Коначно, ако би се инсистирало на томе да због тога што је продужено кривично дело само једно целовито кривично дело и да свакако у односу на њега као „целину” постоји само један рок застарелости, те да уопште није од значаја то што је кривично гоњење за неко кривично дело у саставу продуженог кривичног дела апсолутно застарело, онда када је оно већ било у конструкцији продуженог кривичног дела, тада би чак заступници таквог схватања, ако би „до краја” били доследни таквом ставу, морали доследно да заступају и став да би чак и кривично дело у погледу којег је већ („у старту”) наступила апсолутна застарелост

²⁶ *Ibidem.*

кривичног гоњења, свакако морало да буде у саставу продуженог кривичног дела, уколико су испуњени Кривичним закоником дефинисани услови да се и оно сматра делом те конструкције. Дакле, ако је продужено кривично дело таква, очигледна не само правна, већ у великој (битној) мери и природна целина, која се свакако не може „цепати“, онда уопште не би било разлога да се из једне такве „неспорне целине“ издвајају чак и она кривична дела у погледу којих је већ у моменту „конструисања“ продуженог кривичног дела наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења“, уколико неспорно постоје услови да се и таква дела сматрају сегментима тог једног продуженог кривичног дела. Тек тада би став о продуженом кривично делу као „апсолутно једном кривичном делу“, које се посматра не само као правна, већ у великој мери и природна целина, био заиста консеквентан, односно доследан. Ово би, наравно, по свему судећи било претерано и за оне ауторе који инсистирају на аргументу о „продуженом кривичном делу као *айсо-лушно* (само) једном кривичном делу“ те би водило апсурдним ситуацијама у пракси, али већ такав пример јасно указује на суштинску слабост аргумента по којем због тога што је продужено кривично дело „само једно кривично дело“, дефинитивно нема значаја то што су у његовом саставу и појединачна кривична дела у погледу којих је већ наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења.

У теорији се наводи да уз друге проблеме повезане са конструкцијом продуженог кривичног дела, „додатни проблем представља и то што је рок застарелости краћи за поједино дело него за продужено кривично дело, које прераста у теже кривично дело управо због сабирања појединачних новчаних износа који су сви обухваћени јединственим умишљајем“, те се истиче да је „нарочито у том случају потпуно неприхватљиво да се та не само правна него у значајној мери и природна целина, разбија засебним рачунањем рокова застарелости за поједина кривична дела.“²⁷ Цитирани аутор (проф. др Зоран Стојановић), потом наводи став Врховног касационог суда у односу на ово питање: „Код продуженог кривичног дела које обухвата кривична дела чије је битно обележје одређени новчани износ, у ситуацији када суд примењује одредбу члана 61. став 5. КЗ, због чега радње кривичног дела губе своју самосталност, застарелост кривичног гоњења може се ценити само у односу на кривично дело као целину према збиру износа остварених појединачним делима и одговарајућом квалификацијом у оквиру временског периода извршења кривичног дела па до последње радње, а не

²⁷ *Ibid.*, 317.

посебно у односу на појединачне радње које су ушле у састав продуженог кривичног дела.”²⁸

Чини се да претходно изложени ставови нису прихватљиви. С једне стране, тако се потпуно релативизује опште правило о наступању апсолутне застарелости кривичног гоњења конкретних кривичних дела, након наступања одређеног временског периода, која самим тим што су третирана као елементи једног продуженог кривичног дела, потпуно „нестају” и губе значај као појединачна кривична дела. Тиме се потпуно девалвира *ratio legis* постојања апсолутне застарелости кривичног гоњења као законске категорије. С друге стране, то се чини на један, већ на први поглед погрешан начин, јер се то *не чини начелно*, тако што би се „са сигурношћу” и на изванредан начин сасвим „убеђено” тврдило да како је продужено кривично дело само „једно једино кривично дело”, а не „скуп појединачно сабраних/уклопљених кривичних дела”, оно као такво „једно једино кривично дело”, може и „застаревати” само као целина, већ се овде практично говори *само о једној категорији продуженог кривичног дела*, а то је случај из члана 61. став 5. КЗ. Овде се ово питање решава на селективан начин, дакле не у односу на продужено кривично дело уопште, већ само у погледу једне посебне категорије продужених кривичних дела (члан 61. став 4. КЗ), што начелно није добро. То значи да се овакво резонување примењује само онда када је у питању продужено кривично дело које обухвата кривична дела чије је битно обележје одређени новчани износ, а када се сматра да је таквим продуженим кривичним делом остварен збир износа остварених појединачним делима уколико је то обухваћено јединственим умишљајем учиниоца. Како је и сам јединствени умишљај учиниоца један прилично „флексибилна” категорија, чак потенцијално и са елементима „каучук” норме (што се детаљније објашњава у даљем тексту), а при том је и само продужено кривично дело по дефиницији изузетно „флексибилно” (што је на „ивици” испуњавања захтева садржаних у начелу законитости), овакво резонување праксе се не чини прихватљивим и суштински је супротно начелу правне сигурности.

У теорији се износи и следећа констатација: „Према томе, спор који у судској пракси постоји о томе да ли се рок застарелости може рачунати посебно за свако кривично дело које улази у састав продуженог кривичног дела (у теорији се износи став да је реч о јединственом делу

²⁸ Ставови Кривичног одељења Врховног касационог суда о спорним правним питањима о којима није постигнута сагласност представника апелационих судова, Београд, 6. јула, 2017. године.

за које постоји само један временски моменат од кога се рачуна рок застарелости), треба решити на начин који није у супротности са појмом продуженог кривичног дела, а то је да у његов састав не могу ући она дела чије је кривично гоњење застарело. Практично, долази се до (скоро) истог резултата, а избегавају се неке противречности и недоследности (ако је продужено кривично дело једно јединствено дело а не стицај, дела која га чине не могу да задрже своју самосталност ни када је у питању застарелост).²⁹

У ствари, чини се да уопште и није спорно да кривично дело у погледу којег је кривично гоњење застарело, свакако не може бити саставу продуженог кривичног дела, односно „ући у старту” у конструкцију продуженог кривичног дела, али се овим ставом не решава питање (не) могућности да кривично дело, у погледу којег је „у међувремену”, тј. онда када је већ уврштено у конструкцију продуженог кривичног дела, тј. аутор стриктно стоји на становишту да тада и такво „застарело” кривично дело остаје у конструкцији продуженог кривичног дела, чије кривично гоњење тада застарева као „целина”, односно као свако друго кривично дело. Ово се не чини оправданим, а као што је то објашњено у претходном тексту, такав резон је супротан како општем *ratio legis*-у застарелости кривичног гоњења, тако и општем правилу (које спомиње и овде цитирани аутор, проф. др З.Стојановић), да кривична дела у погледу којих се држава одрекла права кривичног санкционисања (било због протека времена, било актом милости, као што су амнестија и помиловање), не могу бити ни у саставу продуженог кривичног дела.³⁰

Ако кривична дела у погледу којих се држава из одређених разлога одрекла права на кривично санкционисање, не могу бити у конструкцији продуженог кривичног дела „у старту” онда када се оно „конструисе”, тј. када такво кривично дело примарно „настаје”, нема разлога да она остану у саставу већ конструисаног продуженог кривичног дела. То би посебно деловало апсурдно када се ради о кривичним делима обухваћеним актима милости, тј. амнестијом или помиловањем (што би у пракси, по логици ствари, могло бити веома ретко, али се ипак не може ни искључити), па би стога, консеквентно, исти резон требало применити и на случај наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења, без обзира да ли је до ње дошло пре конструисања продуженог кривичног дела или је, у односу на појединачно кривично дело које је већ

²⁹ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика Србије*, осмо издање, *op. cit.*, 316–317.

³⁰ *Ibid.*, 316.

„ушло” у састав продуженог кривичног дела, у међувремену наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења.

Коначно, чини се да и сам законодавац не стоји стриктно на становишту да је продужено кривично дело свакако и без изузетка само једно кривично дело, што се може уочити анализом правила садржаног у члану 61. став 6. КЗ, којим је прописано да кривично дело које није обухваћено продуженим кривичним делом у правноснажној судској пресуди, представља *йосебно кривично дело*, односно *улази у састав йосебној йродуженој кривичној дела*. Овим се решава један практичан проблем скопчан са деловањем начела *ne bis in idem*,³¹ али се тиме практично „признаје”, тј. уважава да продужено кривично дело не мора увек да буде само „једно једино и целовито кривично дело”, јер да је заиста

³¹ У ствари, овај проблем није постојао, односно није био толико изражен, док је наше кривично процесно законодавство омогућавало понављање кривичног поступка како у корист, тако и на штету окривљеног, јер је деценијама у ЗКП-у Југославије, постојао разлог за понављање кривичног поступка, који је био дефинисан „у оба смера”, тако што је било прописано (члан 404. став 6. ЗКП СФРЈ), да се кривични поступак завршен правноснажном пресудом може поновити, ако се у случају осуде за продужено кривично дело или за друго кривично дело које по закону обухвата више истоврсних или више разноврсних радњи изнесу нове чињенице или поднесу нови докази који указују да је осуђени *учинио* радњу коју би обухватило дело из осуде да се за њу раније знало (повнављање поступка *на шийейу окривљеној*), или указују да осуђени *није учинио* радњу која је обухваћена делом из осуде (повнављање поступка у *користи окривљеној*), а постојање ових чињеница би било од битног утицаја на одмеравање казне.

Понављањем кривичног поступка који је окончан правноснажном осуђујућом пресудом, дакле понављањем на штету окривљеног (што је било факултативно, само када се оцени да би накнадно уврштавање још једног „новооткривеног/новосазнатог” кривичног дела или више других „нових” кривичних дела у конструкцију продуженог кривичног дела, било од битног утицаја на одмеравање казне), омогућавало се и додатно „проширење” продуженог кривичног дела о којем је правноснажно већ одлучено, новим кривичним делом/делима, које/која би тако, накнадно ушло/ ушла у његову конструкцију. Како је сада, а то води своје корене још од промена Законика о кривичном поступку почетком 2000-их година, а потом на основу одредби Устава Србије из 2006. године (члан 34. став 4) прописана могућност понављања кривичног поступка само у корист окривљеног, накнадно „обогативање” продуженог кривичног дела које је предмет правноснажно окончаног кривичног поступка, више није могуће, па је то био разлог да законодавац формулише одредбу из члана 61. став 6. КЗ-а, али се тиме остварује и један ефекат који је од значаја за теоријско размишљање о продуженом кривичном делу, јер се тако, практично одустаје од става да је продужено кривично дело свакако само једно целовито кривично дело. Наиме, да је законодавац чврсто на том становишту, онда случај из члана 61. став 6. КЗ-а, или не би био уопште могућ или би се начелно чак и таква ситуација подводила под деловање начела *ne bis in idem*, иако формално накнадно откривено, односно «новосазнато» кривично дело није било садржано у конструкцији продуженог кривичног дела, а постојали су законски услови да се оно сматра делом те конструкције.

продужено кривично дело апсолутно и увек (само) једно кривично дело, онда:

1) ситуација на коју се односи одредба из члана 61. став 6. КЗ-а, не би ни била могућа, што је наравно нереално, јер се по логици ствари, увек може догодити откривање новог кривичног дела за које се претходно није знало, односно,

2) законодавац не би чак ни допуштао могућност да кривично дело које би иначе било у саставу „једног” продуженог кривичног дела, а које из одређених разлога (најчешће што се за њега није знало, односно које је тек накнадно откривено), буде третирано као посебно кривично дело, односно уђе у састав неког другог посебног продуженог кривичног дела, а што, начелно, по правилу, не би било оправдано из разлога правичности.

VIII. Примери из судске праксе који се односе на немогућност да у конструкцији продуженог кривичног дела буде садржано и „о(п)стане” кривично дело у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења

Као што је претходно већ објашњено, било које „појединачно” кривично дело у погледу којег је кривично гоњење застарело, не може бити предмет кривичног поступка. Како у погледу таквог кривичног дела ни иначе није могуће кривично гоњење, таква немогућност се односи како само на то „изолирано” кривично дело, тако и на случај када је оно у саставу продуженог кривичног дела, што значи да оно од момента када је „апсолутно застарело”, више не може бити садржано у конструкцији продуженог кривичног дела.³²

На овај начин резонује и део судске праксе, па се тако у једној одлуци закључује да се „апсолутна застарелост кривичног гоњења код продуженог кривичног дела има узимати за свако кривично дело понаособ, а не према временски последњем извршеном кривичном делу.”³³

Судска пракса се некада колеба у вези са природом одређених кривичних дела, те их понекад сврстава у трајна кривична дела, а у ствари се ту, суштински, углавном ради о продуженим кривичним делима, што

³² М. Шкулић, „Застарелост кривичног гоњења – законско решење и нека спорна питања”, *Билтен Првог основног суда у Београду*, број 1/2016, Београд, 2016, 118–144.

³³ Решење Општинског суда у Нишу К.467/02 и пресуда Округног суда у Нишу Кж. бр. 209/04, *Билтен судске праксе Округног суда у Нишу*, број 22/2006, „Intermex”, Београд, 2013 (судска пракса на Интернет-у).

може бити релевантно и са становишта рачунања рока застарелости, односно одређивања дана од којег започиње да тече тај рок. Такав је случај са кривичним делом недавања издржавања, па је тако у изреци једне првостепене пресуде наведено: „да окривљена од 03.09.2007. године па до 31. 12. 2009. године, способна да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима, није давала издржавање за лице које је по закону дужна да издржава”, те је оглашена кривом за кривично дело недавања издржавања из члана 195. КЗ-а. У решењу донетом у жалбеном поступку закључује се да је првостепени суд погрешно, јер „како кривично дело недавања издржавања из члана 195. КЗ није трајно кривично дело, већ је дело свршено самим пропуштањем да се издржавање да онако како је то одређено правноснажном судском одлуком, којом је установљено, те се сваком евентуално поновљеном радњом извршења према истом лицу, стичу обележја новог кривичног дела за које теку појединачни рокови застарелости.”³⁴ У овом случају се, по свему судећи, ради о продуженом кривичном делу недавања издржавања, које иначе, не мора увек бити продужено кривично дело (иако у пракси често, односно најчешће јесте, мада то редовни судови понекад „не примећују”), већ је довољно да се једном пропусти давање издржавања, па да постоји једно свршено кривично дело недавања издржавања.

Интересантно је да исти суд (Апелациони суд у Новом Саду), који је донео пресуду против које је поднесена уставна жалба у предмету УЖ-6463/2016, а из које је произишла одлука Уставног суда у односу на коју је аутор овог текста издвојио мишљење, у овом случају *групације шумачи рокове рачунања застарелости кривичног гоњења у погледу кривичних дела, односно радњи кривичних дела, која чине једну целину*, а која би могла бити сматрана и једним продуженим кривичним делом, те је већ и сама та чињеница јак аргумент у погледу оцене да се, када је реч о резонувању редовног суда у односу на (не)могућност наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења у погледу кривичног дела које је садржано у конструкцији продуженог кривичног дела, у основи ради о арбитрарној примени права.

И знатно старија судска пракса, у време када продужено кривично дело уопште и није било формално дефинисано у тада важећем кривичном законодавству, најчешће је сматрала да свако поједино дело у конструкцији продуженог кривичног дела, „застарева” за себе, па се тако

³⁴ Решење Апелационог суда у Новом Саду Кж. 1 130/13 од 22. јануара 2013. године – *Билтен Апелационог суда у Новом Саду*, број 5/2013, „Intermex”, Београд, 2013 (судска пракса на интернету).

закључује да „апсолутна застарелост кривичног гоњења одвојено тече за сваку радњу која улази у састав продуженог кривичног дела”.³⁵

Конечно, на исти начин је резонувао и Врховни суд Србије, када је закључио да „се време апсолутне застарелости кривичног гоњења рачуна засебно и одвојено за сваку радњу која улази у оквир продуженог кривичног дела”.³⁶

Врховни суд Србије слично резонује и у једном другом случају, мада тада без потребе (што је погрешно), као критеријум узима у обзир и да ли захваљујући кривичном делу у погледу којег је кривично гоњење апсолутно застарело, долази или не долази до промене квалификације кривичног дела, тј. да ли би се радило о тежем облику кривичног дела. У овој одлуци се наводи: „Време апсолутне застарелости кривичног гоњења појединих радњи код продуженог кривичног дела код кога нова радња не доводи до новог квалитета суштине учињених радњи, тј. до појаве тежег облика предметног кривичног дела, рачуна се посебно и одвојено за сваку кривичноправну радњу која улази у склоп продуженог кривичног дела”.³⁷

Такође, Апелациони суд у Београду, потврђујући својом одлуком решење Првог основног суда у Београду,³⁸ закључује (у време када је продуженог кривично дело већ постало и формално институт дефинисан у Кривичном законнику), да се „застарелост кривичног гоњења рачуна од времена извршења сваког појединачног кривичног дела које улази у састав продуженог кривичног дела”.³⁹

³⁵ Пресуда Врховног суда Војводине Кж. бр. 8/91 од 22. октобра 1982. године, „Intermex”, Београд, 2013 (судска пракса на Интернету).

³⁶ Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1235/88 од 3. марта 1989. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 191/83 од 28. јуна 1988. године, „Intermex”, Београд, 2013 (судска пракса на Интернет-у).

³⁷ Врховни суд Србије – Кж. бр. 1476/86, од 2. марта 1987. године, према: Б. Чејовић, *Кривично право у судској пракси – Прва књига – Општи део*, „Југословенски завод за продуктивност рада”, Београд, 1985, 593.

³⁸ Решење Првог основног суда у Београду, К.бр. 8893/10 од 15. децембра 2010. године.

³⁹ Пресуда Апелационог суда у Београду, КЖЗ 288/11 од 24. априла 2011. године.

IX. Резоновање редовног суда у конкретном случају и значај судске праксе редовних судова уопште – када се ради о (не) могућности да у саставу продуженог кривичног дела буде и кривично дело у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења

Овде је од **посебног значаја** што, у ствари, када се ради о конкретном предмету *УЖ-6463/2016*, и редовни суд тј. Апелациони суд у Новом Саду (Кж. 1. 439/16 од 23. јуна 2016. године), практично донекле *прихватио правило* да у погледу сваког појединачног дела у конструкцији продуженог кривичног дела тече рок апсолутне застарелости кривичног гоњења, али је Апелациони суд имплицитно погрешно закључио да није од значаја уколико је до апсолутне застарелости кривичног гоњења дошло након доношења првостепене пресуде, а пре њене правноснажности. Овде је посебно упадљиво да је Апелациони суд, суштински арбитражно, из конструкције продуженог кривичног дела елиминисао кривична дела у погледу којих је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења (тачка 3. изреке пресуде првостепеног суда), сматрајући да та дела нису временски повезана са кривичним делима која су остала у конструкцији продуженог кривичног дела. Ово је погрешно, јер овде није суштина у „временској неповезаности“, јер напротив, без обзира што се не ради о „истој календарској години“ (а то свакако и није законски услов за оцену (не)постојања релевантне временске повезаности), постоји очигледна временска повезаност, али је за та кривична дела наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, па она због тога, а не због њихове временске „повезаности“, не могу да буду садржана у конструкцији продуженог кривичног дела.

Наиме, све до наступања правноснажности пресуде која се односи на конкретно кривично дело, може доћи до наступања апсолутне застарелости кривичног дела на које се пресуда односи. Ниједном нормом није предвиђено да рок застарелости престаје да тече моментом доношења првостепене пресуде, што би, и иначе, било бесмислено, јер би се тако потпуно девалвирао правни значај правноснажности. Ово се односи и на дела која су унета у конструкцију продуженог кривичног дела. Наиме, према окривљеном је (у конкретном случају на који се односи издвојено мишљење из којег произлази овај чланак), одбијена оптужба за радње које је предузимао у периоду од 4. маја 2005. до 10. јануара 2006. године, услед наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења за кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица у

стицају са кривичним делом фалсификовање службене исправе, а окривљени је осуђен за извршење дела (30. април 2006. године), у погледу којег је *наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења пре доношења првостепене пресуде* (23. јун 2016. године). Подносилац уставне жалбе оправдано указује да то дело, због наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења, није могло ући у састав конструкције продуженог кривичног дела.

Стога, већ само такво погрешно резонување Апелационог суда указује на арбитрарност, која је уставно-правно релевантна, јер нема никаквог правног значаја да ли је до наступања апсолутне застарелости дошло пре или после доношења првостепене пресуде, већ је само важно да ли је до тога дошло пре наступања правноснажности пресуде.

Како је у овом случају пре правноснажности осуђујуће пресуде чији је предмет продужено кривично дело, дошло до наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења једног кривичног дела из конструкције конкретног продуженог кривичног дела, те је до тога дошло током жалбеног поступка, то „застарело” кривично дело није смело да остане у конструкцији продуженог кривичног дела. Из овога произлази да је жалбени суд погрешно када није на исправан начин оценио кривичноправни значај наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења једног дела из конструкције продуженог кривичног дела, а до чега је дошло након што је већ донесена првостепена пресуда, а пре одлучивања другостепено суда.

Иначе, нема много смисла да се Уставни суд позива на судску праксу редовних судова у конкретном случају, а која је супротна претходно наведеним примерима из наше судске праксе (чега нема у одлуци Уставног суда, али је спомињано на седници Уставног суда из које је проистекла његова одлука у предмету УЖ-6463/2016, уз најављивање једног сагласног издвојеног мишљења), а већ је у овом издвојеном мишљењу (из којег проистиче овај текст), указано и на деценијску устаљену праксу, по којој у конструкцији продуженог кривичног дела не могу да буду и дела у погледу којих је већ наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења.

Примери из праксе на које је указивано на седници Уставног суда, који су потенцијално утемељени на супротном ставу да ипак, под одређеним условима (где се вероватно мисли на *фазу поступка* у којој је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, што је претходно већ објашњено као веома нелогично и очигледно уставноправно неприхватљиво), није немогуће уврштавање у конструкцију продуженог кривичног дела и кривичног дела погледу којег појединачно је насту-

пила апсолутна застарелост кривичног гоњења су, када је реч о поступку пред Уставним судом, потпуно неадекватни.⁴⁰ То су, у ствари, примери погрешне судске праксе. Та пракса је погрешна *нарочито ако се шемели на кријтеријуму фазе кривичној постојаности* у којој је дошло до наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења, а претходно је већ објашњено да нема никаквог законског основа за увођење таквог критеријума, док је његова нелогичност посебно илустрована и навођењем примера да одлука другостепеног суда не мора бити само пресуда којом се у том делу потврђује или преиначује првостепена пресуда (када она на тај начин постаје правноснажна), већ другостепени суд може својим решењем и *укинути пресуду првостепеног суда, када се о предмету кривичној постојаности одлучује поново*. Тада би била сасвим очигледна нелогичност и кривичноправна неутемељеност става да у конструкцији продуженог кривичног дела свакако остаје и појединачно кривично дело у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, ако је до тога дошло након што је већ донесена првостепена пресуда. Дакле, евентуални такви примери из дела судске праксе су не само погрешни, већ се на тај начин, узимањем у обзир евентуално и таквих примера, сам Уставни суд понаша као *институционални суд*, те се неоправдано упушта у разматрање да ли судска пракса већински прихвата један или други став, те да ли је већи значај „старе” или „новије” судске праксе (посебно у контексту тога да је тек у КЗ-у из 2005 (чија је примена започела 2006), дефинисано продужено кривично дело, иако је оно деценијама неспорно постојало у судској пракси) и сл., што уопште није адекватно у овом случају, али ни иначе.

Судска пракса у конкретној кривичноправној материји је, пре свега, од битног значаја за редовне судове, а она је само у једном релативно лимитираном смислу релевантна за Уставни суд када решава о конкрет-

⁴⁰ У претходном тексту је већ посебно коментарисан и погрешан начелни став Врховног касационог суда (*Ставови Кривичној одељења Врховног касационог суда о спорним правним питањима о којима није постојала сагласност председника апелационих судова*), у односу на питање (не)могућности да кривично дело у односу на које је апсолутно застарело кривично гоњење буде у конструкцији продуженог кривичног дела, који је посебно проблематичан јер се „**циљано**” тиче кривичних дела чије је битно обележје *новчани износ*. То значи да се ту ради о сабирању новчаних износа садржаних у појединачним кривичним делима, захваљујући чему настаје конкретан тежи облик кривичног дела, као једног продуженог кривичног дела у чијој су конструкцији сва појединачна кривична дела и под условом да је то обухваћено јединственим умишљајем учиниоца, што је и легитимно и легално (у смислу члана 61. став 5. КЗ), али само док се ради о кривичним делима у погледу којих појединачно није наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења.

ним кривичноправним питањима, која се тичу и заштите Уставом гарантованих људских права и основних слобода. Наравно, судска пракса би и у овом случају морала бити стриктно утемељена само на уставно-правно неспорно прихватљивим критеријумима, а није уставно-правно прихватљиво да у конструкцији продуженог кривичног дела буде садржано и кривично дело у погледу којег је кривично гоњење, пре правноснажности судске одлуке која се односи на то кривично дело у саставу продуженог кривичног дела, апсолутно застарело.

Наиме, приликом анализе судске праксе у конкретном случају на шта су указивале поједине судије на седници Уставног суда, а која према њиховом ставу оправдава могућност да и „застарело кривично дело опстане” у конструкцији продуженог кривичног дела (нарочито онда када је до апсолутне застарелости кривичног гоњења дошло након завршеног првостепеног поступка – *sic*), примењен је, у ствари, један погрешан метод. Наиме, тако се, с једне стране, уопште не увиђа да је већ и само постојање различитих ставова судске праксе по себи (а истакнути су у претходном тексту примери потпуно супротног резонувања редовних судова, те је наведен деценијама неспоран и веома убедљиво образложен став кривичноправне теорије), довољно за закључак о арбитрарности судске одлуке која се у конкретном случају побија уставном жалбом, док се тако, с друге стране, при том, уопште ни не примећује да је део такве судске праксе (онда када се омогућава да „застарело кривично дело” остане у конструкцији продуженог кривичног дела), очигледно противан Уставом гарантованом начелу правне сигурности.

Наиме, такав приступ, који би се у ствари, могао сматрати и својеврсним „каучук” тумачењем, погодним за установљавање *еластичне одговорности*, што је по дефиницији очигледно уставно-правно неприхватљиво, омогућава да се одговорност за кривично дело, противно општим правилима о застарелости кривичног гоњења, *вештачки прошеће* и на кривична дела која су сама по себи „апсолутно застарела”, односно у погледу којих је кривично гоњење апсолутно застарело.

Анализа судске праксе од стране редовних судова би имала смисла, односно она када је реч о Уставном суду само тада има пуни смисао, уколико би се на темељу резултата такве анализе, аргументовано указивало на очигледно **погрешне ставове судске праксе**, или на њену неуједначеност у озбиљнијем степену, што у конкретном случају Уставни суд уопште не чини.

Х. Ирелевантан пример из праксе Европског суда за људска права садржан у одлуци Уставног суда Србије

Уставни суд је у својој одлуци у односу на коју је аутор овог текста издвојио мишљење, између осталог, указао и на став Великог већа ЕСЉП да се код продуженог кривичног дела примењује закон који је важио у време када је учињена последња радња која је обухваћена продуженим кривичним делом (*Rohlena protiv Republiky Cechy*, 59552/08, одлука од 27. јануара 2015. године, став 63), уз коришћење навода из те одлуке ЕСЉП-а, која се односи на случај осуде подносиоца представке за кривично дело злостављања лица с којим живи под истим кровом (*the offence of abusing a person living under the same roof*) и примењен је кривични закон који је важио у време извршења последњег напада (*the last assault*) или последњег испољавања (*la dernière manifestation*) злостављања.

На темељу претходно цитиране одлуке ЕСЉП, Уставни суд у својој одлуци у односу на коју је аутор овог чланка издвојио мишљење, закључује да „продужено кривично дело јесте једно кривично дело, а не стицај кривичних дела, тако да се рок застарелости кривичног гоњења рачуна од предузимања радње последњег дела које улази у састав продуженог кривичног дела”. Овај закључак, како ЕСЉП, тако и Уставног суда Србије је *поједино тачан*, али он, у ствари, *уопште није релевантан* за спорно питање у предмету УЖ-6463/2016, које се односи на један други проблем, а то је на могућност/немогућност да у конструкцији продуженог кривичног дела буде садржано и кривично дело у погледу којег је већ наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења.

Навођење у одлуци Уставног суда претходно наведеног става Великог већа ЕСЉП практично *нема никакве везе са спорним питањем* у предмету УЖ-6463/2016, јер суштински исто(ветно) нормативно решење и онако стриктно већ произлази из норми Кривичног законика Србије и апсолутно је неспорно у судској пракси. Према члану 16. став 1. КЗ Србије, кривично дело је извршено у време кад је извршилац радио или био дужан да ради, без обзира кад је последица дела наступила, а никада у Србији, као ни раније у Југославији, није било нимало спорно да се „код продуженог кривичног дела, рок застарелости кривичног дела рачуна од предузимања радње последњег дела које улази у састав продуженог кривичног дела”.⁴¹ Такође се у претходно већ спомињаном веома познатом *Коментару Кривичног закона СФРЈ*, наводи: „Почетак рока застарелости кривичног гоњења, као и узраст учиниоца који је од значаја

⁴¹ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, 7. издање, *op. cit.*, 384.

за његову одговорност и примену кривичне санкције за продужено кривично дело, утврђује се, исто као и за колективно кривично дело, према времену када је предузета последња радња продуженог кривичног дела.”⁴²

Иначе, у овом претходно наведеном веома познатом *Коментџару* се и овде, тј. повезано са дефинисањем времена извршења продужења кривичног дела, још једном стриктно одређује (оно што је у овом издвојеном мишљењу већ претходно наведено кроз илустрацију другог цитата из дела текста овог *Коментџара* о застарелости кривичног гоњења), какав је значај наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења у погледу појединачних кривичних дела у саставу продуженог кривичног дела: „Премда се почетак тока застарелости кривичног гоњења и узраст учиниоца утврђује и за колективно и за продужено кривично дело по времену када је предузета последња радња, ипак се судском одлуком не би могла обухватити она дела из састава колективног, односно продуженог кривичног дела за која је наступила апсолутна застарелост, а исто тако не би се судском одлуком могла обухватити ни она дела из њиховог састава коју је учинилац извршио у време када није имао навршених четрнаест година.”⁴³

Дакле, уопште се овде ни не ради о нечему што је спорно у нашем кривичноправном систему (чак ни у сасвим минималној мери), а при том је тај став и сасвим ирелевантан у конкретном случају, односно у предмету о којем је решавао Уставни суд (УЖ-6463/2016), који се уопште ни не односи на одређивање тренутка од када почиње да тече рок застарелости (застаревања) продуженог кривичног дела, као „конструисане целине”, већ се тиче сасвим другог проблема, а то је (не)могућност да у конструкцији продуженог кривичног дела буде садржано и кривично дело у погледу којег је само по себи, кривично гоњење већ апсолутно застарело.

⁴² Група аутора (ред. Н. Срзентић), *op. cit.*, 162.

⁴³ *Ibid.*, 163.

ХИ. Став Врховног касационог суда у погледу апсолутне застарелости кривичног гоњења појединачних кривичних дела у конструкцији продуженог кривичног дела и захтев за заштиту законитости Републичког јавног тужиоца у конкретном случају

У пракси је релативно ретко да јавни тужилац законске норме тумачи тако да је то изразито у корист окривљеног, те да чак таквим тумачењем доводи у питање успешност оптужбе, што наравно, није резултат некакве „малициозности” јавних тужилаца, већ, по логици ствари, произлази из њиховог својства странке у кривичном поступку, постојања извесне „страначке фокусираности” на „успех оптужбе”, па и неких разумљивих психолошких разлога, иако је иначе јавни тужилац државни орган, а не само странка, те је стога дужан да поступа *непрестрасно*, као и да обрати једнаку пажњу како на доказе који терете одређено лице да је учинило кривично дело, тако и на оне које том лицу иду у прилог. То се наравно, односи и на интерпретацију релевантних кривичноправних норми, која мора бити непристрасна, не само када се ради о суду, већ и када норми тумачи јавни тужилац. Дакле, помало парадоксално, јер није спорно да иначе, као и свака „странка”, и јавни тужилац бар у психолошком смислу резонује „страначки”, јавни тужилац би, иако је странка у кривичном поступку, баш зато што је и државни орган, морао да поступа непристрасно у сваком стадијуму кривичног поступка.

Баш случај који је био предмет решавања Уставног суда и у односу на чији је „исход” пред Уставним судом, аутор овог текста као судија Уставног суда издвојио мишљење, пример је за коректно резонување Републичког јавног тужиоца, који је, сматрајући да кривично дело у погледу којег је кривично гоњење апсолутно застарело не може бити садржано у конструкцији продуженог кривичног дела, против конкретне пресуде која се односила на такво кривично дело, поднео захтев за заштиту законитости Врховном касационом суду.

Републички јавни тужилац је против правноснажне пресуде Апелационог суда у Новом Саду Кж I 419/16 од 23. јуна 2016. године поднео захтев за заштиту законитости због битних повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 1. тачка 1. и из члана 438. став 1. тачка 11. ЗКП, са предлогом да Врховни касациони суд укине побијану пресуду у осуђујућем делу или је преиначи.⁴⁴ Захтев за заштиту законитости је поднесен у корист осуђеног, а овде је од посебног значаја став Репу-

⁴⁴ Ктз 936/16 од 31. августа 2016. године.

бличког јавног тужиоца да кривично дело у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења не може бити у саставу продуженог кривичног дела, што би у конкретном случају значило и да је у погледу целокупног продуженог кривичног дела, јер тада више не би постојао његов квалификовани облик (до којег се долази сабирањем новчаних износа),⁴⁵ дошло до наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења у односу на основни облик конкретног кривичног дела (члан 234. став 1. КЗ), која би у кривичнопроцесном смислу морала резултирати доношењем пресуде којом се оптужба одбија.

Врховни касациони суд није прихватио став Републичког јавног тужиоца изнесен у захтеву за заштиту законитости, те је закључио: „Како се у конкретном случају ради о кривичним делима чија су битна обележја одређени новчани износ, а све кривичноправне радње су неспорно обухваћене јединственим умишљајем учиниоца, другостепени суд је применом наведене одредбе члана 61. став 5. КЗ, сабрао појединачне износе из сваке радње кривичног дела злоупотреба положаја одговорног лица и дошао до износа противправне имовинске користи 1.167.126 динара, што чини битно обележје квалификованог облика кривичног дела злоупотреба положаја одговорног лица из члана 234. став 2. КЗ у продуженом трајању.”⁴⁶ Даље се у пресуди Врховног касационог суда закључује: „У таквој ситуацији, дакле када због постојања јединственог умишљаја као услова за правно квалификовање продуженог кривичног дела у смислу одредбе члана 61. став 5. КЗ, све радње које су ушле у састав тог продуженог кривичног дела, чине једно продужено кривично дело као целину, застарелост кривичног гоњења се не може рачунати за сваку појединачну радњу, већ за кривично дело у целини.”⁴⁷

Овај став Врховног касационог суда у конкретном случају, као и његов општи став у односу на могућност да у саставу продуженог кривичног дела буде и појединачно кривично дело у односу на које је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења (који је коментариса у претходном тексту),⁴⁸ није оправдан, већ се, обрнуто, чини да је, у односу на ово питање, у праву Републички јавни тужилац који је захтев

⁴⁵ Радило се о кривичном делу злоупотребе положаја одговорног лица из члана 234. став 2. Кривичног закона.

⁴⁶ Иначе, формулација о кривичном делу „у продуженом трајању” није законског карактера, те би било адекватније да Врховни касациони суд стриктно користи законски израз – „продужено кривично дело”.

⁴⁷ Кзз 1179/2016 од 29. новембра 2016. године.

⁴⁸ Ставови Кривичног одељења Врховног касационог суда о спорним правним питањима о којима није постигнута сагласност представника апелационих судова, Београд, 6. јула 2017. године.

за заштиту законитости поднео у корист окривљеног. Коначно, на нелогичност става Врховног касационог суда овде указује и објашњење да се „застарелост кривичног гоњења не може рачунати са сваку појединачну радњу, већ за кривично дело у целини”, јер је продужено кривично дело по дефиницији састављено из више радњи извршења које су саме по себи радње извршена по једног појединачног кривичног дела уврштеног у конструкцију продуженог кривичног дела као целине. Основна садржина кривичног дела је суштински баш у релевантном *чину*, што значи у скривљеној противправној *радњи*, било да се она манифестује као чињење или нечињење (кажњиво пропуштање дужног чињења), а основна сврха института апсолутне застарелости кривичног гоњења је баш да одређена радња протеклом одређеног времена, иако иначе не губи карактер противправне активности, суштински постане некажњива. Такав основни *ratio legis* застарелости кривичног гоњења се на овај начин потпуно девалвира.

XII. Појединачна кривична дела у погледу којих се држава одрекла права на кривично санкционисање у саставу продуженог кривичног дела

Када се већ у кривичноправној теорији констатује да у састав продуженог кривичног дела свакако не могу ући „кривична дела у погледу којих се држава одрекла права кажњавања (или изрицања неке друге кривичне санкције), било услед протекла времена (застарелост кривичног гоњења), било зато што се актом милости (амнестија или помиловање), опрашта неодређеном броју лица или тачно одређеном лицу извршење кривичног дела”,⁴⁹ није јасно зашто се онда оставља могућност да таква кривична дела након што су једном ушла у састав продуженог кривичног дела, свакако морају да остану у тој конструкцији и након што се држава баш у односу на њих одрекла права кривичног санкционисања, тј. ако је у међувремену дошло до наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења у односу на та кривична дела или је у погледу њих испољен „акт милости”. Дакле, овде би проблем могао постојати и са амнестијом или помиловањем који би се тicali појединачних кривичних дела која су уврштена у састав продуженог кривичног дела пре него што је дошло до амнестије или помиловања.

Када би се и у погледу *амнесије* и *помиловања* применила иста логика која потпуно искључује могућност да у погледу појединачног

⁴⁹ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, 8. издање, *op. cit.*, 316.

кривичног дела које је у конструкцији продуженог кривичног дела наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, што би водило његовом елиминисању из састава продуженог кривичног дела, из тога би произишао и погрешан став да би и кривично дело обухваћено амнестијом или у погледу којег је учинилац помилован, свакако, упркос тим „актима милости”, морало да остане у конструкцији продуженог кривичног дела, само зато што је у састав продуженог кривичног дела уврштено пре него што је дошло до амнестије или помиловања. Ово би, наравно, начелно било потпуно неприхватљиво, па и стога нема разлога да се прихвати могућност да и кривично дело у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, буде/остане у саставу продуженог кривичног дела.

XIII. Дејство начела законитости и када се ради о већ „застарелом кривичном делу” које неоправдано „опстаје” у конструкцији продуженог кривичног дела – повезано са правом на правично суђење

Захтев *елементарне правне сигурности*, који произлази из правне природе и *ratio legis*-а института застарелости кривичног дела, свакако подразумева и очигледну немогућност/нелогичност, па и изразиту неправичност уврштавања у конструкцију продуженог кривичног дела, кривичног дела/кривичних дела у погледу којих је кривично гоњење већ немогуће због наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења. Тако нешто је у суштини супротно и начелу законитости које је гарантовано у члану 34. Устава Србије.

У конкретном случају није дошло до непосредне повреде начела законитости, јер је подносилац уставне жалбе осуђен за кривично дело прописано у Кривичном законнику према основној садржини начела законитости – *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, нити на такву повреду указује и сам подносилац уставне жалбе, али законска ширина у дефинисању појма продуженог кривичног дела, јер је постојеће кривично дело, прописано законом, од стране суда формулисано као *продужено кривично дело*, као и арбитрарност резонувања редовног суда, који у конструкцију продуженог кривичног дела уноси и кривично дело у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, указују на повреду уставног права из члана 32. став 1. Устава Србије.

Начело законитости није само једно од основних начела кривичног права, које се данас у државама које се одликују владавином права сма-

тра општеприхваћеним, већ је оно у савременим правним системима подигнуто на ранг уставног начела. Према члану 34. став 1. Устава Србије, нико се не може огласити кривим за дело које, пре него што је учињено, законом или другим прописом заснованим на закону није било предвиђено као кажњиво, нити му се може изрећи казна која за то дело није била предвиђена. Начело законитости се, потом, формулише и у члану 1. Кривичног закона Србије по којем никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је учињено законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено.⁵⁰

Начело законитости, као једно од најзначајнијих достигнућа кривичног права и принципа правне државе, у националним кривичноправним системима се поистовећује са познатим правилом – *nullum crimen, nulla poena sine lege* – нема кривичног дела, нијих казне без закона,⁵¹ што се у основи односи на неколико важних захтева:⁵² 1) кривичним законом се не могу стварати инкриминације на један општи начин, по принципу сличности, што значи да је забрањено креирати кривична дела и казне за њих путем аналогije, а при том, приликом тумачења кривичноправне норме, не треба испољавати велику „флексибилност”, те широко тумачити испуњеност услова кажњивости – *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*; 2) кривични закон мора да постоји у писаном облику, тако да се инкриминације и казне не могу заснивати на неписаном праву, односно пре свега, оне се не могу темељити на обичајном праву – (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); 3) кривична дела морају да буду законски предвиђена, односно прописана као кривична дела, као и казне за њих, пре него што су деликти извршени, што значи да се забрањује ретроактивна примена кривичног закона, мада се омогућава такво повратно дејство одређене материјалне кривичноправне норме, ако је она повољнија (блажи закон) за окривљеног – *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*; као и 4) кривични закон мора да има висок степен одређености у погледу предвиђених инкриминација,

⁵⁰ Више о томе: М. Шкулић, „Начело законитости у кривичном праву”, *Анали Правној факултету Универзитета у Београду*, број 1/2010, Београд, 2010, 66–128.

⁵¹ За принцип законитости се истиче да „гарантује заштиту грађана од самовољне примене и простирања државне власти. Он утврђује да само писани закон прописује кажњивост одређене радње, као и запрећену казну као њену правну последицу.” Више о томе: J. Wessels, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und ihr Aufbau*, 26. neubearbeitete Auflage, „C.F. Müller Verlag”, Heidelberg, 1996, 8.

⁵² C. Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, – *Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. Auflage, „C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung”, München, 1997, 98–99.

односно прописаних кривичних дела и казни -*nullum crimen, nula poena sine lege certa*.

Када је реч о продуженом кривичном делу, ту се не ради о стварању неке нове инкриминације у законском смислу, тако што се на уобичајени начин у кривичном закону дефинишу битна обележја или „елементи бића” конкретног кривичног дела, већ се практично даје могућност/право суду да под одређеним, у Кривичном закону прописаним условима, од више посебних/појединачних кривичних дела, „креира” односно „конструира” једно продужено кривично дело. То, наравно, није неко „ново” кривично дело у кривичном законодавству, већ се ради о неком од и иначе, постојећих кривичних дела, које суд третира као продужено кривично дело. Сами услови за постојање, односно од стране суда „конструисање” продуженог кривичног дела су формулисани уз одговарајући „степен ширине”, који омогућава да се у погледу њиховог постојања/непостојања испоље начела слободне оцене доказа и слободног судијског уверења. Поред тога, и овде се испољавају елементи *lex stricta* и *lex certa* начела законитости, што значи да приликом тумачења испуњености услова за постојање продуженог кривичног дела, али и могућности да одређено кривично дело остане у конструкцији продуженог кривичног дела, не само да није прихватљива примена аналогije, већ, при том, није адекватна ни сувише екстензивна интерпретација кривичноправних норми, из чега произлази да се предност у тумачењу кривичног права увек начелно даје рестриктивном тумачењу.

Дужност је законодавца да у што је могуће већој мери оствари захтев садржан у елементу *lex certa* начела законитости. Начелно се сматра да што је значајније и важније одређено кривичноправно питање, то одређеније и прецизније оно мора бити регулисано у кривичном закону. У том се смислу, на пример, изражава и немачка уставноправна пракса, па тако, сходно једној познатој одлуци Савезног уставног суда Немачке: „законске формулације морају бити што одређеније, што је тежа правна последица која је забрањена”.⁵³ Одређеност закона подразумева и његов начелни општи карактер, што би морала бити логична консеквенца легитимности кривичноправног законодавства, која подразумева да се њиме, као својеврсним *ultima ratio* механизмом, штите најважније друштвене вредности, а то је могуће само када таква заштита има опште усмерење и у правно-техничком смислу, јер се норме кривичног права креирају за будућност, а њих тек потом суд примењује на конкретни догађај из прошлости.

⁵³ BVerfGE 14, 245/251.

Када формулише одређене законске услове у погледу чије испуњености/неиспуњености у сваком конкретном случају одлучује суд, законодавац подразумева да суд резонује према начелима слободне оцене доказа и слободног судијског уверења, али да, при том, суд у складу са захтевима из домена начела законитости не сме примењивати прешироко тумачење, нити се, наравно, може упуштати у некаква „флексибилна“ тумачења кривичноправних норми, а нарочито када би то било на штету окривљеног. Суд се од тога мора стриктно уздржавати. Када се ради о конструкцији продуженог кривичног дела, ту су од посебног значаја услови који се односе на *временску повезаност*, а нарочито на јединствени *умишљај учиниоца*. И у том погледу, а нарочито (што ће бити детаљније објашњено у даљем тексту), када се ради о једном у основи прилично „флуидном“ појму, као што је јединствени умишљај учиниоца, морало би да важи и кривичнопроцесно начело „у сумњи у корист окривљеног“ (*in dubio pro reo*).⁵⁴

Према одредби члана 61. став 1. КЗ продужено кривично дело чини више истих или истоврсних кривичних дела учињених у временској повезаности од стране истог учиниоца која представљају целину због постојања најмање две од следећих околности: истоветности оштећеног, истоврсности предмета дела, коришћења исте ситуације или истог трајног односа, јединства места или простора извршења дела или јединственог умишљаја учиниоца. Из овога произлази да продужено кривично дело постоји када су кумулативно испуњена четири услова: 1) ради се о истим или истоврсним кривичним делима; 2) та кривична дела су учињена у временској повезаности; 3) кривична дела је учинио исти учинилац, те 4) та кривична дела представљају *целину*, што произлази из постојања најмање две од следећих опционо прописаних околности: а) истоветност оштећеног, б) истоврсност предмета дела, в) коришћења исте ситуације или истог трајног односа, г) постојање јединства места или простора извршења дела или д) постојање јединственог умишљаја учиниоца.

Поред овога, ако продужено кривично дело обухвата кривична дела чије је битно обележје одређени новчани износ, сматраће се да је продуженим кривичним делом остварен збир износа остварених појединачним делима уколико је то обухваћено јединственим умишљајем учиниоца (члан 61. став 5. КЗ).

Како је код нас деценијама (што је, и иначе, један од честих начелних приговора постојању института продуженог кривичног дела)

⁵⁴ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, десето издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017, 73.

конструисање продуженог кривичног дела, као један од случајева привидног реалног стицаја кривичних дела, неспорно било изразито у интересу самог окривљеног/учиниоца кривичног дела, јер у пракси тако нека кривично дела практично „нестају”, односно приликом изрицања кривичне санкције, *de facto* „губе значај” (као што је то, најчешће, случај и када се ради о стицају кривичних дела), одбрана се, по правилу, није у поступку противила овој конструкцији.

Наиме, окривљени и његов бранилац у кривичном поступку нису реално имали интерес да оспоравају закључак суда о томе да се више кривичних дела, која иначе неспорно постоје самостално, а могла би и појединачно да буду предмет кривичног поступка, могу сматрати једним продуженим кривичним делом. Ово је омогућавало судовима у пракси да и без „ризика” да се „огреше о окривљеног”, некада и прилично слободно, па и веома широко конструишу продужена кривична дела. У контексту деценијске судске праксе, а повезано и са захтевима процесне економије, али и из неких других практичних разлога, то није било спорно ни за другу странку у кривичном поступку, односно за овлашћеног тужиоца.

У конкретном случају је ситуација битно другачија, јер конструисањем кривичног дела у чијем је саставу и кривично дело у погледу којег је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, суд изводи далекосежан закључак који је, непосредно и очигледно, изразито на штету окривљеног, а при том су неки од законских услова који се односе на продужено кривично дело, у суштини прилично флуидног карактера. Ово се посебно односи на *јединствени умишљај* учиниоца, где је таква „флуидност” изузетно упадљива, јер се од учиниоца „актуелног” кривичног дела, очекује и висок степен предвиђања „будућих” кривичних дела, која ће сва – од првог до последњег дела у временском „ланцу”, односно према критеријуму *временске повезаности*, бити сврстана у конструкцију једног продуженог кривичног дела. Такав „висок степен” предвиђања би посебно морао постојати и када се ради о случају из члана 61. став 5. КЗ, који се своди на правило по којем продужено кривично дело које обухвата кривична дела чије је битно обележје одређени новчани износ, постоји када је њиме остварен збир износа остварених појединачним делима, уколико је то обухваћено јединственим умишљајем учиниоца

У конкретном случају, редовни судови су закључили да је код учиниоца (касније – подносиоца уставна жалбе), постојао јединствени умишљај, као један од најмање два од неколико опционо прописаних услова да би више појединачних кривичних дела у временској повезаности чинило *целину* једног продуженог кривичног дела (члан 61. став

1. КЗ), те да је тим јединственим умишљајем обухваћено и битно обележје кривичног дела (од чега зависи да ли се ради о основном или тежем облику кривичног дела), које се састоји у одређеном новчаном износу, који се овде своди на збир износа остварених појединачним делима (члан 61. став 5. КЗ).

Коначно, и данас када је продужено кривично дело дефинисано одредбама Кривичног законика, у нашој кривичноправној теорији се наглашава да „имајући и виду карактеристике продуженог кривичног дела, његово законско регулисање треба у извесном смислу да буде флексибилно.”⁵⁵ Таква „флексибилност” има, наравно, своје оправдање због природе конструкције продуженог кривичног дела, али је она и „на ивици” захтева садржаних у начелу законитости, који се, између осталог, односе на тенденцију да кривичноправне норме буду максимално прецизне и да начелно треба тежити рестриктивном тумачењу кривичног права (*lex certa lex* и *stricta* сегменти), па је и стога нелогично да конструисање продуженог кривичног дела у коначном исходу буде изразито на штету окривљеног (учиниоца таквог кривичног дела), јер су у његовом саставу о(п)стала и појединачна кривична дела у погледу којих је дошло до апсолутне застарелости кривичног гоњења. Другим речима објашњено, нелогично је да би учинилац/окривљени „прошао далеко боље” да му се судило за стицај кривичних дела, него „само” за једно продужено кривично дело, што је посебно упадљиво када конструкцију конкретног продуженог кривичног дела чине свега два или три кривична дела, односно уопште, неки релативно мањи број појединачних кривичних дела, као што је то и било у конкретном случају о којем је решавао Уставни суд, у погледу чије одлуке је аутор овог текста издвојио мишљење.

Посебно се чини да сам појам јединственог умишљаја у смислу члана 61. ставови 1. и 5. КЗ, има потенцијално прилично „флуидан” карактер, чак на граници онога што се, иначе, означава као „каучук норма”. Наиме, **јединствени умишљај** учиниоца подразумева, када је реч о *директном умишљају*, да конкретни учинилац већ у време извршења првог кривичног дела које ће потом бити део „ланца” будућих кривичних дела, у саставу *будуће* конструкције продуженог кривичног дела, буде *свесћан свој дела* и *хоће његово извршење*, што практично значи да је свестан, како оног дела које фактички извршава појединачно, тако и свих будућих кривичних дела, која ће тек бити у саставу једног продуженог кривичног дела, те да, при том, хоће како свако појединачно кри-

⁵⁵ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, 8. издање, *op. cit.*, 311.

вично дело, односно како „прво” кривично дело, тако и остала „будућа” кривична дела у саставу „будућег” продуженог кривичног дела.

Овде је формално могућа и варијанта са *евентуалним умишљајем учиниоца*, која подразумева да је учинилац приликом извршења првог кривичног дела буде *свестан могућности* да то дело изврши, те да на то *присћаје*, али и да већ тада, као и током целокупног временског „ланца” у којем су кривична дела у саставу продуженог кривичног дела, учинилац буде свестан могућности чињења тих „будућих” кривичних дела, те да на то *присћаје*. Дакле, овде постоји и још „чуднија” комбинација свести о *могућности* чињења дела, које је, по логици ствари, тек *будући* деликт, те *присћајања* на извршење таквог *будућеј кривичној дела*.

На извештан начин, из услова постојања јединственог умишљаја, произлази да би *актуелни учинилац*, требало себе самог, уз потребан „квалитет свести и воље” као елемената свог умишљаја, као јединог облика кривице који може постојати код продуженог кривичног дела, да поуздано „предвиди” као *будућеј учиниоца* временски повезаних истих или истоврсних кривичних дела.

Како није од значаја да се ради обавезно о једном или другом виду умишљаја, тј. о директном или о евентуалном умишљају, већ је законски услов само да су сва кривична дела у саставу продуженог кривичног дела умишљајног карактера, могуће су и *друге комбинације*, где би учинилац у погледу неких кривичних дела из конструкције продуженог кривичног дела испољавао директни умишљај, а у односу на друга кривична дела сврстана у продужено кривично дело, евентуални умишљај. Такође би било могуће да учинилац након првог кривичног дела и неких следећих кривичних дела, испољава евентуални умишљају у смислу да је свестан могућности да учини наредна дела, па на то пристаје и сл., у погледу чега би се тешко могло закључити да се ради и о иоле прецизним кривичноправним формулацијама и неспорним закључцима суда донесеним на темељу таквих законских норми.

Из свега претходно изложеног произлази да је услов који се односи на *јединствени умишљај учиниоца продуженој кривичној дела* очигледно, већ по својој дефиницији, прилично „флуидан” и велико је питање колико је он реално у пракси неспорно доказив, те у којој мери је усклађен са елементом *lex certa* начела законитости. Наиме, тешко да би се овде могло говорити о некаквом „високом/вишем степену прецизности” самог законодавца.

Додуше, тај услов који се односи на јединствени умишљај у законском смислу *и није обавезан*, већ се ради о једном од *опционих услова*, од којих, уз обавезне законске услове, морају постојати бар два, да би

се сматрало да више кривичних дела представљају *целину*, мада, иначе, постоје и веома утемељена теоријска схватања да би увек када се ради о продуженом кривичном делу, без изузетка морао постојати јединствени умишљај, што је засновано и на принципу кривице у кривичном праву, прописаном у члану 2. Кривичног Законика Србије. Наравно, када је реч о нашем позитивном кривичном праву, треба имати у виду да јединствени умишљај свакако мора постојати када се ради о ситуацији из члана 61. став 5. КЗ-а, а као што је, претходно објашњено, редован суд је у конкретном случају и закључио да је код учиниоца постојао јединствени умишљај у односу на продужено кривично дело.

Прилично „флуидно” дефинисани услови за постојање продуженог кривичног дела,⁵⁶ нарочито неки од тих услова, који су чак на граници да се сматрају „каучук нормом”, по правилу, ипак нису релевантан и важан проблем у пракси, јер код нас већ деценијама постоји устаљена судска пракса, која се односи на легитимност конструисања под одређеним условима продуженог кривичног дела, али је та пракса настала и делује уз свест да, иначе, само конструисање продуженог кривичног дела сасвим уобичајено делује *изразито у користи окривљеној*. Међутим, потпуно супротно овоме, у конкретном случају о којем је одлучивао Уставни суд (у односу на чију одлуку је аутор овог текста издвојио мишљење), треба имати у виду да је тумачење о испуњености услова за конструисање продуженог кривичног дела, у коначном исходу, било *изразито на штењу окривљеној*.

⁵⁶ Интересантно је да приближно у време када институт продуженог кривичног дела, након што је деценијама фактички постојао у судској пракси а уопште није егзистирао у Кривичном законика (спомињао се само у ЗКП-у, али без икакве дефиниције, већ само као један од елемената једног од разлога за понављање кривичног поступка окончаног правноснажном пресудом), он постаје и формално регулисан одредбама Кривичног законика Србије, али баш приближно тада тај институт бива напуштен у немачком кривичном праву, које управо због његове извесне „флуидности” и низа практичних проблема са њим повезаних, више не познаје конструкцију продуженог кривичног дела. Наравно, не треба се пошто поводити за овим примером из позитивног немачког кривичног права и владајуће немачке кривичноправне доктрине, јер продужено кривично дело код нас (а од 2005. године и као законски институт), постоји деценијама, али није логично да оно у неким случајевима (као када се ради о конкретном предмету чије је коментарисање централна тема овог текста), иако се начелно, па практично до сада неспорно, сматра институтом који изразито погодује учиниоцу/окривљеном, буде обрнуто, *изразито и чак драстично на његову штењу*.

XIV. Закључак

Ни под којим условима, дакле, невезано за стадијум кривичног поступка у којем је та врста застарелости наступила, појединачно кривично дело свакако не може да остане у конструкцији продуженог кривичног дела, онда када је у погледу тог појединачног кривичног дела већ наступила *ајсолућна застарелост кривичној гоњења пре љравноснажно-стии љресуде* која се односи на конкретно продужено кривично дело у чијем је саставу и „застарело” кривично дело. Такво поступање је потенцијално супротно и начелу законитости у кривичном праву, које је гарантовано у члану 34. Устава Србије, а што се темељи на захтеву *елементарне љравне сигурности*, који произлази из правне природе и *ratio legis*-а института застарелости кривичног гоњења.

Уврштавањем у конструкцију продуженог кривичног дела и оног кривичног дела у погледу којег је већ наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, али и „остављањем” таквог кривичног дела у саставу већ конструисаног продуженог кривичног дела, долази до погрешне примене меродавног права од стране редовног суда, који тако поступа, чиме се у уставно-правном смислу повређује право окривљеног на правично суђење из члана 32. став 1. Устава Србије. Теоријско инсистирање да је то могуће, јер је продужено кривично дело „само једно кривично дело”, те не само „правна, већ и природна целина”, би у крајњој линији могло довести до апсурда да би чак и она кривична дела која би неспорно могла да буду у саставу једног продуженог кривичног дела, а у погледу којих је већ наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, морала, упркос томе што су „већ застарела,” да буду у саставу таквог „једног продуженог кривичног дела”, јер су и таква дела „сегменти његове целине”. То, наравно, не би било логично ни оправдано, али није прихватљиво ни да кривично дело у погледу којег је као појединачног дела накнадно онда када је већ уврштено у састав продуженог кривичног дела, наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, остане у конструкцији продуженог кривичног дела, те тако практично, супротно ономе што је основни *ratio legis* застарелости кривичног гоњења, *остане кажњиво*, тј. подложно кривичном санкционисању, иако се ради о случају који представља једну од ситуација када се држава начелно одриче свог права на кривично санкционисање.

Ако би наша судска пракса прихватила „курс” тумачења да и кривично дело у погледу којег је појединачно наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, ипак може/мора да остане у конструкцији продуженог кривичног дела, које тако чак добија (као у конкретном

случају који се коментарише у овом тексту), квалификовани облик, док би обрнуто, у односу на продужено кривично дело у чијем саставу не би било „застарело” кривично дело, наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, што је драстично на штету окривљеног, онда би требало размислити и о могућности да наше кривично право следи пример из немачког кривичног права, те одустане од концепције продуженог кривичног дела уопште.⁵⁷ Тада би у погледу више кривичних дела, која би иначе могла да се сматрају једним продуженим кривичним делом, била примењена општа правила која се односе на реални стицај кривичних дела, а избегли би се, како они и раније постојећи проблеми у односу на конструкцију продуженог кривичног дела (попут питања да ли као обавезан услов треба да постоји и одређени *субјективни елементи*, попут тзв. целовитог/продуженог умишљаја), тако и новији проблеми попут примера да у конструкцији продуженог кривичног дела остане и појединачно кривично дело у погледу којег је већ наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења.

⁵⁷ Овакве дилеме постоје и у другим кривичноправним системима држава некадашње СФРЈ, где се критикује институт продуженог кривичног дела, за који се наводи да је настао изворно као израз ублажавања кумулације казни за кривична дела учињена у стицају али како је касније уведен принцип асперације, поставља се питање даље оправданости постојања института продуженог кривичног дела. То представља основни разлог да се „немали део кривичноправних теоретичара приклања захтевима да се *продужено кривично дело укине*, те да се сви случајеви обухваћени овом правном фигуром решавају применом одредби о реалном стицају” (више о томе: Ж. Хорватић, Д. Деренчиновић и Л. Цвитановић, *Казнено право – Ойћи дио 2 – Казнено дјело и казноправне санкције*, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб, 2017, 187–188). Овој оправданој констатацији аутора из нама суседне државе (чија се кривичноправна теорија, као и кривична права других држава насталих на територији некадашње СФРЈ, свакако темељи на југословенској кривичноправној традицији), могло би се додати и да, иако се у кривичноправној теорији иначе, скоро неспорно, сматра да постојање продуженог кривичног дела изразито „погодује” учиниоцу (што се често и критикује), судска пракса која омогућава да у саставу продуженог кривичног дела буду и кривична дела у погледу којих је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, доводи до дијаметрално супротне ситуације да та правна конструкција, обрнуто, изразито шкоди учиниоцу, којем би у таквим ситуацијама положај био драстично бољи да му се судило за кривична дела учињена у реалном стицају.

Dr. Milan Škulić
Professor at the Faculty of Law of University of Belgrade,
Judge of the Constitutional Court of Serbia

CRIMINAL OFFENCE IN RESPECT OF WHICH THE PROSECUTION IS NOT
POSSIBLE DUE TO THE STATUTE OF LIMITATION ON CRIMINAL
PROSECUTION – AS PART OF THE CONSTRUCTION OF CONTINUING
CRIMINAL OFFENCE

Summary

The article explains the criminal law significance of the statute of limitations on criminal prosecution in general, and especially when it comes to the absolute obsolescence of the criminal prosecution of an individual criminal offense included in the construction of the continuing criminal offense.

The author concludes that the individual criminal offense in relation to which the prosecution is not possible because the Statute of Limitations on criminal prosecution, can also not be part of the extended criminal offense too. The contrary opinion was taken by the Constitutional Court when it decided in a case of an constitutional appeal concerning this matter, and the author of this text, who is also a judge of the Constitutional Court of Serbia, in relation to that concrete Decision of the Constitutional Court, had an dissenting opinion, which was published in the *Official Gazette of the Republic of Serbia* together with the Decision of the Constitutional Court. The arguments from this dissenting opinion are the basic content of this article.

Key words: continuing criminal offence, statute of limitations on criminal prosecution, principle of legality, Constitutional Court of Serbia, dissenting opinion

UDK

Др Предраг Цвеићковић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

УПРАВЉАЊЕ УГОВОРИМА О ЈАВНО-ПРИВАТНОМ ПАРТНЕРСТВУ

Сажетак

Уговори о јавно-приватном партнерству (даље и: ЈПП) имају карактер непотпуних споразума: уговарачи су сагласни да је немогуће или економски неефикасно *ex ante* уговорно дефинисање могућих тешкоћа и околности реализације уговора, односно *ex post* контрола испуњења уговорних одредби од стране трећих субјеката (суда или арбитраже). Методологија управљања уговорима о јавно-приватном партнерству требало би да обезбеди да уговорни однос буде уподобљен изменама у окружењу у коме уговор о ЈПП-у функционише. Описано уподобљавање има два аспекта. Први, претходни – *ex ante* аспект има за циљ да спречи да уподобљавање уговора иде на штету јавног партнера. Оно је стога параметар који се узима у обзир приликом припреме критеријума избора најповољнијег приватног партнера, при чему се мора обезбедити верификабилност критеријума његовог учинка у фази реализације ЈПП пројекта. Описано уподобљавање обезбеђује се дефинисањем предмета обавезе приватног партнера, установљавањем приоритетних циљева пројекта, условима подобности приватног партнера да учествује у поступку доделе уговора, конкретизацијом „вредности за новац” коју јавни партнер добија реализацијом пројекта и одговарајућим структурирањем уговора. Други, *ex post* аспект подразумева уподобљавање уговорних одредби променама контекста уговора током његове реализације. Кључни принципи у овом смислу су начела солидарности и кооперације.

Кључне речи: јавно-приватно партнерство; опортунитет уговарача; кооперација; солидарност

I. Увод

Јавно-приватно партнерство (даље и: ЈПП) представља оквир за заједничку акцију јавног сектора (оличеног у држави и њеним различитим еманацијама) и приватног капитала са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса, те ефикасног и економски одрживог развоја инфраструктуре Тензију и контроверзу јавно-приватног партнерства генерише супротност базичних карактеристика јавног и приватног сектора. Први је својом структуром и начином функционисања усмерен ка заштити, остваривању и развијању општег (јавног) интереса. Потоњи је, пак, утемељен на приватној иницијативи усмереној ка остваривању добити.¹

Карактеристике споразума о ЈПП-у утврђују се из њиховог упоређивања са класичним комерцијалним уговорима (продаја, кредит, лизинг итд.). Комерцијални уговори су дизајнирани за сингуларне трансакције између две стране. Карактерише их начелна ирелевантност идентитета уговарача. Трансакција је ограничена временски (одвија се симултано), при чему се један тип трансакције одвија (понавља у својим основним карактеристикама) у већем броју између различитих учесника на тржишту (типичан пример је уговор о продаји). Класични комерцијални уговори су комплетни правни споразуми у смислу да обе стране преговарају уз начелну једнаку доступност информација важних за структурирање уговора. Оне су стога у позицији да *ex ante* дефинишу услове трансакције. Обавезе сваке стране елабориране су до мере да су последице извршења или неизвршења предвидљиве у моменту закључења: стога је могућа *ex post* процена степена испуњења тих обавеза (или кршења уговора). Такву контролу (кроз решавање спора) спроводе суд или арбитража: њоме се решава несагласност уговорних страна око садржине уговорних одредби и последицама неиспуњења уговора. У крајњем, постоји сигурност уговарача страна да ће уговором заснована права бити заштићена од стране независног трећег субјекта.

¹ Ова разлика која се, *prima facie*, чини фундаменталном, кључна је тешкоћа у конструисању правног оквира јавно-приватног партнерства. Видети: Предраг Цветковић, Тамара Миленковић-Керковић, „Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања” *Право и привреда*, бр. 4–6, 1970, 758–770, на страни 758. У праву Републике Србије институт јавно-приватног партнерства утврђен је системским законом (Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 88/2011, 15/2016 и 104/20(16). Видети и сајт Комисије за јавно-приватна партнерства Републике Србије (<http://jpp.gov.rs/dokumenta/pravni-okvir>).

У описану конструкцију класичних комерцијалних/трговачких уговора не уклапају се дугорочни споразуми код којих се разумно може очекивати да се промене околности и контекст на којима су засноване првобитне уговорне погодбе. Пример ових уговора су уговори о реализацији пројеката јавно-приватног партнерства (даље и: ЈПП споразуми).² Они се од класичних трговачких уговора разликују у следећим карактеристикама.

Прво, ЈПП споразуми су некомплетни споразуми. Њима се дефинишу трансакције код којих су стране узајамно сагласне да је немогуће или економски неефикасно (до мере да обесмишљава уговор) *ex ante* уговорно дефинисање могућих тешкоћа и околности које ће наступити током његове реализације. Споразум о ЈПП-у базиран је на резултату који стране (за разлику од класичних уговора) не могу у потпуности предвидети *ex ante*. Илустрације ради, код уговора о улагању у експлоатацију природних богатстава претходно дефинисање степена економске исплативости такве експлоатације је могуће, али није вероватно јер би чинило уговор финансијски неодрживим с обзиром на трошкове који су потребни за тако нешто.

Насупрот томе, код класичних трговачких уговора намеравани ефекат споразума је мерљив и разумно очекиван: код уговора о продаји, на пример, овај ефекат је испорука робе купцу и плаћање цене продавцу. У том смислу, кауза обавезивања код ЈПП споразума је флексибилнија у компарацији са трговачким уговорима. Стога ЈПП споразуми остављају простор да стране сопствени уговорни однос уподобе новим околностима у којима уговор функционише.

Друго, стране ЈПП споразума не дефинишу детаљне планове деловања. Фокус је пре свега на циљевима и разлозима уговора, те начелима која су широко примењива у случају околности које имају карактер „непознатих непознаница”.³ Да би се такве околности прева-

² Сличне карактеристике имају и уговори о страним инвестицијама. Видети више у: Предраг Цветковић, *Међународно право страних инвестиција*, Београд, Задужбина Андрејевић, 2007, стр. 38.

³ Енглески израз „позната непознаница (енг.: „known unknown”) преузет је из епистемолошког тројства које је формулисао некадашњи министар одбране САД, Доналд Рамсфелд. По њему, постоје три нивоа знања: познате чињенице; познате непознанице (енг.: „known unknowns”, чињенице за које се зна да постоје, али не зна се њихова садржина и значај); непознате непознанице (енг.: „unknown unknowns”; чињенице за које се и не зна да постоје). Степен „непознатих непознаница” код уговора о јавно-приватном партнерству виши је него код класичних уговора. Ови уговори и трају дуже, комплекснији су и сензитивнији на различите промене окружења у коме функционишу. Описана ситуација се може илустровати примером пројекта из области водоснабдевања. Јавни

зишле а уговор опстао, стране из уговора развијају однос који се заснива на поверењу и солидарности као карактеристикама који иду далеко изван граница првобитног споразума. У крајњем, одредбама ЈПП споразума утврђују се заједничка очекивања, уз установљавање механизма који ће се користити да би се донела одлука или алоцирали ризици, трошкови и користи страна од реализације уговора.

Суочене са описаном ситуацијом стране ЈПП споразума теже да установе ефикасне процедуре које ће обезбедити флексибилност ових споразума: механизам преговарања, заједничке органе за праћење споразума, утврђивање минималних и максималних параметара за оцену испуњености уговорних обавеза попут висине цене за производ или услугу коју испоручује пројекат јавно-приватног партнерства. Тиме спречавају настанак правних празнина, са једне, те елиминишу ригидно дефинисање које је, као што је већ речено, фактички отежано или финансијски захтевно до мере да обесмишљава уговор.

II. Управљање уговором о јавно-приватном партнерству

Полазна тачка конкретизације методологије уговора о јавно-приватном партнерству је да се препознају његове разлике и специфичности у односу на трговачке уговоре. Користећи ове разлике као платформу, јуриспруденција је препознала значај ове методологије и развила инструменте који омогућавају да уговорне стране конструктивно реагују у случају промене контекста уговора, у време и у мери у којој је то потребно да би се очувао уговор као оквир интереса страна ЈПП споразума.⁴ Методологија управљања уговором о јавно-приватном партнерству требало би да омогући да стране дефинишу конкретне елементе који захтевају баланс између флексибилности уговора, са једне, те правне сигурности, са друге стране, као и да омогуће да суд или арбитража изврше анализу тако дефинисаних аспеката и питања.⁵

партнер (држава, локална самоуправа, јавно предузеће) зна шта хоће од уговора (на пример, код водоснабдевања циљ је ефикасније снабдевање, виши ниво квалитета воде уз одржање цена), али не зна све параметре, методе и средства којима би те циљеве остварио (неретко, осим информација, нема ни довољно знања због недовољног капацитета јавног партнера). Циљ приватног партнера је, пак, лако мерљив и јасно дефинисан захваљујући његовом познавању тржишта.

⁴ Donald Harris, David Campbell, Roger Halson, R. (2005). *Remedies in Contract & Tort*, 2nd ed., Cambridge, 2005, 455.

⁵ Elizabeth Mertz, „Afterword: Tapping the Promise of Relational Contract Theory – Real Legal Language and a New Legal Realism”, *Nw. UL REv.* 94 (1999): 909–936, на страни 914–915.

Стране уговора о ЈПП-у улазе у уговорни однос са свешћу да ће бити неопходно његово уподобљавање контексту уговора. Описано уподобљавање има два аспекта.

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

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

Оба аспекта предмет су излагања које следи.

1. *Ex ante* аспект управљања уговорима о јавно-приватном партнерству

Суштина методологије *ex ante* јесте да у току саме припреме уговора јавни партнер мора да делује имајући у виду перспективу његове имплементације.

Методологија *ex ante* захтева да јавни партнер адекватно:

- спецификује предмет престације приватног партнера;
- обезбеди критеријуме и механизме за верификацију испуњења престације приватног партнера, укључујући и критеријуме за одређивање добијене „вредности за новац“;⁶

⁶ Јавно-приватно партнерство један је од три начина реализације пројеката инфраструктуре и обављања делатности од јавног интереса. Преостала два су: реализација ових пројеката коришћењем сопствених финансијских, персоналних и других ресурса (тзв. „in house” метод) или финансирање кроз кредитни капитал. Исплативост ЈПП-а у односу на друга два метода процењује се кроз методологију компарације вредности која се добија применом све три методе за конкретни пројекат (енг.: „value for money”). Комисија за јавно-приватна партнерства и концесије Републике Србије усвојила је документ назван „Методологија за анализу добијене вредности у односу на уложена средства (Value-for-Money) у јавно-приватном партнерству и концесијама”. Наведени документ језгровито дефинише појам методологије „вредности за новац” (параграф 3, страна 1): „Утврђивање добијене вредности у односу на уложена средства (....) је примена аналитичкој постојка у оквиру која се настоји квантитативним путем утврдити да ли је за пореске обавезнике од веће користи да се примени традиционални модел инвестирања у коме се јавно шело јојављује у улози инвеститора, преузимајући све или претежан део ризика јавне инвестиције, или им се више исплати да набаве услугу од понуђача из при-

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

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

- процена која би била превисока у односу на стварно расположиву количину отпада (која је у реалности мања) створила би основ одговорности јавног партнера због чињенице да је приватни партнер засновао своју понуду на подацима јавног партнера за које се испоставило да су нетачни или непотпуни;

важној сектору, преносећи (алоцирајући) већину ризика на њега, када се ради о јавно-приватном партнерству (ЈПП). Дакле, у основи идеје максимизације добијене вредности за јавни новац (средства) је пренос одређених ризика јавне инвестиције на приватног партнера. У том смислу, Европска комисија дефинише јавно-приватно партнерство као партнерство између јавног и приватног сектора које има за циљ пружање услуге коју традиционално обезбеђује јавни сектор. Јавни сектор се јавља у улози наручиоца који има за циљ да обезбеди пружање јавне услуге кориснику, док се приватни сектор јавља у улози извршиоца и има за циљ да пружи јавним уговором дефинисане услуге” (Методологија је доступна на сајту Комисије за ЈПП и концесије Републике Србије).

- процена количине отпада која би била нижа у односу на стварно расположиву условила би да постројење не врши своју примарну функцију: ефикасно и одрживо управљање отпадом на одређеној територији; наиме, приватни партнер би изградио постројење чији капацитети не би били довољни за стварно расположиве количине отпада, а вишак би остао непрерађен и тиме би се обесмислило постојање самог постројења.

У описаном примеру, могуће решење је да се ризик утврђивања количина пребаци на приватног партнера.⁷ Са друге стране, такво алоцирање ризика противречи једном од принципа расподеле ризика у ЈПП пројектима: ризике сноси страна која је у позицији да њима управља на најефикаснији начин.⁸ Јасно је да информације о карактеристикама предмета ЈПП-а спадају у поље „знања” јавног партнера који је, у складу са тим, у позицији да ефикасно управља ризиком неадекватне процене количине отпада која би требало да буде предмет прераде.

Посебно важно је *ex ante* дефинисање подстицаја транспарентности и сарадње у размени информација. Принцип је следећи: терет обезбеђења информације и подстицај њеног откривања усмерен је ка актеру (приватном или јавном) који информацију поседује или је разумно очекивати да је може прибавити. Примењен на обавезу приватног партнера да „подели” информације са јавним партнером, принцип делује на следећи начин: уколико се ради о пројекту који је праћен динамичним развојем технологије, приватни партнер се уговором може обавезати да своју технологију у одређеном року уподоби технолошком напретку. Овом обавезом спречава се да приватни партнер калкулише предлогом за реализацију пројекта тиме што ће предложити коришћење старијих технологија: могућност манипулације је елиминисана тиме што би приватни партнер који, мада свестан постојања и расположивости нове технологије, предлаже коришћење застареле, касније био (у складу са уговорном обавезом уподобљавања) изложен високим трошковима

⁷ У једном од уговора о концесији за изградњу и експлоатацију постројења за управљање отпадом коришћена је следећа формулација: „Концедент има обавезу да омогући потенцијалном понудиоцу да, уколико сматра за потребно, о свом трошку и својим средствима испита структуру и обим отпада, уз обавезу јавног партнера да уложи најбоље напоре у омогућавању таквог испитивања потенцијалним понудиоцима”. Описана алокација ризика за стварне количине и структуру отпада на приватног партнера у овом случају амортизована је клаузулом „најбољих напора” јавног партнера (без јасно дефинисане обавезе јавног партнера као „обавезе резултата”) да подржи приватног партнера у испитивању количине и структуре отпада.

⁸ Предраг Цветковић, „Ризици јавно-приватних партнерстава: полазна разматрања”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 63/2012, 121–146, стр. 121.

имплементације савремених технологија на ЈПП пројекат у питању. Описани механизам оправдан је из следећег разлога: информацију о савременим технологијама по правилу има приватни партнер коме је поседовање таквих информација кључно за успех на тржишту. Прибављање ове информације од стране јавног партнера било би финансијски и логистички неодрживо и захтевало би „пројекат о пројекту”. Стога, у случају да питање уподобљавања технологије савременом развоју остане нерегулисано, изостаје и подстицај за приватног партнера да обезбеди информацију о начину његовог решавања; од изостанка такве информације приватни партнер има само корист (мања цена за застарелу технологију и виши ниво профита).

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

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

2. *Ex post* аспект управљања уговорима о јавно-приватном партнерству

Док је кључни циљ *ex ante* методологије управљања уговором о јавно-приватном партнерству остваривање поузданости верификације учинка приватног партнера, основно питање методологије управљања реализацијом уговора (у фази након закључења уговора) је обезбеђење његове флексибилности. Обезбеђење флексибилности почива и на међусобном поверењу страна и кооперацији. Поверење и кооперација

су елементи који долазе до изражаја у фази реализације уговора, с обзиром да у фази припреме јавни партнер (једнако као и приватни) воде рачуна и штите сопствене интересе.

Када се ради о флексибилности уговора, јасно је да правни систем не може да одврати стране од опортунистичког понашања у уговорним односима.⁹ Уколико обавеза уздржавања од опортунизма није дефинисана уговором, суд или арбитража немају могућност да је санкционишу.¹⁰ Они (суд или арбитража) могу да имају знање о постојању одређених политичких циљева јавног партнера који су разлог уласка у пројект јавно-приватног партнерства.¹¹ Ови су циљеви разлог за ЈПП пројекат, али не морају бити изричито уговором дефинисани мимо генералне дескрипције (смањење сиромаштва, доступност инфраструктуре, заштита јавног интереса у најширем смислу). Супротан приступ, који би подразумевао да суд или арбитража тумаче меру остваривање опште наведених политичких циљева садржаних у уговору (без јасних критеријума за утврђивање њихове испуњености), значио би да судбина уговора зависи од општих изјава уговарача чиме се потенцијално нарушава интегритет самог уговора. Ипак, на овом је месту важно нагласити да сама чињеница расположивости правних средстава за решавање спорова има значајан индиректан утицај на кооперативно понашање страна (при томе је реч о општој карактеристици уговорног права и не

⁹ Опортунизам страна јавно-приватног партнерства је настојање једне од страна (јавне или приватне) да из сопствених разлога захтева од друге стране понашање које је супротно принципима на којима ЈПП функционише, *in concreto* имплементираним у уговору о јавно-приватном партнерству. Илустрација опортуног понашања приватног актера је следећа: уговором са јавним партнером приватни партнер се обавезао да реализује пројекат о изградњи и експлоатацији постројења за прераду отпада. Пројекат се реализује кроз две фазе: фазу изградње и фазу експлоатације. Уговор који би требало да траје десет година, приватни партнер има намеру да раскине у петој години трајања уговора (што је рок у коме се окончава фаза изградње постројења и започиње његова експлоатација). Дакле, након што је завршио фазу изградње и наплатио цену за изграђени објекат, приватни партнер одлучује се за раскид. Раскидом губи право на надокнаду за експлоатацију постројења, уз обавезу плаћања штете за раскид. Разлог раскида је што има могућност да свој персонал и логистичке капацитете трансферише у циљу обављања другог, лукративнијег пројекта чија је маргина профита таква да му омогућава да, и након плаћања надокнаде штете због раскида уговора, оствари одговарајућу добит. Из позиције приватног партнера, ради се о „ефикасном раскиду” (енг.: „efficient breach”)

¹⁰ Eric A. Posner, „The theory of contract law under conditions of radical judicial error”, *Northwestern University Law Review*, 2000, бр. 94, 749–774, на страни 749.

¹¹ Јавно-приватно партнерство и уговори који га прате политички су сензитивни с обзиром на предмет њиховог уређивања: заштиту и унапређење остваривања јавног интереса.

може се искључиво везати за уговоре о ЈПП-у; пословни људи начелно избегавају спорове).¹² Расположивост правног пута за заштиту сопствених права чини „сенку права” у којој стране преговарају о постојећим или потенцијалним конфликтима произишлим из уговора у питању.

Коначни циљ методологије управљања уговорима о ЈПП-у је да уговор као формална структура буде прожет принципима солидарности и кооперације: примарне обавезе из уговора сматрају се основом за даље уподобљавање уговора варијацијама контекста који га окружује. Кооперација би требало да омогући да постојеће празнине буду адекватно испуњене кроз сарадњу уговарача. Тиме се омогућава да одређени елементи размене престација који нису утврђени у уговору (па самим тим њихову правну перфектност не може верификовати трећа страна – суд или арбитража) буду самоизвршиве обавезе. Самоизвршивост је карактеристика поступања страна које испуњавају обавезе не због потенцијалне одговорности за штету, већ због чињенице да изостанак сарадње води неиспуњењу циља уговора; јавни партнер пристаће на уподобљавање уговора о ЈПП-у јер тржиште не омогућава замену постојећег партнера новим партнером који ће адекватно реализовати пројекат („тржиште” потенцијалних партнера за ЈПП је ограничено и јавни партнер је у проблему „ограничења избора”).¹³ Приватни партнер ће адаптирати уговор како би очувао пословни углед и сачувао репутациону вредност неопходну за даље функционисање на тржишту. Описани баланс остварује се кроз дужност кооперације; у правном смислу, ова се дужност рефлектује кроз уговором предвиђену динамику, садржину и институционални формат преговора, сталну размену информација, транспарентност података о ефикасности функционисања ЈПП пројекта и слично.¹⁴

¹² Идеја да уговорна средства за повреду уговора практично нису од значаја код дугорочних уговора је тема која се анализира у литератури. Тако има тврдњи да се „као резултат емпиријских студија намеће закључак да се формална правна средства ретко користе код дугорочних уговорних односа – в. Harris, Campbell, Halson, 27–28, 31–38.

¹³ Проблем ограничења избора (енг.: „hold up” проблем) настаје због специфичне сврхе елемената трансакције. Стога је друга страна у нефлексибилној позицији (без алтернативних опција). У контексту ЈПП-а, специфичност се пре свега односи на технологију, људски капитал, *know-how* приватног партнера; наиме, успех пројекта за јавног партнера зависи од понашања приватног партнера који има знања и способности која се не могу лако супституисати на тржишту. Суштински, проблем ограничења избора у контексту јавно-приватног партнерства је ситуација у којој јавни партнер омогући да инвеститор уложи новац у ЈПП пројекат, а да потом приватни партнер изврши модификацију дистрибуције користи на начин да има виши ниво добити од ЈПП пројекта него што је то оправдано улагањима која је учинио.

¹⁴ Пример сарадње у контексту уговора о јавно-приватном партнерству којим се приватни партнер обавезује да изгради објекат за прераду отпада у циљу производње

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

III. Резиме

Методологија управљања уговором о јавно-приватном партнерству требало би да омогући да уговорне стране јавно-приватног партнерства, пре свега јавни партнер, буду заштићене од штетних последица промене окружења уговора, те да се омогући да конструктивно реагују у случају наведене промене, на начин и у мери у којој је то потребно да би се очувао уговор као оквир интереса уговорача. Управљање уговором о јавно-приватном партнерству мора да обезбеди да „познате непознанице” као елементи споразума о ЈПП-у буду третиране на одговарајући начин. Стране уговора о ЈПП-у улазе у уговорни однос са свешћу да ће бити неопходно његово уподобљавање контексту уговора. Уподобљавање је параметар о коме се мора водити рачуна како приликом припреме уговора, тако и приликом његове реализације. У фази припреме дефинишу се критеријуми за верификацију учинка приватног партнера у фази реализације уговора; у фази реализације, пак, потребно је да стране имају обавезу кооперативности и солидарности у поступку импле-

енергије (енг.: „*Waste to Energy*”) и експлоатише га одређени број година. Приликом експлоатације изграђеног објекта, јавни партнер може да задржи право да учествује у делу добити која се остварује кроз продају електричне енергије произведене из постројења. Може се уговорити да приватни партнер има право да продаје електричну енергију до одређене количине, а да се корист (цена) од вишка добијене електричне енергије дели између јавног и приватног партнера. То значи да између јавног и приватног партнера мора да постоји транспарентност информација о нивоу производње, методологији коришћења постројења, маркетиншком приступу и слично. Овај однос захтева одређени ниво поверења и елемент „*intuitu personae*”.

ментације уговора о јавно-приватном партнерству с циљем очувања флексибилности уговора. Уколико описани циљеви (дефинисање верификабилних критеријума у фази припреме уговора, односно обезбеђење флексибилности у фази реализације уговора) нису остварљиви у *in concreto* околностима, доводи се у питање оправданост избора јавно-приватног партнерства као метода за унапређење вршења делатности од јавног интереса. У крајњем, то би значило да јавно-приватно партнерство у конкретним околностима не може да усклади принцип хијерархије као принцип деловања јавног партнера, са начелом тржишног пословања на коме почива деловање приватног партнера. Тада је адекватан избор за јавног партнера ангажовање сопствених ресурса или коришћење кредитног капитала као метода унапређења ефикасности и квалитета рада јавног сектора.

Professor dr Predrag Cvetković
Faculty of Law, University of Niš

CONTRACT MANAGEMENT OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AGREEMENTS

Summary

Methodology for contractual managing of PPP agreement should enable the contracting parties, especially the public partner, to be protected from the harmful consequences of changes in the surrounding of the contract. Also, it should enable them to react constructively in the case of the above mentioned changes, in the manner and to the extent necessary to preserve the contract as a framework for the realization of the best interest of both parties. The contractual managing of PPP agreement must ensure that the „known unknowns” as elements of an agreement on PPP are going to be treated in adequate and appropriate manner. The parties of the PPP contract enter into a contractual relationship with the awareness that the alignment of the contract to the change of the contract context will be necessary. Therefore the alignment of the contract on PPP is the parameter which has to be taken into account in the project preparation phase, as well in the phase of contract implementation. In the project preparation phase, the criteria for verifying the performance of the private partner in the phase of contract implementation should be defined; in the implementation phase, however, it is necessary for the parties to observe the duties of cooperation and solidarity in the process of realization of PPP project, in order to preserve the flexibility of the contract. If the described goals (defining verifiable criteria in the preparation, or providing flexibility in the implementation phase of the contract) are not achievable in the context of *in concreto* circumstances, the justification of choosing the public-private part-

nerships as a method for improving the performance of public services should be disputed. Ultimately, it would lead to the conclusion that public-private partnership in the particular circumstances can not reconcile the principle of hierarchy, which is the principle of public partners` activities, with the principle of market operation that underpins the logic of the private partner. In the described set of circumstances, the adequate choice of the method of improving the efficiency and quality of the public sector for public partner is the use of „in house” resources or the taking of loans.

Key words: public-private partnerships, opportunism of contract parties, „hold up” problem, cooperation, solidarity

UDK

*Др Бранислава Лейошић Ковачевић**
дипломирани правник, ЈП Транснафта, Панчево

МЕХАНИЗАМ СТВАРАЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА ЕНЕРГЕТСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ

Сажетак

Република Србија је 2006. године ратификовала Уговор о оснивању Енергетске заједнице и тиме постала део међународне организације и специфичног правног система Енергетске заједнице. Уговор о оснивању Енергетске заједнице има за предмет стварање јединственог тржишта енергије између чланица Енергетске заједнице, на начин да створи прво јединствени прави систем у области енергетике, који ће бити кључни инструмент на ком ће се заснивати функционисање јединственог тржишта енергије Енергетске заједнице, које ће се укључити у јединствено тржиште енергије Европске уније.

Правни систем Енергетске заједнице врши директан утицај на право енергетике и сродне области праву енергетике чланица ове Заједнице, у почетку стварајући само оквир материјалног права, да би, последњих година, створио процесне механизме за нови саставни део правног система – „прецеденте” у Енергетској заједници.

У раду се разматра правни систем Енергетске заједнице, механизми стварања и промена овог правног система, као и механизми за решавање спорова унутар Енергетске заједнице и значај ових правних аката за правни оквир чланица ове заједнице.

Кључне речи: Енергетска заједница, право енергетике, прецеденти, решавање спорова, промене правног оквира

I. Појам Енергетске заједнице

Енергетска заједница је међународна организација основана 2006. године између Страна: Европске уније и Уговорних страна: Републике

* Председница Удружења за право енергетике Србије.

Албаније, Републике Бугарске, Босне и Херцеговине, Републике Хрватске, Бивше Југословенске Републике Македоније, Републике Црне Горе, Румуније, Републике Србије и Привремене Мисије Уједињених нација на Косову у складу са Резолуцијом 1244 Савета безбедности Уједињених нација¹. Основни циљ Енергетике заједнице је, да на основу правно обавезујућег оквира, правила и принципе унутрашњег тржишта енергије Европске уније прошири на земље Југоисточне Европе, Црноморске земље и даље.² Република Србија је, као учесник у процесу оснивања ове заједнице, 2006. године ратификовала Уговор о оснивању Енергетске заједнице (у даљем тексту: УЕнЗ) и тиме постала део међународне организације и специфичног правног система Енергетске заједнице. Правни систем Енергетске заједнице је динамичка творевина, која пратећи промене прописа Европске уније, утиче на своје чланице да са протеклом времена мењају свој национални правни оквир у правцу развоја и хармонизације са правним оквиром Европске уније у области енергетике и правних област повезаних са енергетиком.

У време потписивања УЕнЗ Стране потписнице су биле Европска заједница, с једне стране, и Република Албанија, Република Бугарска, Босна и Херцеговина, Република Хрватска, садашња Република Северна Македонија, Република Црна Гора, Румунија, Република Србија и Привремена Мисија Уједињених нација на Косову у складу са Резолуцијом 1244 Савета безбедности Уједињених нација, с друге стране. У међувремену су Румунија, Бугарска и Република Хрватска постале чланице Европске уније, а нове чланице Енергетске заједнице су постале Молдавија 2010. године³, Украјина 2011. године⁴ и Грузија 2017. године⁵.

¹ Закон о ратификацији Уговора о оснивању Енергетске заједнице између Европске заједнице и Републике Албаније, Републике Бугарске, Босне и Херцеговине, Републике Хрватске, Бивше Југословенске Републике Македоније, Републике Црне Горе, Румуније, Републике Србије и Привремене Мисије Уједињених нација на Косову у складу са Резолуцијом 1244 Савета безбедности Уједињених нација – УЕнЗ, *Службени гласник РС*, бр. 62/2006.

² <https://www.energy-community.org/aboutus/whoweare.htm>, 31. јануар 2019. године.

³ <https://www.energy-community.org/aboutus/whoweare.html>, 31. јануар 2019. године, *Decision of the Ministerial Council of the Energy Community D/2009/03/MC-EnC of 18 December 2009 on the Accession of the Republic of Moldova to the Energy Community Treaty*.

⁴ <https://www.energy-community.org/aboutus/whoweare.html>, 31. јануар 2019. године, *Decision of the Ministerial Council of the Energy Community D/2009/04/MC-EnC of 18 December 2009 on the Accession of Ukraine to the Energy Community Treaty*, и *Protocol Concerning the Accession of Ukraine to the Treaty Establishing the Energy Community adopted on Ministerial Council session of 24 September 2010*.

⁵ *Procedural Act of the Ministerial Council of the Energy Community 2017/PA/02/MC-EnC: of the Ministerial Council of the Energy Community on the amending Annex IV of the Treaty in the context of accession of Georgia to the Energy Community, of 14 December 2017*.

Правни оквир Енергетске заједнице врши директан утицај на право енергетике Страна овог уговора, у почетку стварајући само оквир материјалног права, да би последњих година створио процесне механизме за нови облик правног оквира – „прецеденте“⁶ у Енергетској заједници.

Основни принципи, који су постављени кроз механизам стварања и усклађивања правног оквира у области изградње јединственог тржишта енергије Енергетске заједнице, су остваривање сигурности снабдевања енергијом и енергентима и одрживог развоја, либерализација тржишта енергије, прекогранично повезивање енергетске инфраструктуре и заштита потрошача – кроз принципе заштите животне средине (кроз смањење емисије штетних гасова), повећање коришћења обновљивих извора енергије, повећање енергетске ефикасности и, у последње време, примену принципа солидарности.

II. Институционална структура Енергетске заједнице

Енергетска заједница, као међународна организација, има своју институционалну структуру, коју чине основне институције, чије су надлежности утврђене самим УЕнЗ. Ове институције су: Министарски савет, Стална група на високом нивоу, Регулаторни одбор, Форуми и Секретаријат.

Министарски савет је највиши орган Енергетске заједнице. Министарски савет утврђује смернице опште политике и приоритете Енергетске заједнице, одобрава буџет и радни програм Секретаријата Енергетске заједнице, усваја процедуралне акте и има овлашћење да мења правни оквир Енергетске заједнице, укључујући и сам УЕнЗ. Састоји се од по једног представника сваке Стране УЕнЗ с изузетком Европске уније, која има два представника.⁷ Чланови Министарског савета су највиши представници министарстава надлежних за енергетику.

Стална група на високом нивоу је највише стручно тело Енергетске заједнице. Стална група на високом нивоу припрема рад Министарског

⁶ „Прецедент“ – пресуда или одлука суда, која се користи као узорна одлука за остваривање истих одлука у наредним случајевима. У овом смислу „суд“ је орган заснован на праву за спровођење правде од стране судија или других овлашћених лица – *Oxford Dictionary of Law, fifth edition, edited by Elizabeth A. Martin, Oxford University Press, (2002), 374 и 123.* У сврху овог рада, „прецедент“ је одлука правним актом овлашћеног тела, којом се решавају спорови у правном систему Енергетске заједнице.

⁷ УЕнЗ – Наслов V Институције Енергетске заједнице, Глава I Министарски савет, чланови 47–52.

савета, даје сагласност на захтеве за техничку помоћ и доноси процедуралне акте, расправља о укључивању нових *acquis* Европске уније. Председавајући и заменик председавајућег може позвати и трећа релевантна лица на састанак. Састоји од по једног представника сваке Стране УЕнЗ, с изузетком Европске уније, која има два представника.⁸ Чланови Сталне групе на високом нивоу су високо позиционирана стручна лица министарстава надлежних за енергетику, али некад и других релевантних министарстава.

Регулаторни одбор је независно тело састављено од представника регулаторних тела у области енергетике у Енергетској заједници. Рад овог одбора представља платформу за координацију и размену знања и искуства и развоја најбоље (регулаторне) праксе за регулацију тржишта електричне енергије и гаса Енергетске заједнице. Поред тога, овај одбор обавља послове у вези са заштитом потрошача. Састоји од по једног представника регулатора сваке Стране УЕнЗ, с изузетком Европске уније, коју представља представник Европске комисије, представници регулатора учесника процеса из Европске уније и представници *ENTSO-E*⁹ и *ENTSO-G*¹⁰.¹¹

Форуми Енергетске заједнице су саветодавна тела које чине представници заинтересованих страна, укључујући индустрију, регулаторе, репрезентативне групе из индустрије и потрошаче. Форум усваја закључке и доставља их Сталној групи на високом нивоу. Форуми за електричну енергију и за гас су успостављени самим УЕнЗ,¹² јер су електрична енергија и природни гас приликом закључивања УЕнЗ били део

⁸ УЕнЗ – Наслов V Институције Енергетске заједнице, Глава II Стална група на високом нивоу, чланови 53–57.

⁹ *ENTSO-E* је скраћени назив Европске мреже оператора преносних система за електричну енергију, коју чине 43 оператора преносног система из 36 држава широм Европе. Ово тело је основано на основу одредби трећег пакета прописа из области енергетике Европске уније – <https://www.entsoe.eu/about/inside-entsoe/objectives/>, 31. јануар 2019. године.

¹⁰ *ENTSO-G* је скраћени назив Европске мреже Оператора транспортних система за природни гас, коју чине 44 оператора транспортног система и три придружена члана из 27 Европских држава. Ово тело је основано на основу одредби трећег пакета прописа из области енергетике Европске уније, а посебно Уредбе (ЕЗ) 715/2009 Европског парламента и Савета о условима за приступ транспортној мрежи за природни гас и укидању Уредбе (ЕЗ) 1775/2005. – <https://www.entsog.eu/index.php/about-entsog>, 31. јануар 2019. године.

¹¹ УЕнЗ – Наслов V Институције Енергетске заједнице, Глава III Регулаторни одбор, чланови 58–62.

¹² УЕнЗ – Наслов V Институције Енергетске заједнице, Глава IV Форуми, чланови 63–66.

процеса. Форум за електричну енергију има седиште у Атини, а Форум за гас има седиште у Марибору. Временом је правни систем Енергетске заједнице проширен и на друге енергенте и енергију. Један од израза проширења предмета Енергетске заједнице је организовање Форума за нафту, који је основан 2008. године Одлуком Министарског савета,¹³ са седиштем у Београду.

Секретаријат је административно тело Енергетске заједнице са седиштем у Бечу, које врши надзор над извршавањем одлука и активно-стима донатора, а обавља и друге послове.¹⁴

Министарски савет може својом одлуком основати и друге институције. Министарски савет је основао: Парламентарни пленум, Комитет за енергију и климу, Координациону групу за енергетску ефикасност, Групу за животну средину, *PECI* (Пројекти од интереса за Енергетску заједницу) координационе групе за електричну енергију и гас, Координациону групу за сигурност снабдевања и Саветодавни комитет. Секретаријат је, својом одлуком, основао Центар за решавање спорова и преговарање (*Dispute Resolution and Negotiation Centre*, у даљем тексту: ДРН Центар), који се налази у саставу самог Секретаријата.¹⁵

III. Предмет Енергетске заједнице

Предмет Енергетске заједнице је стварање јединственог тржишта енергије чланица Енергетске заједнице – стварањем јединственог регулаторног оквира, а састоји се из задатка Енергетске заједнице и активности које спроводи сходно тексту УЕнЗ. Предмет Енергетске заједнице је вишедимензионалан: 1) у погледу објекта – структуре тржишта енергије и енергента према сваком облику енергије и енергента, и то оних који се преносе енергетским мрежама; 2) у регулаторном погледу – извора права Енергетске заједнице према подобластима права енергетике;¹⁶ и 3) у просторном погледу – територије потписника УЕнЗ који је Страна УЕнЗ или је касније приступио УЕнЗ.

¹³ *Decision No. 2008/03/MC-EnC of 11 December 2008 concerning the implementation to the oil sector of certain provisions of the Treaty and the creation of an Energy Community Oil Forum.*

¹⁴ УЕнЗ – Наслов V Институције Енергетске заједнице, Глава V Секретаријат, чланови 67–72.

¹⁵ *Procedural Act of the Energy Community Secretariat 2018/5/CS on the Establishment of a Dispute Resolution and Negotiation Centre, 20 October 2016.*

¹⁶ *Energy Community Secretariat, The Energy Community, Legal Framework 4th edition, Edited by D. Buschle and H. A. Lesjak, May, 2017. <http://heyzine.com/flipbooks?hash=8b7ea86c9c12990d68cdc6c6671047a2b08f2ee2.pdf>, 31. јануар 2019. године.*

Задатак Енергетске заједнице је да уреди односе између Страна УЕнЗ и да створи правни и економски оквир у погледу енергије која се превози (преноси, транспортује, дистрибуира) енергетским мрежама, како би се остварило следеће:

1) успоставио стабилан правни и тржишни оквир адекватан да привуче инвестиције у производњу енергије и енергетске мреже, тако да све Стране УЕнЗ имају приступ стабилном и непрекидном снабдевању енергијом, које је о суштинске важности за привредни развој и друштвену стабилност;

2) створио јединствен регулаторни простор за трговину енергијом, пре свега електричном енергијом и природним гасом, који је неопходан да би се у том простору ускладила географска распрострањеност енергетских тржишних производа, који се превозе овим мрежама;

3) побољшала сигурност снабдевања овог јединственог регулаторног простора, кроз обезбеђивање стабилне инвестиционе климе, у којој би могле да се развију везе са каспијским, северноафричким и блискоисточним резервама гаса и да се експлоатишу домаће резерве природног гаса, угља и хидроенергетског потенцијала;

4) унапредило стање животне средине у вези са енергијом која се превози мрежама и са тиме повезаном енергетском ефикасношћу, подстицало коришћење обновљивих извора енергије и утврдили услови за трговину енергијом на јединственом регулаторном простору;

5) развила конкуренција широких географских размера на тржишту енергије и искористила економија обима.¹⁷

Активности Енергетске заједнице обухватају:

1) имплементацију релевантног *acquis communautaire* о енергетици, заштити животне средине, конкуренцији и обновљивим изворима – од стране Уговорних Страна и Страна које су касније приступиле УЕнЗ, прилагођеног како институционалном оквиру Енергетске заједнице, тако и специфичној ситуацији сваке Уговорне Стране;

2) успостављање посебног регулаторног оквира који ће омогућити ефикасно функционисање тржишта енергије која се превози енергетским мрежама широм територија Уговорних Страна и делом територије Европске уније, укључујући и стварање јединственог механизма прекограничног преноса и/или транспорта ове енергије и надгледање једностранних мера заштите;

3) стварање тржишта енергије која се превози мрежама, без унутрашњих граница за све Стране, укључујући координацију узајамне

¹⁷ УЕнЗ – Наслов I Начела, члан 2.

испомоћи у случају озбиљних поремећаја у енергетским мрежама или спољних поремећаја, а које може обухватити и остварење заједничке спољне трговинске политике у енергетици – стварањем јединственог тржишта енергије Енергетске заједнице.¹⁸

УЕнЗ је својим одредбама поставио основе механизма за функционисање тржишта енергије кроз: 1) стварање јединствених правила за пренос енергије и енергената мрежама, уз остваривање сигурности снабдевања и обезбеђења праведне конкуренције; 2) упућивање на мере заштите између Страна УЕнЗ у случају поремећаја на тржишту енергије; 3) остваривање међусобне хармонизације прописа и функционисања, како би се омогућило узајамно признавање лиценци привредних субјеката; као и 4) подстицање коришћења обновљивих извора енергије и примене правила енергетске ефикасности, у циљу остваривања заштите животне средине, друштвене кохезије и регионалног развоја.

IV. Правни оквир Енергетске заједнице

Правни оквир Енергетске заједнице чине следеће категорије правних аката:

- 1) УЕнЗ, као основни извор права;
- 2) *acquis communautaire* које у складу са одредбама УЕнЗ треба имплементирати у правни систем Уговорних страна;
- 3) акти институција Енергетске заједнице, у које спадају и „прецеденти” Министарског савета, Секретаријата енергетске заједнице и ДРН Центра којима се решавају спорови у погледу имплементације правног система Енергетске заједнице у национално законодавство Уговорних страна или други спорови у вези са правним системом Енергетске заједнице.

Приликом ступања на снагу УЕнЗ, правни оквир Енергетске заједнице је чинио сам УЕнЗ и *acquis communautaire*, који су у том моменту били саставни део УЕнЗ. Током преговора око самог текста УЕнЗ, који су трајали више година, разматрао се механизам хармонизације различитих правних система у области енергетике, који је требало да прати правни систем Европске уније, тада Европске заједнице. Поред различитих предлога, у усвојеном тексту УЕнЗ је дефинисан систем, који на основу самог текста УЕнЗ дозвољава стварање и промену самог правног

¹⁸ УЕнЗ – Наслов I Начела, члан 3.

система Енергетске заједнице, одлукама највише институције Енергетске заједнице – Министарског савета.

Acquis communautaire, који су саставни део правног система Енергетске заједнице, не примењују се односно имплементирају у чланицама Енергетске заједнице директно, већ се у самим одлукама Министарског савета утврђује начин и рокови имплементације ових аката. Министарски савет, у одлуци у којој ствара обавезу чланицама Енергетске заједнице да имплементирају одређени пропис Европске уније, уподобљава називе институција, рокове, а некад и неке друге одредбе *acquis communautaire* околностима Енергетске заједнице.

Имплементација прописа Европске уније, којом се кроз процес Енергетске заједнице врши хармонизација правних система чланица Енергетске заједнице, значи више од усклађивања правног оквира и транспозиције прописа Европске уније. Имплементација значи стварање таквог правног оквира који ће омогућити да се циљеви прописа Европске уније примене у пракси на територијама чланица Енергетске заједнице и да у пракси чланица Енергетске заједнице производе ефекте, које ови прописи треба да производе у државама чланицама Европске уније.

V. Механизам промене правног оквира Енергетске заједнице

Енергетска заједница, као динамички систем, која прати процес развоја стратешких циљева и правног оквира Европске уније у области енергетике, како би учествовала у процесу развоја заједничког тржишта енергије са Европском унијом, има могућност проширења све три димензије Енергетске заједнице: правни оквир који обухвата сам текст УЕнЗ и прописе Европске уније, територијално проширење и проширење у погледу предмета (енергије или енергената или врсте енергетских мрежа).¹⁹

До сада је Министарски савет Енергетске заједнице применио сва овлашћења које му члан 100. УЕнЗ омогућава, тако да је:

¹⁹ УЕнЗ, члан 100: „Министарски савет, једногласном одлуком својих чланова, може: 1) изменити одредбе Наслова I до VII овог Уговора; 2) одлучити о имплементацији других делова *acquis communautaire* који се односе на енергију која се превози мрежама; 3) проширити опсег Уговора на друге енергетске производе и енергенте или другу битну мрежну инфраструктуру; 4) сагласити се са приступањем нове Стране Енергетској заједници.”

1) изменио одредбе самог текста УЕнЗ, уподобивши га изменама правног система и новим прописима Европске уније, које сама Енергетска заједница жели да примени;

2) у складу са тачком 1), одлучио о имплементацији других делова *acquis communautaire*, који се односи на енергију која се превози мрежама и у складу са тим у потпуности изменио Анекс I и Анекс II УЕнЗ, створивши обавезу Уговорним странама да имплементирају трећи пакет прописа о тржишту електричне енергије и природног гаса Европске уније и низ нових прописа из области заштите животне средине, обновљивих извора енергије и енергетске ефикасности, али и других области која су предмет рада Енергетске заједнице;

3) проширио опсег УЕнЗ на област нафте и деривата нафте и на мрежну инфраструктуру за нафту и деривате нафте, те је у вези са тим основао Нафтни форум, и створио обавезу остваривања сигурности снабдевања нафтом и дериватима нафте кроз обавезу чувања обавезних минималних резерви ових производа;

4) прихватио приступање нових чланица: Украјине, Молдавије и Грузије.

VI. Механизам за решавање спорова у Енергетској заједници

У оквиру Енергетске заједнице постоје два основна механизма за решавање спорова:

1) поступак за решавање спорова произашлих због неизвршавања обавеза чланица Енергетске заједнице – који се састоји од две фазе доношења одлука – припремног поступка и поступка пред Министарским саветом и;

2) поступак за решавање спорова у вези са правним оквиром Енергетске заједнице, који се одвијају пред ДРН Центром основаним у оквиру Секретаријата.

1. Поступак за решавање спорова произашлих због неизвршавања обавеза чланица Енергетске заједнице

а) Припремни поступак

Процедуралним актом Министарског савета предвиђен је припремни поступак, који се пре седнице Министарског савета одвија пред Секретаријатом и Сталном групом на високом нивоу. Секретаријат у

припремном поступку, након пријема образложеног захтева (отвореног писма), прикупља информације о предмету: доставља захтев Страни против које је поднет захтев – на изјашњење, и доставља све материјале осталим странама Енергетске заједнице и Регулаторном одбору.

У току припремног поступка, Секретаријат може одлучити да не настави припремни поступак и не достави предмет Министарском савету, уколико сматра да нема повреде обавезе из процеса Енергетске заједнице, која је била предмет захтева. Подносилац захтева, уколико није задовољан образложеном одлуком Секретаријата, може предмет доставити Сталној групи на високом нивоу, која, уколико сматра да је захтев оправдан, може покренути припремни поступак.

У току припремног поступка подносилац захтева може повући захтев, али уколико Секретаријат закључи да је захтев био основан, наставиће поступак.

б) Поступак пред Министарским саветом

Механизам за решавање спорова у Енергетској заједници утврђен је самим текстом УЕнЗ²⁰ и процедуралним актима Министарског савета²¹ и Секретаријата.²²

Активну легитимацију за покретање за обавештавање Министарског савета да Страна УЕнЗ не поступа у складу са преузетим обавезама из процеса Енергетске заједнице укључујући и имплементацију правних аката Европске уније у национално законодавство у утврђеном року, има било која Страна, Секретаријат или Регулаторни одбор. Захтев који се доставља Министарском савету мора бити образложен.

Сазнања о непоступању Страна у складу са УЕнЗ Секретаријат може добити и од приватних лица путем притужби.

У току поступка, а пре доношења одлуке, Министарски савет ће затражити мишљење од Саветодавног комитета. Саветодавни комитет је састављен од пет независних личности, укључујући и једног члана који представља Европску унију, именованих од стране Министарског савета, једногласном одлуком. Саветодавни комитет у року од пет месеци има обавезу да припреми мишљење које је усвојио већином гласова и достави га преко Сталне групе на високом нивоу и Секретаријату.

²⁰ УЕнЗ – Наслов VII Имплементација одлука и решавање спора, чланови 89–93.

²¹ *Ministerial Council Consolidated Rules of procedure for Dispute Settlement Under the Treaty*, 16 October 2015.

²² *Procedural Act of the Energy Community Secretariat 2018/5/CS on the Establishment of a Dispute Resolution and Negotiation Centre*, 20 October 2016.

Стална група на високом нивоу припрема предмете за седницу Министарског савета. Прво разматра мишљење Саветодавног комитета о поднетом образложеном захтеву и, ако га усвоји, на наредном састанку саслушава стране у спору као и председника Саветодавног комитета. Потом, ставља на дневни ред Министарског савета предмет који се разматра, и уколико се слаже са образложеним захтевом, овај предмет ставља као тачку „А” дневног реда Министарског савета.

Министарски савет на својој седници одлучује о томе да ли је Страна извршила повреду својих обавеза. У зависности од питања о ком је реч, Министарски савет одлучује различитом већином гласова, од просте већине до једногласне одлуке.²³

Уколико утврди да постоји повреда обавеза Страна из процеса Енергетске заједнице, Министарски савет једногласном одлуком може утврдити следеће санкције: 1) суспензију одређених права која проистичу из процеса Енергетске заједнице, 2) суспензију гласачких права у институцијама и другим телима Енергетске заједнице, 3) искључивање са састанака институција и других тела Енергетске заједнице, 4) искључивање из других механизма Енергетске заједнице. Министарски савет ће утврдити једну од наведених санкција за Страну уколико утврди да она озбиљно и трајно повређује своје обавезе из процеса Енергетске заједнице.

Министарски савет своју одлуку о повреди обавеза из процеса Енергетске заједнице или одлуку о утврђивању санкције за повреду ових обавеза може накнадно, простом већином укинути.

2. Поступак за решавање спорова, који се одвијају пред ДРН Центром

Процедуралним актом Секретаријата број 2018/5/CS о оснивању Центра за решавање спорова и преговарање, утврђено је оснивање овог Центра. ДРН Центар је основан у оквиру Секретаријата и намењен је решавању спорова и преговарању, као и подршци у преговарању ради решавања спорова унутар Енергетске заједнице између држава и државних органа, с једне, и приватне стране, с друге стране; привредни спорови између приватних странака; спорове између држава и државних

²³ Министарски савет одлучује: а) простом већином, уколико се повреда односи на Наслов II УЕнЗ (Проширење *acquis communautaire*); б) двотрећинском већином, уколико се повреда односи на Наслов III УЕнЗ (Механизам за функционисање мрежне енергије – енергије која се преноси мрежама); ц) једногласно, уколико се повреда односи на Наслов IV УЕнЗ (Стварање јединственог тржишта) – Наслов VII (Имплементација одлука и решавање спора), УЕнЗ, члан 91.

органа; или спорова између Страна.²⁴ ДРН Центар има значајно ширу надлежност од Министарског савета у погледу предмета спора и сходно томе се понаша као институционална арбитража. Странка у спору може да буде Страна, учесник или посматрач, сходно значењу ових појмова из УЕнЗ. Предмет спора може бити производња, пренос, транспорт, дистрибуција, продаја и куповина, или потрошња енергије (сродни производи, услуге, капитал итд.), као и заштита потрошача и питања животне средине у области енергетике, која произилазе из споразума, инвестиција, обавеза према националном или међународном праву итд., без обзира на то да ли су већ подложне судским или арбитражним споровима или другим врстама механизма решавања спорова.²⁵

Наведеним процедуралним актом утврђен је предмет рада ДРН Центра, управљање центром, трошкови поступка, начин именовања „Фацилитатора”²⁶: медијатора и арбитра, питање тајности поступка и друга питања.

Да би се успоставила надлежност ДРН Центра, све стране у спору треба да потпишу Меморандум о разумевању са председником ДРН Центра.

Преговарање између страна у спору се одвија у Секретаријату, а Фацилитатори могу бити запослени у Секретаријату или трећа лица.

У циљу олакшавања решавања поступка, предвиђена је могућност медијације и преговарања, како би одлука била донета уз што веће учешће и присуство воље странака у поступку. ДРН Центар је успоставио и мрежу Фацилитатора који могу бити медијатори у поступцима.²⁷

²⁴ *Procedural Act of the Energy Community Secretariat 2018/5/CS on the Establishment of a Dispute Resolution and Negotiation Centre, 20 October 2016*, члан 1, став 2.

²⁵ *Procedural Act of the Energy Community Secretariat 2018/5/CS on the Establishment of a Dispute Resolution and Negotiation Centre, 20 October 2016*, члан 2.

²⁶ „Фацилитатор” – од енглеске речи „*facilitation*” – „олакшавање” из члана 2 (Дефиниције) Процедуралног акта Секретаријата Енергетске заједнице 2018/5/ CS о оснивању Центра за решавање спорова и преговарање (*Procedural Act of the Energy Community Secretariat 2018/5/CS on the Establishment of a Dispute Resolution and Negotiation Centre, 20 October 2016*), која значи услуге понуђене од стране Центра за вођење и подршку процесу преговарања у споровима треће стране под условима договореним у Меморандуму о разумевању између страна у спору, са циљем да се оствари поравнање у спору. Смисао подршке је остваривање опште прихватљивог решења (поравнања) уз сагласност страна у спору.

²⁷ <https://www.energy-community.org/aboutus/disputeresolution/mediators.html>, 31. јануар 2019. године.

VII. Начини креирања правног оквира у Енергетској заједници

Начини креирања правног оквира у Енергетској заједници могу се поделити у две основне групе:

- 1) доношење правних аката Енергетске заједнице и
- 2) доношење „прецедената” Енергетске заједнице.

1. Доношење правних аката Енергетске заједнице

Предмет правних аката и надлежности за доношење правних аката Енергетске заједнице утврђен је самим УЕнЗ. Као једно од занимљивих питања је околност да Министарски савет својим одлукама мења правни систем чланица Енергетске заједнице, успостављајући обавезу прилагођавања њихових националних правних оквира прописима Европске уније. На овај начин се стварају обавезе Уговорним странама, сувереним државама и другим чланицама, да изврше промене у свом правном оквиру у прописаном року, које веома често за чланице имају и материјалне импликације. Ово овлашћење Министарски савет је добио ратификацијом УЕнЗ и његовим ступањем на снагу или каснијим приступањем УЕнЗ.

Поред Министарског савета и друге институције Енергетске заједнице имају одређена овлашћења, произашла из УЕнЗ, да донесе процедурална акта, и на тај начин стварају и допуњују правни систем Енергетске заједнице.

2. Доношење „прецедената” у Енергетској заједници

Уколико се под појмом „прецедента” сматра одлука о решеном спору од стране органа надлежног за решавање спорова у оквиру Енергетске заједнице – како је раније наведено, постоје две основне групе „прецедената”, а то су: 1) одлуке у споровима против чланица УЕнЗ, које нису извршавале обавезе из процеса Енергетске заједнице, и 2) одлуке у споровима између страна (правних или физичких лица, држава, државних институција или приватних лица) произашлих из предмета Енергетске заједнице.

Овлашћења Министарског савета у погледу доношења одлука у споровима против чланица Енергетске заједнице које нису извршавала обавезе из процеса Енергетске заједнице, утврђена су самим УЕнЗ.

Процесна овлашћења Секретаријата, као административног тела Енергетске заједнице да у припремном поступку доношења одлука Ми-

нистарског савета у споровима против чланица које нису извршавале обавезе из процеса Енергетске заједнице, могу се прихватити у описаном схватању активности овог тела Енергетске Заједнице. Ипак, Секретаријат има у неким случајевима улогу извршног органа или чак надзорног органа, што није у потпуности дефинисано одредбама УЕнЗ, али јесте процедуралним актима која су донета на основу одредби УЕнЗ.

Доношење „прецедената“ од стране ДРН Центра, који се налази у оквиру Секретаријата, у случају када лице запослено у Секретаријату може да буде изабрано и за медијатора у спору, може да представља отворено питање. Ипак, уколико се Секретаријат сматра административним телом Енергетске заједнице, и уколико су стране у спору задовољне независношћу Фацитатора – арбитра или медијатора и прихватају њихову надлежност, као и уколико је предмет спора искључиво приватно-правног карактера, уговорне стране на тај начин спроводе своју вољу у конкретном поступку.

VIII. Утицај правног оквира Енергетске заједнице на правни систем Републике Србије

Енергетска заједница је међународна организација заснована на принципима правног система Европске уније, која има за циљ остваривање привредних и животних потреба за енергијом својих чланица. Ова заједница је динамички процес који прати промене правног оквира Европске уније и директно утиче на правне системе њених чланица стварајући обавезе промене прописа националних права чланица, које истовремено имају и одређене материјалне и привредне последице намењене остваривању њених циљева усмерених на сигурност снабдевања енергијом и одрживи развој, заштиту животне средине, друштвену кохезију и регионални привредни развој.

Механизам стварања правног система Енергетске заједнице има низ специфичности, заснованих на самом правном систему ове Заједнице и прилагођавању правног система ове Заједнице променама прописа Европске уније. Ове специфичности, које су кроз процес Енергетске заједнице постале део правног система Републике Србије, успостављају нова правила, која се темеље на принципима права енергетике Европске уније и која врше утицај на целину националног правног система Републике Србије.

Утицај који врши процес Енергетске заједнице на правни систем Републике Србије није везан само за стварање посебне области права

– права енергетике, већ и на постојећа правила која се примењују у сродним областима права енергетике, као што су, на пример: право животне средине, право конкуренције, саобраћајно право, арбитражно право.

Сложеност правних правила права енергетике и правног система Енергетске заједнице у ком се преплићу различите области јавног и приватног, међународног и националног, континенталног и англосаксонског система права присутна је у националном правном систему Републике Србије и треба му посветити потребну пажњу, јер евентуално непознавање ове правне области може изазвати значајне материјалне последице по учеснике у привреди и грађане.

Branislava Lepotic Kovacevic, PhD
President of the Energy Law Association of Serbia

MECHANISM OF CREATION THE LEGAL SYSTEM OF THE ENERGY COMMUNITY

Summary

The Republic of Serbia ratified the Treaty establishing the Energy Community in 2006, and thus became part of the international organization and the specific legal system of the Energy Community. Objective of the Treaty establishing the Energy Community is creation of a single energy market between the members of the Energy Community, in a way to firstly create the single legal system in the energy field, that will be key instrument for functioning of the single energy market of the Energy Community, with aim to include it into the single energy market of the European Union.

The legal system of the Energy Community directly influences the energy law and fields of law related to the energy law of the members of this Community, initially establishing only a framework of substantive law, and, in the past years, while creating process mechanisms for the new integral part of the legal system – the precedents in the Energy Community.

The paper examines the legal system of the Energy Community, the mechanisms for creating and changing this legal system, as well as the mechanisms for dispute resolutions within the Energy Community and the importance of these legal acts for the legal framework of the members of this Community.

Key words: Energy Community, energy law, precedents, dispute resolution, changing of legal framework

UDK

Снежана Радовановић

докторанд Правног факултета Универзитет Мегатренд

ДВА АСПЕКТА ПРАВА НА ЖАЛБУ: ПРАВНИ ЛЕК И ФУНДАМЕНТАЛНО ЉУДСКО ПРАВО

Сажетак

Право на жалбу је снажно средство заштите начела законитости, као једног од најзначајнијих начела сваког модерног правног поретка, на коме почива владавина права, којој теже сви савремени правни пореци. Захваљујући развоју права на жалбу као правног средства, развијали су се многи процесни институти, међу којима посебно институт странке у поступку, неопходност постојања спора о праву у поступку укључујући и спор о законитости акта. Зато је важно размотрити употребу жалбе како у управном тако и у судском поступку, у којима се, дакле, кроз конкретне поступке, пружа најшира заштита начела законитости, кроз заштиту на закону заснованих права, обавеза и правних интереса. Нарочито треба имати у виду да се оваква заштита у управном поступку појавила тек почетком XX века, првенствено кроз судску контролу законитости одакле је преузета и у управни поступак. Због свог несумњивог значаја, право на жалбу добија, процесом универзализације, још један аспект, аспект фундаменталног људског права и заштиту на интернационалном нивоу. Овај аспект је различито правно разрађен у уставним текстовима, а технике разраде у уставима директно утичу на ефикасну употребу права на жалбу.

Кључне речи: право на жалбу, начело законитости, странка у поступку, спор о праву, универзализација, фундаментално људско право

I. Увод

Историјски посматрано, право на жалбу је резултат разраде концепта легитимности државне власти као пристанка грађана (народа) на такву власт, али и подложности власти њиховој контроли. Главно упориште овог концепта било је учење Џона Лока о разлици између друштва и државе и, сходно томе, о супремацији друштва које је „независно и самостално политичко тело које бира и контролише власт”.¹ Сходно томе, у пракси поступања државе развија се начело двостепености, и заправо, у теоријском смислу, поступање по жалби спада у ону фазу управног поступка која се означава као уклањање незаконитих правних аката.

Подсећања ради, ова фаза се може одвијати управним путем, пред органом управе, или судским путем, пред судским органима, као, дакле, „манифестација судске функције”.² Право на жалбу најпре упућује на „начело двостепености у процесу доношења управних аката” као опште начело у корист свих који испуњавају законске услове, и стога је важно „...одређивање општих обележја разлога због којих општи акти бивају рушљиви”.³ Зато у том погледу нема места за „модифицирање начела законитости”,⁴ нарочито у погледу судске контроле законитости, јер се ти разлози тумаче у корист грађана, па „грађанин се ту неће уопће жалити”⁵ у погледу процесних недостатака.

Жалба је снажно правно средство контроле над радом првостепеног органа који је решавао у конкретном случају, јер се у поступку по жалби испитује, формално и материјално, законитост његовог поступања у конкретном случају. Тиме се у жалбеном поступку постиже двоструку циљ: заштита законитости и истовремено заштита права и правних интереса учесника у поступку по жалби. То, дакле, важи како за управни тако и за судски поступак по жалби.

У савременој правној теорији и пракси право на жалбу може се посматрати двојако: као процесно правно средство и као фундаментално људско право. У оба случаја реч је о снажној правној заштити права и правних интереса заснованих на закону, али жалба као правно средство за извориште има домаће законодавство, док је са аспекта права на жалбу као фундаменталног људског права акценат у погледу овакве заштите на универзализацији и међународном нивоу заштите.

¹ Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд, 2009, 453.

² Павле Димитријевић, *Основи управног права*, Београд, 1983, 255.

³ П. Димитријевић, 256.

⁴ Иво Крбек, *Право јавне управе ФНРЈ*, Загреб, 1960, 181.

⁵ И. Крбек (1960), 182.

II. Жалба као правно средство

1. Правна природа жалбе

Жалба је по својој правној природи правни лек, односно правно средство. Као редовни правни лек против првостепене одлуке може се дефинисати као „парнична радња странке којом побија судску одлуку, која је неповољна по њу, тврдећи да је неправилно и незаконито донета од стране нижестепеног суда”.⁶ У погледу улагања овог правног средства важи начело диспозиције. Диспозитивно начело упућује да и од „воље странке зависи да ли ће се одрећи правног лека или ће повући правни лек”.⁷

То је, дакле, процесно, формално средство којим странке у поступку „траже формалну промену важеће одлуке”.⁸ Како првостепена (побијана) одлука може бити донета не само од стране суда већ и од стране надлежног органа који је овлашћен да решава о правима, обавезама и правним интересима у законом прописаном поступку, то жалба може бити изјављена, када то закон дозвољава, и на одлуку неког другог органа, а не само на првостепену судску одлуку.⁹ Слично, и у прецедентним правним системима неки судови су чак овлашћени да својом одлуком дозволе жалбу на одлуке у претходним поступцима решавања¹⁰ (*preliminary stages of litigations*).

Право на жалбу непосредно помаже остваривање начела законитости као једног од најзначајнијих начела у сваком савременом правном поретку. Начело законитости налаже преиспитивање поштовања законитости од стране свих учесника у одлучивању у оквиру одређеног правног поретка, па тако и преиспитивање законитости и самих судских одлука, јер и „судска одлука може бити погрешна”.¹¹ Начин да се евентуална незаконитост утврди, а потом и уклони, јесте кроз употребу правних средстава у законом прописаном поступку. Једно од таквих правних средстава јесте жалба, као редовно правно средство против првостепене одлуке судова, али и других органа надлежних да решавају о правима, обавезама и правним интересима учесника у разним врстама законом

⁶ Александар Радованов, *Грађанско процесно право*, Нови Сад, 2014, 241.

⁷ А. Радованов, 243.

⁸ <http://en.wikipedia.org/wiki/Appeal> 1. 12. 2018.

⁹ Закон о општем управном поступку – ЗУП, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016, чл. 151.

¹⁰ <http://en.wikipedia.org/wiki/Appeal> 1. 12. 2018.

¹¹ А. Радованов, 258.

прописаних поступака. Важно је напоменути да су ови други законом прописани поступци, какав је и управноправни поступак, процесне институте, па и институт права на жалбу, преузели из поступка судске контроле законитости. То ће показати и разматрање решавања у управном поступку у коме се доноси великог броја одлука, подложних побијању од стране незадовољних учесника у поступку.

2. Доношење решења у првостепеном управном поступку

У сваком правном поретку свакодневно се доноси велики број аката међу којима је највећи број управних аката. Наиме, нека од тих аката имају обележја вршења власти, а друга јесу вршење државних послова који немају обележје ауторитативности. Дакле, неки од тих аката јесу *ујравни акџи*, а други су просто *акџи ујраве* (мишљења о неком пропису или акту, праћење стања у некој области, организационе смернице и сл.).

Најчешће законодавац дефинише управне акте са становишта онога ко тај акт доноси и са формалног становишта, процедуре за доношење, тако да се свеобухватна дефиниција управног акта препушта теорији. Пример за претходни навод је Закон о управним споровима који садржи следећу дефиницију управног акта: „Управни акт, у смислу овог закона, јесте акт којим државни орган и предузеће или друга организација решава о одређеном праву или обавези физичког лица или правног лица или друге странке у управној ствари”.¹² ЗУП о две врсте управних аката: о решењима¹³ и закључцима.¹⁴ Сходно томе, на основу одлучних чињеница утврђених у управном поступку, орган надлежан за решавање доноси решење о управној ствари која је предмет поступка.¹⁵ У погледу закључка, пак, ЗУП садржи негативну дефиницију: закључком се одлучује о питањима која се тичу поступка, као и о питањима која се као споредна појаве у вези са спровођењем поступка, а о којима се не одлучује решењем.¹⁶

У погледу теоријског дефинисања управног акта, углавном постоје поклапања у погледу битних елемената дефиниције. Тако, П. Димит-

¹² Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009, чл. 6.

¹³ ЗУП, чл. 196–209.

¹⁴ ЗУП, чл. 210.

¹⁵ ЗУП, чл. 192 ст. 1.

¹⁶ ЗУП, чл. 210, ст. 1 и 2.

ријевић дефинише управни акт као „акт којим се на основу закона решава о правима, обавезама и правним интересима одређеног лица у конкретној ситуацији која има карактер управне ствари”.¹⁷ Као и у наведеној дефиницији, тако и у дефиницијама управног акта код других аутора, акценат је на главном обележју, ауторитативности, када „доносилац управног акта, дакле, иступа према другим субјектима у управно-правном односу с јачом вољом, чиме се у таквом односу јавља субординација субјеката”.¹⁸ Тако се могу разликовати акти које један орган управе (доносилац управног акта) доноси *ауторитативно*, од других послова, нпр. грађанскоправних, које такав орган такође може закључивати са другим субјектима, а где нема „јаче воље”, већ су, напротив, субјекти једнаких позиција. Јача воља је карактеристична односно присутна чак и онда када је иницијатива за доношење неког управног акта на страни грађанина као странке, јер је тако донети акт за њега обавезујући, под претњом употребе принуде.¹⁹

Органи управе могу доносити и друге акте, поред *решења и закључака*. Међу појединачним одлукама могу бити заступљене и *инструкције*, које су иманентне хоризонтално повезаним органима управе, дакле, тамо где је искључена хијерархијска подређеност, која је правило код вертикално повезаних органа. Инструкције хоризонтално повезаним органа нису правило, већ би ти органи требало да послове из своје надлежности обављају самостално. Ипак, у том хоризонталном повезивању органа могу постојати инструкције које дају виши орган нижим, а у оквиру нпр. исте јединице локалне самоуправе. Међутим, реципрочна права и обавезе карактеристична су за вертикално повезане органе.²⁰ *Жалба се може изјавити само прошив решења (а у судском поступку прошив пресуда и решења суда)*.

Решавање у управном поступку претпоставља постојање управно-правног односа. Органи управе, као и самосталне организације, дужни су да путем аката заснују управноправни однос када се стекну законом предвиђени услови. У погледу субјеката између којих се може засновати управноправни однос постоје специфичности у односу на друге поступке, пре свега судски поступак. Наиме, „[з]а појам процеса је битно да у њему учествује *странка*, па било само једно једино лице; не може се говорити да је неки акт процесуално донесен, ако је начелно донесен без обзира на странку”. Нема, дакле, „... нестраначких процеса који се

¹⁷ П. Димитријевић, 227.

¹⁸ Иво Борковић, *Управно право*, Загреб, 1984, 294.

¹⁹ Славољуб Поповић, *Управно право*, Београд, 1962, 7.

²⁰ И. Крбек (1960), 147.

појмовно воде без сваке странке". Зато се, као што је поменуто, акти које у полицијској држави доноси полицијски апарат о својим грађанима, не могу сматрати као акти донети „процесуално". Дакле, и код управноправног односа су се „најосновнији процесни институти развили из права (правне ситуације) странака",²¹ и може се рећи да су се правила управног поступка развила (друга половина XIX века) „као гаранција оживотворења начела законитости у вршењу управе".²² Правила управног поступка у формалном смислу појавила су се тек почетком XX века „првенствено кроз судску контролу законитости"²³ и то управо кроз „кодификацију управног поступка у Аустрији,"²⁴ која је имала несумњив значај за регулисање управног поступка у другим земљама. Тако, како посебно истиче Иво Крбек, Тезнер документовано износи да је аустријски Управни суд својом јудикатуром развио управнопроцесно право „које је онда г. 1925. преузела и развила аустријска кодификација управног поступка",²⁵ управо на начелу саслушања и одбране странке. Тај „стваралачки фактор у формирању правног система"²⁶ и данас је признат у одређеним правним системима кроз став да развијена судска пракса може са успехом надокнадити одсуство законских прописа (Француска).

3. Странка у поступку

У погледу поступка, на самом почетку уочава се специфичност појма странке као учесника у поступку. Ако се пође од појма странке „као лица по чијем је захтеву покренут поступак или против које се води поступак или које ради заштите својих права или правних интереса има право да учествује у поступку,"²⁷ долази се до тога да се повод за расправу о неопходности странке у управном поступку налази заправо у спору о законитости управног акта. За Иву Крбека дилема о неопход-

²¹ Иво Крбек, „Процесни проблеми", *Зборник Правног факултитета у Загребу*, год. X. бр. 3–4, Загреб, 1960, 229.

²² П. Димитријевић, 229.

²³ И. Борковић, 327.

²⁴ П. Димитријевић, 229.

²⁵ И. Крбек, *Процесни проблеми*, 229.

²⁶ И. Борковић, 327.

²⁷ П. Димитријевић, 233. При томе је потребно истаћи да се као учесници у управноправном односу могу појавити државни органи, установе, организације, с једне стране, и грађани с друге стране, али управноправни однос може настати и између државних органа, с једне стране, и самосталних организација с јавним овлашћењима, с друге стране, али и између самосталних организација са јавним овлашћењима, с једне стране, и других установа и организација, с друге стране, као и између државних органа и државних службеника; види С. Поповић, 8 и 9.

ности је вештачка, јер зависи само од тога какав појам странке се усваја. Ако је то парнични модел странке („двију противничких странака”), онда се може закључити да се спор о законитости не води међу странкама. Али, може се поћи и од појма странке у опште процесном смислу, где је „битно да се утврди неко спорно питање” и где је, дакле, за општи појам странке битно да странка „тражи од органа да донесе неку, позитивну или негативну, одлуку (рјешење)”, а не да се реши спор са противном странком. Тада је јасно да постоји странка и у спору о законитости, а посебно што ћемо у савременом управном поступку „размјерно мало наћи тзв. контрарних странака, гдје је примаран однос између самих странака”, а посебно уз ситуацију да о својим правима странке могу слободно да диспонирају.²⁸ Слично налазимо и кад постоје „колидирајуће странке – странке са супротним интересима међу којима не постоји никакав правни однос а орган решава коме ће признати одређено право односно интерес”.²⁹ Међутим, контрарне односно колидирајуће странке су у савременим (управним) поступцима мање заступљене а једностраначке ствари су правило.

У француској теорији се генерално негира да се спор о законитости води међу странкама, јер се следи полазиште Државног савета по том питању. Међутим, и тамо се прави разлика (Леон Блум) између тужбе против индивидуалног односно конкретног управног акта и тужбе против општенормативног акта (реглемана). Када је у питању спор против индивидуалног управног акта, где је увек присутан спор о законитости, по мишљењу Блума, „[у]истину имају у француском управном спору и тужилац и орган управе о чијем се акту ради положај и овлашћења странке”.³⁰ Дакле, и у француској теорији се у спору о законитости конкретног управног акта признаје постојање странака.

Нека законодавства чак изричито прописују који учесници у поступку имају положај странке. Тако, аустријски Закон о управном поступку из 1875. године првобитно изричито прописује да орган чији се акт побија има положај странке.³¹

Управноправни однос настаје најчешће на основу управних аката тј. решења које доносе органи управе или самосталне организације снабдевене јавним овлашћењима, решавајући у конкретном случају о правима или правним интересима појединаца. При томе, нека од решења доносе се по захтеву странке, када је таква могућност законом

²⁸ И. Крбек, Процесни проблеми, 229.

²⁹ П. Димитријевић, 229.

³⁰ И. Крбек, Процесни проблеми, 231.

³¹ И. Крбек, Процесни проблеми, 232.

предвиђена, или по службеној дужности, најчешће када престане да постоји неки од законом прописаних услова за доношење управног акта (нпр. услова за издавање дозвола или одобрења).³² На решења органа управе странка може изјавити жалбу, осим када је таква могућност законом искључена, а тада је странку закон овластио на употребу неког другог процесног средства ради заштите права и правних интереса. Право на жалбу није предвиђено када су у питању други акти органа управе (закључци, инструкције).

III. Жалба као фундаментално људско право

1. Право на жалбу као заштита начела законитости

Из изложеног се може видети да је значај права на жалбу заснован на чињеници да је то *ојшше љраво* које се гарантује највишим правним прописима у једном правном поретку, а ради потребе заштите процесноправног положаја и правних интереса учесника у поступку, најпре у *судском, али и у друћим законом љрописаним љосћујцима*, у којима се такође доноси велики број одлука. Оваква заштита истовремено значи и заштиту начела законитости, а заснована је на *домаћем* законодавству, најпре кроз доношење квалитетних процесних закона. Ова заштита предвиђена је и на *међународном нивоу (international level)*, а затим се преузете међународне обавезе извршавају у конкретним правним системима, имајући у виду дневне активности судија, тужилаца и адвоката, односно правника.³³ Међународна заштита произашла је из потребе за промовисањем фундаменталних људских права као начина да се заштити *најпре љринциј једнакостии* на који је упућивала још преамбула Повеље Уједињених нација (донета 26. јуна 1945. године), а потом и Универзална декларација о људским правима (донета 10. децембра 1948. године), која такође у чл. 1 преамбуле даје етичку основу такве заштите, најпре као заштите једнакости (*equal rights, equal protection of rights*). Тако прокламована једнака правна заштита могућа је само у *систему владавине љрава (rule of law)* и кроз домаће правне поретке, у којима ће судије, тужиоци, адвокати односно правници имати „круцијелну улогу”.³⁴ А право на једнаку правну заштиту подразумева *ојшше*

³² С. Поповић, 9.

³³ <http://www.ohchr.org/documents/publications/training9chapter1en.pdf>, 30. 11. 2018. Human rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, стр. 2.

³⁴ <http://www.ohchr.org/documents/publications/training9chapter1en.pdf>, 30. 11.

право жалбе. Зато право на жалбу има још један аспект, аспект фундаменталног људског права, поред процесноправног института (правног лека) домаћег правног поретка.

Право на жалбу јесте непосредна разрада начела владавине права. У модерној држави услов слободе је владавина права. Међутим, ово полазиште у стварном животу често се вулгаризује до схватања закона само као средства за одржавање власти, тако да се закон, у његовој примени, изједначава са полицијским наредбама и заповестима.³⁵ Да би се овакве негативне тенденције елиминисале, потребно је стално унапређење политичког живота и развој институција, али и ванинституционалног јавног живота и активности. У том смислу „нема политичког живота ако нису обезбеђени елементарни услови демократизма, слободе и заинтересованости људи за јавне ствари”.³⁶

С друге стране, требало би имати у виду и да „уколико је друштво развијеније и стварније демократско, утолико је политичко друштво у повлачењу” и не сме „да шири границе јавности и задире у приватни живот људи”.³⁷ Дакле, институције морају бити по мери човека и у функцији његове добробити.

Тако, и право на жалбу би требало схватати у контексту владавине права и освајања људских слобода и права. Начело владавине права је инкорпорирано у већину савремених устава, исто као што већина савремених устава садржи одредбе о људским слободама и правима које се сматрају међу најважнијим уставним одредбама.

Право на жалбу је, дакле, уставна категорија у већини савремених устава. А устав као највиши правни акт у једном правном поретку је услов слободе и владавине права, јер „када постоји устав, носиоци власти више нису свемоћни, него је сва њихова моћ у уставу одређена”, па то важи и за америчког сенатора, који има свест „да је устав изнад њега и да он није свемоћан”.³⁸

Темељ уставне заштите људских слобода и права јесте утврђивање „граница сваке принуде”,³⁹ најпре кроз доследно спроведену заштиту начела законитости у раду сваке власти, а нарочито управе. И Крбек

2018. Human rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, 3, 4, 6.

³⁵ Снежана Радовановић, *Слобода стварања*, Мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 14.

³⁶ Јован Ђорђевић, *Политички систем*, Београд, 1980, 908.

³⁷ Ј. Ђорђевић (1980), 909.

³⁸ Р. Марковић, 88.

³⁹ Јован Ђорђевић, *Уставно право*, Београд, 1975, 410.

зато подвлачи да „нема правног поретка када се управни односи одвијају самовољно”⁴⁰. У оквиру уставне заштите слобода и права, модерна уставност укључује и право на жалбу као разраду древног принципа заштите слободе од самовоље („спречавање самовоље”).⁴¹ Овај принцип је зачет још у Великој повељи слободе – *Magna carta libertatum* (1215. година), којом се ограничава власт монарха и установљава право народа на побуну.⁴²

Ипак, у најстаријим европским уставним актима нису била прокламована људска права, па ни право на жалбу, у савременом смислу. Највише заслуге за модерни развој људских права до њиховог разумевања у данашњем смислу има „теорија, нарочито политичка и правна, законодавство, пракса судова, нарочито уставних судова, утицај јавности и друштвене норме у духу савременог устава,”⁴³ које су, дакле, разрадиле садржину и домашај сваког од људских права понаособ.

2. Устав и право на жалбу као основно људско право

Као фундаментално људско право, право на жалбу део је многих савремених устава.

Устав САД од 1787. године (у чл. 3 – Одељак 2) помиње право на жалбу: „Двостепеност суђења је предвиђена и надлежност Врховног суда *да решава по жалби* у случајевима који се односе на амбасадоре и друге дипломатске представнике и конзуле, као и у оним у којима је нека држава странка”. У осталим случајевима федерално право на жалбу (*federal right to appeal*) није било предвиђено све до доношења Закона о судовима (*Judiciary Act*, 1889. година) за најважније случајеве.⁴⁴ То је минимум заштите, а државе чланице могу предвидети и виши ниво заштите него што је предвиђено наведеним законом.

Устав Републике Италије од 1947. године у чл. 2 ст. 4 предвиђа да ће законом бити прописани „услови и форме исправљања судских грешака”, дакле правна средства. У Одељку 2 Устава (Правила о надлежности), у чл. 111 ст. 6 предвиђена је употреба жалбе Касационом суду (*Court of cassation*) против сваке пресуде и мере, како судова опште надлежности тако и судова посебне надлежности, које погађају личну слободу. Дакле, овде јесте реч о уставом заштићеном општем праву на

⁴⁰ И. Крбек (1960), 170.

⁴¹ Ј. Ђорђевић (1975), 410.

⁴² Ј. Ђорђевић (1975), 43; види С. Радовановић, 5.

⁴³ Ј. Ђорђевић, Уставно право, *ibid.*, стр. 410.

⁴⁴ <http://en.wikipedia.org/wiki/Appeal> 1. 12. 2018.

жалбу, али ограниченом само на једно конкретно добро односно вредност – личну слободу.⁴⁵ То је у време доношења овог Устава био један напредан приступ овом правном средству као фундаменталном људском праву.

Оно што је пропуштено у наведеном формулисању права на жалбу као фундаменталног права, надокнађује Лисабонска повеља (*Treaty of Lisbon*) која је ступила на снагу 1. децембра 2009. године, а која предвиђа приступање Европске уније Европској Повељи о људским правима (*European Convention on Human Rights*); на овај начин Повеља је обавезујућа за све државе потписнице Лисабонског уговора.⁴⁶ Европска Повеља о људским правима, као део Лисабонског уговора, у чл.13 предвиђа право на правно средство, а у Протоколу 7, у коме је предвиђено право на правично суђење (чл. 1), право на накнаду штете у случају неправилности у суђењу (чл. 3) и забрана поновног суђења у случају правноснажно пресуђене ствари (чл. 4), *поједино је предвиђено и право на жалбу (right to appeal)* у кривичним случајевима.⁴⁷ Дакле, у осталим случајевима је предвиђено право на правно средство (чл. 13) као минимум заштите, у оквиру кога, додуше не експлицитно, може да се захтева заштита кроз употребу права на жалбу.

Ово је, дакле, минимум права, а појединачним уставима држава чланица могуће је предвидети већи обим заштите. Пример за то је Устав Републике Хрватске од 2014. године који у делу „Заштита људских права и темељних слобода”, у чл. 18 предвиђа: *„стп.1 Јемчи се право на жалбу против појединачних правних аката донесених у поступку првог ступња пред судом или другим овлашћеним тијелом.// стп.2 Право на жалбу може бити изнимно искључено у случајевима одређеним законом ако је осуђурана друга правна заштита.”*⁴⁸ Дакле, Уставом Републике Хрватске од 2014. године експлицитно је предвиђено, као фундаментално људско право, опште право на жалбу против првостепене одлуке (суда или другог надлежног органа који је решавао у првом степену), што је свакако виши ниво заштите од оног на који обавезује Лисабонски уговор.

Слично, и Устав Републике Србије⁴⁹ предвиђа експлицитно опште право на жалбу: право на жалбу предвиђено у делу „Људска и мањинска права”, у оквиру права на једнаку правну заштиту и на правно средство,

⁴⁵ http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf, 8. 12. 2018.

⁴⁶ <http://www.corteidh.or.cr/tables/r27635.pdf>, 9. 12. 2018.

⁴⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/European_Convention_on_Human_Rights, 9. 12. 2018.

⁴⁸ <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=1841>, 8. 12. 2018

⁴⁹ Устав Републике Србије – Устав, *Службени гласник РС*, број 98/2006.

где се децидирано помиње као опште право које, као и друга правна средства, *стоји на располагању сваком против одлуке којом се одлучује о праву, обавези или на законом заснованом интересу*.⁵⁰ Право на жалбу јесте непосредна разрада уставног начела владавине права,⁵¹ а предвиђена је и непосредна примена одредби о људским и мањинским правима,⁵² па тако и одредбе о праву на жалбу. Оваква уставна формулација права на жалбу указује на доследну разраду преузетих поменутих међународних обавеза из ове области (конвенције и остала документа).

Устав Црне Горе од 2013. године одлучио је да следи европско законодавство, најпре Лисабонски уговор, те у поглављу „Људска права и слобода”, најпре у чл. 20 ст. 1 предвиђа уставно право на правни лек: „Свако има право на правни лијек против одлуке којом се одлучује о његовом праву или на законом заснованом интересу”. Потом, у чл.30 ст. 3 Устав Црне Горе предвиђа: „против рјешења о притвору притворено лице има право жалбе, о којој суд одлучује у року од 48 часова”.⁵³

IV. Закључак

Право на жалбу је правни лек широко заступљен у савременим домаћим законодавствима. Истовремено, право на жалбу је и фундаментално људско право. За такав статус заслужна је интернационална заштита кроз међународну регулативу (конвенције, уговори). С тим у вези је и процес универзализације фундаменталних људских слобода и права и њихово инкорпорирање у уставне поретке широм света. Ипак, у погледу правне технике мора се правити разлика између устава. У неким је *право на жалбу експлицитно предвиђено као уставноправна категорија*, најчешће у одељку о људским слободама и правима. *Такав приступ*, обзиром на *директну примену* уставом заштићених фундаменталних људских слобода и права (на коју се обавезују државе потписивањем међународних конвенција које се баве њиховом заштитом), *јужа пошуну и свеобухватну правну заштиту*, *шаква заштита је бржа, ефикаснија*.

У другој групи су уставни у којима је, пак, право на жалбу обухваћено кроз уставноправну заштиту неког другог фундаменталног људског права какво је нпр. право на правно средство или, најчешће, право на

⁵⁰ Устав, чл. 36 ст. 2.

⁵¹ Устав, чл. 3.

⁵² Устав, чл. 18 ст. 1.

⁵³ <http://www.paragraf.me/propisi-crnegore/ustav-crne-gore.html>, 8. 12. 2018.

једнаку правну заштиту, дакле не експлицитно. Како нема експлицитног помињања уставног права на жалбу, потребно је законском разрадом (процесни закони, закони о судовима) ових одредби прецизирати употребу права на жалбу. У правним системима у којима су развијене институције за извршавање закона, и оваквим приступом регулисања права на жалбу могуће је достигнути остварене нивое и стандарде заштите, предвиђене на интернационалном нивоу. Ипак, мора се подвући да је овакав приступ, у погледу нивоа заштите фундаменталног људског права какво је право на жалбу, ипак, посредни начин заштите, у односу на први приступ односно експлицитно уставно регулисање фундаменталног људског права на жалбу. У сваком случају, због свог несумњивог значаја, уставно право на жалбу може се сматрати цивилизацијском тековином.

Snežana Radovanović, LL.M.
Megatrend University, Belgrade

TWO ASPECTS OF RIGHT TO APPEAL: LEGAL REMEDY AND FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT

Summary

Right to appeal is legal remedy widely spread in almost each and every national legal system. At the same time, right to appeal is fundamental human right. Such a position of right of appeal arises from international level of protection and is result of international regulations (conventions, contracts). This is also related to universalization of fundamental human rights and freedoms, being incorporated in the constitutional systems worldwide; although, technically speaking, there are certain differences between various constitutions. In some of them, *the explicit constitutional formulation of right to appeal could be found, within the provisions mostly in section of human freedoms and rights. Such an approach, concerning the direct implementation of provisions on human rights and freedoms (being an international obligation accepted by signing the international conventions in the field of human rights and freedoms) affords total and complete legal protection, more quick and efficient.* In the second group of constitutions, *right to appeal is included in constitutional protection of some other fundamental human rights (although not explicitly), such as right to legal remedy, or, even more often, right of equal legal protection. Without explicit constitutional formulation, the exercise of right to appeal must be precised in different specific laws (laws on procedures, on organization of judiciary).* In legal systems in which the institutions in charge of implementation of laws are highly developed, even with such an approach, requested level and stan-

dards of protection on international level could be reached. However, it has to be underlined that such an approach means *indirect protection only*, in comparison with the explicit constitutional definition of fundamental human right to appeal. In any case, due to importance of constitutional right to appeal, its civilisation significance is certain.

Key words: right to appeal, principle of legality, party in proceedings, dispute on legal matters, universalization, fundamental human right

UDK

Ташијана Милошевић

адвокат из Београда

ЕВОЛУЦИЈА ПРАВА СВОЈИНЕ У КИНИ И ОДРАЗ АКТУЕЛНЕ РЕГУЛАТИВЕ НА ПРИВРЕДНЕ ОДНОСЕ СА СРБИЈОМ

Сажетак

Колективизам кинеског друштва је одувек био на изузетно високом нивоу, што је омогућило континуирани опстанак тој цивилизацији у периоду од преко 5000 година. Најзначајније националне кинеске филозофија су директно утицале на правне поретке, јер су кроз историју прихваћене и промовисане од стране власти, којој је одувек одговарало колективистичко друштво. У законској регулативи Кине, све до овог века, није било места за индивидуална права као што је заштита права приватне својине, што проистиче из фокуса кинеског друштва на колектив. Ипак, експанзија кинеске привреде на страна тржишта, развитак средње економске класе и изузетан технолошки напредак довели су до тога да право својине мора да прати актуелне потребе. Сарадња на државном нивоу између Републике Србије и НР Кине годинама се успешно развија, тако да и домаћи привредници очекују већу повезаност са кинеским партнерима. Ова очекивања често прате непознавања не само кинеске културе, историје и политике, него и правног система у којем се развија кинеска привреда. Чланак се у ту сврху бави најосновнијим цртама права својине у НР Кини, јер власничка права утичу на инвестиционе одлуке и развитак тог тржишта, које је свакако другачије од тржишта српских партнера са Запада.

Кључне речи: Кина, право својине, филозофија права, инвестиционо одлучивање

I. Увод

НР Кина је у октобру 2013. године објавила развојну стратегију која се популарно назива „Један појас, један пут” или „Појас и пут”. Овај нови правац кинеске спољне политике је предложио кинески председник Си Ђинпинг (*Xi Jinping*), ради фокуса на повезивање и сарадњу између НР Кине и остатка Евроазије. Република Србија стиче добробит за своју привреду преко ове стратегије кроз мега пројекат „Механизам 16+1” као једна од 16 чланица, земаља Централне и Источне Европе.¹ Убрзано ширење кинеске привреде кроз нов правац подигао је степен узбуне од стране других, најјачих економија. Овај чланак је написан у току трговинског тарифног рата између САД и НР Кине 2018. и 2019. године. Америчке протекционистичке мере имају за циљ да укажу на непоштовање права интелектуалне својине од стране кинеских компанија на светском тржишту, зауставе кинески привредни раст и приморају кинеску владу да измени пакет инвестиционих закона који спречава слободна улагања страних инвеститора. Аутор је кроз избор литературе настојао да пружи политички коректан и научно реалистичан преглед теме. Ипак, евидентно је да правна струка не само у Србији, него и у региону, много више упозната са правним системима и пословним обичајима западних земаља, а да кинеску привреду познаје више из новинских чланака. Кина је једна од ретких земаља које је заиста потребно пре свега културолошки и историјски добро познавати, да би се градили добри пословни односи са кинеским партнерима и клијентима. Овај чланак има задатак да заинтересовану правничку јавност упозна пре свега са историјом права својине у Кини и њеном врло прагматичном еволуцијом у актуелном кинеском законодавству. Сврха овог настојања је да се допринесе успешнијем развијању привредних односа на релацији Србија-Кина, узимајући у обзир да према правним системима земаља Источне Азије постоји генерално низ предрасуда, које отежавају ефикасно успостављање пословних партнерстава. Тако ће чланак бити подељен на три дела, од којих ће први обрађивати правне филозофије које су најбитније утицале на дефинисање права својине у Кини кроз историју па до модерног доба. У другом делу се чини покушај да се демистификује питање зашто и како је то право својине доживело своју прагматичну трансформацију у овом веку након уласка НР Кине у СТО и зашто тај процес још увек траје. И на крају, чланак се бави оним што нас у Србији највише интересује, а то је потенцијал привредних

¹ Вид. више код: Сања Арежина, *Кина у Европи*, Београд, 2018.

односа између српских и кинеских привредних ентитета, из угла правне струке. Ауторка је узела у обзир стање актуелног кинеског законодавства, нарочито инвестиционог, које је произашло из власничке регулативе, како би упозорила на другачији приступ доношењу инвестиционих одлука привредних субјеката у Кини. Све ово, по схватању ауторке, српски предузетници морају узети у обзир ако желе да послују са кинеским партнерима или уђу на кинеско тржиште.

II. Утицај кинеских правних филозофија на еволуцију права својине у Кини

На правне поретке Кине кроз историју су утицале дијаметрално супротне филозофије. Најпознатије, у исто време кинески изворне, јесу конфуцијанство, таоизам и легализам. Са настанком НР Кине оне су званично биле стигматизоване, као симбол непожељног империјализма. Међутим, њихов културни утицај је остао толико јак да су остале укорене до данашњег дана у свим сферама друштва. У новом правном поретку су се несвесно стопиле са кинеским комунистичким прагматизмом. У овом веку оне се миксују са знањима донесеним са Запада, као и потребом да се правни поредак прилагођава међународном пословању и свету модерних технологија. Кинези никада нису били народ склон једној религији и везивању за божанства. Ако су се било каква религиозна схватања, као на пример будизам, усвајала, она би се стопила у све остало у шта се верује у народу, као вид фолклорне религиозности са примесам сујеверја. Ниједан правни извор кроз историју није био проглашен са благословом неког божанства или подарен од стране „више силе“ како је то био обичај у другим најстаријим цивилизацијама.

Пословање са кинеским компанијама треба схватити озбиљно и бити добро припремљен у случају сарадње. Већ више деценија је врло уобичајено да се млади Кинези школују ван Кине и припремају да буду експерти за одређене области, усвајајући страна знања. Модерни кинески правни поредак је један микс класичних кинеских филозофија, кинеског комунистичког прагматизма и онога што су кинески стручњаци донели из иностранства. Њихова предност у односу на остатак света јесте што ми недовољно познајемо њих, а они одлично познају нас. Да бисмо без осуђивања посматрали политичко-правни поредак НР Кине, можда је најбоље да самостално истражујемо ту јако мучну историју кинеског народа од периода Првог опијумског рата 1839. године, па до оснивања ове сада нама познате Кине 1949. године.

Последњи правни поредак је поставио ЦК КПК на чијем челу је био чувени Мао Цедунг (*Máo Zédōng* 1893–1976). Први устав је усвојен тек 1954. године, за време премијера Цоу Енлаја (*Zhōu Ēnlái* 1898–1976). Сви обрађени извори се слажу да је кинески правни систем од тада заснован на цивилном праву, уз примесе социјалистичке правне традиције, али на кинески начин.

Уникатност кинеског правног поретка, и дефинисање права својине у њему, није последица утицаја само кинеског комунизма, него и филозофија које су хиљадама година дубоко укорене у друштво. А прва од њих по настанку је конфуцијанство чији су најзначајнији представници следећи: Конфуције (лат.: *Confucius*, 551–479. п.н.е.) – као, наравно, зачетник, Менциус, (лат.: *Mengzi*, 372–289. п.н.е.) и Хун Кванг (лат.: *Hun Kuang/Hunzi*, 313–238. п.н.е.). У списима која сумирају њихова учења могу се пронаћи бројне идеје о управљању државом, организацији администрације и правном поретку, јер су се ови филозофи бавили саветовањем власти и били на високим правним позицијама током својих служби. Кључна разлика између прве двојице и свих наследника у комплетном погледу на законодавство, а тиме и право својине, јесте време у коме су живели. Конфуције и Менциус су живели у периоду који се сликовито назива „Пролеће и јесен”. То је било време преласка из робовласништва ка феудализму, култура је била у успону. Међутим, назирали су се немири и бројни ратови и зато се, поред развоја односно пролећа, прокламује и јесен као наговештај зиме која долази. Хун Кванг је живео у доба „Ратујућих држава”, назовимо га и „периодом зиме” односно сиромаштва, када су се постављали темељи империјализма какав познајемо од династије Хан па до пада кинеске империје у прошлом веку.² Бавећи се, само у оквиру теме, конфуцијанством, примарно је да истакнемо да је оно у свом основном облику високо идеалистичка филозофија која верује у добро у човеку, у добре међуљудске односе, неговање врлина и битност етикетираног процедуралног понашања, као и целоживотно учење. Тако да се може рећи да ова школа не гледа баш позитивно на стицања материјалних добара и индивидуална права, јер сматра да је колектив битнији од појединца и да не треба улагати у себичне материјалне вредности. За конфуцијанство је битније неговати добре односе него се фокусирати само на себе. Интересантно је да кинески карактер за приватно у исто време значи и себично, тајно па и кријумчарено – 私 (*pinyin: Sī*). Аутор Џао С. истиче да конфуцијанизам,

² Вид. више код: Miranda Brown, Charles Sanft, „Categories and Legal Reasoning in Early Imperial China: The Meaning of Fa in Recovered Texts”, *Harrassowitz Verlag: Oriens Extremus*, Vol. 50, 2011, 283–306.

као владајућа елитистичка идеологија, ретко говори о профиту, те да Конфуције у Аналектима истиче како треба тежити правичности, а не финансијској користи.³ Кроз конфуцијанство је постављен културни темељ да је рад примарни извор стицања добара у кинеском комунизму. Шкртост је у кинеском друштву хиљадама година врлина, а трговина себична професија. Једино Хун Кванг гледа на лична добро као нешто што може економски ојачати целокупну државу. Очигледно је да значај прикупљања пореза и економска моћ владара у рату, јесте утицала на његов реалистични приступ предметном питању, тако да је то једини класични конфуцијаниста који је навијао за потребу регулисања права питања својине у општем интересу.⁴ Уз поштовање свих осталих изворних кинеских филозофија, конфуцијанство је једино било званично прихваћено од стране царева и интелектуалне елите која их је саветовала. Тако је оно од династије Хан па надаље било очигледно присутно у свим изворима права тако што су кодекси у исто време били и филозофски поучни списи. Прописи су фактички прокламовали вредност врлина и обавезност протоколарног поступања, уз размишљање о смислу живљења. За сваку активност на двору је такође постојало правило, од тога како се пије чај, па до како се полаже државни испит. Протоколи и правила за све су били симбол кинеског царства. Танг Кодекс и Велики Ђинг Кодекс су најпознатији писани извори империјалистичког кинеског права и ниједан не регулише право својине.⁵

Спорови који се тичу права својине решавају се кроз алтернативне методе решавања у периоду империјалистичке Кине, зато што је суд био прикладније место за кажњавање злочинаца. Конфуцијанство је пропагирало да је срамота остати са неким у лошим односима и судити се у грађанским предметима. Зато се у овом тексту не бавимо легалистима као правним филозофима Кине, иако имају енормни значај на Велики Ђинг Кодекс. Легалисте је више интересовало кривично и управно право, прописи који учвршћују моћ владара и владајуће елите, све ради територијалног јединства Кине. Њих уопште не интересује право својине и цивилно право. Они су се залагали за прописе који детаљно описују кривична дела, методе признања кривице и кажњавање. Такође легалисте интересују порези и оно што иде у државну касу односно за одржавање владаревог система.

³ Xiaohu Lu, Georges Enderle (Editors), *Developing Business Ethics in China*, Њујорк, 2006, 53.

⁴ Вид. више код: Chao-Chuan Chen, Yue-Ting Lee, *Leadership and Management in China: Philosophies, Theories and Practicies*, Њујорк, 2008, стр. 51–83.

⁵ Xinzhong Yu, „State Legalism and Public/Private Divide in Chinese Legal Development”, *Tel Aviv: Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 15.1, 2014, 30.

На један, потпуно супротни начин, ни таоисте уопште не интересује право својине. Лао Це (лат.: *Lao Zi* – 571– 471. п.н.е.) је, као и Конфуције, више веровао у људске врлине и укорјењено исправно понашање у смислу алата опстанка правног система, него у императивно, обимно законодавство на какво смо се у цивилном друштву навикли и какво су легалисти пропагирали. Овај филозоф је сматрао да што више закона постоји, то ће сви налазити начин да их избегну, јер превише стега нико не воли.⁶ Можемо слободно рећи да је Лао Це био највећи аскета међу свим филозофима Кине, тако да њега право својине никако није интересовало. Такође можемо рећи да га се Конфуције помало бојао, јер га је више пута критиковао како убира материјалну корист од свог знања.

И тако је некако Кина све до настанка НР Кине 1949. године остала без грађанског законика који би регулисао право својине. Од пада империјализма земља је ушла у дуг низ компликованих ратова, што грађанских што ратова против окупатора. Зато су јединство територије и избацивање сваког страног фактора након оснивања нове, сиромашне али уједињене НР Кине били приоритет. У том моменту дух конфуцијанског колективизма се савршено уклапао у механизме контроле јединства кинеског народа и пропаганде финансијске једнакости кинеског марксисте Мао Цедунга. У фебруару 1949. године, Комунистичка партија Кине (КПК) депортовала је у провинцију Тајван владу Гуомингданга (КМТ). Укинула је у потпуности КМТ судске органе и читав низ закона, који заправо и нису важили активно на територији целе Кине током кинеско-јапанских, као и кинеских грађанских ратова. КМТ је прокламовао грађански законик који се у пракси или није примењивао, јер је то била Влада војне елите која није марила за грађане у пракси, или су се његове одредбе сукобљавале са јапанским окупаторским прописима. Године 1953. успостављена је сарадња са совјетским правним научницима ради поучавања будуће кинеске правне елите. Са погоршањем односа између НР Кине и СССР-а, Устав из 1954. године јесте остао на снази са увођењем основа цивилног правног система совјетског карактера, али је током следеће деценије постао непожељан као про-совјетски. Државна власт није могла да се определи како би изгледао њихов јединствен нови правни систем. Током Културне револуције од 1966. до 1976. године Мао је укинуо све законе, правне факултете, судове, апсолутно све што је имало везе са правом.⁷ Приватна својина у целом периоду Маове владавине јесте била

⁶ Вид. више код: Лао Це, *Тао Теџини*, издање на срп., Београд, 2010.

⁷ Вид. више код: Weng Li, „Philosophical Influences on Contemporary Chinese Law”, *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 6., No. 2, 1996, 326–329.

непожељна, употреба речи приватно је била кажњива. НР Кина је имала три устава (1954, 1975, 1978) до актуелног из 1982. године и ниједан се није бавио грађанским питањима нити приватном својином. Кроз уставе је била прокламована и заштићена само друштвена својина.⁸ Након смрти Мао Цедунга, на чело КПК долази Денг Сјаопинг (*Dèng Xiǎopíng*, 1904–1997). Он је презентовао симболична 24 кинеска карактера, којима уводи нову кинеску политику „Отворених врата” 1978. године. Наравно, Денг је био свестан да без адекватних прописа нема економских односа нити могућности изласка на светско тржиште. Ипак, морао је врло опрезно и полако да ради на томе да се партијско руководство навикне на промене, тако да је регулисање права својине на адекватан начин морало још много дуго чека. Морамо приметити да је иначе у кинеском духу да се одлуке не доносе нагло и драстично. То све има смисла када узмемо у обзир да се ради о једном огромном државном систему, најмногљуднијој нацији и земљи са врло искуственом историјом. Док је Маов правни поредак некако личио на буквалистичко спровођење конфуцијанске филозофије, Денгов правни поредак има за задатак да спроведе легалистички сан о доношењу што више закона ради ојачања контроле власти. Такође, Денг је препоручивао да економски напредак треба да буде такав да не упада у очи Западу, делујући из ниске позиције. Заправо, сматрамо да се у Денговој политичкој и животној филозофији осећао утицај таоизма посебно у смислу прилагодљивости према таоистичкој фрази – „буди као вода”. Мишљења смо да је једино ова земља успела да избегне азијску економску кризу 1997. године управо због тог прагматично приступа економији који је увео Денг Сјаопинг.

Дакле, од конфуцијанства до прагматичног денгизма не можемо рећи да је иједна правна филозофија у потпуности доминирала или нестала. Оне су се некако стапале једна у другу по потреби. А право својине је било ствар „интерног договора – моје, твоје, наше, царско, државно” итд., јер је земља кроз историју била окренута ка општем циљу одржавања цивилизације у континуитету. Од појединца је увек било нешто битније – прво породица, па све остале групе којима припада. Маова максима „тражити истину из чињеница” и Денгово „црна или бела, мачка је добра све док лови мишеве”⁹ обележавају и у овом веку кинески правни поредак, које чини нам се почиње да служи кинеској данашњој технократији.

⁸ Вид. више код: Yin Lin, “The Chinese Socio-cultural Influence on The Legal System of the Republic People of China and Its Implications For Foreign Investment: A Critical Analysis”, Универзитет Волонгг, Аустралија, Колекција теза, 2011, 50–53.

⁹ C.C. Chen, Y.T. Lee, 208, 222.

Обрада, па и на најупрошћенији начин, кинеске правне филозофије има смисла јер је она имала енорман утицај на целу Источну Азију па и шири регион. Све док Јапан није у 19. веку усвојио немачку цивилно-правну филозофију, па после и Кореја, ове земље су фактички пресликавале школство, судство, законодавство и администрацију коју је Кина осмишљавала. Сада постоји врло велика, значајна разлика између правних поредака и уређења права својине у земљама Источне Азије.

III. Право својине у НР Кини од уласка у СТО

НР Кина је постала чланица Светске трговинске организације 2001. године. Све до 2007. године, НР Кина није имала закон који регулише право својине, када је проглашен, након 15 година припрема, Закон о имовинским правима НР Кине (кин.: 中华人民共和国物权法; pinyin: *Zhōnghuá Rénmín Gònghéguó Wùquán Fǎ*).¹⁰ Доношење овог закона је омогућио Денгов Устав из 1982. године, на који су изгласани амандмани 1988, 1993, 1999, 2004. и 2018. године. Без амандмана из 1988. године не би могао да се започне рад на нацрту Закона о имовинским правима, зато што је Устав прописивао да права грађана прате и дужности и обавезе на основу Устава и закона, те Ју С. истиче да се на тај начин приватна својина сматрала обавезом према држави, а грађанска права су се опет стављала у запећак у односу на државне прокламације.¹¹ И овај Устав све до првог амандмана није дефинисао разлику између јавног односно друштвеног и приватног. Не треба да нас чуди зашто је велик број најуспешнији кинеских компанија у приватном власништву основан баш од 1988. године па надаље, а међу њима и *Huawei*. ИКТ сектор је од Денг Сјаопинга постављен за перјаницу напретка кинеске привреде. Међутим, без јасне интелектуалне својине нема могућности изласка тог сектора на међународно тржиште. Можемо рећи да је Кинезима та сива зона регулативе одговарала, све док са уласком у СТО нису морали да убрзају процес доношења имовинског закона. Интересантно је да је тај закон могао бити раније донет, али се изгласавање нацрта закона из 1998. одужило све до 2005. године, јер га је спречио један професор права из Пекинга школован на територији бивше Југославије. Он је послао допис

¹⁰ Пример текста на енглеском језику преузет са е-странице адвокатске канцеларије LEHMAN, LEE & XU http://www.lehmanlaw.com/fileadmin/lehmanlaw_com/laws_regulations/Propoerty_Rights_Law_of_the_PRC_LLX_03162007.pdf, посећено 1. 12. 2018. године.

¹¹ Xingzhong Yu, "Legal Pragmatism in the People's Republic of China", *Cornell Law Faculty Publications-Journal of Chinese Law*, Vol, 3, No 1, 1989, чланак 993, 48.

свим члановима ЦК КПК у смислу да ће доношење таквог закона довести до распада НР Кине исто како се распала СФРЈ када је прешла на тржишну економију.¹² Од доношења уставних измена је очигледан нови правац, тзв. приватизација јавног права, где Влада добија нове улоге као што су: акционар у компанијама, странка у привредном спору, закуподавац земљишта, гарант банкарског зајма, и др. Без државе као активног учесника на домаћем и међународном тржишту, не би било кинеских инвестиција (којима ћемо се бавити у последњем делу чланка).

Дакле, Закон о имовинским правима НР Кине је историјска прекретница у заштити права приватне својине. Пошто се дефинитивно ради о једној теми о којој има много тога да се пише, напоменућемо само оно што може бити важно за српске правнике да уоче разлике у односу на друге стране регулативе. Кинески имовински закон дефинише права својине у стилу школе немачког цивилног права, тако да нама у Србији много тога може бити препознатљиво и делимично подсећати на српски Закон о основама својинскоправних односа, посебно у смислу дефинисања *usus*, *fructus* и *abusus*, као и основа и начина стицања права својине. Својина може бити у власништву државе, колектива или појединца. Најосновније јесте да је земљиште од настанка НР Кине па све до данашњег дана може искључиво бити у облику друштвене својине. У сврху фокуса на тачност терминологије, препоручујемо да се, ако постоји нужност коришћења кинеских закона, да искључиво предност тексту преведеном директно са кинеског на српски језик. Разлог јесте то што је кинески језик сам по себи толико специфичан и превише флексибилан у односу на језике Запада, да се може чак приметити да је српска правна терминологија ближа кинеској узимајући у обзир нашу правну историју. За стицање права на непокретностима потребан је, као и код нас, поред основа, и упис у одговарајући регистар. Земљиште је искључиво у власништву или државе или локалне заједнице. Право коришћења се стиче одлуком надлежне управне власти, а може се пренети уз надокнаду или наследити. Право коришћења земљишта се додељује на различите временске периоде, у зависности од намере коришћења. Најдуже право коришћења је за потребе становања до 70 година, након чега се обнавља дозвола и плаћа нова такса за продужење. Током деведесетих година прошлог века, средња класа је ојачала и тржиште новоградње је доживело експанзију. До тада су се грађанске кинеске породице ослањале на то да ће им стан бити додељен на

¹² Xinzhong Yu, „State Legalism and Public/Private Divide in Chinese Legal Development”, *Tel Aviv: Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 15.1, 2014, 45.

коришћење од стране компаније у којој раде. Међутим, повећан животни стандард је иницирао потребу да се штедња инвестира. Како тржиште хартија од вредности тада у Кини није било активно, улагање у новоизграђене непокретности је била најсигурнија опција за дугорочне инвестиције из угла просечног грађанина. Сада има све више заинтересованих и материјално јаких купаца који желе самостално да стекну станове у приватном власништву. Ипак, систем издавања дозвола за право коришћења земљишта је врло неизвесан административни поступак. Држава последњих година најављује могућност продужења дозвола за право коришћења непокретности без надокнаде, искључиво у сврху становања, што би на неки начин био прелаз ка стицању приватне својине на земљишту.¹³ Стицање права коришћења на земљишту је процедурално најкомпликованије због тога што је земљиште, ради очувања територијалног јединства и заштите од сепаратизма, под посебном контролом промета. Последњих пет година може се рећи да аграрно земљиште ужива највећу заштиту, јер држава већ прави планове којим би заштитила грађане од несташице основних намирница у случају ескалације глобалног загревања. Заправо, ово се све може прво уочити кроз праћење прописа која се тичу дозволе промене пребивалишта у НР Кини што, најједноставније речено, није тако лако остварити. Ни сами Кинези не могу једноставно да стекну право коришћења одређеног земљишта и да на пример започну градњу фабрике или хотела. Неопходна административна дозвола за стицање таквог права, је директно зависна од пребивалишта и броја непокретности на којима лице већ има право коришћења или својине. Док су некад сви тежили за дозволама за пребивалиште у највећим градовима, сада се јако високо вреднује право закупа и пребивалиште члана породице на пожељној локацији за градњу у руралним подручјима. Надлежна државна, локална или сеоска власт даје дозволе за градњу у зависности од општег интереса. Ако се на пример гради већи стамбени комплекс, он има приоритет у односу на стамбене нижеспратнице. Тако се аутоматски исељавају власници малих кућа у општем интересу. Ово је довело до случајева тзв. „пужевих кућица”, где појединци одбијају да се иселе или приме неадекватне надокнаде за исељавање. Такве приватне куће фактички штрче у сред пословних и сличних комплекса.¹⁴ Све до Закона из 2007. године који

¹³ Вид. више код: Meichen Liu, „The New Chinese Foreign Investment Law and Its Implication on Foreign Investors”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 38, No. 2, 2018, 285–306.

¹⁴ The Guardian, *China's nail houses: the homeowners who refuse to make way – in pictures*, објављено април 2014. године, доступно на страници: <https://www.theguardian.com>.

признаје приватну својину, није се покретало систематско уређење експропријације и реквизиције, те је, поједностављено речено, ситуација била таква није постојала никаква могућност да се преговара са инвеститором који би стекао дозволу за измештање и градњу. Године 2004. измењен је Устав из 1982. године како би се укључила држава у процес накнаде за поступке експропријације и реквизиције. Међутим, нигде није прописано, све до 2011. Године, да на пример надокнаде морају бити сразмерно величини земљишта. Ово је довело до разних корупционашких афера, посебно у руралним подручјима. Експропријација земљишта од пољопривредника у општем интересу је најчешћи узрок жалбе међу сеоским становништвом. Западни критичари и даље траже већу транспарентност процеса експропријације у Кини и дозволе за слободнији промет непокретности.¹⁵ Битно је истаћи да, иако се својинска права на непокретностима стичу регистрацијом, односно уписом права, у Кини нема јединственог званичног поступка за регистрацију права коришћења земљишта и осталих сродних права на непокретностима. Различите врсте својинских права могу бити регистроване у различитим регистрима у зависности од више околности, међу којима је и врста намере за употребу, са надлежношћу уписа у регистар на територији где се налази непокретност. Закон о имовинским правима нуди само опште упутство за те поступке, говори о праву приоритета временског уписа, прописује обавезност писмене форме и солемнизовање уговора код надлежног јавног нотара (регистрован на територији где се налази непокретност). Јавни нотари у НР Кини су под надлежношћу Министарства правде и уређени су као државни орган.¹⁶ Систем стицања свих дозвола које се тичу остваривања права која претходе самом стицању права коришћења непокретности је изузетно компликован, посебно за правна лица која морају, прво, да добију дозволе за пројекте, па тек онда да приступе обезбеђењу осталих дозвола. Ово је зато што је НР Кина усвојила и задржала совјетски систем планирања на нивоу државе у виду петогодишњих и петнаестогодишњих планова које изгласава ЦК КПК. Од планова зависи целокупни правни систем, доношење одлука на локалном нивоу, и посебно понашање банкарског сектора и стање на финансијском тржишту.¹⁷ Зато треба поновити да је социо-

com/cities/gallery/2014/apr/15/china-nail-houses-in-pictures-property-development, страници приступљено 18. 11. 2018. године.

¹⁵ Вид. више код: Y. Lin, 185–363.

¹⁶ Вид. више код: Yin Lin, 185–363.

¹⁷ Donghua Chen, Oliver Zhen Li, Fu Xin, „Five-year plans, China finance and their consequences”, *China Journal of Accounting Research*, Vol. 10, No. 3, 2017, 283.

лошки утицај правних филозофија, које су изворно кинеске, врло битан за разумевање пословања у Кини, јер је колективни ниво размишљања произашао из тих филозофија. Било да говоримо о конфуцијанству, таоизму, легализму, па до маоизма и денгизма, најпознатије кинеске филозофије су усмерене на колектив и место појединца у колективу. Иако су потпуно другачије у приступу, њихов крајњи циљ је јака заједница и стабилно државно уређење.

У другим земљама имамо друштва усмерена на појединца, где је право приватне својина много раније уређено и ефикасније заштићено. Приватни капитал из таквих земаља јако жели да буде учесник на огромном кинеском тржишту. И ту се дешава активни судар између тотално два различита приступа заштите својине, организовања тржишта и слободу улагања. Страни инвеститор, на пример, не може стећи право власништва на земљишту у Кини, а дозволе за инвестиције су зависне од списка индустрија за које држава дозвољава улазак страних компанија на домаће тржиште. Када се погледа тај списак, види се да се на њему налазе најинтересантнији сектори као што су фармацеутски, војна индустрија, железница, ИКТ, индустрија забаве, прехранбена индустрија итд. У пракси се цео систем заобилази тако што се налази поверљив кинески партнер. Систем заобилажења забрана уласка на кинеско тржиште Американци називају *Varsity Interest Entity* ("VIE"). Кроз овај израз је скраћено приказан скуп компанија које, практично гледано, морају да се оснују да би се дошло до могућности формирања компаније на територији Кине, која може пословати без забрана страног улагања. Најједноставније представљено, страни инвеститор треба да, прво, посредством кинеског пословног партнера, оснује компанију у „оф-шор“ дестинацији која би одговарала потребама листирања на страном финансијском тржишту. Након тога, инвеститор треба да оснује ћерку компанију у НР Кини која ће у потпуности бити у власништву те компаније из „оф-шор“ јурисдикције. Следећи корак јесте да новооснована ћерка-компанија купи уделе у у „оф-шор“ компанији.. После различите стратешке и пореске комбинаторике и закључења жељених *joint-venture* уговора, пословни партнери се договарају да кинески партнер (привредно друштво или физичко лице-кинески држављанин), у складу са домаћим прописима, оснује компанију у НР Кини. Овај корак је потребан из разлога што само кинеске компаније са домаћим капиталом имају дозволу да послују у секторима изричито забрањенима за странце (под странцима се рачунају и физичка и правна лица домицилна у Хонг Конгу и Макау). Након тога, та кинеска компанија закључује неопходне уговоре о пословно-техничкој сарадњи или позајмицама са компанијом

која је основана на „оф-шор” дестинацији, да би потребни капитал могао легално да се унесе у Кину.¹⁸

Грађење поверења са кинеским партером је од суштинске важности и битније је од онога што формално стоји у уговорима. Ово је посебно изражено код заштите права интелектуалне својине у Кини за странце. У заштићеним секторима, опет зависно од поверљивости односа са партером из Кине, у узрочно-последичном низу начина стицања свих административних дозвола за рад, произилази да у пракси само кинеска компанија може имати ефикасно регистровану интелектуалну својину на територији Кине, у секторима где постоје забране за стране инвеститоре. Ово се односи на случај када је компанија власник права интелектуалне својине, а не физичко лице. НР Кина јесте постала чланица *WIPO* још 1980. године и потписница је свих конвенција која се тичу права интелектуалне својине и ауторских права, исто као и Република Србија. Те конвенције су признати извори права у Кини и имају предност пред судом у односу на домаће законе. Ипак, кроз забране страних инвестиција у одређене секторе и нецаринске баријере које зависе од горе поменутих државних планова, страни држављанин регистрацијом оваквих права кроз међународне системе, у пракси долази у ситуацију да не може да заштити своје право у НР Кини. У периоду 2016–2018. година, у Кини је, на пример, било забрањено било какво пласирање јужнокорејског медијског садржаја или сарадње са уметницима и компанијама из индустрије забаве. Ово је довело до тога да су кинески продуценти крали сценарија за серије, забавне емисије, музику и сл. из те суседне земље, која у овом моменту има једну од најразвијенијих индустрија забаве на свету. Јужнокорејске компаније су знале да у пракси пред кинеским судом не могу добити спорове по основу заштите ауторских права док траје нецаринска забрана, као и да ће спорови трајати годинама, те да је много боље остати у добрим односима са кинеским продукцијским компанијама, да би се евентуално понудила сарадња када прође забрана.¹⁹ Такође, изузетно је тешко за стране компаније да препознају злоупотребу права интелектуалне својине на територији тако велике земље, сем ако немају поуздане домаће држављане за сараднике.

Сви обрађени извори на тему страних инвестиција истичу да НР Кина припрема нов пакет инвестиционих прописа који би увео краће

¹⁸ Meichen Liu, „The New Chinese Foreign Investment Law and Its Implication on Foreign Investors”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 38, No 2, 2018, 285–290.

¹⁹ Korea Times, *China's ban on Hallyu*, објављено и прегледано новембра 2016. године – https://www.koreatimes.co.kr/www/news/opinion/2016/11/202_218799.html

негативне, уместо дугачких позитивних листа забрана за инвестиције, као и флексибилнији приступ према учешћу страног капитала у кинеским компанијама. До очекиваних измена није дошло. Такође, није дошло ни до обећаног ослобађања од таксе за обнову дозволе дугорочног закупа земљишта. Још увек су, нажалост, чести и случајеви крађе интелектуалне својине, посебно у ИКТ сектору и аутомобилској индустрији где су стране компаније немоћне у заштити својих права. То су све питања која су, пред законодавцима, приоритетна за решавање у следећој деценији. Но, треба истаћи да је Влада НР Кине, у децембру 2018. године, објавила нацрт измена и допуна инвестиционих прописа, као и прописа који су релевантни за заштиту интелектуалне својине у ИКТ сектору.²⁰ Ово је учињено у сврху наставка преговора са америчком страном. Узимајући у обзир да трговински рат између ове две државе добија сваког месеца нове размере, биће свакако интересантно пратити да ли ће коначно предложене законске промене и бити усвојене.

IV. Актуелни привредни односи Републике Србије и НР Кине и њихова зависност од регулативе имовинских права у НР Кини

У Кини је регулисање права својине директно утицало на то да је јавни сектор доминантан на тржишту, док је приватни високо зависан од административне власти и колективно-државних одлука. Такође, банкарски систем је у већинском власништву државе или локалних власти. Кинеска држава је зато кроз власничку структуру државних компанија, или као инвеститор приватних компанија, најбитнији пословни партнер у земљи и иностранству. Сви знамо да ко поседује јача својинска права, има економску моћ, а ко има економску моћ, има власт у доношењу одлука, баш како и каже једна стара кинеска изрека: „Економска стабилност даје мир у мозгу”.

Без обзира да ли привредни ентитет из Србије планира инвестицију у Кину или улазак на то тржиште као извозник, битно је да распознаје ко у Кини има које право својине и какви су механизми заштите, ради доношења исправних пословних одлука. Србија је већ дуго времена углавном увозник широког спектра кинеских роба због нижих цена у

²⁰ South China Morning Post, *China releases details of new law on foreign investment ahead of trade talks with US*, објављено и прегледано децембра 2018. године – <https://beta.scmp.com/news/china/article/2179723/china-releases-details-new-law-foreign-investment-ahead-trade-talks-us>

односу на западне произвођаче. Инвестициона међудржавна сарадња на озбиљнијем нивоу започета је 2013. године, када је Србија постала потписник „Механизма 16+1” који чине 16 земаља Европе и Кина. Аутор С. Арежина, домаћи експерт за ту тему, каже да је циљ овог „мегапројекта” јачање политичких, инфраструктурних, економских и монетарних веза између НР Кине, Централне Азије и Европе, као и да је намера Пекинга била да се кроз овај механизам пласирају инвестиције у инфраструктуре држава Централне и Источне Европе. Све ово се чини са намером да се убрза стварање мреже лука, логистичких центара, путева и железница којима би кинеска роба брже стигла до Западне Европе. Са друге стране, Кина би створила услове за диверзификацију кинеског теретног и енергетског транспорта, проширење тржишта, дистрибуирање производа и унапређење трговине на релацији Исток-Запад.²¹ Арежина С. такође истиче да домаћа регулатива већини влада чланица тог Механизма омогућава да воде директне преговоре са страним инвеститорима, као и да оне могу да дају државне гаранције како би добиле преференцијалне кредите, који су повољнији од комерцијалних.²² Око 80% од предложених 38 пројеката 16 земаља Централне и Источне Европе већ је реализовано, а највећи број предложених и одобрених пројеката је остварила Србија.²³ Ови државни пројекти задужени су за постављање инфраструктуре и остваривање веза које треба да створе услове и за кинески приватни сектор.

Кинеске ИКТ компаније спадају у светски врх тог сектора по иновативности и очекује се њихова доминација на светском тржишту. Српски ИКТ сектор тек очекује значајнија партнерства са кинеским приватним компанијама заинтересованим за сарадњу или улагања код нас. Сигурно је добро бити у „добром друштву” за овако малу земљу која не може да заустави одлив квалификованог кадра, нити да дође до значајних инвестиција у ИКТ сектор, јер је регионална конкуренција јача, а ИКТ сектор у свим земљама приоритетан за развој друштва.

Када се планира или уговара сарадња са кинеским компанијама, добро је поћи и од тога да кинески партнер директно зависи од државних петогодишњих планова. Уз незаобилазно познавање кинеске културе, сви привредни субјекти из Србије који планирају улазак у пословне односе са кинеским компанијама или улазак на то тржиште треба да буду добро обавештени о основним питањима правног система НР Кине

²¹ С. Арежина, 243.

²² С. Арежина, 244.

²³ С. Арежина, 251.

међу које спада и област право својине. Ако не познајемо шта је основни интерес партнера и који су механизми заштите, нећемо моћи да преговарамо успешно са другом страном, нити да успоставимо квалитетну дугорочну сарадњу. Српски предузетници врло често пристају на неадекватно уговарање материјалног права и судске надлежности, чиме долазе у врло лош положај у случају евентуалних спорова са партнерима из земаља чији правни системи јесу протекционистички настројени према домаћим компанијама. Међу такве сигурно се сврстава и Кина, као и друге највеће светске економије

V. Закључак

На Закону којим се регулише право својине у НР Кини јесте рађено скоро 60 година после оснивање земље. На историјски континуитет ове једне од најстаријих цивилизација и њено јединство јесу утицале кинеске филозофије права које су промовисале колективистички дух. Право својине је под утицајем тих филозофија увек било подређено колективним и државним правима. Такође, под утицајем класичних кинеских филозофија формиран је и став који добро описује кинеска изрека: „Боље ићи у пакао него на суд”. Од уласка Кине у СТО створила се потреба да се имовинска права другачије заштите. Држава је задужена да створи пословну атмосферу која треба да се прилагоди изласку на страна тржишта и подржи циљани раст средње економске класе. Регулисање и заштита права својине у НР Кини тренутно не задовољавају потребе средњег и вишег сталеза, приватног сектора и страних инвеститора. Очекују се даље измене које ће сигурно у кинеском духу бити споре и подређене општем интересу.

Како кинески ИКТ сектор постаје кључан за напредак земље и друштво, сигурно је да ће развој тог сектора и његов висок утицај на промене средстава плаћања и начине размена роба и услуга довести до нових еволуција имовинских права у НР Кини. Ова земља, преко изузетно распрострањене употребе домаћих апликација за размену информација, „онлине” плаћање и куповину, иде ка *cashless* друштву далеко брже него остатак света. Тиме се убрзава домаћи промет роба и услуга, и требало би да ојача средња економска класа становништва која ће све више тражити заштиту својих имовинских права у стилу потрошачког друштва.

Србија циља на све већу трговинску размену са Кином. На српским привредницима јесте да искористе све шансе које пружају могућности

сарадње са кинеским партнерима, обзиром на мањак домаћих инвестиција. Како се препоручује у свакој активности – припрема је пола посла. У случају усмеравања пословања ка Кини, пожељно би било на време се упознати са политичким, социолошким, технолошким, економским и правним околностима у тој изузетној земљи, како би се реалистички приступило пословним активностима.

Tatjana Milosević
attorney at law in Belgrade

EVOLUTION OF PROPERTY RIGHTS IN CHINA AND REFLECTION OF THE CURRENT REGULATIONS ON ECONOMIC RELATIONS WITH SERBIA

Summary

The collectivism of Chinese society has always been at an extremely high level, which has enabled the continual survival of that civilization for more than 5000 years. The most important national Chinese philosophies directly influenced the legal order, because they have been accepted and promoted through history, in which the collectivist society has always been preferred. In the legal regulations of China, until this century, there was no place for individual rights such as private property rights, which stems from the focus of Chinese society on the collective. Nevertheless, the expansion of the Chinese economy into foreign markets, the development of the middle-class economy, and the remarkable technological advances have led to the concept that ownership rights must follow current needs. Cooperation at the state level between the Republic of Serbia and the People's Republic of China has been developing successfully for many years, so that domestic entrepreneurs expect greater connectivity with Chinese partners. These expectations accompany ignorance not only of Chinese culture, history, and politics, but also of the legal system in which the Chinese economy develops. For this purpose, the article ultimately deals with the introduction of Serbian lawyers to the most basic property rights in PR China, because ownership rights affect investment decisions related to the market, which is certainly different from the market at the West.

Key words: China, property rights, philosophy of law, investment decision-making

КОМЕНТАРИ, РАСПРАВЕ, ИСТРАЖИВАЊА

UDK

Ивана Јаковљевић
дипломирани правник¹

СМЕРНИЦЕ О СУКОБУ ИНТЕРЕСА У МЕЂУНАРОДНОЈ АРБИТРАЖИ МЕЂУНАРОДНЕ АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ

Сажетак

Право странке да бира арбитра је један одлучујућих разлога због којих се странке уговарају арбитражу као начин решавања евентуалних спорова. Међутим, њихово право избора не сме угрозити интегритет поступка. Арбитар мора бити непристрасан и независан у односу на странке у тренутку прихватања именована, па све до краја спора. С обзиром на све учесталије захтеве за изузеће арбитра из разлога сукоба интереса, Међународна адвокатска комора је припремила Смернице о сукобу интереса у међународној арбитражи. Чланак обрађује њихову структуру, као и неке од најчешћих околности које странке наводе у захтевима за изузеће арбитра као основ или доказ постојања сукоба интереса. Иако правно необавезујући, овај инструмент Међународне адвокатске коморе се показао успешним, и у поступцима га користе арбитра, заступници, арбитражне институције, па и национални судови. Највећа замерка овом акту

¹ Секретар Сталне арбитраже при Привредној комори Србије

односи се на недостатак квалитативног или квантитативног критеријума у одлучивању о опозиву арбитра у ситуацијама у којима постоје околности које могу довести у питање његову непристрасност и независност.

Кључне речи: сукоб интереса, ИБА Смернице о сукобу интереса у међународној арбитражи, арбитар, изузеће арбитра, понављана именована

І. Увод

Један од темеља међународне арбитраже је право странака да бирају арбитра. Странке за арбитра бирају лица за која верују да ће на стручан начин одлучити у конкретном спору, у зависности од врсте спора, потребне експертизе, места арбитраже и језика. Значај избора арбитра је посебно наглашен у светлу једноступености арбитражног поступка, у којем не постоји право на жалбу и где се контрола арбитражне одлуке врши само у изузетним условима. Стога не чуди да велики број странака сматра да у избору арбитра немају „права на грешку”. Међутим, и ова слобода има своју границу -независност и непристрасност арбитра као фундаментални принцип арбитраже.² Дужност арбитра, за разлику од дужности судије, је привременог карактера, па су једини извор његовог ауторитета сагласност и поверење странака у његову независност и непристрасност.³

Сведоци смо глобализације арбитраже и пораста броја арбитражних институција.⁴ Учесници у споровима долазе из различитих култура и правних система, различито тумачећи околности које могу довести до сукоба интереса.⁵ Многе компаније и адвокатске канцеларије послују на глобалном нивоу. У таквом амбијенту, бројни пословни односи и контакти за последицу имају и већи број околности које могу довести до сукоба интереса између арбитра и неког од учесника у арбитражном поступку.

² Види нпр. Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, 1461.

³ Alexis Mourre, „Chapter 23: Conflicts Disclosures: The IBA Guidelines and Beyond”, in Stavros L. Brekoulakis, Julian D. M. Lew, et al. (eds), *The Evolution and Future of International Arbitration*, *International Arbitration Law Library*, Vol. 37, Kluwer Law International, 2016, 357.

⁴ White & Case LLP and Queen Mary University of London, *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, доступно на: www.whitecase.com/publications/insight/2018-international-arbitration-survey-evolution-international-arbitration

⁵ Raymond Doak Bishop and Margrete Stevens, „Advocacy and Ethics in International Arbitration: The Compelling Need for a Code of Ethics in International Arbitration: Transparency, Integrity and Legitimacy”, in Albert Jan van den Berg (ed), *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, Vol. 15, 2011, 394.

Међународна адвокатска комора – ИБА (*International Bar Association*) препознала је потребу да се учесницима у арбитражним поступцима обезбеде правна сигурност и униформна решења по различитим питањима⁶, међу којима је и сукоб интереса арбитра. Прва верзија ИБА Смерница о сукобу интереса у међународној арбитражи (у даљем тексту: „Смернице”) објављена је 2004. године, а друга, коригована верзија 2014. године.⁷

II. Правна природа и структура Смерница

1. Правна природа Смерница

Смернице немају обавезујућу снагу, осим уколико то странке изричито не предвиде. Иако не претежу над националним законима или арбитражним правилима које су странке изабрале,⁸ нашле су широку примену међу странкама и њиховим заступницима, арбитрама и арбитражним институцијама.⁹

Смернице предвиђају обавезу арбитра да пре именовања, или чим сазна за њих, саопшти странкама, арбитражној институцији или другом органу за именовање, ко-арбитрама, чињенице или околности које могу, у очима странака, изазвати сумње у његову непристрасност или независност.¹⁰ Међутим, саопштавање ових чињеница не значи да аутоматски до његовог именовања неће доћи, односно да ће бити опозван.¹¹

Дужност саопштавања околности које могу довести до сукоба интереса односи се и на друге учеснике у поступку, а не само на арбитра.¹²

⁶ ИБА је до сада објавила Смернице за састављање арбитражне клаузуле, Правила о прикупљању доказа у међународној арбитражи, Правила о заступању странака у међународној арбитражи и Смернице о сукобу интереса у међународној арбитражи – Смернице (*IBA Guidelines on Conflict of Interests*).

⁷ Овај чланак, уколико другачије није наглашено, обрађује материју ИБА Смерница из 2014. године.

⁸ Смернице, Увод, пар. 6.

⁹ Швајцарски Федерални суд у једној одлуци наводи да и „поред тога што немају обавезујућу снагу, ИБА Смернице представљају користан инструмент рада”, случај *Adrian Mutu v. Chelsea Football Club Ltd*, 28 ASA Bull. 520, 528, Swiss Federal Tribunal, 2010.

¹⁰ Смернице, Општи стандард, пар. 3(а).

¹¹ Објашњење Општег стандарда 3(а) и 3(ц) наводи да арбитар који је саопштио околности сматра да, упркос њима, његова непристрасност и независност није угрожена, те да је сврха саопштавања пружање шансе странкама да процене да ли се слажу са таквом проценом арбитра, или желе да се те околности даље испитају.

¹² Смернице, Општи стандард, пар. 7(а).

Ово решење не изненађује с обзиром да, на пример, у случајевима финансирања арбитраже од стране трећих лица или постојања групе компанија, неретко странке знају више од арбитра за околности које би могле да доведу у питање његову непристрасност и независност. Новина у Смерницама је и обавеза странке да саопшти ко су му заступници, као и сваку измену у тиму заступника.¹³ Ова обавеза је последица тзв. „герила тактике” којом су се странке служиле тако што би у току спора мењале своје заступнике стварајући сукоб интереса између већ раније конституисаног трибунала (односно арбитра) и новог заступника.¹⁴

2. Структура Смерница

Смернице чине седам Општих стандарда и три листе Практичних примена Општих стандарда („Црвена”, „Наранџаста” и „Зелена” листа). Општи стандарди садрже седам основних принципа који се односе на непристрасност и независност арбитра, као и њихову обавезу да саопште околности које могу довести у сумњу његову независност и непристрасност. Основни принцип Смерница садржан је у првом Општем принципу: „Сваки арбитар мора бити непристрасан и независан у односу на странке у тренутку прихватања именована, и то мора остати до доношења коначне одлуке, односно до краја спора”¹⁵.

¹³ Смернице, Општи стандард 7(б).

¹⁴ Најпознатији пример је инвестициона арбитража пред Центром за решавање инвестиционих спорова у Вашингтону између Хрватске Електропривреде и Словеније (*Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia – ICSID Case No. ARB/05/24, Order Concerning the Participation of Counsel of 6 May 2008*) Само пар дана пре заказане расправе, Словенија је тиму заступника додала и баристера (у земљама англосаксонске правне традиције баристери – *barristers* – су један од два облика у којима делују адвокати; други облик су *solicitors*), који је био члан истог баристерског *inn*-а као и председник арбитражног већа (баристери се често удружују у неформалне асоцијације ради поделе односно смањивања трошкова пословања; ти облици удруживања се називају *inns* или *chambers*). У одлуци о учешћу заступника, арбитражни трибунал је потврдио фундаментално право странака да слободно бирају своје заступнике, али је ипак дао предност принципу „непроменљивости прописно конституисаног трибунала”, те одлучио да новоименовани заступник не може учествовати у поступку. У образложењу, трибунал је навео да странке не могу користити право избора заступника на начин који „угрожава статус или легитимитет Трибунала». У другом инвестиционом спору, Ромпетрол Групе против Румуније (*The Rompetrol Group N.V. v. Romania – ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on the Participation of a Counsel of 14 January 2010*) трибунал је одбацио захтев за изузеће заступника тужиоца. Тужени је у захтеву за изузеће навео да је заступник странке пре спора имао пословну везу са једним од арбитра; трибунал је закључио да су околности у којима странка има право да утиче на избор заступника ограничене, те да се то право може користити ретко и у изузетним околностима.

¹⁵ Смернице, Општи стандард 1.

Три листе Практичних примена Општих стандарда, које су због својих „боја” познате као „систем семафора” (*traffic light system*),¹⁶ наводе конкретне околности (њих преко педесет) које могу изазвати оправдане сумње у непристрасност и независност арбитра.

Црвена листа садржи две групе околности. Први део Црвене листе (*Non-Waivable Red List*) односи се на ситуације које увек доводе до оправдане сумње у непристрасност или независност арбитра.¹⁷ Сумња у непристрасност или независност арбитра је у оваквим случајевима толико јака да је странке не могу својим споразумом превазићи,¹⁸ односно не могу се одрећи права да захтевају изузеће арбитра. Други део Црвене листе (*Waivable Red List*) такође садржи околности које доводе до оправдане сумње у непристрасност или независност арбитра; међутим, овде се странке могу изричито одрећи права да захтевају изузеће арбитра, односно могу се изричито сагласити са именовањем тог арбитра.

Наранџаста листа (*Orange List*) наводи околности које могу у очима странака изазвати сумњу у непристрасност или независност арбитра.¹⁹ Арбитар је дужан да у случајевима њиховог постојања ове околности саопшти. Највећа замерка коментатора Смерница односи се управо на Наранџасту листу. Наиме, Смернице не обезбеђују ниједан конкретан критеријум у одлучивању о именовању или опозиву арбитра у случајевима у којима арбитар саопшти околност које се налазе на Наранџастој листи.²⁰

Зелену листу (*Green List*) чине околности у којима не постоји ни привидан, ни стваран сукоб интереса,²¹ и арбитар нема дужност да их саопшти. Пример су случајеви где арбитар предаје на истом факултету као други арбитар или заступник странке,²² или учествовање на конференцијама са другим арбитром или заступником странке.²³

¹⁶ Види нпр. Nathalie Allen, Daisy Mallett, „Arbitrator Disclosure – No Room For The Colour Blind”, *Asian International Arbitration Journal*, 2011, Vol. 7 Issue 2, 124, и Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, 3rd edition, 2015, 481.

¹⁷ Смернице, Општи стандард 2(д).

¹⁸ Објашњење Општег стандарда 2(д), Општи стандард 4(б).

¹⁹ Смернице, Практична примена Општих стандарда, пар. 3.

²⁰ Види нпр. Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition, 2014, 1858.

²¹ Зелена листа тач. 4.

²² Смернице, Практична примена Општих стандарда, пар 4.3.3.

²³ Смернице, Практична примена Општих стандарда ¶4.3.4.

III. Веза арбитра и странке као основ сукоба интереса

1. Пословна веза арбитра и странке као основ сукоба интереса

Смернице на више места помињу околности у којима је постоји пословна веза арбитра и једне од странака (односно са њом повезаног лица). Ове околности су разврстане у зависности од јачине те пословне везе, али и њеног финансијског ефекта.

Уколико је предложени или изабрани арбитар менаџер, директор²⁴ или члан надзорног одбора, или ако има контролни утицај на једну од странака или на лице које има директан економски интерес у арбитражној одлуци поступку,²⁵ или ако има значајан финансијски или лични интерес у једној од странака, или у исходу спора,²⁶ он неће бити изабран односно биће опозван, без могућности да се странке сагласе другачије.²⁷ У случају да је арбитар био професионално повезан са странком или са њом повезаним лицем (на пример у смислу запослења или пословног партнерства), има обавезу да ову околност саопшти.²⁸ У овом контексту, занимљива је одлука којом је француски суд поништио арбитражну одлуку из разлога што је тужилац код себе запослио председника већа само дан после доношења арбитражне одлуке у његову корист.²⁹

2. Адвокатска делатност арбитра као основ сукоба интереса

Примери где арбитар или адвокатска канцеларија остварује значајан приход тако што странци, или са њом повезаном лицу, редовно пружа правне савете, ретки су у пракси јер подразумевају да ни арбитар ни странка не познају особености арбитражног поступка. У овом случају, арбитра неће бити потврђено именовање, или ће он бити опозван, и не постоји могућност да се странке одрекну права да захтевају изузеће арбитра.³⁰

²⁴ Види нпр. *Veritas Shipping Corp. v. Anglo-Canadian Cement Ltd* [1966] 1 Lloyd's Rep. 76 (QB) (English High Ct.)

²⁵ Смернице, Практична примена Општих стандарда, пар. 1.2.

²⁶ Смернице, Практична примена Општих стандарда, пар. 1.3.

²⁷ У околностима где арбитар обавља ове дужности код лица повезаног са странком у поступку, странке се могу изричито сагласити са његовим именовањем (Практична примена Општих стандарда, пар. 2.3.4). Додатно, уколико ово повезано лице није директно укључено у питања која су предмет спора, онда само постоји обавеза арбитра да саопшти ове околности (Практична примена Општих стандарда, пар. 3.5.4).

²⁸ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Наранцаста листа, пар. 3.4.2.

²⁹ *Société Raoul Duval v. Société Merkuria Sucden*, 1996 Rev. arb. 410 (Paris Cour d'appel), Judgment of 2 July 1992.

³⁰ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Црвена листа, пар. 1.4.

Уколико путем редовног саветовања странке, или са њом повезаног лица, арбитар или канцеларија у којој ради не остварује значајан приход, арбитар ће бити опозван, осим ако се странке изричито не одрекну права да траже његово изузеће.³¹ Иста је ситуација у околностима у којима је арбитар дао правни савет или стручно мишљење странци или са њом повезаном лицу,³² као и када арбитар тренутно заступа или саветује једну од страна, или са њом повезано лице.³³ Арбитар је дужан да саопшти уколико је а) у протекле три године заступао као адвокат једну од странака, или са њом повезано лице, ако је саветовао или био консултован од стране странке, или са њом повезаног лица, у неповезаној ствари, али без остваривања трајније везе са странком, или са њом повезаним лицем,³⁴ б) уколико је у протекле три године, у својству адвоката, учествовао у спору против једне од странака или са њом повезаног лица, у неповезаној ствари,³⁵ или в) ако он или адвокатска канцеларија у којој ради заступа редовно странку, или са њом повезано лице, али се то заступање не односи на тренутни спор.³⁶

У случајевима оваквих околности, Абитражни суд Међународне трговинске коморе – МТК (*ICC International Court of Arbitration*) највише се води рачуна о интензитету и трајању везе између арбитра и странке. У једном спору, МТК Арбитражни суд је одбио да потврди именовање арбитра из разлога што је странку која га је именovala заступао пред државним судом у својству адвоката током две године,³⁷ док је у другом случају потврдио именовање арбитра који је седам година раније странци која га је именovala израдио правно мишљење, које се односило на не-

³¹ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Црвена листа, пар. 2. 3. 7.

³² Смернице, Практична примена Општих стандарда, Наранцаста листа, пар. 2.1.1.

³³ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Наранцаста листа, пар. 2.3.1. Такође, Француски суд је донео одлуку којом је арбитар појединац опозван из разлога што у току трајања арбитражног поступка саветовао у неповезаној ствари једну од странака у поступку, остварујући тако за себе финансијску корист, 2 Rev. Arb. (1988), 316, Одлука од 15. јануара 1988. године.

³⁴ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Наранцаста листа, пар. 3.1.1; види нпр. *Société des Equipements Industriels Stolz SA v. Ets. Letierce et autre*, Tribunal de Grande Instance de Paris, Decision of 15 January 1988, 2 Rev. Arb. (1988), 316. где је суд опозвао арбитра који је у току арбитраже поступао као експерт за једну од странака, у неповезаној ствари. Суд је у образложењу навео да је арбитар, с обзиром да му је странка платила за услуге, био обавезан да саопшти ту околност.

³⁵ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Наранцаста листа, пар. 3.1.2.

³⁶ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Наранцаста листа, пар. 3.2.3.

³⁷ Anne Marie Whitesell, Independence in ICC Arbitration: ICC Court Practice concerning the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators, *ICC Court of Arbitration Bulletin, Independence of Arbitrators*, 2007, 23.

повезани пројекат, и након тога није био поново ангажован од стране ове странке.³⁸

3. Понављана именована арбитра (repeated appointments)

Упркос све већем броју спорова, арбитражних институција и специјализацији у пословима арбитраже, за странке се свет арбитраже и даље понекада чини тесним. Одлучивање у сложеним споровима подразумева познавање права места арбитраже, материјалног права одређене индустрије, колизионих норми и наравно, правила арбитражног поступка. Један од познатих аутора чак тврди да се на целом свету број арбитра специјализованих за овакве спорове мери у десетинама.³⁹ Стога, не изненађује да су странке склоне да у различитим споровима за арбитра именују иста лица. Међутим, у таквим случајевима оправдано је очекивати да дође до остваривања трајније везе и чешћег контакта између арбитра и странке које га именују. Сукоб интереса из разлога понављаног именована арбитра аутору се чини вероватнијим у јурисдикцијама са мањим бројем арбитражних спорова, где је круг странака са искуством у арбитражи још увек узак, и где странке задовољне радом арбитра не желе да у новом спору за арбитра именују „ново лице”.

Наранџаста листа предвиђа да је арбитра дужан да саопшти уколико је у протекле три године два или више пута именован је за арбитра од стране једне од странака, или са њом повезаног лица.⁴⁰ Такође, арбитра је дужан да саопшти уколико је у протекле три године именован више од три пута од стране истог заступника (адвоката) или исте адвокатске канцеларије.⁴¹ У намери да развију добру праксу, арбитражне институције већ воде интерну статистику именована арбитра, док би у будућности изјаве арбитра о непристрасности и независности могле да садрже питања о евентуалном постојању ранијих именована од странке која именује арбитра.

Међународни центар за решавање инвестиционих спорова – Центар (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) је у различитим споровима инвеститора против Венецуеле одлучивао о захтеву за изузеће

³⁸ А. М. Whitesell, 18.

³⁹ Јан Paulsson, „Ethics, Elitism, Eligibility”, *Journal of International Arbitration*, 1997, 13.

⁴⁰ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Наранџаста листа, пар. 3.1.3; Ипак, понављена именована могу бити пракса у одређеним врстама арбитраже (нпр. поморска или спортска), где је број специјализованих лица за конкретну област мали, што сужава избор странака.

⁴¹ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Наранџаста листа, пар. 3.3.8.

арбитра по основу понављаних именована, узимајући у обзир Смернице. У спору *Tidewater v Venezuela*,⁴² инвеститор је захтевао изузеће арбитра именованог од стране Венецуеле из разлога што је арбитар већ три пута био именован у инвестиционим арбитражама пред Центром од стране Венецуеле (тј. више од два пута, како је дозвољено према Смерницама). У својој одлуци, трибунал је истакао да Смернице имају само индикативну вредност,⁴³ и да питање поновљених именована није питање математичког прорачуна, него саме суштине.⁴⁴ Захтев за изузеће је у конкретном случају одбијен уз образложење да су вишеструка именована арбитра од стране исте странке међусобно „неутрална”, осим „уколико могућност сталног и редовног именована, са пратећим финансијским користима, може створити однос зависности или на други начин утицати на одлуку арбитра” или ако „постоји материјални ризик да на арбитра могу утицати околности изван спора, као резултат његовог познавања чињеница из других спорова.”⁴⁵ У другој арбитражи пред Центром против Венецуеле (случај *OPIC Karimum v. Venezuela*),⁴⁶ захтев за изузеће арбитра није усвојен, али је одлука битно другачије аргументована. Позивајући се на Смернице, трибунал је закључио да понављана именована арбитра од стране исте странке не могу представљати неутралан фактор у одлучивању о изузећу арбитра, те да ипак могу утицати на непристрасност и независност арбитра.⁴⁷

⁴² *Tidewater Inc. and others v. Venezuela* (ICSID Case No ARB10/5), *Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator* (23 Dec. 2011).

⁴³ *Ibidem*, пар. 19.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Види опширније Karel Daele, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 24, 2012, 347.

⁴⁶ *Opic Karimum Corp. v. Venezuela* (ICSID Case No. ARB/10/14), *Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands Arbitrator* (5 May, 2011), пар. 47.

⁴⁷ Види нпр. K. Daele, 349. У пракси МТК, не може се издвојити посебан стандард у одлукама о именовану арбитра у случајевима понављаних именована. У једном спору, Међународни арбитражни суд МТК је одлучио да потврди именовање арбитра којег су заједнички предложили тужиоци. Арбитар је саопштио да су га те странке раније именовале у две МТК арбитраже, где су у оба случаја са друге стране била иста лица као у том спору. Тужени је у захтеву за изузеће истакао да би арбитар у свом одлучивању могао употребити информације стечене у претходном поступцима. С обзиром на различитост тужбених захтева у споровима, и истоветност странка и заступника на обе стране, МТК Суд је одбацио захтев и потврдио именовање арбитра; в. и А. М. Whitesell, 7–19.

IV. Везе адвокатске канцеларије арбитра и странке као основ сукоба интереса

За арбитра се често бирају лица која се иначе баве адвокатуром, па се иста лица у неким споровима појављују као заступници, а у другим као арбитра. Арбитра су често партнери у адвокатским канцеларијама и имају удео у добити канцеларије. Уколико је један од адвоката или тим канцеларије у којој ради арбитра заступао или заступа странку у арбитражи, постоји могућност сукоба интереса, посебно у случајевима где је арбитра имао, или тренутно има финансијску везу или корист од странке у поступку (најчешће када је арбитра и партнер у канцеларији).

Као што је већ поменуто, многе адвокатске канцеларије послују на глобалном нивоу, пружајући услуге хиљадама клијената годишње. Стога не треба да чуди пораст броја „бутик“ (*boutique*) канцеларија које своје услуге ограничавају на послове арбитражног права,⁴⁸ смањујући тако и број клијената, и „штитећи“ се од потенцијалне могућности сукоба интереса којима су изложене велике адвокатске канцеларије. Ипак, евентуална веза странке са канцеларијом арбитра се цени у сваком случају конкретно,⁴⁹ и у том смислу не постоји аутоматизам изузећа арбитра уколико је његова адвокатска канцеларија имала или има пословну сарадњу са странком у спору.

Околност да је адвокатска фирма у којој арбитра ради раније заступала странку у арбитражи, али без учешћа арбитра, или да адвокатска канцеларија арбитра тренутно има значајан комерцијални однос са странком (или њом повезаним лицем), класификована је на Црвеној листи, уз могућност да се странке изричито сагласе да арбитра буде потврђено именовање, односно да не буде опозван.⁵⁰ Арбитра је, између осталог, дужан да саопшти ако адвокатска фирма у којој ради у току арбитраже заступа једну од страна, или са њом повезано лице, без остваривања значајнијег комерцијалног ефекта за адвокатску канцеларију и без учешћа арбитра,⁵¹ ако арбитра или његова адвокатска канцеларија

⁴⁸ Види опширније Маја Станивуковић, „Утицај сукоба интереса који проистичу из паралелног обављања адвокатске и арбитрашке делатности на именовање арбитра“, *Правна традиција и нови правни изазови*, Нови Сад, 2018, 46.

⁴⁹ Смернице, Општи стандард, пар. 6(а).

⁵⁰ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Црвена листа, пар. 2.3.5 и 2.3.6.

⁵¹ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Наранацаста листа, пар. 3.2. Иста обавеза постоји и ако адвокатска канцеларија која дели значајне приходе са адвокатском канцеларијом арбитра, пружа услуге једној од странака у спору, или њој повезаном лицу (Практична примена Општих стандарда, Наранацаста листа, пар. 3.2.2).

редовно заступа странку у спору, или са њом повезано лице, али не и у конкретном спору,⁵² ако је адвокатска канцеларија арбитра последње три године заступала странку, или лице у спору са странком, или лице повезано са странком у неповезаној ствари без учешће арбитра⁵³ (током ранијих ангажмана, арбитар или адвокатска канцеларија у којој ради је могла је доћи у посед осетљивих податка о страни у спору, што би могло да доведе у питање његову непристрасност и независност), те ако адвокатска канцеларија арбитра заступа треће лице против странке у спору, или против са њом повезаног лица.⁵⁴

У досадашњој пракси Сталне арбитраже при Привредној комори Србије, у случајевима у којима је за арбитра именован адвокат, он се изјашњавао о евентуалном сукобу интереса само у погледу свог личног односа са странкама у спору, остављајући по страни околности које су могле довести до сукоба интереса услед његовог ангажовања у адвокатској канцеларији. Сматрам да би у случајевима где је за арбитра предложен адвокат, било корисно да се арбитар, пре именовања, изјасни по питањима евентуалне везе између странака и адвокатске канцеларије у којој је ангажован.

V. Веза арбитра са заступником странке

Веза арбитра са заступником странке је често основ изузећа арбитра, без обзира да ли се те одлуке позивају на ИБА Смернице или не.

Ако арбитар, у својству адвоката, док траје арбитража, заступа заступника или адвокатску фирму која заступа једну од странака, или ако арбитар и заступник странке раде у истој адвокатској канцеларији, онда ће арбитар бити именован односно неће бити опозван, само ако се странке о томе изричито сагласе.⁵⁵ Наранџаста листа, између осталог предвиђа да арбитар мора да саопшти уколико је: а) у протекле три године био пословни партнер или на други начин пословно повезан са

и уколико адвокат у адвокатској канцеларији арбитра поступа као арбитар у другом спору, у којем учествују иста странка, или странке, или са њом повезано лице (Практична примена Општих стандарда, Наранџаста листа, пар. 3.3.4).

⁵² Смернице, Практична примена Општих стандарда, Наранџаста листа, пар. 3.2.3.

⁵³ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Наранџаста листа, пар. 3.1.4.

⁵⁴ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Наранџаста листа, Зелена листа, пар. 4.2.1. и 4.3.1.

⁵⁵ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Црвена листа, пар. 2.3.2 и 2.3.3.

заступником странке,⁵⁶ б) ако му је члан уже породице партнер или је запослен у адвокатској канцеларији која заступа једну од страна, под условом да није ангажован у арбитражи,⁵⁷ као и в) уколико је заједно са заступником странке једне од страна тренутно или у протекле три године био ангажован као заступник у другој арбитражи.⁵⁸

Међутим, чак и у споровима са сличним чињеничним оквиром, још увек нема усаглашености у пракси по овом питању. На пример, у једном спору пред МТК арбитражом, арбитра није било потврђено именоване из разлога што је радио у истој адвокатској канцеларији као и заступник једне од странака.⁵⁹ Арбитар је престао да ради у тој адвокатској канцеларији шест година пре почетка арбитраже. Међутим, Институт за арбитражу стокхолмске трговинске коморе (*Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce – SCC*) одбио је захтев за изузеће арбитра који је радио чак дванаест година у истој адвокатској канцеларији у којој ради заступник једне од странака, а канцеларију је напустио седам година пре почетка арбитраже.⁶⁰

VI. Веза арбитра са другим арбитром

Наранцаста листа Смерница предвиђа да арбитар има обавезу да саопшти ако је у другом спору, и последње три године или тренутно, заједно са другим арбитром или заступником једне од страна, био ангажован као заступник (или саветник) у неком поступку.⁶¹ Такође, арбитар је дужан да саопшти и ако је у протекле три година био партнер или на други начин повезан са другим арбитром или неким заступником странке.⁶² Како запажају неки аутори, ситуације у којима се два арбитра

⁵⁶ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Наранцаста листа, пар. 3.3.3.

⁵⁷ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Наранцаста листа пар. 3.3.5; иста је ситуација и ако је арбитар пријатељ заступника странке, али и у случају нетрпељивости између арбитра и заступника странке (Практична примена Општих стандарда, Наранцаста листа, пар. 3.3.6 и 3.3.7).

⁵⁸ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Наранцаста листа, пар. 3.3.9. G. Born, 1874, примећује да странке у овим ситуацијама ретко успевају у својим захтевима за изузеће арбитра, наводећи примере из праксе, *LCIA Ref. No. 81224 of 15 March 2010*, 27 Arb. Int'l 461, par. 4.4 (2011), *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Venezuela*, in ICSID Case No. ARB/12/13, *Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Mr. Gabriel Bottini* (27 February 2013).

⁵⁹ A.M. Whitesell, 18.

⁶⁰ Helena Jung, „SCC Practice: Challenges to Arbitrators SCC Board Decisions 2005–2007”, *Stockholm International Arbitration Review*, 2008, 8–10.

⁶¹ Смернице, Практична примена Општих стандарда, Наранцаста листа, пар. 3.3.9.

⁶² Смернице, Практична примена Општих стандарда, Наранцаста листа, пар. 3.3.3.

познају из ранијих спорова су честе у пракси, и могу угрозити позицију трећег арбитра који се може осетити „искљученим” из поступка, а равнотежа трибунала може бити посебно угрожена ако је један од два арбитра који су повезани истовремено и председник арбитражног већа.⁶³ Међутим, може се догодити и управо супротно, да се током раније сарадње између арбитра створио однос одбојности,⁶⁴ који може да угрози ефикасно вођење поступка.

У спору пред Лондонским судом за међународну арбитражу (*London Court of International Arbitration- LCIA*),⁶⁵ тражено је изузеће арбитра именованог од стране тужиоца из разлога што је адвокатска канцеларија председника арбитражног већа у последње четири године више пута ангажовала канцеларију арбитра чије је изузеће тражено. Тужени је у захтеву навео да ова чињеница сигурно угрожава независност и непристрасност арбитра у њиховим међусобним односима. На предлог председника арбитражне институције, арбитар се сам повукао из спора како би се „избегле непотребне контроверзе у раној фази арбитраже”.

VII. Закључак

Смернице су обезбедиле изванредан баланс између права странака на избор арбитра са поверењем странака у поступак и његову транспарентност. Иако још увек није дошло до умањења захтева за изузеће арбитра из разлога сукоба интереса, нема сумње да су Смернице у пракси постигле успех, а у свом раду их свакодневно користе адвокати, арбитри, арбитражне институције и државни судови. Без обзира на своју правно необавезујућу природу, Смернице су допринеле креирању одређених униформних решења у пракси, и тако странкама и арбитрима обезбедиле одређен степен правне сигурности у питањима сукоба интереса. Највећа замерка аутора односи се на околности из Наранцасте листе у смислу прецизирања домаћаја саопштавања постојања одређених околности. Смернице би имале значајно већу практичну примену да су, у случајевима постојања околности наведених у Наранцастој листи, обе-

⁶³ Види опширније Nathalie Voser, Angelina M. Petti, „The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”, *ASA Bulletin*, Volume 33, Issue 1, 2015, 27.

⁶⁴ М. Станивуковић, 53.

⁶⁵ LCIA Reference No. 81132 (November 15, 2008), цитирано у Thomas W. Walsh, Ruth Teitelbaum, „The LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: An Introduction”, in William W. Park (ed), *Arbitration International, Special Edition on Arbitrator Challenges*, 2011, 300.

збедиле квалитативне или квантитативне критеријуме за одлуку о именовану или изузећу арбитара. Овако, чини се да и даље постоји ризик да се само саопштавање околности по аутоматизму третира као разлог за изузеће арбитра, и у ситуацијама где непристрасност и независност арбитра није угрожена.

Ivana Jakovljević, LL.M

Secretary of the Permanent Arbitration with Chamber of Commerce of Serbia

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION GUIDELINES ON CONFLICT OF INTEREST IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Summary

The party's right to choose an arbitrator is one of the strongest incentives for parties when choosing arbitration as a dispute resolution mechanism. Nevertheless, this right must not threaten the integrity of the arbitration proceedings. The arbitrator must be impartial and independent of the parties at the time of accepting an appointment, and must remain so until the proceedings have finally terminated. Considering the ever-growing number of arbitrator challenges for reasons of conflict of interests, the International Bar Association has prepared Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration. This article focuses on structure of the Guidelines and some of the frequent circumstances that the parties base upon their challenges of the arbitrators. Although not legally binding, this instrument of the International Bar Association has been a success, being widely used by arbitrators, counsel, arbitration institutions, and even national courts. Its main drawback relates to absence of a qualitative or quantitative criterion in deciding on arbitrator challenges in cases of circumstances that may cast doubt on his impartiality and independence.

Keywords: conflict of interest, IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration, arbitrator, challenge of arbitrators, repeated appointments.

UDK

Ивана Тоџалов Пауновић

адвокат из Београда

ВАСПИТНИ НАЛОЗИ – ПРИМЕНА НАЧЕЛА УСЛОВЉЕНОГ ОПОРТУНИТЕТА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИМ УЧИНИОЦИМА КРИВИЧНИХ ДЕЛА

Сажетак

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица који је ступио на снагу 1. јануара 2006. године је осавременио кривичноправни систем Републике Србије. Овим Законом је по први пут одвојено регулисан кривичноправни положај малолетних учинилаца кривичних дела, те омогућен савременији и адекватнији приступ правосудних органа сузбијању малолетничког криминалитета. Посебан значај овог Закона је у увођењу тзв. диверзионог модела решавања кривичноправних поступака која се воде према малолетним учиниоцима кривичних дела. Наиме, прописана је могућност да се и према малолетним учиниоцима кривичних дела примени институт условљеног опортунитета, односно да се према њима не покрене или да се обустави кривични поступак од стране надлежних органа, већ да се примене тзв. диверзионе мере – васпитни налози. Како је реч о институту који се по први пут појавио у нашем правном систему, аутор чини кратак осврт на васпитне налоге и његову примену у пракси Вишег суда у Београду и Вишег јавног тужилаштва у Београду, као и на њихов однос према кривичноправним санкцијама које се могу изрећи према малолетним учиниоцима кривичних дела.

Кључне речи: малолетни учинилац кривичног дела, васпитни налог, условљени опортунитет, диверзиони модел

I. Увод

Према малолетним учиниоцима кривичних дела суд може, по спроведеном кривичном поступку односно по одржаном главном претресу или у седници већа, да изрекне три врсте кривичноправних санкција: васпитне мере, малолетнички затвор, као и мере безбедности предвиђене Кривичним закоником.¹ Васпитне мере које суд може изрећи малолетницима су васпитне мере отвореног и затвореног типа. Васпитне мере отвореног типа (мере упозорења и мере појачаног надзора),² као и заводске мере,³ се могу изрећи свим малолетним учиниоцима кривичних дела без обзира на узраст. Уз мере појачаног надзора или самостално суд може изрећи малолетницима и посебне обавезе.⁴ Старијим малолетницима, лицима која су у време извршења кривичног дела навршила 16, а нису навршила 18 година, суд може изузетно изрећи казну малолетничког затвора. За разлику од кривичних санкција које према малолетнику може изрећи само суд, васпитни налози се примењују како од стране суда, тако и од стране надлежног јавног тужиоца,⁵ уколико нађу да се, без покретања кривичног поступка или његовом обуставом, њиховом применом може извршити адекватан утицај на малолетника да убудуће не врши кривична дела. За разлику од суда, јавни тужилац за малолетнике не може применити све врсте васпитних налога;⁶ јавни тужилац може применити следеће врсте васпитних налога:

1) поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле у целини или делимично, штетне последице дела;

2) редовно похађање школе или редовно одлажење на посао;

3) укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја.

¹ Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, чл. 79. Изузетак представља мера безбедности забране вршења позива, делатности или дужности.

² Законом малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица – ЗОМУКД, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005; чланом 11 ЗОМУКД у ставу 1 тачка 1 и 2 прописане су следеће васпитне мере отвореног типа: судски укор и посебне обавезе, појачан надзор од стране родитеља, усвојоца и стараоца, појачан надзор у другој породици, појачан надзор од стране органа старатељства, појачан надзор уз дневни боравак у одговарајућој установи за васпитавање и образовање малолетника.

³ Чланом 11 ЗОМУКД у ставу 1 тачка 3 прописане су следеће заводске васпитне мере: упућивање у васпитну установу, упућивање у васпитно-поправни дом, упућивање у посебну установу за лечење и оспособљавање.

⁴ ЗОМУКД, чл. 14.

⁵ ЗОМУКД, чл. 5 ст. 2.

⁶ ЗОМУКД, чл. 7.

Поред побројаних васпитних налога које може изрећи јавни тужилац, суд може применити и васпитне налоге медицинског карактера:

1) подвргавање одговарајућем испитивању и одвикавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога;

2) укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту.

Основна разлика између кривичних санкција и васпитних налога које се могу изрећи, односно применити према малолетним учиниоцима кривичних дела, у кривичнопроцесном смислу, налази се у органу надлежном за примену васпитних налога, у условима прописаним за њихову примену и њиховој сврси.

II. Услови за примену васпитних налога и органи надлежни за њихову примену

Законом прописани услови за примену васпитних налога морају бити кумулативно испуњени и састоје се у следећем: да се могу применити искључиво према малолетним учиниоцима кривичних дела (за разлику од појединих васпитних мера и малолетничког затвора, које се могу применити и на млађа пунолетна лица),¹ да је реч о кривичном делу за које је прописана новчана казна или казна затвора до пет година, да је малолетник у потпуности признао извршење кривичног дела и да је увидео незаконитост и неадекватност свог поступања.²

Остварење ових услова у пракси подразумева да је реч о малолетнику који се први пут нашао у кривичном поступку, да је реч о кривичном делу блаже или средње тежине, да је малолетник својим потпуним признањем прихватио одговорност за своје поступање и да је израженим кајањем увидео неприхватљиво поступање према оштећеном/жртви кривичног дела. Када су ови услови испуњени, законодавац је оставио могућност да јавни тужилац за малолетнике и не покрене кривични поступак према малолетном извршиоцу кривичних дела,³ већ да на њега утиче применом васпитног налога, штитећи тиме начело заштите интереса малолетника као једно од основних начела кривичног поступка. На овај начин законодавац је увео у кривичноправни систем тзв. диверзиони модел којим је омогућено решавање кривичноправне ствари ван суда,

¹ ЗОМУКД, чл. 40 ст. 2 и ст. 3.

² ЗОМУКД, чл. 5.

³ ЗОМУКД, чл. 58. ст. 1.

односно уведен је алтернативни начин решавања малолетничких кривичноправних предмета од стране јавног тужиоца.⁴

Без обзира на фазу поступка, иницијатива за примену васпитног налога је увек у рукама јавног тужиоца за малолетнике. Међутим, по пријему кривичне пријаве до подношења захтева за покретање припремног поступка, јавни тужилац има широка овлашћења и аутономију у решавању конкретног кривичноправног предмета, у избору, надзору и одлучивању о судбини васпитног налога.

Водећи рачуна о интересима малолетника и жртве/оштећеног, јавни тужилац за малолетнике треба да процени да ли би вођење судског поступка у конкретном случају било контрапродуктивно. Уколико јавни тужилац за малолетнике нађе да вођење кривичног поступка не би било целисходно, с обзиром да је реч о „багателном” кривичном делу, да природа кривичног дела и околности под којима је кривично дело учињено, ранији живот малолетника и његова лична својства указују да малолетник није склон вршењу кривичних дела, условиће своју одлуку о непокретању кривичног поступка престанком малолетника и његових родитеља, усвојиоца или стараоца, те спремношћу малолетника да прихвати и испуни један или више васпитних налога.⁵

Јавни тужилац је у овој фази поступка самосталан у одабиру једног или више васпитних налога који би се у конкретном случају применили водећи рачуна да налози буду прилагођени личности малолетника, приликама у којима живи и његовој спремности да сарађује у њиховој примени.⁶ Јавни тужилац је надлежан за праћење примене васпитног налога, о чему га обавештава орган старатељства.⁷

О судбини васпитног налога такође одлучује јавни тужилац за малолетнике. Уколико малолетник у потпуности испуни преузети васпитни налог, јавни тужилац за малолетнике ће, по добијеном извештају органа старатељства, донети решење о одбацивању кривичне пријаве, односно

⁴ „Диверزيونи поступак значи каналисање деце у сукобу са законом даље од судског поступка кроз развој и примену процедура и програма који омогућавају многим – по могућству већини – да избегну потенцијалне негативне ефекте званичног судског поступка, уз пуно поштовање људских права и правне заштите”, УНИЦЕФ, Приручник о диверزيونом поступку и алтернативи за притвор 2010, [http://www.unicef.org/tdad/glossary.doc.](http://www.unicef.org/tdad/glossary.doc), страници приступљено 20. фебруара 2019. Види и Љиљана Радуловић, „Васпитни налози – алтернатива санкцијама за малолетнике”, *Развој јравној сисџема Србије и хармонизација са јравом ЕУ, Зборник радова*, 2006, 215.

⁵ ЗОМУКД, чл. 62. ст. 1.

⁶ ЗОМУКД, чл. 62. ст. 2.

⁷ ЗОМУКД, чл. 62. ст. 3.

предлога оштећеног за покретање поступка.⁸ У ситуацији када је васпитни налог само делимично испуњен, јавни тужилац за малолетнике може поступити на два начина. Ценећи природу извршеног кривичног дела, лична својства и ранији живот малолетника, а нарочито разлоге неиспуњења васпитног налога, јавни тужилац за малолетнике може донети решење о одбацивању кривичне пријаве⁹ или поднети захтев за покретање припремног поступка судији за малолетнике надлежног суда.¹⁰

Од момента подношења захтева за покретање припремног поступка, примена васпитних налога прелази у искључиву судску надлежност. Од тог тренутка овлашћења јавног тужиоца за малолетнике се сужавају, те је надаље само овлашћен да поднесе предлог суду да се поступак према малолетнику обустави под условом да малолетник прихвати да испуни један или више васпитних налога. Судија за малолетнике или веће за малолетнике (уколико се судија за малолетнике не сложи са предлогом јавног тужиоца за малолетнике) одлучује да ли у конкретном случају има места примени васпитних налога или не. Уколико суд нађе да су услови за примену васпитног налога испуњени, те да има места њиховој примени, није везан предлогом јавног тужиоца за малолетнике о врсти васпитног налога, већ је самосталан у њиховом избору.¹¹ Овлашћења суда у примени васпитних налога су шира, с обзиром да суд, за разлику од јавног тужиоца, може применити свих пет прописаних васпитних налога.¹²

По добијању извештаја органа старатељства, суд утврђује да ли је васпитни налог у потпуности извршен. Уколико нађе да је налог извршен, судија за малолетнике решењем обуставља поступак према малолетнику.¹³ У супротном, судија за малолетнике обавештава јавног тужиоца о неиспуњењу васпитног налога, а овај у том случају може или да поднесе предлог о обустави кривичног поступка, или да поднесе предлог за изрицање кривичне санкције према малолетнику, те ће решавање кривичноправне ствари добити епилог у судском поступку.¹⁴

⁸ ЗОМУКД, чл. 62. ст. 4.

⁹ ЗОМУКД, чл. 62. ст. 5.

¹⁰ ЗОМУКД, чл. 62. ст. 6.

¹¹ ЗОМУКД, чл. 71. ст. 2 и ст. 3.

¹² Јавни тужилац за малолетнике не може применити васпитне налоге медицинског карактера.

¹³ ЗОМУКД, чл. 71 ст. 5

¹⁴ ЗОМУКД, чл. 70.

III. Избор васпитног налога и оправданост његове примене

Васпитни налог може трајати најдуже шест месеци, а његов избор врши се у сарадњи са старатељем малолетника и органом старатељства.¹⁵ Приликом избора васпитних налога јавни тужилац, односно суд мора да се руководи њиховом сврхом. ЗОМУКД је прописао да је сврха васпитних налога да се не покреће кривични поступак према малолетнику или да се обустави поступак, односно да се применом васпитног налога утиче на правилан развој малолетника и јачање његове личне одговорности како убудуће не би чинио кривична дела.¹⁶ Улога Центра за социјални рад, као обавезног учесника у малолетничком поступку, је од изузетне важности у овој фази поступка. Она се огледа у давању адекватне личне и социјалне анамнезе малолетника јавном тужиоцу за малолетнике или суду, који ће након прибављеног мишљења одлучити да ли је сврсисходно покренути кривични поступак или условити покретање односно обуставу кривичног поступка извршењем одређених васпитних налога.¹⁷

Оправданост примене васпитних налога у односу на друге кривичне санкције које се могу изрећи малолетним извршиоцима кривичних дела може се посматрати и у контексту начела економичности и ефикасности кривичног поступка, заштите интереса малолетника и оштећеног.

Из угла заштите интереса малолетног учиниоца кривичног дела, према малолетнику који је извршио кривично дело лакше или средње тежине, који је преузео одговорност за своје поступање, како признањем, тако и извињењем жртви, боље је одредити васпитни налог чија примена подразумева конкретан ангажман малолетног учиниоца, породице и друштвених институција у санирању последица дела, у промени начина живота и понашања малолетника,¹⁸ него прибећи формалном вођењу судског поступка. Вођење судског поступка према малолетнику за кривично дело учињено под околностима које испуњавају потребне предуслове за примену васпитног налога најчешће за исход има изрицање најблаже васпитне мере судског укора, а неизбежно води стигматизацији малолетног учиниоца кривичног дела.¹⁹

¹⁵ ЗОМУКД, чл. 8.

¹⁶ ЗОМУКД, чл. 6.

¹⁷ Татјана Д. Бугарски, „Васпитни налози као диверзиони модел поступања и њихова примена у пракси Вишег јавног тужилаштва и Вишег суда у Новом Саду”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2015, вол. 49, бр. 1, 89–116.

¹⁸ Љ. Радуловић.

¹⁹ Види Љ. Радуловић.

Затим, уколико се у светлу вођења и исхода кривичног поступка посматра интерес жртве кривичног дела, применом васпитног налога се на потпуно други начин прилази жртви/оштећеном. У случају да се малолетнику по спроведеном кривичном поступку изрекне најблажа васпитна мера судски укор, жртва нема никакву моралну сатисфакцију за разлику од примене васпитног налога за чију примену је у појединим случајевима потребан и њен пристанак. Исто тако, применом васпитног налога избегава се потенцијална секундарна виктимизација жртве (чести су случајеви вршњачког насиља где су оштећени такође малолетници), с обзиром да жртва неће пролазити поновну трауму кроз процедуру судских саслушања. Свакако је прикладније да се уместо изрицања васпитне мере судског укора²⁰ малолетни учинилац обавезе на поравнање са оштећеним, како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле у целини или делимично штетне последице извршеног кривичног дела.

Институт условљеног опортунитета такође афирмише начело економичности и ефикасности поступка тако што се са једне стране не покреће гломазна правосудна машинерија за багателна кривична дела, већ се конкретна кривичноправна ситуација решава ван судског поступка, док се са друге стране растеређује рад судова.

IV. Примена васпитних налога у пракси

Према европској статистици, васпитни налози примењују се у 20–30% случајева малолетничког криминалитета, док истраживања спроведена у Србији за период од 2008–2013. године, показују да је васпитни налог у 2008. години био примењен према 3,10% малолетника, а у 2013. години према 7,74% малолетника.²¹

Према подацима Републичког завода за статистику за 2017. годину,²² произлази да је у Вишем суду у Београду примењено 17 васпитних налога. Васпитни налози су примењени према 10 малолетника и према 7 малолетница. У односу на старосну групу, 7 васпитних налога је

²⁰ Љ. Радуловић.

²¹ Подаци су преузети из студије *HBO Amnity* сачињене у оквиру Програма „Унапређење доступности правде у Србији” – Анализа напретка примене васпитних налога и алтернативних кривичних санкција у систему малолетничког правосуђа у Србији, Београд 2014; http://www.amity-yu.org/wp-content/uploads/2017/02/analiza_primene_vaspitnih_naloga_2014_amity.pdf, приступљено 20. фебруара 2019.

²² <http://publikacije.stat.gov.rs/G2018/Pdf/G20185641.pdf>, приступљено 20. фебруара 2019.

примењено према млађим малолетницима, а 10 васпитних налога према старијим малолетницима. Изрицани васпитни налози били су: укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту из члана 7 став 1 тачка 5 ЗОМУКД у 9 случајева; и васпитни налог поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем или радом или на неки други начин отклониле у целини или делимично штетне последице дела из члана 7 став 1 тачка 1 ЗОМУКД у 8 случајева. Када је реч о врсти извршених кривичних дела, васпитни налози су примењени: у 6 случајева за кривично неовлашћено држање опојних дрога из члана 246а КЗ; у 5 случајева за кривично дело насилничко понашање из члана 344 КЗ; у 2 случаја за кривично дело тешке телесне повреде из члана 121КЗ; у једном случају за кривично дело лака телесна повреда из члана 122 КЗ; у једном случају за кривично дело крађа из члана 203 КЗ; у једном случају за кривично дело уништење и оштећење туђе ствари из члана 212 КЗ; у једном случају за кривично дело угрожавања јавног саобраћаја из члана 289 КЗ.

Када је реч о Вишем јавном тужилаштву у Београду, у 2017. години васпитни налози су примењени према 13 малолетника, од којих су 7 малолетнице, а 6 малолетници. Према старосној групи, 8 васпитних налога је примењено према млађим малолетницима, а 6 према старијим малолетницима. Више јавно тужилаштво је применило 8 васпитних налога из члана 7 став 1 тачка 3 ЗОМУКД (укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја) и 5 васпитних налога из члана 7 став 1 тачка 1 ЗОМУКД (поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем или радом или на неки други начин отклониле у целини или делимично штетне последице дела). Према врсти кривичних дела, Више јавно тужилаштво је применило: 7 васпитних налога за кривично дело крађа из члана 203 КЗ; 2 васпитна налога за кривично дело неовлашћено држање опојних дрога из члана 246а КЗ; по један васпитни налог за кривична дела лака телесна повреда из члана 122 КЗ, уништење и оштећење туђе ствари из члана 212 КЗ, неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из члана 246 КЗ.

V. Закључак

Примена васпитних налога треба да омогући даљи правилан развој малолетника, починиоца кривичног дела, кроз јачање његове личне одговорности да се не би више понављала незаконита понашања. С тим у

вези, васпитни налози су један од инструмената којим се остварује превентивно дејство правосудног система, па би ову законску могућност требало остварити у што ранијој фази поступка, јер се тиме избегава стигматизација малолетника,²³ а остварује у потпуности начело ефикасности и економичности судског поступка.

Међутим, без обзира на све предности примене васпитних налога као диверзионих мера, у пракси у Србији њихова примена је, за сада, маргинална. Васпитни налози, који се од кривичних санкција разликују по органу надлежном за примену, по условима за примену и по сврси, морају наћи ширу примену у пракси, пре свега тужилаштва, те судова у поступцима према малолетним учиниоцима кривичних дела. Извесно је да васпитни налози могу представљати сврсисходно и делотворно средство у борби против малолетничког криминала.

Један од разлога за ову ситуацију налази се у чињеници да још није донет Правилник о примени васпитних налога, а чије је доношење предвиђено ЗОМУКД.²⁴ Други се разлог може наћи у неусклађености овог института, који је увео ЗОМУКД, са решењима из других прописа.²⁵ И ове се препреке, које су формалноправне природе, морају што пре отклонити из правног система.

Ivana Topalov Paunović
attorney at law in Belgrade

EDUCATIONAL ORDERS –APPLICATION OF PRINCIPLE OF CONDITIONAL OPPORTUNITY TOWARDS JUVENILES AS CRIMINAL OFFENDERS

Summary

Law on Juvenile Criminal Offenders and Criminal Protection of Juveniles, in force since 1 January 2006, made the criminal justicesystem of the Republic of Serbia rather modern. The Law for the first time separately regulated criminal legal position of juveniles, and made possible contemporary and more appropriate approach of the judicial office holders the suppression of the criminal behaviour of the juveniles. The particular significance of the said Law is introduciton of the diversion-

²³ Т. Д. Бугарски.

²⁴ ЗОМУКД, чл. 86.

²⁵ Примена одређених васпитних налога није могућа у односу на одређену старосну групу малолетника обзиром да поједине здравствене установе не примају пацијенте млађе од 15 година на одређену врсту лечења. Нпр., у дневној болници за адолесценте Института за ментално здравље обавља се парцијална хоспитализација адолесцената узраста 15–25 година.

ary procedure in the conduct of the criminal procedures against juveniles. Naimely, the Law provides for the possibility that the concept of conditional opportunity is applied also in the proceedings against juvenile offenders, *i.d.* possibility of waiving or discontinuation of the proceedings against juveniles; instead of the criminal proceedings, the educational orders, as the alternative measures, are applied in these cases. This concept was introduced for the first time in Serbian legal system, and the author shortly reviews the notion of educational orders and presents the practice of Higher Court in Belgrade, and Higher Public Prosecutor in Belgrade in application of this new concept, as well as relation of these measures with criminal sanctions that may be pronounced against juveniles as criminal offenders.

Key words: juvenile, conditional opportunity, educational order, diversion procedure.

UDK

Др Иван Ђокић

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

Др Вања Бајовић

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ОСНОВИ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Књига 1: Кривично материјално право

Књига 2: Кривично процесно право – Кривични поступак
кроз практичну примену

Књиге професора др Зорана Стојановића, професора др
Милана Шкулића и адвоката др Вељка Делибашића

І. Увод

Последње деценије донеле су са собом турбулентна друштвено политичка и транзициона збивања на која ни правни систем није остао имун. Увођење нових кривичних дела, прелазак са објективног на објективно-субјективни појам кривичног дела, концептуална промена кривичног поступка кроз увођење јаких адверзијалних елемената и нових института довела је до тога да „култна” кривичноправна литература, попут „Кривичног права” Н. Срзентића, А. Стајића и Љ. Лазаревића или „Система кривичног процесног права” Т. Васиљевића, више не прати законска решења.

ЈП *Службени гласник* из Београда надомешћује ову празнину, објављујући 2018. године дело тројице еминентних стручњака – др Зорана Стојановића, професора Правног факултета Универзитета у Бео-

граду, др Милана Шкулића, професора Правног факултета Универзитета у Београду, и др Вељка Делибашића, адвоката из Београда. Дело се састоји из две књиге под заједничким називом *Основи кривичној љрава*; прва књига је посвећена кривичном материјалном праву, док се у другој обрађују питања кривичног процесног права.

Свака од две књиге приказује се у посебном поглављу овог прилога. Приказ прве књиге сачинио је доцент др Иван Ђокић, а другу књигу је презентирала доцент др Вања Бајовић.

II. Кривично материјално право

Књига *Основи кривичној љрава (књига I) – Материјално кривично љправо* је структурално подељена на две велике целине, које одговарају традиционалној подели материје кривичног права, на *Ојшши* и *Посебни гео*. Како је у предговору истакли сами аутори, сврха ове књиге је да обухвати најважнија питања материјалног права, на шта указује и сам наслов, пре свега из угла практичне примене права, док су теоријска питања обрађена у мери коју је наметала потреба да се материји приступи и са таквог становишта. Књига, такође према речима аутора, не представља ни коментар одредаба релевантних законских текстова, јер није у знатној мери коришћена одговарајућа судска пракса, а ни класичан приручник, јер су споменута многа спорна питања на начин који је уобичајен за радове монографског карактера, уз навођење богате и релевантне литературе.

У *љрвој љлави*, под насловом *Појам и важење кривичној законодавства*, с мером су одабрана и обрађена уводна питања, која и читаоцу који се први пут сусреће са материјом кривичног права, омогућавају да једноставно стекне увид у појам, основне карактеристике и циљ кривичног права као гране законодавства. Указано је на тежишно начело сваког кривичноправног система, начело законитости, као предуслова демократског и правнодржавног кривичног права, уз значајан осврт на с њим повезану гарантивну функцију кривичног права, која представља противтежу основној заштитној функцији кривичног права, а кроз коју долази до изражаја принцип „самоограничења државне принуде у области кривичног права”. Посебно је истакнут значај стабилне и поуздане судске праксе за остварење гарантивне функције кривичног права, тј. такве праксе „која је предвидљива”, уз констатацију да, нажалост, таква пракса у Србији још увек не постоји. „Није реткост да за приближно исто чињенично стање судови дају различите правне квалификације

(укључујући и постојање или непостојање одређеног кривичног дела), а у погледу избора кривичне санкције и одмеравања казне неједнакости су још више изражене. Грађани тешко да могу да рачунају с тим да могу макар приближно да предвиде казну или другу санкцију која ће им бити изречена ако учине одређено кривично дело". Важан део, који се по правилу не среће у уџбеницима кривичног материјалног права, посвећен је практично значајном питању разликовања чињеничних од правних питања и важности исправног подвођења чињеница под одговарајућу правну норму (и с тим повезаним питањем правилног тумачења). У овом делу обрађена су и питања која се односе на временско важење кривичног закона и просторно важење кривичног законодавства, време и место извршења кривичног дела.

Друга глава за предмет има структуралну и систематску анализу основног појма кривичног материјалног права, а то је *ојшши њојам кривичној дела*. Може се рећи да овај појам представља језгро сваког кривичноправног система и да од начина решавања његове физиономије зависи и читав систем *Ојшшиј дела* кривичног права. Кривични законик је, за разлику од нашег пређашњег кривичног законодавства (које је под ранијим утицајем совјетског законодавства пренаглашавало материјалну страну кривичног дела уносећи је изричито у законски појам), усвојио искључиво формалну (правну) дефиницију појма кривичног дела, према којој је *кривично дело оно дело које је законом предвиђено као кривично дело, које је прошивљено и које је скривљено*. Тако одређен општи појам кривичног дела има своја четири конститутивна елемента, која у конкретном случају треба анализирати и утврђивати поступно, редоследом који је садржан у законском појму. На овом месту су пажљиво и у прихватљивом теоријском обиму размотрена четири градивна елемента сваког кривичног дела, почев од радње, као носећег елемента, па преко предвиђености у закону и противправности, све до кривице, као и с њима повезана питања и институти. Посебна пажња је поклоњена ставу судске праксе у односу на поједине институте. Завређује да буде истакнут умешан начин обраде свих релевантних питања, која нису оптерећена претераним догматским расправама, али која су лишена површности и поједностављеног приступа.

У наставку књиге обрађени су институти који се стриктно не могу подвести под један од четири обавезна елемента у општем појму кривичног дела, али који су од значаја за кривично дело као целину конститутивних општих обележја.

Тако је најпре (у *шрећој глави*) размотрена материја *стадијума извршења кривичној дела*, тј. питања која се тичу припремања и покушаја

кривичног дела. Иако је, када је реч о овој области у науци и пракси постигнута сагласност у погледу одређених питања, још увек остају отворена питања граница легитимне кривичноправне интервенције. Премда се за саму помисао, тј. одлуку да се изврши кривично дело не кажњава, што није спорно, као што је и довршено дело основна форма испољавања криминалног понашања, нејасно је у којој мери треба да се испоји криминално понашање да би оно представљало улазак учиниоца у криминалну зону. Док се за покушано кривично дело, под одређеним условима, могу наћи убедљиви правнодогматски аргументи који би оправдали кажњавање, за припремне радње, мада је то покаткад и легитимно, кажњавање наилази на озбиљне приговоре, уколико се ствар посматра кроз призму општег појма кривичног дела и нужних услова за његово постојање.

За судску праксу од изузетног значаја је питање *стицаја кривичних дела*, тј. када и под којим условима ће постојати више кривичних дела учињених од стране истог учиниоца за која му се истовремено суди, а када ће се, упркос чињеници да је једно лице остварило законска обележја више кривичних дела, узети да постоји одговорност само за једно кривично дело. Управо је наредни део монографије (*четврта глава*) посвећен овој проблематици, тј. питањима појма и врсте стицаја кривичних дела, и материји тзв. привидног стицаја (идеалног и реалног), уз нарочито задржавање на институту продуженог кривичног дела, његовој оправданости због привилегије за учиниоца, као и конкретним условима које предвиђа Кривични законик.

У *петој глави* обрађена је материја *саучесништва* којом се регулишу случајеви учествовања више лица у остварењу каквог деликта. Реч је о низу изузетно важних питања како и на који начин апстрактно вредновати улоге појединих учесника, тако да се и на плану кажњавања учини разлика у квалитету и квантитету учествовања. Нарочито детаљно је обрађена материја саизвршилаштва, које по својим одликама више припада извршилаштву, али је у нашем кривичном праву оно једна форма саучесништва (у ширем смислу). Осим неспорне ситуације када више међусобно повезаних лица учествује у радњи извршења, ова фигура обухвата и случајеве када се и одређена неизвршилачка радња, под додатним условима, може по карактеру и квалитету изједначити са најинтензивнијим обликом остварења законског бића кривичног дела. Поред подстрекавања и помагања, у овом делу монографије обрађена је и проблематика посебних правила за одговорности и кажњивост саучесника, као и питање правне природе саучесништва.

У наставку (*шестиа глава*) обрађена је материја која се односи на други највиши појам у науци кривичног права, појам *кривичне санкције*. Дат је општи појам кривичне санкције, указано је на систем и општу сврху кривичних санкција, као и на одређене институте блиске овој области, који се стриктно не могу подвести под општи појам кривичне санкције, али су у тесној вези са њим.

Потом је (*седма глава*) у битним цртама размотрена свака од четири постојеће *казне* које предвиђа Кривични законик (казна затвора, новчана казна, рад у јавном интересу и одузимање возачке дозволе), као и питања која се односе на материју одмеравања казне, почев од општих правила и критеријума за одмеравање казне, па све до нарочитих правила која се односе на одмеравање казне за кривична дела учињена у стицају и осуђеном лицу.

У следећем делу монографије (*осма глава*) анализирана је област *мера уиџорезња*, у коју спадају условна осуда, као најчешће изрицана кривична санкција у нашој судској пракси, и судска опомена, која представља најблажу кривичну санкцију за пунолетне учиниоце кривичних дела.

Предмет засебног разматрања (*деветиа глава*) је и посебан тип кривичних санкција које носе назив *мере безбедности*, и које су, за разлику од казне која пре свега има генерално превентивне учинке, везане за отклањање стања или услова који могу утицати на то да учинилац убудуће врши кривична дела, тј. специјално су превентивно оријентисане. Детаљно је, уз навођење услова за изрицање, трајање и сл. обрађена свака од једанаест мера безбедности које познаје наше кривично право (обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи, обавезно психијатријско лечење на слободи, обавезно лечење наркомана, обавезно лечење алкохоличара, забрана вршења позива, делатности и дужности, забрана управљања моторним возилом, одузимање предмета, протеривање странца из земље, јавно објављивање пресуде, забрана приближавања и комуникације са оштећеним и забрана присуствовања одређеним спортским приредбама).

Посебна пажња поклоњена је и одређеним питањима која су у тесној вези са материјом кривичних санкција: одузимање имовинске користи прибављене кривичним делом (*десетиа глава*), рехабилитација и давање података из казнене евиденције (*једанаестиа глава*), амнестија и помиловање (*дванаестиа глава*), као и застарелост (*тринаестиа глава*).

Коначно, подручје *Општих дела (четрнаестиа глава)* завршава се материјом која је посвећена посебној категорији учинилаца у кривичном праву, *малолетним учиниоцима кривичних дела* и њиховом положају

у кривичном праву. Потанко су анализирани материјалноправне одредбе Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица које се односе на васпитне налоге, као нови механизам за тзв. скретање кривичног поступка, васпитне мере као основне кривичне санкције које стоје суду на располагању у борби против малолетничког криминалитета, као и казну малолетничког затвора, која на овом месту представља упадљив изузетак, јер је једина казна која може бити изречена (старијем) малолетнику. Осим тога, обрађена су и друга сродна питања из области малолетничког кривичног права.

Други део књиге посвећен је материји *Посебној дела*, где су обрађена нека од најважнијих кривичних дела садржаних у Кривичном законнику (из практичних разлога на овом месту је изостављено навођење бројних појединих кривичних дела садржаних у различитим главама Кривичног законика која су предмет анализе аутора). У оквиру сваке групе кривичних дела које предвиђа Кривични законик (обрађено је додуше и једно кривично дело из споредног законодавства, тј. кривично дело из члана 57. Закона о девизном пословању) аутори су издвојили она најбитнија кривична дела и протумачили њихова законска обележја, конкретне облике, указивањем и на одређене заједничке карактеристике које одликују кривична дела сходно групном заштитном објекту. Посебна пажња поклоњена је одређеним спорним питањима код појединих деликата, уз осврт на постојећу судску праксу, тј. ставове судова у односу на та питања.

На самом крају књиге дат је списак коришћене домаће и стране литературе.

Књига *Основи кривичној права (књига I) – материјално кривично право* је писана лепим и концизним стилем, без претераног теоретисања које иначе одликује науку кривичног права, што је чини лако разумљивом, тако да је могу користити и они који немају никакво претходно знање о материји кривичног права. Но, књига није намењена само онима који желе да се упознају са основним појмовима материјалног кривичног права, већ може у извесној мери бити од користи и онима који пишу стручне и научне радове, јер су одређена питања обрађена веома детаљно и темељито, као и кандидатима који се припремају за полагање правосудног испита, или уопште учествују у одређеној улози у самом кривичном поступку. Књига ће свакако свакоме ко је заинтересован представљати драгоцен извор сазнања за питања из области материјалног кривичног права.

III. Кривично процесно право – Кривични поступак кроз практичну примену

На самом почетку поставља се питање о разлозима који ову књигу препоручују стручној и осталој јавности? Читаоцима који су имали прилике да се сусретну са претходно објављеним делима тројице врских аутора, књигу и не треба посебно препоручивати. Препоручује се сама по себи, имајући у виду правно знање, систематичност и аналитичност аутора. На више од шесте страница писаних јасним и занимљивим стилем, аутори суштински продубљују и до детаља слојевито објашњавају кривично процесне институте и правила, стављајући акценат на њихову практичну примену и провлачећи, кроз цело дело, логику свог системског схватања кривичног поступка и његове комплексности.

Књига прати систематику Законика о кривичном поступку. Састоји се из седамнаест поглавља, а на последњих стотинак страница текста налазе се и обрасци за практичну примену ЗКП. Поред Законика о кривичном поступку у књизи је посебно обрађен и поступак према малолетницима (тринаесто поглавље), поступак за одузимање имовине проистекле из кривичног дела (седамнаесто поглавље) као и међународна правна помоћ и међународна сарадња у кривичним стварима (шеснаесто поглавље).

Посматрано у целости, ово дело посебно издваја, препоручује и карактерише:

– *Коришћење великог броја судских одлука.* Коментарисање законских одредби обилује примерима из праксе у којој се аутори очигледно сналазе, проналазећи из мноштва случајева оне најкарактеристичније. Поред примера из домаће судске праксе, од посебног је значаја коментарисање и навођење одлука Уставног суда и Европског суда за заштиту људских права, које за нашу државу, као потписницу Европске конвенције о људским правима, имају обавезујуће дејство. Наведени коментари посебно добијају на актуелности и значају узимајући у обзир чињеницу да је један од аутора, професор Шкулић уједно и судија Уставног суда Републике Србије.

– *Тумачење „сјоредној” кривично процесној законодавства.* Одредбе ЗКП-а не могу се адекватно ни разумети ни примењивати без одговарајућег разумевања закона о судијама, уређењу судова, јавном тужилаштву, малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица и томе слично. Посматрајући кривично процесно право у својој целовитости, аутори се на одговарајућим местима

осврћу и на ове „споредне” кривично процесне законе у циљу исправнијег и потпунијег тумачења ЗКП.

– *Детаљно тумачење нових процесних решења.* Увођење нових процесних института и правила као што су споразум о признању кривичног дела, другачија конструкција главног претреса кроз пасивизацију суда и увођење унакрсног испитивања, увођење тужилачке истраге и т. сл., је пред судску праксу ставила бројне изазове и дилеме, које ни пет година након почетка примене ЗКП нису, чини се, у потпуности разрешене. Аутори дају корисне смернице за њихово коришћење и разумевање, трудећи се да их, применом компаративно-правног приступа, анализом њиховог порекла и примене у “матичним” државама, што више приближе нашој пракси. Стога аутори на више места говоре о разликама мешовитог и адверзијалног поступка, објашњавајући (не)примењивост, (не)прихватљивост и најбољи начин „прилагођавања” појединих института. Приликом коментарисања нових решења, пажња је посвећена и објашњавању конкретног *ratio legis*-а за њихово увођење, имајући у виду да разумевање циља одређене норме доводи до њене исправније и боље примене у пракси.

– *Конструктивна критика.* Аутори у овој књизи не користе само класичан (коментаторски) *de lege lata* приступ, већ својим критичким приступом дају и корисне, *de lege ferenda* предлоге. Конструктивна и аргументована критика појединих законских решења и судских одлука чини ово дело још значајнијим, имајући у виду да аутори не дају само теоријска објашњења законских одредби, већ истовремено подстичу на њихово адекватније регулисање и исправнију примену.

Имајући то у виду, аргументовано се може тврдити да књига *Кривични постојак кроз практичну примену* представља значајан инструмент у рукама практичара, али истовремено, због своје ширине, представља и значајан теоријски допринос науци кривично процесног права. Детаљна и свеобухватна анализа законских одредби поткрепљена примерима из праксе, комплетна анализа законских решења, анализа споредног кривично процесног законодавства, преглед и поређење са решењима других држава, навођење релевантних судских одлука, јасан и занимљив стил писања, само су неке од карактеристика које ово дело чине вредним пажње.

Ivan Đokić, PhD
assistant professor, Faculty of Law, University of Belgrade

Vanja Brajović, PhD
assistant professor, Faculty of Law, University of Belgrade

BASICS OF CRIMINAL LAW

– BOOK I: CRIMINAL SUBSTANTIVE LAW

– BOOK II: LAW ON CRIMINAL PROCEDURE – PRACTICAL APPROACH

Review of books of professor Zoran Stojanović, PhD, professor Milan Škulić, PhD, and Veljko Delibašić, PhD, attorney at law

Summary

The review presents the main characteristics and underlines the qualities of the two books of professor dr Zoran Stojanović, professor dr Milan Škulić, and dr Veljko Delibašić, attorney at law in Belgrade, under joint title: *Basics of Criminal Law* („Official Journal”, 2018, Belgrade). First book is dedicated to criminal substantive law, and second examines, by applying practical approach, the issues of law on criminal procedure. The reviewers find, analyzing the content and method of presentation of the matter, that the two books of the distinguished authors represent the valuable literature and useful tool and support for both law scholars and practitioners.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Уређивачки одбор часописа „Бранич” моли своје сараднике да текстове објављивање достављају уважавајући следеће напомене:

1. **Чланак** не би требало да буде дужи од 15 страница, а за **Коментаре** и **Расправе** 10 страница. Страница треба да има 28 редова са око 66 словних знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

2. Текст треба да буде писан на српском језику, ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (коса слова, *Italik*).

3. Текст треба да садржи резиме (сажетак) испод наслова, са основним садржајем и резултатима рада, као и кључне речи (не више од 7 речи) на српском језику, а на крају такође резиме на једном од светских језика, са кључним речима на том језику. Резиме на српском и резиме на страном језику не треба да буду дужи од 15 редова.

4. **Наслов рада** пише се на средини, великим словима. **Наслови унутар рада** треба да имају следећи формат:

- 1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (на пример, I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 2) *Други ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (на пример: 1, 2, 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – на средини, курзив; нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (на пример: а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова*: на средини; нумерација: арапски број са затвореном заградом (на пример: 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

Пример:

I Напомене о ...

1. Основне поставке ...

a) Основни појмови ...

1) Терминологија ...

5. Име, презиме, звање и занимање аутора наводе се у левом углу прве странице изнад наслова.

6. Рад се предаје у електронском облику. Уз рад треба доставити поштанску адресу аутора, електронску адресу и телефон за контакт.
7. Уређивачки одбор задржава право да рад прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског језика (односно страног језика на ком је сачињен сажетак рада).
8. Објављени и необјављени радови се не враћају.

9. Правила цитирања:

1) **Књиге** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуални редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Примери:

Марко Марковић, *Право ...*, 2. издање, Београд, 2017, 101.

John Johnson, *Law on ...*, 2nd edition, London, 2016, 101.

Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена раздвајају се запетом.

Књига коју је неко лице приредило као уредник цитира се тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник”, односно одговарајућа ознака на језику на коме је књига објављена.

Код поновљеног цитата књиге наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме, након чега се додаје број стране.

Пример: М. Марковић, 102.

Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања наводи се прво слово имена са тачком и презиме, а потом се у загради ставља година издања, те број стране.

Пример: М. Марковић (2010), 202.

2) **Чланци** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број, година издања, број стране:

Примери:

Марко Марковић, „О неким питањима”, *Бранич*, бр. 3–4/2013, 69.

John Johnson, „Legal aspects of”, *Law Journal of ...*, Vol. 3, 2017, 101.

Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају запетом.

Чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, цитира се на следећи начин: име и презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив зборника радова односно књиге курзивом, у загради ознака „уред-

ник”, „редактор” и сл. (или одговарајућа ознака на страном језику – „editor” и сл.), име и презиме уредника, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена аутора са тачком и презиме, а потом број стране.

Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком, презиме, потом се у заграду ставља година издања, те број стране.

3) **Прописи** се цитирају на следећи начин: пун назив прописа, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, скраћеница „чл.”, „ст.”, „тач.” и број одредбе.

Пример:

Закон о ..., *Службени гласник РС*, бр. 11/2017, 10/2018, чл. 15 ст. 2

Ако ће наведени пропис бити поново цитиран у раду, приликом првог цитирања се, после назива прописа, наводи скраћеница под којом ће се он даље наводити.

Пример:

Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, ...

Члан, став и тачка прописа означавају се скраћеницама: „чл.”, „ст.”, „тач.”, а параграф скраћеницом „пар.”.

Прописи на страном језику цитирају се на следећи начин: пун назив прописа преведен на српски језик, година доношења односно објављивања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којим ће се пропис даље наводити, затворена заграда, скраћеница „чл.”, „ст.”, „тач.” или „пар.” и број одредбе.

4) **Извори са Интернета** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора односно организације која је припремила, назив текста, евентуално место и година објављивања, адреса Интернет странице курзивом, датум приступа страници, те број стране.

Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора односно назив организација која је припремила текст, назив текста и број стране.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.9

БРАНИЧ : часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије =
Branich : Journal of Legal Theory and Practice of the Bar Association of Serbia /
главни и одговорни уредник Мирослав Пауновић. – Н.с., год. 1, бр. 1 (јан.–
март 1991)– . – Београд : Адвокатска комора Србије, 1991– (Београд :
Службени гласник). – 24 cm

Тромесечно.

ISSN 0353-9644 = Бранич (1991)

COBISS.SR-ID 20883970
