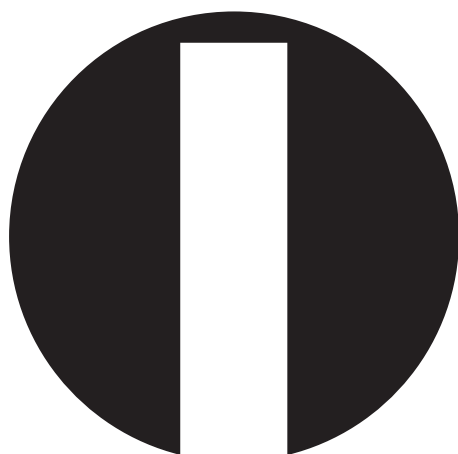




# HARMONIUS

*Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*

**Editor in chief/Glavni urednik:** *Christa Jessel-Holst*, Dr. Dr. h.c., MPI for Comparative and International Private Law, Hamburg

**Editors/Urednici:** *Milena Đorđević*, PhD, Assistant Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Nenad Tešić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law

**Editorial board – domestic members/Uređivački odbor – domaći članovi:** *Vanja Bajović*, PhD, Associate professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Vladimir Vinš*, Assistant Minister of Justice of the Republic of Serbia; *Filip Bojić*, PhD, Assistant Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Vuk Cucić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Uglješa Grušić*, PhD, Associate Professor, UCL Faculty of Law, London; *Dalibor Đukić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Mateja Đurović*, PhD, Lecturer, The Dickson Poon School of Law, Kings College London; *Tatjana Jovanić*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Marko Knežević*, PhD, Assistant Professor, University of Novi Sad, Faculty of Law; *Ljubinka Kovačević*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Svetislav Kostić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Snežana Marković*, President of Constitutional Court of the Republic of Serbia; *Bojan Milisavljević*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Mirjana Radović*, Full Professor, PhD, University of Belgrade, Faculty of Law; *Vuk Radović*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Marko Stanković*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Nataša Petrović Tomić*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Vladimir Vuletić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Nenad Vujić*, Director of Judicial Academy; *Velimir Živković*, PhD, Associate Professor, University of Warwick, School of Law

**Editorial board – foreign members/Uređivački odbor – inostrani članovi:** *Dejan Bodul*, PhD, Associate Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; *Tatjana Josipović*, PhD, Full Professor, University of Zagreb, Faculty of Law; *Boštjan Koritnik*, Secretary-General of the Association of Slovenian Lawyers Societies; *Rainer Kulms*, Priv.-Doz. Dr., MPI for Comparative and International Private Law, Hamburg; *J. J. Strossmayer University*, Osijek; *Florian Grisel*, PhD, Associate Professor of Socio-Legal Studies, University of Oxford, Centre for Socio-Legal Studies; *Lazar Jovevski*, PhD, Full Professor, University “Ss. Cyril and Methodius”, Skopje; *Balša Kaščelan*, PhD, Assistant, University of Podgorica, Faculty of Law; *Zlatan Meškić*, PhD, Full Professor, Prince Sultan University, Riyadh; *Damjan Možina*, PhD, Full Professor, University of Ljubljana, Faculty of Law; *Emilia Mišćenić*, PhD, Full professor, University of Rijeka, Faculty of Law; *Tunjica Petrašević*, PhD, Associate Professor, Faculty of Law, J. J. Strossmayer University, Osijek; *Meliha Powlakić*, PhD, Full Professor, University of Sarajevo, Faculty of Law; *Angel Ristov*, PhD, Full Professor, University “Ss. Cyril and Methodius”, Skopje

**Secretaries/Sekretari:** *Marija Vlajković*, Assistant, University of Belgrade, Faculty of Law; *Stefan Jovanović*, Assistant, University of Belgrade, Faculty of Law

**Publishers/Izdavači:**



*Harmonius*, Bulevar Zorana Đinđića 123v, 11000 Belgrade



University of Belgrade, Faculty of Law, Publication center / *Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet*, Centar za publikacije, Bulevar kralja Aleksandra 67, 11200 Belgrade

**Uz podršku/Supported by:**



Judicial Academy of the Republic of Serbia /*Pravosudna akademija Republike Srbije*, Terazije 8/1, 11000 Belgrade

**Design/Dizajn:** *Peđa Hadžimanović*

**Preparation and printing/priprema i štampa:** *Dosije studio, Belgrade*

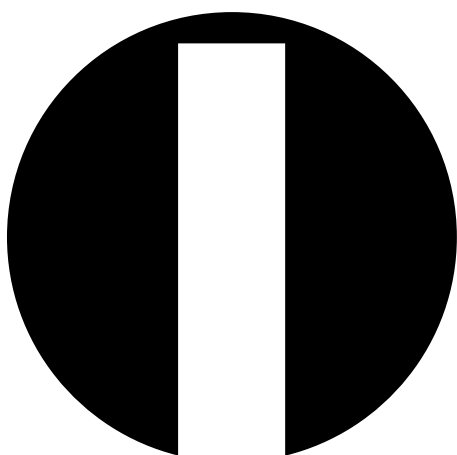
**Number of copies/Tiraž:** 50

*Year XII Issue 2023, publishing annually/Godina XII broj 2023, Objavljuje se jednom godišnje*

HARMONIUS

Journal of Legal and Social Studies in South East Europe





# HARMONIUS

*Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*

YEAR XII ISSUE 2023

**Editor in chief/Glavni urednik:** *Christa Jessel-Holst*, Dr. Dr. h.c., MPI for Comparative and International Private Law, Hamburg

**Editors/Urednici:** *Milena Đorđević*, PhD, Assistant Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Nenad Tešić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law

**Editorial board – domestic members/Uređivački odbor – domaći članovi:** *Vanja Bajović*, PhD, Associate professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Vladimir Vinš*, Assistant Minister of Justice of the Republic of Serbia; *Filip Bojić*, PhD, Assistant Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Vuk Cucić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Uglješa Grušić*, PhD, Associate Professor, UCL Faculty of Law, London; *Dalibor Đukić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Mateja Đurović*, PhD, Lecturer, The Dickson Poon School of Law, Kings College London; *Tatjana Jovanić*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Marko Knežević*, PhD, Assistant Professor, University of Novi Sad, Faculty of Law; *Ljubinka Kovačević*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Svetislav Kostić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Snežana Marković*, President of Constitutional Court of the Republic of Serbia; *Bojan Milisavljević*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Mirjana Radović*, Full Professor, PhD, University of Belgrade, Faculty of Law; *Vuk Radović*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Marko Stanković*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Nataša Petrović Tomić*, PhD, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Vladimir Vuletić*, PhD, Associate Professor, University of Belgrade, Faculty of Law; *Nenad Vujić*, Director of Judicial Academy; *Velimir Živković*, PhD, Associate Professor, University of Warwick, School of Law

**Editorial board – foreign members/Uređivački odbor – inostrani članovi:** *Dejan Bodul*, PhD, Associate Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; *Tatjana Josipović*, PhD, Full Professor, University of Zagreb, Faculty of Law; *Boštjan Koritnik*, Secretary-General of the Association of Slovenian Lawyers Societies; *Rainer Kulms*, Priv.-Doz. Dr., MPI for Comparative and International Private Law, Hamburg; *J. J. Strossmayer University*, Osijek; *Florian Grisel*, PhD, Associate Professor of Socio-Legal Studies, University of Oxford, Centre for Socio-Legal Studies; *Lazar Jovevski*, PhD, Full Professor, University “Ss. Cyril and Methodius”, Skopje; *Balša Kaščelan*, PhD, Assistant, University of Podgorica, Faculty of Law; *Zlatan Meškić*, PhD, Full Professor, Prince Sultan University, Riyadh; *Damjan Možina*, PhD, Full Professor, University of Ljubljana, Faculty of Law; *Emilia Mišćenić*, PhD, Full professor, University of Rijeka, Faculty of Law; *Tunjica Petrašević*, PhD, Associate Professor, Faculty of Law, J. J. Strossmayer University, Osijek; *Meliha Povlakić*, PhD, Full Professor, University of Sarajevo, Faculty of Law; *Angel Ristov*, PhD, Full Professor, University “Ss. Cyril and Methodius”, Skopje

**Secretaries/Sekretari:** *Marija Vlajković*, Assistant, University of Belgrade, Faculty of Law; *Stefan Jovanović*, Assistant, University of Belgrade, Faculty of Law

**Publishers/Izdavači:**

*Harmonius*, Bulevar Zorana Đinđića 123v, 11000 Belgrade

University of Belgrade, Faculty of Law, Publication center / *Univerzitet u Beogradu*, *Pravni fakultet*, Centar za publikacije, Bulevar kralja Aleksandra 67, 11200 Belgrade

**Uz podršku/Supported by:**

Judicial Academy of the Republic of Serbia / *Pravosudna akademija Republike Srbije*, Terazije 8/1, 11000 Belgrade

**Design/Dizajn:** Peđa Hadžimanović

**Preparation and printing/priprema i štampa:** Dosije studio, Belgrade

**Number of copies/Tiraž:** 50

Year XII Issue 2023, publishing annually/Godina XII broj 2023, Objavljuje se jednom godišnje

ISSN 2334-6566

## SADRŽAJ

|                |    |
|----------------|----|
| PREDGOVOR..... | 11 |
|----------------|----|

### ORIGINALNI NAUČNI ČLANCI

|                                                                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Dejan Bodul</i><br>CAN ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI) REPLACE THE<br>JUDGE??. .....                                                           | 15  |
| <i>Jelisaveta Boljanović</i><br>NEZAKONITO PRIBAVLJENI I POVERLJIVI DOKAZI U<br>ARBITRAŽI .....                                                | 35  |
| <i>Armando Demark, Andro Amančić</i><br>OBUSTAVA OVRHE ZBOG OVRHOVODITELJEVOG<br>NEPODUZIMANJA RADNJI U POSTUPKU.....                          | 55  |
| <i>Žarko Dimitrijević</i><br>SMART ALGORITHMS AS A PREREQUISITE FOR THE USE<br>OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN JUDICIAL<br>DECISION-MAKING ..... | 78  |
| <i>Jordanka Galeva</i><br>THE “VISEGRAD INITIATIVE” VIS-à-VIS “OPEN BALKAN<br>INITIATIVE” IN THE PROCESS OF EUROPEAN<br>INTEGRATION .....      | 89  |
| <i>Iva Parenta</i><br>SADRŽAJ MEĐUNARODNIH I EUROPSKIH STANDARDA<br>PRESUMPCIJE NEDUŽNOSTI S OSVRTOM NA<br>REPUBLIKU HRVATSKU.....             | 117 |
| <i>Dejan Petković</i><br>ROČIŠTE PRE ODBACIVANJA TUŽBE¬ (čl. 294, st. 2 ZPP) –<br>Forma bez smisla ili smisao bez adekvatne forme. ....        | 149 |

*Tunjica Petrašević, Sanja Mišević*

|                                                                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| DIJALOG DRŽAVA ČLANICA SA SUDOM EU KROZ<br>PRETHODNOPITANJE S POSEBNIMOSVRTOM NA<br>PRETHODNO PITANJE USTAVNOG SUDA RH<br>UPUĆENOG SUDU EU ..... | 187 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Tijana Kovačević*

|                                                |     |
|------------------------------------------------|-----|
| SLOBODA KRETANJA RADNIKA I OTVORENI BALKAN ... | 209 |
|------------------------------------------------|-----|

*Mina Kuzminac*

|                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| OTVORENI BALKAN – OTVARANJE NOVIH MOGUĆNOSTI<br>ZA SEZONSKE RADNICE U POLJOPRIVREDI..... | 228 |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Boris Tučić, Radmila Dragišić*

|                                                                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| PRIZNAVANJE PROFESIONALNIH KVALIFIKACIJA<br>U OKVIRU INICIJATIVE ZA REGIONALNU SARADNJU<br>„OTVORENI BALKAN“ ..... | 260 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Novak Vujičić*

|                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| NACIONALNO ISCRPLJENJE PRAVA INTELEKTUALNE<br>SVOJINE KAO IZAZOV ZA INICIJATIVU „OTVORENI<br>BALKAN“ ..... | 284 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## PREGLEDNI ČLANCI

|                                                                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Živorad Rašević, Danijela Despotović, Snežana Prelević Plavšić</i><br>JAVNE NABAVKE IZMEĐU UPRAVNOG I OBLIGACIONOG<br>PRAVA: SISTEMSKE POZICIONIRANJE. .... | 309 |
| <i>Farnaz Salimi</i><br>IRAN AND SAUDI ARABIA CONFLICTS CAUSES .....                                                                                           | 335 |
| <i>Ljubomir Tintor</i><br>UTICAJ KLIMATSKIH PROMENA NA PRAVA I POLOŽAJ<br>DECE .....                                                                           | 354 |
| UPUTSTVO ZA AUTORE .....                                                                                                                                       | 379 |
| UPUTSTVO ZA AUTORE NA ENGLJSKOM JEZIKU .....                                                                                                                   | 384 |

## TABLE OF CONTENTS

|                      |    |
|----------------------|----|
| EDITORIAL NOTE ..... | 11 |
|----------------------|----|

### ORIGINAL SCIENTIFIC PAPERS

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Dejan Bodul</i>                                                                                                   |     |
| CAN ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI) REPLACE THE JUDGE? .....                                                            | 15  |
| <i>Jelisaveta Boljanović</i>                                                                                         |     |
| ILLEGALLY OBTAINED AND CONFIDENTIAL EVIDENCE IN ARBITRAL PROCEEDINGS .....                                           | 35  |
| <i>Armando Demark, Andro Amančić</i>                                                                                 |     |
| TERMINATION OF ENFORCEMENT DUE TO PASSIVITY OF THE PARTY SEEKING ENFORCEMENT .....                                   | 55  |
| <i>Žarko Dimitrijević</i>                                                                                            |     |
| SMART ALGORITHMS AS A PREREQUISITE FOR THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN JUDICIAL DECISION-MAKING .....          | 78  |
| <i>Jordanka Galeva</i>                                                                                               |     |
| THE “VISEGRAD INITIATIVE” VIS-à-VIS “OPEN BALKAN INITIATIVE” IN THE PROCESS OF EUROPEAN INTEGRATION .....            | 89  |
| <i>Iva Parenta</i>                                                                                                   |     |
| INTERNATIONAL AND EUROPEAN STANDARDS OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE WITH REFERENCE TO THE REPUBLIC OF CROATIA ..... | 117 |

*Dejan Petković*

|                                                                                                                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| HEARING BEFORE DISMISSING THE LAWSUIT<br>(Art. 294 Paragraph 2 of the Law on Civil Procedure) –<br>FORM WITHOUT MEANING OR MEANING WITHOUT<br>ADEQUATE FORM..... | 149 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Tunjica Petrašević, Sanja Mišević*

|                                                                                                                                                                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| DIALOGUE BETWEEN MEMBER STATES AND THE EU<br>COURT THROUGH PRELIMINARY REFERENCE, WITH<br>PARTICULAR EMPHASIS ON THE PRELIMINARY<br>QUESTION FROM THE CONSTITUTIONAL COURT OF<br>THE REPUBLIC OF CROATIA REFERRED TO THE<br>EU COURT ..... | 187 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Tijana Kovačević*

|                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------|-----|
| THE FREE MOVEMENT OF WORKERS AND THE OPEN<br>BALKAN ..... | 209 |
|-----------------------------------------------------------|-----|

*Mina Kuzminac*

|                                                                                              |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| OPEN BALKAN – CREATING NEW OPPORTUNITIES FOR<br>FEMALE SEASONAL WORKERS IN AGRICULTURE ..... | 228 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Boris Tučić, Radmila Dragišić*

|                                                                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| RECOGNITION OF PROFESSIONAL QUALIFICATIONS<br>WITHIN THE REGIONAL COOPERATION INITIATIVE<br>“OPEN BALKAN” ..... | 260 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

*Novak Vujičić*

|                                                                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| NATIONAL EXHAUSTION OF INTELLECTUAL PROPERTY<br>RIGHTS AS A CHALLENGE FOR THE OPEN BALKAN<br>INITIATIVE..... | 284 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## REVIEW PAPERS

|                                                                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Živorad Rašević, Danijela Despotović, Snežana Prelević Plavšić</i><br>PUBLIC PROCUREMENT BETWEEN ADMINISTRATIVE<br>LAW AND LAW OF OBLIGATIONS: A SYSTEMIC<br>POSITIONING ..... | 309 |
| <i>Farnaz Salimi</i><br>IRAN AND SAUDI ARABIA CONFLICTS CAUSES .....                                                                                                              | 335 |
| <i>Ljubomir Tintor</i><br>THE IMPACT OF CLIMATE CHANGE ON THE RIGHTS<br>AND POSITION OF CHILDREN.....                                                                             | 354 |
| INSTRUCTIONS FOR AUTHORS IN SERBIAN.....                                                                                                                                          | 379 |
| INSTRUCTIONS FOR AUTHORS IN ENGLISH .....                                                                                                                                         | 384 |

## EDITORIAL NOTE

The Editors are proud to present the latest issue of *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 2023. This journal aims at fostering and promoting harmonisation of law in the SEE region with EU law and with general principles of international law, whilst providing a forum for the exchange of ideas and scholarly work of young scholars from the region and beyond. In accordance with the mission of the journal, as well as the main objectives of the Harmonius Association, this issue of the journal features 12 original research articles and three contributions on important topics, all of which were presented at an annual international conference – the XVIII Harmonius School of Law “Business and Legal Challenges of the Open Balkan” with participation of the prominent legal scholars, experts, and practitioners from: Bosnia and Herzegovina, Croatia, Macedonia and Serbia. The Conference was organized by the Harmonius Association in cooperation with the Judicial Academy of the Republic of Serbia and was held on November 24th, 2023 at the University of Belgrade – Faculty of Law and at the Chamber of Commerce of the Republic of Serbia. The Organising Team of this year’s Conference consisted of: Associate Professor Dr. Nenad Tesić, Assistant Professor Dr. Milena Djordjević, Teaching Assistants Marija Vlajković, Stefan Jovanović, Mina Kuzminac and Darko Stevanović. This was the eighteenth Harmonius School of Law and in seven different panels it tackled very important and current issues for this region from several legal aspects: procedural, corporate, labor, international, European, private, and public, adding political and economic approaches as well. The first panel “The influence of the EU law on the Open Balkan Countries’ Legal Systems” was moderated by Professor Dr. Bojan Milisavljević, Vice-Dean at the University of Belgrade Faculty of Law. This was followed by the panel “Private Procedure Law in the Open Balkan”, moderated by Professor Dr. Marko Knežević and panel “Other Relevant Topics Relevant for the Legal Harmonization in the Region of the Open Balkan”, moderated by Teaching Assistant, Marija Vlajković, LL.M. The afternoon session taking place in the Chamber of Commerce of the Republic of Serbia was opened with the panel “Regional Cooperation Agreements in

the Balkans as a Condition for the Attraction of Foreign Investment”, moderated by Ass. Professor Dr. Milena Djordjević, after which Professor Dr. Vuk Radović moderated the panel “Business Law Aspects of the Agreement on Regional Cooperation in the Balkans”. Professor Dr. Ljubinka Kovačević chaired “Labor Law Aspects of the Agreement on Regional Cooperation in the Balkans” panel, while Professor Dr. Mirjana Radović chaired the final closing panel of the Conference “Possibilities of the Artificial Intelligence Use in Balkans’ Judiciary. Numerous relevant questions were raised during the panel discussions, not only by the authors presenting their respectful contributions and participants but also by moderators and the members of the audience and Academia.

Members of the Editorial Board are particularly grateful to the Judicial Academy of the Republic of Serbia for their continuous support to organization of Harmonius’ conferences and to the publication of this issue of the journal. Furthermore, we are equally grateful to the Chamber of Commerce of the Republic of Serbia for their support and cooperation in organizing the second part of this year’s Conference. We are also indebted to distinguished professors and scholars who, despite their busy schedules, agreed to review the articles submitted for this issue. In addition to that, the Editorial Board wishes to thank all the contributors without whom the publication of this issue would not have been possible. We believe that the contributions to this issue will be of ample interest to the wide-ranging public in South East Europe, especially having in mind the general topic of this year’s issue and its relevance for this region. We also hope that this issue will enhance interest in publishing in this journal in the future, and that it will continue to attract authors from numerous jurisdictions, thus leading to the full accomplishment of our mission.

Editors

# ORIGINALNI NAUČNI ČLANCI



Dejan Bodul, PhD\*

## CAN ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI) REPLACE THE JUDGE?

*Even though the current financial situation of the judiciary in terms of working conditions means that a few courts have relatively satisfactory working conditions, while the majority are regularly faced with unfilled judicial and administrative positions, a lack of basic material and technical resources for smooth work, and lack of or inadequate premises for staff accommodation and work, the author will ask a doctrinally quite topical question: Can artificial intelligence replace the judge? EU law does not specify the concept of the court but leaves this question to the legislature of each state, which is why this question is regulated differently in EU states and thus represents a greater challenge for the future. In addition, the dynamic normative activity in this area at the European level requires further study and adaptation of the regulation. The main objective of this text is to present some of the potential problems, so a sketch of the challenges and possible answers that this text will offer can be considered as a modest contribution to the discussion on the inclusion of AI in litigation.*

Key words: *Judgment. – Artificial intelligence. – Paradigm shift.*

*“We live in a place where change happens so fast that we don’t notice the present until it starts to disappear.” – R. D. Laing*

### 1. PAPER METHODOLOGY

On one level of life, the problem with the future is that it usually arrives before we are prepared for it. Therefore, it is extremely important for legal scholars and practitioners to begin discussing the position of artificial intelligence (AI) (as judges) so that future debates do

---

\* Associate Professor at the University of Rijeka Faculty of Law, Department of Civil Procedural Law, [dejan.bodul@pravri.uniri.hr](mailto:dejan.bodul@pravri.uniri.hr) (Republic of Croatia).

not take undesirable traits and directions. The limiting factor in the context of this analysis is the fact that AI has not played a significant role in litigation to date. For this reason, the analysis is not based on practical problems, but on identifying potential problems related to AI in litigation. After presenting the methodological framework of the study, a summary of previous literature is provided. Since the legal and institutional framework of court organization is mostly a consequence of the reception of European norms in the relevant field, an attempt is made to define more precisely the functional and personnel aspect of the concept of court. The chapter on open questions analyzes the possible problems, and the conclusion summarizes the results of the analysis. From the series of legally insufficiently resolved issues mentioned in the paper, i.e., the unresolved issues, the extent of deficient AI in the studied segment becomes apparent. The analysis ends with recommendations that suggest possible solutions to problems already identified, in the hope that they will stimulate discussion in professional circles about new, innovative models that could provide a more comprehensive picture of the work, failures, and challenges of AI and justice interaction.

## 2. REVIEW OF PREVIOUS LITERATURE

In recent years, the Council of Europe and the European Union have adopted a number of documents on certain aspects of the legal regulation of artificial intelligence, including aspects of the protection of human rights. These also include professional codes of conduct at the national level, as well as recommendations and declarations, mainly from international organizations.<sup>1</sup> EU documents state that AI AI

---

1 Some of them are, European Parliament, Resolution on Civil Law Rules on Robotics, 2015/2103(INL), accessed June 25, 2023, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html); European Commission, “Artificial Intelligence for Europe”, COM (2018) 237 final, accessed June 25, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CO%3A2018%3A237%3AFIN>; European Commission, “Coordinated Plan on Artificial Intelligence”, COM (2018) 795 final, accessed June 25, 2023, <https://digitalstrategy.ec.europa.eu/en/policies/europeanapproach-artificial-intelligence>; European Parliament, “Resolution on a Comprehensive European industrial policy on Artificial intelligence and robotics”, 2018/2088 (INI), accessed June 25, 2023, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081\\_](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081_)

can help solve many societal problems, provided the technology is of high quality and its development and use gains the trust of citizens but it is noted that it is very risky and even problematic to introduce

*EN.html*; High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, “Ethic Guidelines for Trustworthy AI”, accessed June 26, 2023, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethicguidelines-trustworthy-ai>; European Commission, “White Paper – A European approach to excellence and trust”, COM (2020) 65 final, accessed June 27, 2023, <https://ec.europa.eu/info/files/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust-en>; European Commission, “Commision Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts”, SWD (2021) 84 final, accessed June 24, 2023, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/impact-assessment-regulation-artificial-intelligence>; European Parliament, “Resolution on a framework of ethical aspects of artificial intelligence”, robotics and related technologies, 2020/2012 (INL), accessed June 25, 2023, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_EN.html); European Parliament, “Resolution on a civil liability regime for artificial intelligence”, 2020/2014 (INL), accessed June 22, 2023, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.html); European Parliament, “Resolution on intellectual property rights for the development of artificial intelligence technologies”, 2020/2015(INI), accessed June 25, 2023, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_EN.html); European Commission, “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Fostering a European approach to Artificial Intelligence”, COM (2021) 205 final, accessed June 25, 2023, <https://digitalstrategy.ec.europa.eu/en/library/communication-fostering-europeanapproach-artificial-intelligence>; European Commission, “Coordinated Plan on Artificial Intelligence 2021”, COM (2021) 205 final Annex, accessed June 25, 2023, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/coordinated-plan-artificial-intelligence-2021-review>; European Commission, “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts”, European Commission, Brussels, 21.4.2021. COM(2021) 206 final, accessed June 25, 2023, [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-958501aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-958501aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF); European Parliament, “Report on artificial intelligence in education, culture and the audiovisual sector”, 2020/2017 (INI), accessed June 25, 2023, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0127\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0127_EN.html); European Parliament, “Report on artificial intelligence in criminal law and its use by the police and judicial authorities in criminal matters”, 2020/2016(INI), accessed June 25, 2023, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-20210232\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-20210232_EN.html); Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council

into the judiciary (*exempli gratia*, application of the law to a specific set of facts).<sup>2</sup> However, an adequate approach to the protection of human rights in services based on AI technologies is included in the proposal for an EU regulation on AI. The legal solutions contained in this future EU regulation will certainly be the basis for regulating this issue in the national framework (EU member states), so it is likely that there will be an expansion of the range of human rights and freedoms and (protection from or for) AI due to the evolution of society and the development of the understanding of what societal values should be protected. In the domestic legal literature, there are perhaps only a few specialized texts that address the vast and complex topic of AI in litigation.<sup>3</sup> Moreover, there is not even a monograph on the subject of AI in litigation, unlike major works and scholarly articles found, for example, in foreign legal literature.<sup>4</sup> Empirical and literary analy-

---

Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, European Commission, Brussels, 21.4.2021. COM(2021) 206 final, accessed June 25, 2023, [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF); European Commission, “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts”, Brussels, 21.4.2021. COM(2021) 206 final, accessed June 25, 2023, [https://eurlex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735a37211eb958501aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_1&formatpPDF](https://eurlex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735a37211eb958501aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&formatpPDF).

- 2 Available on the following website: [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-and-trust-artificial-intelligence\\_hr](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-and-trust-artificial-intelligence_hr), accessed, June 25, 2023.
- 3 Available on the website: <https://legaltech.bug.hr/>, accessed, June 25, 2023.
- 4 Mario Lenz; Andre Hübner; Mirjam Kunze, *Textual CBR*, in: *Case – Based Reasoning Technology*, (eds. Mario Lenz, Brigitte Bartsch-Spörl, Hans-Dieter Burkhard, Stefan Wess), Berlin, Springer Verlag 1998; Lilian, Edwards; Michael Veale, “Slave to the algorithm? Why a ‘right to an explanation’ is probably not the remedy you are looking for”, *Duke Law & Technology Review (DLTR)* 2018, accessed June 25, 2023, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2972855](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972855); Joe Tomlinson, “The Policy and Politics of Building Tribunals for a Digital Age: How ‘Design Thinking’ Is Shaping the Future of the Public Law System”, *U.K. Const. L. Blog* 2017, available on: <https://ukconstitutionallaw.org/>, accessed, June 25, 2023; Tal Zarsky, “The trouble with algorithmic decisions: An analytic road map to examine efficiency and fairness in automated and opaque decision making, Science”, *Technology and Human Values (THV)* 41(1)/2016, 118–132.; Stuart J. Russel, Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A*

ses were only included in the presentation by Prof. Uzelac.<sup>5</sup> From a research perspective, the literature is more or less unanimous in pointing out the positive effects of the procedural law reforms to date, but also the problems and limitations of the functioning of the existing legal framework. They point out that we are in a period of greater social and economic change, so that old problems are caught up with new ones and, together with them, form extremely complex challenges that the state must address in order to protect violated and threatened rights. The authors studied point out that the issue of AI in litigation is a complex one, so that the statement about the existence of a crisis is always relevant in terms of the need for changes in existing practice. They point to the need to improve the legal framework based on existing international human rights documents in order to protect individuals and their fundamental human rights from potential threats posed by AI technology-based products and/or services. Thus, although it is undeniable that the procedural rules with accompanying regulations are characterized by modern solutions, it should not be forgotten that the system is far from complete in the legal sense. From what has been said, it is clear that the existing literature does not provide answers, definitive explanations, and appropriate approaches to the problem of artificial intelligence in judicial proceedings. Therefore, this research will be one of the first systematic and scientifically sound analyses of possible reforms related to AI in litigation.

### 3. CONCEPTUALIZATION OF THE TOPIC

The authoritative sources state that the term “e-justice” encompasses a wide range of initiatives, including the use of electronic mail, the filing of motions on the Internet, the provision of information on the Internet (including court practice), the use of video hearings and videoconferencing, online monitoring of the registration and progress of cases, and the ability of judges or other decision makers to access

---

*Modern Approach (2nd ed.)*, New Jersey: Prentice Hall, 2003; Stuart J. Russell, Norvig, Peter, *Artificial Intelligence: A Modern Approach (3rd ed.)*, New Jersey: Prentice Hall 2009.; Orla Lynskey, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, Oxford 2015.

5 See: Alan Uzelac, “(Ne)premostive prepreke za pametno digitalno pravosuđe”, <https://legaltech.bug.hr/>, accessed June 25, 2023.

information electronically.<sup>6</sup> Although the idea and even the norm supporting e-justice has existed in national legislation for about 20 years, we see that the concept of e-justice has existed in comparative legislation for much longer, for 60 years.<sup>7</sup> In 1963, the American Bar Association newsletter published the article “What Computers Can Do: Analysis and Prediction of Judicial Decisions” in which the author asserts that in the future, judicial decisions will be based on a digital analysis of the legal rules and facts of each case based on scientific methods to be able not only to analyse, but also to predict with a high percentage of probability.<sup>8</sup> In the paper “Prediction of ECHR decisions: The perspective of natural language processing”, the group of authors claims that digital language processing with binary classification can predict the outcome of European Court of Human Rights (hereinafter: ECHR) decisions with a probability of 79%, and that this is a reflection of the theory of so-called “legal realism”.<sup>9</sup> The European e-Justice Portal currently allows individuals to initiate cross-border small claims or payment orders online in accordance with relevant EU secondary legislation. The Court of Justice of the EU (hereinafter: CEU) stated that “electronic means” must not be the only means offered for access to proceedings, as this could prevent some individuals from exercising their rights.<sup>10</sup> There are already AI systems from private companies that decide what is hate speech and who should be excluded from social media platforms. In

6 Vijeće Europe, *Priručnik o europskom pravu u području pristupa pravosuđu*, Luxembourg: Ured za publikacije Europske unije 2015, 179.

7 Estonia, for example, is considered one of the most advanced e-countries in the world. The success of Estonia’s digital transformation was first recognized in the early 2000s, when Estonia surpassed much richer countries in terms of online service delivery and digital governance. Moreover, in 2000, the Estonian Parliament passed a law-making Internet access a basic human right. See: <https://s3platform.jrc.ec.europa.eu/region-page-test/-/regions/EE> accessed June 25, 2023.

8 Reed C., Lawlore, “What computer scan do: Analysis and prediction of judicial decisions”, *American Bar Assosiation Journal (ABAJ)* 49(4)/1963, 337–344.

9 Nikolaos Aletras, Dimitrios Tsarapatsanis, Daniel Preotiuc-Pietro, Vasileios Lampsos, “Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective”, *PeerJ Computer Science (PCS)* 2016.

10 *Loc. cit.* CEU, connected cases, C-317/08, C-318/08, C-319/08 and C-320/08, Rosalba Alassini protiv Telecom Italia SpA, Filomena Califano protiv Wind SpA, Lucia Anna Giorgia Iacono protiv Telecom Italia SpA and Multiservice Srl protiv Telecom Italia SpA, 3. 8. 2010, par. 58.

this way, they “take over” the role of the courts and threaten the rule of law. Similarly, private companies offer automated/accelerated online dispute resolution services under their own rules that do not provide consumers with the same protections afforded by law and the courts (e.g., Amazon). Thus, the further accumulation and acceleration of scientific discoveries and technological innovations will undoubtedly have a decisive impact on the further development of the judiciary. It is not only necessary to set the rules of the game by passing certain laws and rounding out the legal framework. This is only the first step. However, due to the complexity of the globalization process, the development of technology, information systems and communications, and the related changes in all spheres of economic and social life, it is currently difficult to accurately predict the future forms and content of AI in litigation, as well as the role of the state as a legislator in future changes in (procedural) legislation. Without being able to give a definitive answer to the question of whether AI can replace the court/judge, many questions are therefore raised, only some of which will be presented here.

### 3.1. On the (r)evolution of the term court/tribunal

The right to a fair trial,<sup>11</sup> is guaranteed by Art. 29 of the Constitution of the Republic of Croatia.<sup>12</sup> Art. 6, par. 1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>13</sup> determines “1. In order to determine their civil rights and obligations ... everyone has the right to an independent and impartial court established by law...”<sup>14</sup> The right to access the court in the sense of Art. 6 was

- 11 On this topic in more detail, Maria Dymitruk, “The Right to a Fair Trial in Automated Civil Proceedings”, 13(1)/2019, available at: <https://journals.muni.cz/mujlt/article/view/11624/10663>, accessed May 5, 2023 and Paweł Marcin Nowotko, “AI in judicial application of law and the right to a Court”, *Procedia Computer Science (PCC)*, 192/2021, 2220–2228, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877050921017324>, accessed June 21, 2023.
- 12 *Official Gazette*, no. 56/90, 135/97, 8/98 – revised text, 113/00, 124/00 – revised text, 28/01, 41/01 – revised text, 55/01 – corrected, 76/10, 85/ 10 – refined text and 5/14.
- 13 *Official Gazette*– International Treaties, no. 18/97, 6/99 – revised text, 8/99 – correction, 14/02, 1/06, 2/10 and 13/17, hereinafter: Convention.
- 14 Dejan Bodul, *et al.*, “O pravu sudova da ulaze u meritum predmeta u kojem donose odluku slučaj predstečajnih nagodbi”, *Zbornik radova, Dvanaesto međunarodno savjetovanje, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva*

defined in the case of the ECHR *Golder v. United Kingdom*.<sup>15</sup> Referring to the principles of the rule of law and the avoidance of arbitrary action by public authorities, on which the Convention is based, the ECHR considered that the right of access to justice is one of the guarantees of Article 6.<sup>16</sup> However, the “right to court” and the right of access to court are not absolute rights. They may be subject to limitations, but those limitations may not restrict the individual’s access to justice in such a way or to such an extent as to violate the essence of that right. What is noticeable in the definition of the term “court” is the tendency of the Constitutional Court of the Republic of Croatia and the ECHR to strive for an evolutionary interpretation, which allows them to interpret the Convention and the Constitution of the Republic of Croatia as legal acts, in addition to the requirement of protection of human rights and fundamental freedoms, which imposes the requirement of real, not only formal, protection. So, the protection of human rights and fundamental freedoms must be not only formal, but must be understood in the context of real-life situations and circumstances in which human rights and fundamental freedoms are realized, threatened or prevented from being realized.<sup>17</sup> In this context, the genesis of the solution shows that the term court is not necessarily to be understood as a court in the classical sense, integrated into the normal judicial apparatus of a given country (see Article 2 of the Judiciary Act),<sup>18</sup> but as a body that decides, on the basis of legal norms and according to a duly conducted procedure, on the issues falling within its competence.<sup>19</sup> Moreover, the Court

---

*i pravne prakse*, Mostar, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru 2014, 336–352; Dejan Bodul, Sanja Grbić, “O međusobnoj komplementarnosti pojmova “sud” i “javni bilježnik” u praksi Europskog suda za ljudska prava”, *Javni bilježnik (JB)* 18(40)/2014, 35–52.

15 ECHR, February 21, 1975, Series A, no. 18, par. 28–36.

16 ECHR, *Zubac v. Croatia* [VV], no. 40160/12, April 5, 2018, par. 76. *et seq.*

17 Mato Arlović, “Ustavnosudski aktivizam i europski pravni standardi”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu (ZPFST)* 51 (1)/2014, 10. *et seq.*

18 Official Gazette, no. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18, 21/22, 60/22, 16/23.

19 Let us recall, for example, the delegation of enforcement to notaries, where it is extremely difficult for the doctrine to abandon the traditional approach according to which enforcement belongs to the narrower scope of judicial activity and it is natural for the court to exercise the enforcement function. It seems that the reason for overcoming this prejudice lies in the analysis of the ECHR case law and, in particular, in its correct interpretation. The case law of the ECHR makes it clear to us that enforcement does not belong to the field of

of Justice of the EU (hereinafter: CEU) will only consider the question posed earlier if it finds that the body raising the question has the status of a court or tribunal.<sup>20</sup> These two courts refer in some cases to each other's statements and interpretations of certain common fundamental rights. *Exempli gratia*, the CEU has formally integrated the case law of the ECHR into part of its general principles of EU law.<sup>21</sup> The jurisprudence of the European courts, but also of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, has developed over time and has extended the scope of application of the aforementioned Art. 6 Convention in accordance with the understanding that the Convention is a living organism capable of responding to all changes in society.<sup>22</sup> So it remains to be seen whether AI can fall under the concept of court?

"disputes concerning rights and obligations of a civil nature", which, according to Article 6 of the Convention, fall within the competence of an independent and impartial court. In more detail: Dejan Bodul, "Refleksije o nekim hrvatskim modelima dejudicijalizacije", *Harmonius – Journal of Legal and Social studies in South East Europe*, Dosije studio, Beograd 2017, 56–71.

- 20 Regardless of the specific design of the judicial system of the Member States, the requesting authority is deemed to be a court if it meets the following criteria, which are derived from the interpretation of Union law by the EU Court of Justice. Prof. Martinović refers to the CEU case, *exempli causa*, C-96/04 (*Standesamt Stadt Niebuell*), in which the Court ruled that the German Amtsgericht was not a court or tribunal within the meaning of Article 267 TFEU because in the specific case it only exercised administrative powers and did not decide on the dispute between the parties. The *Vaassen* case, on the other hand, involved a Dutch appellate body that decided on appeals in disputes relating to pension reform in the mining sector. Although this body was not a court or tribunal under national law, the Court nevertheless concluded that it was a court or tribunal within the meaning of Art. 267. UFEU (Case 61/65 (*Vaassen*)). See also Case 246/80 (*Broekmeulen*), in which the Dutch General Practise Appeals Board (an appeal body within the Medical Association) was held to be a "court or tribunal" within the meaning of Art. 267, even though it is not part of the Dutch judicial system. See: Adrijana, Martinović, "Postavljanje prethodnog pitanja Sudu Europske unije", *Građansko pravo – sporna pitanja i aktualna sudska praksa – 2018.*, *Zbornik radova, Tuheljske Toplice, Vrhovni sud Republike Hrvatske i Pravosudna akademija Republike Hrvatske* 22–23. studenoga 2018, 223–250; Dinka Šago, "Postupak prethodnog odlučivanja pred europskim sudom – problemi i moguća rješenja", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (ZPFRI)* 36 (1)/2015, 381–408.
- 21 CEU, *A. K. v. National Judicial Council and CP and DO v. Supreme Court*, judgment pronounced on November 19, 2019, cases no. C-585/18, C-624/18 and C-625/18.
- 22 See: Jasna Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava*, Strasbourg's *acquis*, Zagreb 2013.

### 3.2. On the problem of appointing judges and whether AI can have the attributes of independence and impartiality

The current model *de lege lata* provides for the possibility of becoming a trainee at the court after graduation from law school and after the announcement of the selection process. This is regulated by the Law on Trainees in the Judiciary and the Bar Examination.<sup>23</sup> After passing the bar exam and completing the selection process, a person may acquire the status of court counsel. Their status under labor law, as well as the status of trainees, is governed by the Civil Service Act, the General Labor Law Regulations, and the Collective Bargaining Agreement.<sup>24</sup> By placing legal advisors in the category of civil servants, they report directly to the executive branch, more specifically to the Ministry of Justice and Administration. There is neither a clear and transparent procedure nor a time frame that regulates their promotion to higher positions or to higher level courts.<sup>25</sup> Again, after the competition, the court advisor can be elected as a judge.<sup>26</sup> A person holding Croatian citizenship may be appointed as a judge. The State Council for Justice independently decides on the appointment, transfer, promotion, dismissal and disciplinary responsibility of judges and court presidents, with the exception of the President of the Supreme Court of the Republic of Croatia. Vacancies for judges are advertised by the State Judicial Council (hereinafter: DSV) in the Official Gazette and, if necessary, by other means. The advertisement shall contain an invitation to candidates to submit, within a period of not less than 15 and not more than 30 days, an application in which they shall prove that they meet the requirements necessary for appointment as a judge and in which they shall provide information on their activities. Article 51 of the Law on the State Judicial Council specifies the requirements for appointment as a judge.<sup>27</sup> The Official Gazette published a set of regu-

---

23 *Official Gazette*, no. (84/09, 75/09), 14/19, 30/23.

24 *Official Gazette*, no. 92/05, 140/05, 142/06, 77/07, 107/07, 27/08, 34/11, 49/11, 150/11, 34/12, 49/12, 37/13, 38/13, 01/15, 138/15, 61/17, 70/19 i 98/19.

25 See Dejan, Bodul, *et al.*, “Uloga sudskih savjetnika u radnim sporovima: zalog za budućnost kvalitetnog sudstva ili jeftina radna snaga”, *Radno pravo (RP)* 2/2022.

26 With previous passing of the Law School.

27 *Official Gazette*, no. 116/10, 57/11, 130/11, 13/13, 28/13, 82/15, 67/18, 126/19, 80/22, 16/23.

lations prescribing the method and content of the examinations to determine qualification to hold the office of judge. Thus, the regulations were published on the content and methods of conducting psychological tests related to the candidates for the office of a judge at the municipal, commercial or administrative court.<sup>28</sup> The psychological test consists of a written part and an interview with the applicant. The Rules for the Evaluation of Applicants in the Procedure for Appointment of Judges of the First Instance, Regional Courts and Higher Courts shall regulate the manner of conducting and evaluating the interview and/or the written part of the procedure for applicants who have applied for a vacancy for a judicial position.<sup>29</sup> The Rules for Conducting and Evaluating the Written Applications of Candidates for the Office of Judge at the Supreme Court of the Republic of Croatia who are not judicial officers and for Conducting and Evaluating the Interviews of Candidates for the Office of Judge at the Supreme Court of the Republic of Croatia regulate the evaluation of candidates who have applied for the office of judge at the Supreme Court of the Republic of Croatia. Indeed, we see how the Croatian as well as all other modern legislations realize the legal security of the exercise of the judicial function through a more detailed legal regulation of the entire service and, above all, through the establishment of strict legal requirements that a natural person must fulfil as a prerequisite for entrustment and access to the judicial profession. So, can this complex appointment system be replaced by an AI system, i.e., can the AI be endowed with the prerogative of independence and impartiality?<sup>30</sup> In the legal literature of the Republic of Croatia, the criteria applied in the appointment of judges, as well as the authority of the body that determines the procedure for the election of the holders of judicial functions, are still problematic

---

28 *Official Gazette*, no. 132/22.

29 *Official Gazette*, no. 132/22.

30 Independence refers to freedom of decision-making from external pressures and implies the presence of safeguards against undue influence on the court in the performance of its duties, while impartiality implies the absence of bias or prejudice on the part of the court. This criterion is as important as the criterion of independence, and in cases of doubt, courts usually examine independence and impartiality together. In more detail: “Nezavisnost i nepristranost pravosuđa”, *Pregled relevantne prakse Evropskog suda za ljudska prava*, The Aire Centre: Civil Rights Defenders 2021.

today.<sup>31</sup> Therefore, the criteria for the appointment of judges, which should ensure the influx of the best jurists into the judicial system, are questioned both intellectually and professionally, as well as ethically. Moreover, these criteria are problematic, although they are in line with international documents that define the issue of judicial independence, provide certain guidelines as a guide to ensure the best selection criteria and as a guarantee of professionalism in the exercise of judicial activity, and basically prescribe a set of principles, which ensure that the selection is not based on discriminatory criteria, but favors the choice of the most ethically and professionally trained persons, capable of independently examining the legal aspects of the issues raised and resolving them using techniques of legal presumption.

*3.3. The liability of the state for damages caused by the illegal and improper activity of a judge, i.e., which liability rules should apply to AI*

Pursuant to Article 105 of the Courts Act, the Republic of Croatia shall be liable for damage caused by a judge to a party to proceedings as a result of his unlawful or improper activity in the exercise of his judicial office. The prerequisites for the state's liability for damages are the unlawful and improper activity of the court, the existence of damage caused thereby, but also the causal link between the unlawful and improper activity of the court and the damage caused. These conditions must be met cumulatively. In addition, the Republic of Croatia will only require the judge to repay the compensation paid if the judge caused the damage intentionally or through gross negligence. Similarly, the Republic of Croatia will require the judge to return the compensation paid due to the violation of the right to trial within a reasonable period of time if the violation was caused by the judge's intent or gross negligence. The president of the court where the right to a fair trial has been violated within a reasonable period of time shall be obliged to provide the competent public prosecutor's office with the information necessary for initiating the proceedings to recover the compensation

---

31 Dejan Bodul, Ivan Tironi, "Vrednovanje rada sudaca u Republici Hrvatskoj: dihotomija norme i prakse", *Zbornik radova II. Međunarodnog savjetovanja "Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, Pravni fakultet u Splitu, Split 2020, 241–261.

paid for the violation of the right to a fair trial within a reasonable period of time, if the violation was caused by intent or gross negligence of the judge.<sup>32</sup> So, can the artificial intelligence work in a way that would constitute illegal and irregular work, or is it a case of liability for a defective product, i.e., could the state exculpate itself by claiming that it is a material defect for which the manufacturer is responsible and which it could not have known and should not have known. Current regulations governing a manufacturer's liability for a defective product state that a manufacturer who places a product on the market is liable, without fault, for damages caused by a defect in that product. This responsibility of the manufacturer may not be excluded or limited by a contract. The term "product" includes all movable property as well as electricity and other forms of energy, while real estate is excluded but independent parts incorporated into a movable or immovable property are included. It also specifies when a product is considered defective, who is considered the manufacturer, what the manufacturer is responsible for, what the manufacturer is not responsible for, and when the manufacturer can be relieved of responsibility, what the injured party must prove, and the terms of liability. However, there is no obstacle to establishing special rules for liability, perhaps the rules from Article 9 of the Land Register Act can serve as guidelines determining how the Republic of Croatia is objectively liable for damages caused by errors in keeping the land registers. The liability of the Republic of Croatia for damages is excluded if the damage is caused by an irreparable event, but it exists if it is caused by an error or absence of a computer program or computer termination.<sup>33</sup>

### *3.4. Data protection issues in the context of Big Data*

AI and its automated decision making require the collection and processing of large amounts of data. Regarding the processing/publication of personal data by courts, the introductory statement (Preamble 20) of the General Data Protection Regulation states that this Regulation applies, inter alia, to the activities of courts and other judicial authorities. It also states that the competence of the supervisory

32 Maja Bukovac Puvača, Armando Demark, "Nezakonitost i nepravilnost rada kao pretpostavka odgovornosti države za štetu prouzročenu radom sudaca", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (ZPFRI)* 42 (2)/2021, 343–360.

33 *Official Gazette*, no. 63/19, 128/22.

authorities should not include the processing of personal data when the courts act in a judicial capacity, in order to protect the independence of the judiciary in the exercise of its judicial functions, including in decision-making. However, Big Data, as it is referred to in authoritative sources, also poses certain challenges, usually related to the volume, velocity, and variety of data processed. Indeed, it is about the amount of data processed, the number and variety of data, that is, the speed of data processing.<sup>3435</sup> This may, according to doctrine, create challenges for ensuring adequate protection of personal data, for example, when human intervention is not possible or when algorithms are too complex, and the amount of data is too large to communicate to individuals the reasons for certain decisions and/or to inform them in advance in order to obtain their consent.<sup>36</sup>

### 3.4.1. The right to a reasoned court decision

As a rule, the written word is the most common channel of communication between the courts and the public. A well-written, well-reasoned, and persuasive judicial decision is important for the quality of the performance of judicial duties. At the same time, it is an im-

34 The term “Big Data” can have different meanings depending on the context. Generally, it encompasses the ever-growing technological capability to collect, process, and extract new and predictive insights from a large volume, velocity, and variety of data. See, Vijeće Europe, Savjetodavni odbor Konvencije br. 108, Smjernice o zaštiti pojedinaca u pogledu obrade osobnih podataka u svijetu velikih podataka, 23. siječnja 2017, 2; Europska komisija, Komunikacija Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, “Prema rastućem gospodarstvu temeljenom na podacima”, COM(2014) 442 final, Bruxelles, 2. srpnja 2014, 4.; Međunarodna telekomunikacijska unija (2015.), Preporuka Veliki podaci: zahtjevi i mogućnosti utemeljeni na računalstvu u oblaku. See: Priručnik o europskom zakonodavstvu o zaštiti podataka, Luksembourg: Ured za publikacije Europske unije 2020, 356. *et seq.*

35 *Exempli gratia*, EDPS, Svladavanje izazova velikih podataka, Mišljenje 7/2015, 19. studenoga 2015; EDPS, Dosljedno jačanje temeljnih prava u doba velikih podataka, Mišljenje 8/2016, 23. rujna 2016; Europski parlament (2016), Rezolucija o utjecaju velikih podataka na temeljna prava: privatnost, zaštita podataka, nediskriminacija, sigurnost i kazneni progon (P8\_TA(2017)0076), Strasbourg, 14. ožujka 2017; Vijeće Europe, Savjetodavni odbor Konvencije br. 108, Smjernice o zaštiti pojedinaca u pogledu obrade osobnih podataka u svijetu velikih podataka, T-PD(2017)01, Strasbourg, 23. siječnja 2017.

36 Priručnik o europskom zakonodavstvu o zaštiti podataka, *op.cit.*, 353.

portant source of benchmarks for judicial authority, both within the judiciary through the practical application of rules and in the broader social community.<sup>37</sup> The doctrine points out that a well-reasoned judgment is important because the parties must be able to conclude from the court's decision what exactly that decision entails and on the basis of what arguments the court made such a decision. In this second aspect, i.e., what the court bases its decision on, i.e. the reasoning of the decision, the doctrine distinguishes between three elements. First, the factual basis of the decision must be clear: What facts did the court consider as the basis for its decision. Second, it must be clear on what legal basis the decision was rendered, i.e., what legal norms the court applied and how those norms were applied to the facts of the case. Third, it must be clear from the decision how the court weighed the arguments put forward by the parties or evaluated the evidence and what this means for the final decision. This includes both (relevant) arguments regarding facts and arguments regarding legal grounds. The parties must be able to see from the judgment that the court has taken their explanations and arguments into account, and how the court has evaluated these explanations and arguments. These are the requirements from Art. 6 of the Convention.<sup>38</sup> So how likely is it that AI will make a well thought out decision?

### 3.5. Working time issues: advantages of AI

If there is one issue about which there is always something to discuss and which even suggests itself as a source of legal (and political) dilemmas, it is certainly the (over)burden of the judge. A less complex issue is the area of working time and work scheduling, which involves organizing the duration and schedule of work on a daily, weekly, monthly or annual basis in order to protect the health and safety of workers from the negative effects of excessively long working hours, unreasonable breaks, unreasonable daily, weekly and annual leave. Analyzing these two complementary issues, one can naturally

37 Kristina Saganić, *Način pisanja prvostupanjskih presuda u parničnom postupku*, available with the author.

38 *Priručnik za izradu sudske odluke u parničnim predmetima*, Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, available with the author; Ustavni sud BiH, *Pravo na obrazloženu sudsku odluku – obvezni standardi su sudskim postupcima*, Sarajevo 2018.

ask whether a judge is able to “balance” the expected duration, quality, fairness of treatment, and availability of legal protection in the given working time while performing administrative and technical tasks.

The doctrine states that the analysis of the European experience shows that the most effective way to increase the efficiency of the judiciary is to relieve judges of tasks outside the court, especially administrative, taking into account that the working time of a judge is (or should be) the most expensive and that it should be targeted. Although it is unrealistic today to expect AI to replace judges, it can replace their assistants who perform administrative and technical tasks. While the courts appear to have a sufficient number of clerks, they are poorly paid and work in very poor buildings with inadequate office equipment. Small courts present a particular problem, with structural weaknesses in their functioning, as the lack of one or two court advisors or technical staff can paralyze the functioning of the entire court and further burden the process.

#### 4. INSTEAD OF A CONCLUSION

Imagine it's Tuesday, May 29, 2046, and the day of your court hearing has finally arrived. You are sitting on a sofa in your living room. You flip open your laptop and log onto the court's website, and a virtual courtroom appears. You see the faces of lawyers, opponents, and the public through their webcams. You also see a very strange judge – a judge who looks like a human, but he/she is not an ordinary judge, he/she is a computer. We leave it to your imagination.

Technology is inevitably changing the way we work and function, so there are predictions that many aspects of human activity will be replaced or supported by newer technologies, and even litigation will not be immune. Although the development of the “AI judge” is still in its infancy, there are signs that it will grow in importance, and there are already developments to introduce an AI judge in some categories of litigation.

From the series of previously mentioned and legally insufficiently solved, i.e., unresolved issues, the extent of sub standardization, legal doubts, but also ambiguity in the analyzed segment of AI management becomes visible.

Namely, EU law does not specify the legal nature of AI but leaves this question to the legislator of each country, which is why this issue is regulated differently in EU countries. Therefore, the question of whether AI can replace the court is not easy to answer. Based on the general criteria for the recognition of the status of a court or tribunal, it will certainly be examined in the future whether AI has and can have such a status. The criteria were proclaimed in the decisions of the CEU in the *Dorsch Consult* and *Josef Kollensperger* cases, according to which it must be a body that 1) was created by law, 2) has a permanent character, 3) whose decisions are binding, 4) before which there is a procedure *inter partes*, 5) whose decisions are taken on the basis of legal norms, and 6) which is independent.<sup>39</sup> Considering the above arguments, it is very important to determine more precisely the status of AI. Authoritative sources state that AI refers to the intelligence of machines that act as “intelligent subjects.” As intelligent beings, certain devices can use software to perceive their environment and take actions based on algorithms. The term AI is used when a machine mimics “cognitive” functions, such as learning and problem solving, that are normally associated with humans. To mimic decision making, modern technologies and software use algorithms that allow devices to make “automatic decisions.” An algorithm is best described as a step-by-step process of computation, data processing, estimation, and automated reasoning and decision-making.<sup>40</sup> All this shows that the answer to the question of what AI is, is not simple, because defining abstract concepts such as intelligence has never been easy. Moreover, different classifications may differ in their logical or scientific applicability, in the sense that different features of AI are chosen as the basis for classification and thus differ greatly in their utility as organizing principles for our knowledge. At present, AI is expected to evolve in the near future, but no one can yet say with certainty where this technology will ultimately lead and what impact it will have on the understanding of humans and the functioning of society, including in the context of the development of justice. AI, machine learning, and data technologies

39 CEU, no. C-54/96, *Dorsch Consult Ingenieuresellschaft mbH vs. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, ECR (1997) I-4961, 17 September 1997, para. 23 judgments; CEU, no. C-103/97, *Josef Kollensperger GmbH & CO. Kg, Atzwanger AG vs. Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz*, ECR (1999), I-00551, 4 February 1999, para. 29.

40 Priručnik o europskom zakonodavstvu o zaštiti podataka, *op.cit.*, 353. *et seq.*

may still be in their infancy, but there is no doubt that they will “creep” into justice on a large scale in the coming years and decades.<sup>41</sup>

*Dr Dejan Bodul*

*Izvanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Rijeci*

## MOŽE LI UMJETNA INTELIGENCIJA (AI) ZAMJENITI SUCA?

### *Rezime*

Iako je u pogledu radnih uvjeta trenutna financijska situacija u pravosudnim institucijama takva da manji broj sudova ima relativno zadovoljavajuće uvjete rada, dok se većina redovno suočava s kadrovskom nepopunjenošću pozicija sudaca, administrativnog osoblja, nedostatkom osnovnih materijalno-tehničkih sredstava za nesmetan rad i nedostatkom ili neadekvatnošću prostora za smještaj osoblja i rad, autor će postaviti doktrinarno dosta aktualno pitanje: može li umjetna inteligencija zamijeniti suca? Pravo EU-a ne precizira pojam suda, već je to pitanje prepušteno zakonodavcu svake države, zbog čega je ova problematika različito uređena u državama EU-a, a samim time i veći izazov za budućnost. Uz navedeno, i dinamična normativna aktivnost u ovom području na europskoj razini uvjetuje potrebu daljnjeg izučavanja i prilagodbe regulative. Osnovni je cilj ovog teksta prezentirati neke od potencijalnih problema, pa se skica izazova i mogućih odgovora koju ćeponuditi ovaj tekst može smatrati skromnim doprinosom raspravi o involviranju AI u parnični postupak.

Ključne reči: *Sud. – Umjetna inteligencija. – Promjena paradigme.*

### LITERATURA

Aletras N., Tsarapatsanis D., Preoțiu-Pietro D., Lampos V., „Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective,” *PeerJ Computer Science (PCS)* 2016.

---

41 Dejan, Bodul, Jakob, Nakić, „Umjetna inteligencija (AI) u parnici: početne rasprave?“, *IUS INFO* 2023, 1–10.

- Arlović M., „Ustavnosudski aktivizam i europski pravni standardi,“ *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu (ZPFST)* 51 (1)/2014.
- Bodul D., „Refleksije o nekim hrvatskim modelima dejudicijalizacije“, *Harmonius – Journal of Legal and Social studies in South East Europe*, Beograd 2017.
- Bodul D., *et al.*, „O pravu sudova da ulaze u meritum predmeta u kojem donose odluku slučaj predstečajnih nagodbi“, *Zbornik radova, Dvanaesto međunarodno savjetovanje, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, Mostar 2014.
- Bodul D., Grbić S., „O međusobnoj komplementarnosti pojmova „sud“ i „javni bilježnik“ u praksi Europskog suda za ljudska prava,“ *Javni bilježnik (JB)* 18 (40)/2014.
- Bodul D., Grbić S., „Uloga sudskih savjetnika u radnim sporovima: zalag za budućnost kvalitetnog sudstva ili jeftina radna snaga,“ *Radno pravo (RP)* 2/2022.
- Bodul D., Nakić J., „Umjetna inteligencija (AI) u parnici: početne rasprave?“, *IUS INFO* 2023.
- Bodul D., Tironi I., „Vrednovanje rada sudaca u Republici Hrvatskoj: dihotomija norme i prakse,“ *Zbornik radova II. Međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, Pravni fakultet u Splitu, Split 2020.
- Bukovac Puvača M., Demark A., „Nezakonitost i nepravilnost rada kao pretpostavka odgovornosti države za štetu prouzročenu radom sudaca,“ *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 42 (2)/2021.
- Dymitruk M., „The Right to a Fair Trial in Automated Civil Proceedings“ 13 (1) /2019.
- Edwards L., Veale M., „‘Slave to the algorithm? Why a ‘right to an explanation’ is probably not the remedy you are looking for“, *Duke Law & Technology Review (DLTR)* 2018.
- Lenz M., Hübner A., Kunze M., *Textual CBR*, in: *Case – Based Reasoning Technology*, (Mario Lenz, Brigitte Bartsch-Spörl, Hans-Dieter Burkhard, Stefan Wess (eds.), Berlin, Springer Verlag 1998.
- Lynskey O., *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford 2015.

- Martinović A., „Postavljanje prethodnog pitanja Sudu Europske unije“, *Građansko pravo– sporna pitanja i aktualna sudska praksa – 2018.*, Zbornik radova, Tuheljske Toplice, Vrhovni sud Republike Hrvatske i Pravosudna akademija Republike Hrvatske 22 – 23. studenoga 2018.
- Nowotko P. M., „AI in judicial application of law and the right to a Court“, *Procedia Computer Science (PCS)* 192/ 2021.
- Omejec J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava*, Strasbourški *acquis*, Zagreb 2013.
- Reed C., Lawlore, „What computer can do: Analysis and prediction of judicial decisions“, *American Bar Association Journal (ABAJ)* 49 (4)/1963.
- Russel, J. S., Norvig P., *Artificial Intelligence: A Modern Approach (3rd ed.)*, New Jersey: Prentice Hall 2009.
- Russel, J. S.; Norvig P., *Artificial Intelligence: A Modern Approach (2nd ed.)*, New Jersey: Prentice Hall 2003.
- Saganić K., *Način pisanja prvostupanjskih presuda u parničnom postupku*, available with the author.
- Šago D., „Postupak prethodnog odlučivanja pred europskim sudom – problemi i moguća rješenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 36 (1)/2015.
- Tomlinson J., „The Policy and Politics of Building Tribunals for a Digital Age: How ‘Design Thinking’ Is Shaping the Future of the Public Law System“, *U.K. Const. L. Blog* 2017.
- Uzelac A., *(Ne)premostive prepreke za pametno digitalno pravosuđe*, <https://legaltech.bug.hr/>.
- Zarsky T., „The trouble with algorithmic decisions: An analytic road map to examine efficiency and fairness in automated and opaque decision making, Science“, *Technology and Human Values (THV)* 41 (1)/2016.

Article history:

Received: 6. 9. 2023.

Accepted: 20. 11. 2023.

Jelisaveta Boljanović\*

## NEZAKONITO PRIBAVLJENI I POVERLJIVI DOKAZI U ARBITRAŽI\*\*

*Predmet ovog rada su nelegalno pribavljeni i poverljivi dokazi na koje se strane oslanjaju u arbitražnom postupku. Činjenica je da arbitražni postupak svoje postojanje duguje saglasnosti strana, međutim postavlja se pitanje da li im ta saglasnost omogućava da se pozivaju na nelegalno pribavljene i poverljive dokaze ili se tu postavlja granica autonomiji volje. S obzirom na nepostojanje definitivnih pravila koja regulišu ovu temu, da bi došli do odgovora, u radu analiziramo pre svega arbitražnu praksu. Pažnju posvećujemo i opštim načelima arbitražnog postupka na koja se arbitri pozivaju. Cilj ovog rada je da dokaže da se navedeno pitanje može rešiti uz postojanje opštih načela i da striktna arbitražna pravila nisu neophodna jer je pravni interes na bolji način zadovoljen ukoliko se omogućiti arbitrima da svoje odluke pravdaju pozivajući se na opšta načela. Konačno, u radu će biti dokazano da se opravdano pravi razlika u tretmanu nelegalno pribavljenih i poverljivih dokazi.*

**Ključne reči:** Arbitraža. – Postupak dokazivanja u arbitraži. – Protivpravno pribavljeni dokazi u arbitražnom postupku. – Poverljivi dokazi u arbitražnom postupku.

### 1. UVOD

Arbitražu smatramo jednim od najstarijih načina mirnog rešavanja sporova<sup>1</sup>. Bez obzira na to, ne postoji jedna, univierzalno prihvaćena definicija arbitraže, a što je posledica različitih pravila koja važe za

---

\* Autorka je saradnica u nastavi na Univerzitetu u Beogradu – Pravnom fakultetu, [jelisavetaboljanovic@ius.bg.ac.rs](mailto:jelisavetaboljanovic@ius.bg.ac.rs) (Republika Srbija).

\*\* Rad predstavlja izmenjen i dopunjen deo master rada autorke.

1 Christian Buhring Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, The Netherlands 2006, 31.

domaću i međunarodnu arbitražu kao i niza različitih pravnih okvira u kojima te arbitraže deluju.<sup>2</sup>

Nesporno je da arbitraža predstavlja način suđenja koji podrazumeva donošenje odluke koja je obavezujuća za stranke i izjednačena sa pravnosnažnom sudskom odlukom zemlje sedišta arbitraže.<sup>3</sup> Arbitraža kao privatan način rešavanja sporova podrazumeva da strane koje, u dogovoru svoj spor podvrgnu arbitraži, ne biraju sud, već nedržavni organ koji će im pomoći da spor reše. Bez odgovarajuće saglasnosti volja strana, neće biti ni ispravnog arbitražnog odlučivanja.<sup>4</sup> Navedeno predviđa i Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka.<sup>5</sup> Zbog toga možemo reći da arbitražni sporazum predstavlja temelj svakog arbitražnog postupka.<sup>6</sup> Međutim, da li navedeno daje za pravo stranama da oslobode dokazni postupak od svih zabrana koje su uvedene radi zaštite pravnih i etičkih normi tako što bi im se dozvolilo da koriste dokaze koje inače ne bi smeli u postupcima pred državnim sudovima?

Pre nego što konkretizujemo prethodno pitanje, neophodno je istaći da je izvođenje dokaza jedno od najvažnih proceduralnih pitanja u arbitraži.<sup>7</sup> Značaj ovog pitanja leži u tome što se tokom ovog postupka omogućava stranama da iznose dokaze koji imaju za cilj da stvore uverenje kod arbitara o istinitosti tvrdnje koja će pomoći strani koja se na tvrdnju poziva da konačno uspe u sporu. Upravo zbog toga, pojedinci su spremni da izađu iz okvira prava, i pređu u *nepravo*. To mogu učiniti na različite načine, falsifikovanjem ili lažnim navodima.

---

2 Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd 2011, 17.

3 Margaret L. Moses, *Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, New York 2008, 1.

4 G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.*, 45.

5 Konvencija o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka, 1958 (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, dalje u fusnotama: Njujorška konvencija), čl. 2 „svaka država ugovornica priznaje pismeni ugovor kojim se stranke obavezuju da stave u nadležnost arbitraži sve sporove ili neke od sporova koji nastanu ili bi mogli nastati između njih po određenom pravnom odnosu, ugovornom ili neugovornom, koji se odnosi na pitanje koje je podobno za rešavanje arbitražnim putem“.

6 Gary Born, *International Commercial Arbitration*, The Netherlands 2021, 251.

7 Emmanuel Gaillard, John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Netherlands 1999, 684.

Postavlja se pitanje šta arbitražni tribunal može i treba da učini sa dokazima koji su na nezakonit način dospeli do strane koja ih koristi, iliti nelegalnim dokazima, ali ne sme se bezrezervno postupati ni kada su u pitanju dokazi čija sadržina predstavlja tajnu iliti poverljivim dokazima.

Stoga, tema ovog rada jeste postupak dokazivanja u arbitražnom postupku, odnosno način odlučivanja o dokazima ukoliko su isti pribavljeni na ilegalan način ili su poverljive prirode. Rad će se fokusirati na opšta načela relevantna za ovu oblast ali i na načine na koji arbitri, u praksi, zaista odlučuju. Konkretno, veći deo rada će biti posvećen praksi i analizi načina primene opštih pravila u dosadašnjim arbitražnim slučajevima. Pored toga, pokušaćemo da dokažemo da je oslanjanje prvenstveno na opšta načela arbitražnog postupka ujedno i najbolje rešenje.

## 2. POSTUPAK DOKAZIVANJA U ARBITRAŽNOM POSTUPKU

U pravnoj teoriji se neretko ističe kako postoji više tipova dokaznog postupka, od kojih se, sa dve potpuno različite strane spektra pojavljuju kontinentalni i anglosaksonski način dokazivanja. Postupku dokazivanja u međunarodnoj arbitraži, iako ima elemente i kontinentalnog i anglosaksonskog načina dokazivanja, ne može se poistovetiti ni sa jednim ni sa drugim. Kontinentalni sistem odlikuje se većim učešćem sudije koji upravlja postupkom dokazivanja, dok kod anglosaksonskog sistema, situacija je suprotna i na strankama je uglavnom sve, od dokazivanja svog slučaja do ukazivanja na nedostatke slučaja druge strane.<sup>8</sup> Naime, ovako uređen postupak omogućava stranama iz različitih pravnih sistema da se prilagode i koriste arbitražu kao brz i efikasan način rešavanja sporova. Bez obzira na različitosti koje nesumnjivo postoje kada govorimo o uređivanju postupka dokazivanja, opšteprihvaćeni su neki opšti pravni standardi. Opšta načela koja arbitri koriste u odlučivanju i načini prihvatanja dokaza će biti prikazani u sledećem delu rada. Međutim, celishodnosti radi, na ovom mestu valjalo bi istaći, pre svih, pravilo o fleksibilnosti arbitražnog tribunala koje omogućava

8 Julian Lew, Loukas Mistelis, Stefan Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands 2003, 555.

arbitražnom tribunalu da odredi koja će se pravila primenjivati na postupak dokazivanja ukoliko to stranke nisu same uradile.<sup>9</sup>

Arbitri će se neretko susretati sa pitanjem šta učiniti povodom nelegalnih i poverljivih dokaza i na koja pravila ili pravna načela se pozivati prilikom odlučivanja o njima. Kako bismo na celovit način predstavili ovaj problem, potrebno je ustanoviti šta zapravo predstavljaju nelegalni i poverljivi dokazi. Na ovom mestu, bitno je istaći da ne postoje opšteprihvaćene definicije dokaza koji su nelegalno pribavljeni niti koji su poverljivi, te će sudska i arbitražna praksa poslužiti da pokažu šta se pod ovim dokazima najčešće podrazumeva, dok se u nastavku nalazi stav autorke o ovom pitanju.

Ilegalnim dokazima smatramo dokaze koji su pribavljeni na takav način koji se ne smatra legalnim u zemlji u kojoj su pribavljeni.<sup>10</sup> Nelegalni dokazi mogu imati različite forme kao što su, recimo, snimanje bez dozvole, dokumenta koja su nastala kao rezultat „hakovanja“ ili dokazi koji su pribavljeni nelegalnim ulaskom u prostorije gde se nalaze.<sup>11</sup> Poverljivi dokazi su oni dokazi koji su povezani sa obavezom čuvanja određenih podataka tajnim. Kao što vidimo, ne postoji jasna definicija navedenih vrsta dokaza što znači i da je određivanje da li su ili ne dokazi pribavljeni na nelegalan način, odnosno, da li su ili ne poverljivi, neretko zavisi od arbitara.

Najviše moći se nalazi u rukama arbitara i na njima je da ocene da li je neki dokaz dozvoljen ili ne i da li će se koristiti u arbitražnom postupku. Na ovom mestu ponavljamo da će sudska praksa služiti da

---

9 *Ibid.*, 558.

Ovo je mehanizam koji omogućava da ključni delovi arbitražnog postupka budu pravno uređeni u slučaju da strane ne predvide u svom arbitražnom sporazumu ili klauzuli sve bitne elemente, a što se nažalost neretko dešava zbog činjenice da strane ne posvećuju dovoljnu pažnju prilikom pregovora i utvrđivanja konačnog teksta – zbog čega se kolokvijalno nazivaju i šampanjskim klauzulama. U takvim situacijama, tribunal će odlučiti koja konkretna pravila će primeniti prilikom rešavanja spornog pitanja, a upravo od razrešenja tog pitanja, i naravno same odluke koja pravna pravila će primeniti, u velikoj meri zavisi i ishod spora, ali i zakonitost odluke.

10 Nicole S NG, „Illegally obtained Evidence in International Arbitration, Protecting the Integrity of Arbitration“, *Singapore Academy of Law Journal* 32/2020, 764–765.

11 Guillermo Garcia-Perrote, Admissibility of „Hacked Evidence“ in International Arbitration, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/07/07/admissibility-of-hacked-evidence-in-international-arbitration/>, 15. 3. 2023.

pokaže čime se arbitri vode prilikom donošenja odluka, na čemu je i fokus ovog rada. Koja su to opšta načela koja arbitri koriste u odlučivanju i na koji način neke dokaze prihvataju, bez obzira na činjenicu da nisu pribavljeni na legalan način ili poverljive elemente istih, samo je jedno od pitanja relevantno za ovu oblast.

### 3. OPŠTA ARBITRAŽNA NAČELA NA KOJA SE OSLANJAJU ARBITRI PRILIKOM ODLUČIVANJA O PRIHVATANJU NELEGALNO PRIBAVLJENIH I POVERLJIVIH DOKAZA

Do sada je stvoren kontekst problema nelegalnih i poverljivih dokaza, a ovaj deo rada ima za cilj da pruži odgovor na pitanje koja to opšta arbitražna načela, kao nužnost, koriste arbitri prilikom donošenja odluka o nelegalno pribavljenim i poverljivim dokazima. Na početku je bitno istaći da, kada govorimo o dokazima koji nisu pribavljeni na legalan način ili poverljivim dokazima, ne postoji opšteprihvaćeno pravilo koje će sugerisati da li pomenute dokaze treba prihvatiti. Zbog toga, ono što arbitrima ostaje na raspolaganju je mogućnost da ovakve situacije rešavaju pozivajući se na opšta načela. Načela koja ćemo na ovom mestu obraditi su načelo čistih ruku, načelo savesnosti i poštenja kao i načelo jednakosti strana.

Prvo načelo koje će se uzeti u obzir prilikom odlučivanju o nelegalno pribavljenim dokazima jeste to da li je strana koja zahteva prihvatanje takvih dokaza, odnosno koja se poziva na te dokaze učestvovala u ilegalnim radnjama koje su dovele do njih. Ovo načelo se naziva i načelo čistih ruku. Ukoliko bi ovakvi dokazi bili prihvaćeni to bi bilo protivno načelu *ex turpi causa non oritur actio* što znači da ispravno nikad ne može nastati od pogrešnog.<sup>12</sup> Suština načela, u svetlu izvođenja dokaza, je da zahteva od strane koja se poziva na određeni dokaz da se ponaša pravično i da ne učestvuje u nelegalnim aktivnostima koje su proizvele navedene dokaze.

Dalje, načelo koje se često spominje kada govorimo o arbitraži i vođenju arbitražnih postupaka jeste načelo savesnosti i poštenja.

12 Cherie Blair, Ema Vidak-Gojković, „Wikileaks and Beyond: Discerning an International Standard for the Admissibility of Illegally Obtained Evidence“, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 33/2018, 256.

Čak su i IBA<sup>13</sup> pravila, koja predstavljaju jedno od najšire prihvaćenih pravila koja uređuju tematiku dokazivanja u arbitraži, spominju ovaj princip u svojoj preambuli gde se zahteva da se strana ponaša u skladu sa ovim načelom. IBA pravila ne definišu ovo načelo, ali je u komentaru naznačeno da ovo načelo predstavlja obavezu stranaka da vode svoje slučajeve bez nedoličnog ponašanja.<sup>14</sup> Ovde dolazimo do jedne veoma zanimljive situacije. S jedne strane, to što ovaj princip nije definisan može predstavljati problem jer se očekuje od strana da ga poštuju. Zbog toga bi bilo poželjno da detaljnije bude definisano kakvo se ponašanje očekuje od strana u arbitraži. Sa druge strane, ukoliko bi postojala iscrpna definicija ovog načela onda arbitri koji primenjuju ova pravila i koji se pozivaju na ovo načelo ne bi imali potrebnu fleksibilnost i mogućnost da ga na različite načine primene na različite situacije.<sup>15</sup> Dakle, ukoliko bi postojala iscrpna lista ponašanja za koje strane u arbitraži znaju da predstavljaju ponašanje koje nije u skladu sa principom savesnosti i poštenja, stranke u postupku bi mogle da smatraju tu listu konačnom i svoje ponašanje prilagode datim zahtevima.<sup>16</sup> Možemo zaključiti da nepostojanje definicije ovog načela, omogućava arbitrima da se prilagode situaciji i odluke donesu vodeći računa o tome da ona bude u skladu sa pravom.

Sledeće načelo jeste načelo jednakosti strana. Uglavnom se od tribunala zahteva da stranama pruži jednake šanse i mogućnost da iznesu svoje stavove. Tokom arbitražnog postupka, strane iznose svoje argumente putem pisanih podnesaka, ali i usmeno i u obe situacije je moguće da arbitri svojim ponašanjem povrede pravo stranke da iznese svoje stavove.<sup>17</sup> S obzirom na to da se arbitraža zasniva na autonomnosti, strane će započeti postupak tek onda kada su sigurne da postoji obostrano poverenje u postupak kao i, bar određeni, nivo međusobnog

---

13 Pravila o izvođenju dokaza u međunarodnoj arbitraži IBA (*International Bar Association, Rules of Evidence*, 2020, dalje u fusnotama: IBA pravila).

14 Roman Mikhailovich Khodykin, Carol Mulcahy, Nicholas Fletcher, *A Guide to the IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration*, New York 2019, 25.

15 *Ibid.*, 26.

16 *Ibid.*, 32.

17 Milena Đorđević, „Procesne nepravilnosti kao razlog za poništaj arbitražne odluke, pouke iz uporedne prakse“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2020, 339.

poverenja.<sup>18</sup> Dakle, tribunal se može naći u situaciji da ne želi da prihvati nelegalne dokaze zato što bi to bilo u suprotnosti sa načelom jednakosti strana, jer bi jednoj strani dao više mogućnosti da iznese svoj stav nego drugoj koja se ne poziva na dokaze koji su pribavljeni putem nelegalnih radnji ili poverljive dokaze, čak je moguće da bi tim postupkom i nagradio stranu koja se ponašala protivpravno. Ipak, može se osmisliti i argumentacija koja bi, pozivajući se na ovo načelo, služila da se bilo kakvi dokazi prihvate i uzmu u obzir. Tribunal bi mogao svoju odluku o prihvatanju dokaza da obrazloži time da će, ukoliko ne prihvati sve dokaze, na taj način povrediti pravo stranke da iznese svoj stav i odbrani svoj slučaj i time potencijalno, staviti drugu stranu u bolju poziciju jer se protiv nje neće koristiti potencijalno negativni dokazi.

Na ovom mestu nije naodmet pomenuti i činjenicu da kada predlog dokaza dođe do arbitra i on se upozna sa njegovom sadržinom teško je oceniti da li ga je on zaista uzeo u obzir i da vidimo koliki je uticaj takvog dokaza na samog arbitra, kao i da li je i ukoliko da, u kojoj meri svoju odluku zasnovao baš na njemu.

Navedena načela su opšta i podložna različitim tumačenjima što arbitražnim tribunalima omogućava da obrazlože svoju odluku, ma kakva ona bila. Takođe, nema potrebe i poente plašiti se i ograničavati arbitre u oslanjanju na svoj unutrašnji osećaj prilikom donošenja odluka.<sup>19</sup> Različitost situacija u kojima se arbitri mogu naći uslovljava postojanje načela na koja se arbitri mogu pozvati i na koja se mogu osloniti prilikom donošenja odluka.

#### 4. DOZVOLJENOST KORIŠĆENJA NELEGALNO PRIBAVLJENIH DOKAZA U ARBITRAŽNOM POSTUPKU

Kao što je do sada već i istaknuto, jedna od glavnih odlika odlučivanja u arbitražnom postupku, kada govorimo o tome da li će neki

---

18 Dragor Hiber, Vladimir Pavić, „Arbitration and Crime“, *Journal of International Arbitration* 25/2008, 477.

19 Milan Lazić, Giulio Palermo, Srđan Dragićević, „Ex aequo et bono in international arbitration“, *Revija kopaoničke škole prirodnog prava* 1/2020, Beograd, 50.

dokaz biti prihvaćen ili ne, jeste široka diskreciona moć arbitara. Šta to znači za dokaze koji nisu pribavljeni na legalan način? To znači da ne postoje izričite zabrane koje će dovesti do automatskog isključivanja dokaza pribavljenih na nelegalan način iz arbitražnih postupaka. Pravna teorija odlazi korak dalje, te Born (*Born*) smatra da se postojanje nedostataka u dokazima uglavnom uzima u obzir kada se odlučuje o vrednosti i dokaznoj snazi konkretnog dokaza pre nego što će odlučiti da se jedan dokaz tretira kao neprihvatljiv.<sup>20</sup> Stoga, kako već utemeljenje nije moguće pronaći u pravnim normama i u teoriji, rešenje navedenog problema ćemo pronaći, ali i najbolje razumeti, ukoliko se posvetimo analizi pravne prakse.

#### 4.1. Dokazi pribavljeni na nelegalan način na primeru *WikiLeaks*

Pitanje dokaza pribavljenih na ilegalan način i toga kako će se oni tretirati u arbitražnom postupku nije novina, ali smatra se da je ovo pitanje dobilo još više na praktičnom značaju sa pojavom sajta VikiLiks (*WikiLeaks*). Prema opisu koji je dostupan na njihovoj internet prezentaciji, ovo je internet stranica na kojoj je do sada objavljeno više od 10 miliona dokumenata, koje se tiču rata, špijunaže i korupcije. O značaju koji je VikiLiks imao govori i to što je, zajedno sa svojim novinarima osvojio veliki broj nagrada, a šest uzastopnih godina ovaj sajt nominovan je za Nobelovu nagradu za mir.

Veliku većinu od tih 10 milina dokumenata i analize čine dokumenti koji predstavljaju državne ili diplomatske tajne, pa se samim može zaključiti da se radi o dokumentima koji nije trebalo da ugledaju svetlost dana i da su bez pravnog osnova pušteni na internet i postali dostupni široj javnosti. Osnivači i odgovorne ličnosti su i dalje u zatvoru, dok je Hilari Klinton (*Clinton*) za VikiLiks rekla da predstavlja napad na međunarodnu zajednicu.<sup>21</sup> Međutim, to što su ovi dokazi nelegalno pribavljeni, ne menja činjenicu da su upravo ti dokumenti korišćeni kao dokazi u velikom broju slučajeva i to pre svega u investicionim arbitražama.<sup>22</sup> Kako bismo što reprezentativnije prikazali

---

20 G. Born, *op. cit.*, 2311.

21 Steven Erlanger, Europeans Criticize Fierce U.S. Response to Leaks, [https://www.nytimes.com/2010/12/10/world/europe/10wikileaks-react.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2010/12/10/world/europe/10wikileaks-react.html?_r=0), 16. 2. 2021.

22 Većina dokumenata o kojima će biti reči i koja su se koristila kao dokaz, tiču se pre svega država i državnih tajni.

snalažljivost arbitara kada su u pitanju nelegalni dokazi, sledi prikaz najinteresantnijih slučajeva iz prakse koji su koristili podatke i dokumenta sa navedenog sajta.

#### 4.1.1. Yukos Universal Limited v. The Russian Federation

Prvi slučaj o kome će biti reči je slučaj investicione arbitraže – Jukos (*Yukos Universal Limited*) protiv Rusije.<sup>23</sup> Jukos kompanija je podnela zahtev za arbitražu protiv Rusije u postupku pred Stalnim arbitražnim sudom u Hagu zbog tvrdnji da je država protivpravno oduzela njihovu investiciju.

U konkretnom slučaju, dokumenta koja su preuzeta sa sajta VikiLiks su bitna zbog dokaza koji pružaju o postojanju velikog pritiska od strane Rusije na PwC (*PricewaterhouseCoopers*), revizorsku kompaniju koja je radila sa kompanijom Jukos. Naime, država je vršila uticaj na revizorsku firmu da pričini nelegalnu štetu Jukosu. Upravo na VikiLixu se nalaze dokazi koji govore o postojanju takvog nesumnjivog pritiska na PwC i njihovog straha da će ukoliko ne postupe po nalogima države izgubiti svoju licencu i ceo svoj posao u Rusiji, a tribunal se upravo na ova dokumenta pozivao u svojoj odluci.<sup>24</sup> Tribunal je doneo odluku u korist kompanije Jukos, odnosno protiv Ruske federacije, na osnovu informacija koje su sadržane u nelegalno pribavljenim dokazima. Prilikom donošenja odluke, tribunal je uspeo da izbegne neposredno izjašnjavanje o pitanju ilegalno pribavljenih dokaza. U tekstu odluke se nesumnjivo poziva na navedene dokaze<sup>25</sup> i na taj način odlučuje da stavi na drugo mesto činjenicu o načinu na koji su ovi dokazi pribavljeni, a na prvo mesto potrebu da donese pravičnu odluku koja se zasniva na svim dostupnim informacijama, bez obzira na koji način su postale dostupne. Na osnovu ovog primera možemo zaključiti da nije neophodno da tribunal izričito i jasno prihvati nelegalno pribavljene dokaze da bi mogao da svoju odluku donese na osnovu njih.

---

23 PCA Case No. AA 227, Yukos Universal Limited v. The Russian Federation, 18. 7. 2014, konačna odluka.

24 *Ibid.*, 387– 391.

25 Ch. Blair, E. Vidak – Gojković, *op. cit.*, 249.

#### 4.1.2. ConocoPhillips v. Bolivian Republic of Venezuela

Sledeći slučaj koji ćemo analizirati je slučaj KonokoFilips (*ConocoPhillips*) protiv Venecuele.<sup>26</sup> U ovom postupku Venecuela je bila stranka koja se pozivala na dokumenta sa VikiLiks sajta. Naime, Venecuela je, između ostalog, optužena da nije vodila pregovore u dobroj veri sa drugom stranom, a „hakovani“ dokumenti i imejlovi koji su se našli na sajtu predstavljali su jedini dokaz da je Venecuela zaista pokušala da vodi pregovore u dobroj veri.

Zahtev da se uzmu u obzir ovi dokumenti odbijen je, ali iz procesnih razloga<sup>27</sup>, što znači da se tribunal nije izričito izjašnjavao povodom činjenice da su dokumenta koja su predmet razmatranja pribavljena sa sajta VikiLiks, odnosno da su postala dostupna na nelegalan način.

U ovom slučaju postoji izdvojeno mišljenje jednog od članova Tribunala koji se snažno protivi ovakvoj odluci i poziva se na kredibilitet i važnost dokumenata pribavljenih na ovaj način. Arbitar je u izdvojenom mišljenju izjavio da niti jedan tribunal ne bi trebalo da zanemari takve dokaze kada uzme u obzir svoju obavezu da dođe do istine i pravde.<sup>28</sup> U radu koji se bavi VikiLiks dokumentima, Bler (*Blair*) i Vidak-Gojković o ovom izdvojenom mišljenju navode da ono služi kao podsetnik „koliko je bitno očuvati ravnotežu između interesa pravde, sa jedne strane i proceduralnog integriteta, sa druge strane“.<sup>29</sup> Ipak, Tribunal se prilikom odlučivanja najviše oslanjao na dokaznu snagu pomenutih dokaza<sup>30</sup>, što predstavlja jedan od osnovnih interesa koje tribunali imaju na umu prilikom odlučivanja.

---

26 ICSID Case No. ARB/07/03, *ConocoPhillips Petrouzuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V., ConocoPhillips Gulf of Paria B.V., ConocoPhillips Company vs. Bolivian Republic of Venezuela*, 8. 3. 2019, konačna odluka.

27 Naime, Venecuela je predložila ilegalno pribavljene dokaze tek u zahtevu upućenom Tribunalu da ponovo odluči slučaj zbog novih dokaza koji su priloženi. Tribunal je odlučio da, u skladu sa ICSID pravilima, nema nadležnost da ponovo odlučuje o slučaju jer prvobitna odluka ima status stvari koja je *res judicata*.

28 ICSID Case No. ARB/07/03, *ConocoPhillips v. Venezuela*, Decision on Respondent's Request for Reconsideration, Izdvojeno mišljenje arbitra Georges Abi-Saab, 24.

29 Ch. Blair, E. Vidak – Gojković, *op.cit.*, 250.

30 Sara Mansour Fallah, „The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence before International Courts and Tribunals“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 19/2020, 162.

Na osnovu svega navedenog u ovom delu rada, možemo zaključiti da se tribunali često trude da se, kada treba da odluče o prihvatanju nelegalno pribavljenih dokaza, direktno ne izjašnjavaju o tom pitanju. Tribunali takođe odbijaju da navedenu vrstu dokaza nedvosmisleno okarakterišu kao ilegalne i zbog toga odbace, a što može biti posledica činjenice da često imaju na umu ravnotežu između interesa pravde i poštovanja arbitražnih pravila. Opet naglašavamo ono što je zanimljivo, a to je da čim dokaz dođe do arbitra, kada ga strane predlože, nije moguće znati koliko je baš taj dokaz uticao na konačnu odluku. Iako arbitri svoje odluke moraju da obrazlože, uvek je moguće da je prilikom donošenja konačne odluke uticaj na njih ostavio protivpravno pribavljeni dokaz. Na osnovu prakse koja nam je dostupna, a koja se tiče dokumenata sa sajta VikiLiks, možemo zaključiti da tribunali nisu skloni da olako isključe dokaze iz postupka zbog činjenice da su nelegalno pribavljeni već će ih ili prihvatiti ili odbiti, ali pod drugim obrazloženjima, kao što je postojanje procesne smetnje kao što smo videli u slučaju KonokoFilips protiv Venecuele. O tome najbolje govori i podatak da, osim jednog izdvojenog mišljenja koje je zbog svoje specifičnosti i direktnosti zavredelo pažnju teoretičara ove oblasti, arbitražni tribunali su odbijali da iskažu svoje mišljenje o datoj situaciji već su navedena dokumenta posmatrali na isti način kao i ostale dokaze, čije poreklo nije protivpravno i sporno.

#### *4.2. Praksa kao ilustracija primene arbitražnih načela prilikom odlučivanja o dozvoljenosti ilegalno pribavljenih dokaza*

U dosadašnjem izlaganju je nekoliko puta napomenuto da će se, zbog nedostatka normi i izričitih pravila, arbitražni tribunali najčešće oslanjati na praksu prilikom rešavanja problema nelegalnih dokaza, a što će upravo biti i *modus operandi* prilikom konačnog odgovora na pitanje da li se ovakvi dokazi mogu prihvatati. Stoga, u ovom delu rada će biti analizirana dva zanimljiva i poznata slučaja u kojima je tribunal odluku o protivpravno pribavljenim dokazima doneo oslanjajući se na opšta načela koja smo naveli na početku rada.

#### 4.2.1. Methanex Corporation v. United States of America

Kada god se govori o nelegalno pribavljenim dokazima, raspravljanje o slučaju Metaneks (*Methanex*) protiv Sjedinjenih Američkih Država je neizbežno. U ovom slučaju, tužilac je neovlašćeno ušao u prostorije organizacije i na taj način došao do dokumenata relevantnih za slučaj. Tužilac je tvrdio da je do dokumenata došao tako što ih je našao angažovani privatni detektiv na javnoj površini, i da samim tim nisu pribavljeni na nelegalan način. Ipak, to Tribunalu nije bio dovoljno ubedljiv argument da ih ne smatra protivpravno pribavljenim, te je Tribunal odbio da ih prihvati pod obrazloženjem da su irelevantni za dati slučaj. Međutim, to nije ono što je ovaj slučaj učinilo posebno bitnim kada govorimo o nelegalno pribavljenim dokazima. U ovom slučaju tribunal se konkretno izjasnio povodom nelegalno pribavljenih dokaza i to uopšteno, a ne samo u vezi sa konkretnim slučajem.

Tribunal je smatrao da stranke u ovom arbitražnom postupku imaju opštu dužnost jedna drugoj, a i prema Tribunalu, da se ponašaju u skladu sa principom dobre vere tokom vođenja postupka, kao i da poštuju jednakost između njih, a što je suština principa jednakog tretmana i proceduralnog poštenja.<sup>31</sup> Tribunal se dakle pozvao na načelo savesnosti i poštenja. Tribunal je zaključio da dokumenta pribavljena na ilegalan način ne mogu biti u skladu sa datim principom i da ih zato ne može uzeti u obzir prilikom odlučivanja.

Ovaj slučaj je ilustracija načina razmišljanja arbitara koji stavljaju na prvo mesto načelo savesnosti i poštenja i koji zbog tog načela odbijaju da prihvate dokaze koji su nesumnjivo nelegalni. Na kraju, iako je načelo savesnosti i poštenja naglašeno kao najvažnije, tribunali naglašavaju i da jednostavno ne bi bilo pošteno dozvoliti jednoj strani da se poziva na nelegalne dokaze, a drugoj ne jer takvo ponašanje ne bi bilo u skladu sa načelom jednakosti strana.

#### 4.2.2. Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey

Još jedan slučaj u kome se Tribunal izjasnio povodom dokaza koji su nelegalno pribavljeni jeste slučaj ICSID<sup>32</sup> arbitraže Libananko

---

31 UNCITRAL, *Methanex Corporation v. United States of America*, 2005, konačna odluka, 26.

32 Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*, dalje u fusnotama: ICSID).

Holdings (*Libananco Holdings*) protiv Turske. U tom slučaju, tužena strana se oslanjala na dokumenta koja su ne samo pribavljena na nelegalan način već su bila i poverljiva. U konkretnom slučaju, u pitanju su bila, kako Tribunal navodi u svojoj konačnoj odluci, „stotine, a možda čak i hiljade“ poverljivih dokumenata do kojih je u ovom slučaju Turska došla nelegalnim putem.<sup>33</sup> Iako je Turska negirala ovakve optužbe, Tribunal je bio stava se ova pitanja tiču najvažnijih principa ICSID arbitraže i da strane imaju obavezu da se ponašaju u skladu sa načelom savesnosti i poštenja, a da je obaveza Tribunalu da se postara za primenu ovog principa od strane svih učesnika u postupku.<sup>34</sup>

Praksa je pokazala, kao što možemo videti u navedenom slučaju, ali i u slučaju *Metaneks*, da je od velike važnosti da se Tribunal oglasi po pitanju dokaza koji su nelegalno pribavljeni i da zaštiti osnovna načela arbitražnih postupaka kao što je načelo savesnosti i poštenja.

## 5. DOZVOLJENOST KORIŠĆENJA POVERLJIVIH DOKAZA U ARBITRAŽNOM POSTUPKU

Postoje stavovi da dokumenta koja su pribavljena na nepravilan način, a koja su pri tome i poverljiva, zahtevaju viši nivo zaštite u odnosu na dokumente koji se koriste kao dokazi, a koji su pribavljeni protivno pravilima, ali nisu poverljiva.<sup>35</sup> Takvo mišljenje nalazi svoj osnov u činjenici da strane moraju imati uverenje da su bezbedne da govore o činjenicama koje mogu biti predmet poverljivih dokumenata, bez straha da će informacije koje su tim dokumentima nalaze jednog dana biti iskorišćene protiv njih u arbitražnom postupku.<sup>36</sup> Navedeni stav je svoje mesto našao i u praksi. Međutim, pre nego se posvetimo analizi konkretnih slučajeva, neophodno je istaći da postoje određene razlike i detalji na koje tribunali moraju obratiti pažnju, a pre svega to da li

33 ICSID Case No. ARB/06/8, International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, 23. 6. 2008, konačna odluka, 33.

34 *Ibid.*, 37.

35 Viver Krishnani, Confidentiality of Already Disclosed Documents: Admissibility of Improperly Obtained „Privileged“ Evidence, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/05/24/confidentiality-of-already-disclosed-documents-admissibility-of-improperly-obtained-privileged-evidence/>, 9. 3. 2021.

36 *Ibid.*, 113.

su dokumenti greškom prestali da budu tajni ili su postali dostupni javnosti na drugi način. Važno je naglasiti značaj nivoa i kvaliteta zaštite tajnosti ovih podataka. Naime, postoji stav da ukoliko informacije koje su poverljive nisu bile dovoljno zaštićene pa su, zbog toga izašle iz sfere tajnosti, ni ne zaslužuju poseban nivo zaštite i dozvoljeno je koristiti ih kao dokaze.<sup>37</sup> Primera radi, ukoliko je neki dokument koji sadrži informacija koje se tiču poverljivog odnosa koji postoji između advokata i klijenta, dospeo na internet i na taj način postao dostupan trećim licima, postavlja se pitanje da li je on i dalje poverljiv i da li je opravdano koristiti ga kao dokaz prilikom vođenja arbitražnog postupka. Zbog važnosti čuvanja poverljivosti informacija koje su zaštićene odnosom koji postoji između advokata i klijenta te informacije ne bi trebalo da se otkriju sve dok sama strana koju ta poverljivost štiti ne da za to dozvolu.<sup>38</sup>

Sledi analiza slučajeva u kojima su arbitražni tribunali odlučivali kada su im dostavljeni poverljivi dokumenti dok će na kraju biti dat rezime ovog problema i potencijalni pristupi, a sve sa ciljem pružanja odgovora na pitanje da li ovakve dokaze arbitražni tribunali treba da prihvate.

### *5.1. Catube International Oil Company v. Republic of Kazakhstan*

Što se ovog postupka tiče<sup>39</sup>, dokazi na koje su tužioci želeli da se oslone nastali su kao rezultat „hakovanja“ vlade tuženog, koji je doveo do objavljivanja više od 60 hiljada dokumenata, koji su sada, zbog toga, bili dostupni na internetu.<sup>40</sup> Tribunal je o tom zahtevu doneo odluku da se u postupku mogu koristiti sva dokumenta koja su rezultat tog „hakovanja“, ali ne i ona koja se, iako su pribavljena na identičan način, odnose na odnos koji postoji između advokata i klijenta.<sup>41</sup> Time je

---

37 *Ibid.*

38 Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, The Netherlands 2003, 602.

39 ICSID Case No. ARB/13/13, *Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devinicci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, 27. 09. 2017. konačna odluka, 42.

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*, 43.

Tribunal jasno napravio razliku između nelegalno pribavljenih dokumenata koja se tiču poverljivih podataka i dokumenata koja su takođe pribavljena na ilegalan način, ali u sebi ne sadrže poverljive podatke i ovim prvim dao veću zaštitu u odnosu na druge.

## 5.2. *HT S.R.L. v. Wee Shuo Woon*

Slično kao i u prethodnom slučaju, ali ovaj putom pred sudom u Singapuru, vođen je postupak u kome se kao jedan od problema javilo pitanje da li jedna od strana može da kao dokaze koristi poverljiva dokumenta koji su se, nakon „hakovanja“ našli na internetu.<sup>42</sup> Glavno pitanje o kome se raspravljalo u ovom slučaju jeste način tumačenja pojma javni domen.

Jedna od strana se pozivala na to da su ta dokumenta već svima dostupna i da ne postoji potreba da se dalje štiti njihova poverljivost, dok je druga strana potencirala da uvek postoji potreba da se štiti poverljivost dokumenata i da će oni postati dostupni tek ukoliko bi se uključili u postupak.

U odluci je definisano da postoje različiti načini na koje se može tumačiti pojam javnog domena i da su upravo to strane pokušavale da dokažu. Postupajući sud je bio mišljenja da bi uži smisao podrazumevao da su dokumenta ušla u domen javnosti ukoliko se koriste u arbitraži, odnosno ukoliko se nađu izvan prava na zaštitu poverljivosti<sup>43</sup>, sa druge strane, šire značenje informacija koja su javnom domenu jeste da su to one informacije koje su se našle na internetu i zbog toga su dostupne svima.<sup>44</sup>

Ova odluka je značajna za konačno davanje odgovora na pitanje da li se poverljivi dokazi mogu koristiti ili ne, jer se u odluci dalje analizira širi način razumevanja javnog domena. U odluci stoji da sama činjenica da su dokumenti dostupni znači da u trenutku njihovog objavljivanja prestaje osnov za zaštitu poverljivosti.<sup>45</sup> Dalje, kada govorimo o poverljivosti dokumenata koji su u suštini poverljivi, ali su se našli na mestu koje ih čini dostupnim svima, posebno je bitno koliko su dokumenti o kojima pričamo dostupni i da se u svakom posebnom slučaju

---

42 High Court of Singapore, Suit No 489 of 2015, *HT S.R.L. v. Wee Shuo Woon*.

43 *Ibid.*, 20–26.

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*

mora voditi računa o tome u kojoj meri su oni zaista svima na dohvat ruke. Obrazloženje odluke takođe sadrži i navode da nije sporno da ne postoji osnov da se štiti poverljivost dokumenata zakonom ukoliko su oni već dostupni svima, ali da u datoj situaciji to nije bio slučaj i da dokumenta zaista nisu bila svima dostupna, iako se nalaze na internetu, te da se neće koristiti kao dokaz.

### *5.3. Razlikovanje nelegalno pribavljenih dokaza koji u sebi sadrže poverljive informacije od onih koji ih ne sadrže*

Iz dostupne arbitražne i sudske prakse jasno proizlazi da arbitražni tribunali cene svaki slučaj pojedinačno, kao i da neretko izbegavaju oslanjanje na poverljive dokaze. Ipak, potrebno je izvršiti njihovu diferencijaciju u odnosu na dokaze pribavljene nelegalnim putem ali bez poverljivih informacija u sebi. Stoga, kada govorimo o dokumentima koji su tajni ali su se zbog jednog ili drugog razloga našli u javnom domenu, mora se u svakoj situaciji voditi računa koliko su zaista te informacije dostupne. U slučaju koji se vodio protiv Kazahstana, prihvaćeni su svi dokumenti koji su se ilegalno našli na internetu osim onih koji su bili poverljivi. Tribunal je u toj situaciji, takođe, koristio argument da takva dokumenta mora da koristi jer su u potpunosti dostupni javnosti i da odluka koju bi doneo, a da se na njih ne pozove u obrazloženju, ne bi bila činjenično potkrepljena.<sup>46</sup>

Ovaj slučaj, između ostalog, je i značajan zato što predstavlja primer načina na koji tribunal pokušava da napravi balans između različitih aspekata integriteta arbitražnog postupka.<sup>47</sup> U jednu ruku, tribunal je želeo svoju odluku da bazira na informacijama koje su dostupne i da na taj način izbegne mogućnost da donese odluku koja nije faktički tačna, a sa druge strane osetio je potrebu da ne okrene leđa činjenici da dokazi jesu nelegalno pribavljeni i da spreči prihvatanje dokaza koji su poverljive prirode.<sup>48</sup>

Dodatno, na ovom mestu treba pomenuti još jedan argument koji se često pominje kada se razmatra ovo tema. Taj argument tiče se činjenice da su arbitraže po pravilu poverljive, kao i činjenice da se

---

46 N. NG, *op.cit.*, 756.

47 *Ibid.*, 762.

48 *Ibid.*

arbitražne odluke često nađu pred nacionalnim sudovima tokom postupka priznanja i izvršenja, kao u postupku pred sudom u Singapuru koji je pomenut, a to ukoliko stranke žele da prinudno izvrše svoju arbitražnu odluku pred nacionalnim sudovima u nekoj zemlji, ukoliko se ona ne ispoštuje.<sup>49</sup> Iako postoje mišljenja da poverljivost arbitraže nije više njeno dominantno obeležje, činjenica je da postoje načini na koje se ta tajnost ipak može očuvati kada za to postoje opravdani interesi.<sup>50</sup> U takvim situacijama može doći do sledećeg problema: da se arbitražna odluka zasniva na poverljivim informacijama i da se takva arbitražna odluka nađe pred nacionalnim sudom koji je onda objavi. Tada može doći do još većeg kršenja sigurnosti koja postoji u tajnost arbitraže i strane mogu ovu činjenicu opravdano istaći kao još jedan od argumenata zašto je opasno i nepoželjno koristi poverljive informacije kao dokaze u arbitražnim postupcima.

Na kraju, može se zaključiti da postoje mnogobrojni argumenti koje stranke mogu koristiti da bi ubedile arbitre da prihvate dokumenta koja u sebi imaju poverljive informacije kao dokaze u arbitražnim postupcima, pre svega pozivajući se na opšta načela vođenja arbitražnog postupka ali, sa druge strane postoji isto toliko argumenata koje suprotna strana može iskoristiti da bi dokazala da se informacije koje su predmet rasprave ipak ne smeju koristiti.

## 6. ZAKLJUČAK

S obzirom na činjenicu da je dostavljanje dokaza ujedno i mogućnost uticaja na konačnu odluku arbitara, stava smo da je arbitražna odluka u slučaju protiv Kazahstana najbliža optimalnom rešenju, a to je da je neophodno napraviti razliku između dokumenata koji poseduju u sebi poverljive informacije i onih koji to nisu, te da je tu sigurnost i poverljivost neophodno sačuvati. Nesporno je da i tribunali imaju potrebu da sačuvaju poverljivost dokumenata u arbitražnim postupcima i da na taj način održe poverenje u tajnost arbitražnog postupka kao celine. Međutim, bez postojanja jasnih pravila o tome da li nelegalni i poverljivi dokumenti jesu ili nisu dozvoljeni kao dokazi, kao i u slučaju

49 Andrew Tweeddale, Karen Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice*, New York 2005, 355.

50 Maja Stanivuković, „Javnost i tajnost arbitraže“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 52(2)/2018, 475.

nedostatka tačne definicije koji dokazi spadaju u kategoriju poverljivih odnosno dokaza pribavljenih protivpravnim putem, tribunali će pred sobom imati zadatke da od slučaja do slučaja ocenjuju dokaze i da na taj način, kroz stvaranje prakse, pokušaju da dođu do optimalnog rešenja jer je očigledno da striktna pravila i odgovori na ovo pitanje ne postoje. S druge strane, nepostojanje ovakvih pravila, kao i jasne definicije navedenih dokaza, opravdano je velikim brojem i raznovrsnošću situacija na koje arbitri treba da odgovore i interesa koji moraju da zaštite. Stoga možemo zaključiti da je jedino ispravno rešenje, koje zapravo i egzistira u arbitražnoj praksi, da ova materija ne treba da bude regulisana striktno i formalno, već da se pruži mogućnost arbitrima da se oslanjajući se na opšta načela, prilagode konkretnom slučaju. Na osnovu prakse različitih tribunala koja je prikazana u ovom radu, možemo zaključiti i da tribunali tu „privilegiju“ ne zloupotrebljavaju i koriste fleksibilnost u najboljem interesu strana u postupku i donošenja, na zakonu i pravu zasnovane, odluke.

*Jelisaveta Boljanović, LL.M.*

*Teaching Associate at University of Belgrade – Faculty of Law*

## ILLEGALLY OBTAINED AND CONFIDENTIAL EVIDENCE IN ARBITRAL PROCEEDINGS

### *Summary*

Subject of this article are illegally obtained and confidential evidence that parties rely on in arbitral proceedings. Although arbitration owes its existence to the agreement of the parties, the question that poses itself is if this agreement allows them to rely on illegally obtained and confidential evidence or is this the place where their autonomy will be limited. Having in mind that there are no strict rules that regulate this topic, in order for us to come to an answer, this article will firstly analyze arbitral decisions. Due attention will also be given to the general principles of the arbitral proceedings that tribunals rely upon. The goal of this article is to prove that these general principles are more than enough and that strict rules in this area of arbitration are not needed. Moreover, legal interest will be best served if we allow arbitrators to base their decisions on the said principles. Lastly, this

article will prove that there should be a difference when dealing with illegally obtained and confidential evidence.

Key words: *Arbitration. – The process of presenting evidence in Arbitral Proceedings. – Illegally obtained evidence in Arbitral proceedings. – Confidential evidence in Arbitral Proceedings.*

## LITERATURA

Blair C., Vidak-Gojković E., „Wikileaks and Beyond: Discerning an International Standard for the Admissibility of Illegally Obtained Evidence“, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 33/2018.

Born G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands 2020.

Buhring Uhle C., *Arbitration and Mediation in International Business*, Kluwer Law International, The Netherlands 2006.

Dorđević M., „Procesne nepravilnosti kao razlog za poništaj arbitražne odluke, pouke iz uporedne prakse“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije* 2020.

Erlanger S., Europeans Criticize Fierce U.S. Response to Leaks, [https://www.nytimes.com/2010/12/10/world/europe/10wikileaks-react.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2010/12/10/world/europe/10wikileaks-react.html?_r=0).

Gaillard E., Savage J., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands 1999.

Garcia-Perrote G., Admissibility of „Hacked Evidence“ in International Arbitration, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/07/07/admissibility-of-hacked-evidence-in-international-arbitration/>.

Hiber D., Pavić V., „Arbitration and Crime“, *Journal of International Arbitration* 25/2008.

Knežević G., Pavić V., *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009.

Krishnani V., Confidentiality of Already Disclosed Documents: Admissibility of Improperly Obtained „Privileged“ Evidence,

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/05/24/confidentiality-of-already-disclosed-documents-admissibility-of-improperly-obtained-privileged-evidence/>, 9. 3. 2021.

Lazić M., Palermo G., Dragičević S., „Ex aequo et bono in international arbitration“, *Revija kopaoničke škole prirodnog prava* 1/2020.

Lew J., Mistelis L., Kroll S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands 2003.

Mansour Fallah S., „The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence before International Courts and Tribunals“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2020.

Mikhailovich Khodykin R., Mulcahy C., Fletcher N., *A Guide to the IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration*, Cambridge University Press, New York 2019.

Moses M. L., *Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, New York 2008.

Peter Berger K., *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands 2015.

S NG N., „Illegally obtained Evidence in International Arbitration, Protecting the Integrity of Arbitration“, *Singapore Academy of Law Journal* 32/2020.

Stanivuković M., „Javnost i tajnost arbitraže“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 52, br. 2, Novi sad, 2018

Tweeddale A., Tweeddale K., *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*, Oxford University Press, New York 2007.

Article history:

Received: 5. 8. 2023.

Accepted: 20. 11. 2023.

Dr Armando Demark\*

Andro Amančić\*\*

## OBUSTAVA OVRHE ZBOG OVRHOVODITELJEVOG NEPODUZIMANJA RADNJI U POSTUPKU

*Krajem 2020. godine u Republici Hrvatskoj na snagu je stupila dopunjena odredba članka 72. Ovršnog zakona, stavak 3. koje sada propisuje kako će se ovrha obustaviti po službenoj dužnosti ako ovrhovoditelj u roku od jedne godine nije poduzeo niti jednu radnju u postupku. Nakon uvoda koji se osvrće na opće i posebne razloge obustave ovrhe uopće, u središnjem dijelu rada autori analiziraju navedenu odredbu de lege lata. Autori ističu pozitivne i negativne učinke predmetne odredbe, dovodeći ih u vezu s proklamiranim izvornim namjerama zakonodavca prilikom njezina donošenja. U navedenom dijelu rada, uspoređuju navedenu odredbu s člankom 72 stavkom 2 Ovršnog zakona te ističu njezinu (ne) prisutnost u pravnim poretcima drugih europskih država. Naglasak se u analizi stavlja na karakter odnosno sadržaj radnje koju ovrhovoditelj mora poduzeti u roku od godine dana kako ne bi došlo do obustave ovrhe primjenom navedene odredbe. Ističu se načini na koji domaća sudska praksa interpretira navedenu odredbu te se ona analizira i s aspekta prava na pristup sudu. Naposljetku, autori upozoravaju na probleme koji bi mogli nastati pretjeranim formalističkim tumačenjem navedene odredbe te iznose de lege ferenda prijedloge za ograničavanje njezine primjene isključivo na ovršne postupke radi naplate novčane tražbine.*

**Ključne reči:** Ovrha. – Ovršni postupak. – Pasivnost ovrhovoditelja. – Obustava ovrhe. Ovršne radnje.

---

\* Autor je asistent na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, Katedra za građansko pravo, [ademark@pravri.uniri.hr](mailto:ademark@pravri.uniri.hr), Orcid ID: 0000-0001-9986-2169 (Republika Hrvatska)

\*\* Autor je magistar prava i odvjetnik u Rijeci, [andro.amancic@gmail.com](mailto:andro.amancic@gmail.com), Orcid ID: 0009-0001-5672-3377 (Republika Hrvatska).

## 1. UVOD

Obustava ovrhe pojam je koji označava dovršetak ovršnog postupka iz zakonom propisanih razloga, a koji se očituje u prestanku poduzimanja daljnjih postupovnih radnji, uz ukidanje svih do tada provedenih radnji u postupku, pod pretpostavkom da to ukidanje ne dira u stečena prava trećih osoba.<sup>1</sup> Odluka o obustavi ovršnog postupka je konstitutivnog karaktera. Ako se iz nekog razloga obustave ovrhe mogu obustaviti sve vrste ovrha, riječ je o općim razlozima obustave, dok se o posebnim razlozima obustave radi ako se zbog tih razloga mogu obustaviti samo pojedine vrste ovrha.<sup>2</sup> Ovrha se obustavlja po službenoj dužnosti ako je ovršna isprava pravomoćno ukinuta, preinačena, poništena, stavljena izvan snage ili je na drugi način određeno da je bez učinka, odnosno ako potvrda o ovršnosti bude ukinuta.<sup>3</sup> Ona se obustavlja i zbog njezine naknadne nemogućnosti ili neprovedivosti.<sup>4</sup> Također, zakon predviđa situacije u kojima će do obustave ovrhe doći na inicijativu ovrhovoditelja, primjerice povlačenje prijedloga za ovrhu,<sup>5</sup> odnosno na inicijativu ovršenika, kao što je slučaj iz čl. 72 st. 4 OZ-a kada do obustave dolazi na prijedlog ovršenika ako sud utvrdi da su nakon isteka roka za žalbu provedbom ovrhe obuhvaćeni predmeti koji nisu određeni u rješenju o ovrsi, a izuzeti su od ovrhe ili je na njima mogućnost ovrhe ograničena.<sup>6</sup> Ovrha se u pojedinim slučajevima može obustaviti i zbog njezine nesvrishodnosti.<sup>7</sup> Međutim, najčešći je *ratio* zakonskog propisivanja obustave ovrhe i do novele

1 Mihajlo Dika, *Građansko ovršno pravo, I. knjiga: Opće građansko ovršno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2007, 414.

2 *Ibid.*

3 Ovršni zakon, NN br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, 131/20, 114/22, dalje: OZ, čl. 72 st. 1.

4 OZ, čl. 72 st. 2.

5 OZ, čl. 40 st. 1 i 2: „(1) Ovrhovoditelj može tijekom postupka, bez pristanka ovršenika, povući u cijelosti ili djelomice prijedlog za ovrhu. (2) U slučaju iz stavka 1. ovoga članka sud će obustaviti ovrhu.“

6 OZ, čl. 72 st. 4 Svi do sada navedeni razlozi obustave ovrhe bili su na sličan način uređeni i Zakonom o izvršnom postupku (SL SFRJ, br. 20/78, 6/82). Detaljnije vidi u: Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, *Sudsko izvršno pravo, Opći dio, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Informator, Zagreb 1984, 250–254.

7 Vid. primjerice čl. 94 st. 1 OZ-a koji propisuje kako svaka osoba koja se ima pravo namiriti iz prodajne cijene nekretnine, a koja po redu prvenstva dolazi

2020. bio sankcioniranje izostanka zahtijevanog aktiviteta ovrhovoditelja, odnosno predlagatelja osiguranja u postupku,<sup>8</sup> premda je to do novele činjeno na neizravan način. OZ tako propisuje obustavu ovrhe kao posljedicu za čitav niz situacija u kojima se ovrhovoditelj držao pasivno. Primjerice, ukoliko ne predujmi troškove provedbe ovrhe u određenom roku,<sup>9</sup> ukoliko ne predloži nastavak ovrhe nakon odgode ovrhe na njegov prijedlog,<sup>10</sup> ukoliko u slučaju ovrhe na pokretninama nije osigurano sve što je potrebno za njihovu otpremu i smještaj itd.<sup>11</sup> U svakom slučaju, razlozi obustave ovrhe moraju kao takvi biti propisani zakonom, bilo OZ-om kao općim propisom, bilo posebnim propisima.<sup>12</sup>

Člankom 7 Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona<sup>13</sup> odredba članka 72 OZ-a dopunjena je na način da je dodan novi stavak 3 koji glasi: „Ovrha će se obustaviti po službenoj dužnosti ako ovrhovoditelj u roku od jedne godine nije poduzeo niti jednu radnju u postupku.“<sup>14</sup> Ova zakonska izmjena je nametnula dodatan teret ovrhovoditeljima koji su, opreza radi, morali voditi računa o tome da u svakom ovršnom postupku pošalju barem jedan podnesak u svrhu izbjegavanja rizika od obustave ovršnog postupka. Što više ovršnih postupaka vodi jedan ovrhovoditelj, taj mu je teret značajniji. S druge strane, navedena odredba je korisna za ovršenike, koji su se mogli nadati propuštanju poduzimanja ikakvih radnji od strane ovrhovoditelja, a samim time i obustavi ovrhe, čija je redovita posljedica zastara

ispred ovrhovoditelja, može predložiti da se ovrha obustavi ako utvrđena vrijednost nekretnine ne pokriva ni djelomice iznos tražbine ovrhovoditelja.

8     Gabrijela Mihelčić, *Komentar Ovršnog zakona s opsežnom sudskom praksom i abecednim kazalom pojmova*, Organizator, Zagreb 2015, 328.

9     OZ, čl. 14. st. 2.

10    OZ, čl. 70. st. 4.

11    OZ, čl. 141 st. 5 Daljnje primjere vidi u: G. Mihelčić, *op. cit.*, 328–329.

12    Željko Gusić, „Obustava ovrhe“, *Hrvatska pravna revija* 12/2016, 80. Gusić ističe da OZ obustavu ovrhe izričito propisuje u trideset i jednom slučaju, dok je odredbe o obustavi ovrhe moguće pronaći još u Zakonu o parničnom postupku (NN br. 53/91, 91/92, 112/99, 129/00, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 96/08, 84/08, 123/08, 57/11, 25/13, 89/14, 70/19, 80/22, 114/22, dalje: ZPP) te pojedinim odredbama Stečajnog zakona (NN br. 71/15, 104/17, 36/22) i Zakona o stečaju potrošača (NN br. 100/15, 67/18, 36/22).

13    Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, NN br. 131/20, dalje: ZID OZ/20.

14    OZ, čl. 72 st. 3.

(dijela) zateznih kamata, ali posljedica može biti i zastara cjelokupnog potraživanja ovrhovoditelja sukladno članku 242 Zakona o obveznim odnosima.<sup>15</sup> Nakon iznesenog kratkog prikaza instituta obustave ovrhe, središnji dio rada usmjeren je na *de lege lata* analizu čl. 72 st. 3 OZ-a. Također, ta odredba je odnedavno i interpretirana na različite načine od strane hrvatske sudske prakse, stoga će rasprava obuhvatiti i stajališta sudova o predmetnoj normi, kako domaćih, tako i Europskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP).

## 2. ODREDBA ČLANKA 72 STAVKA 3 OVRŠNOG ZAKONA DE LEGE LATA

Novom odredbom čl. 72 st. 3 OZ-a zakonodavac je nastojao izričito sankcionirati pasivnost ovrhovoditelja u ovršnom postupku. Prvotno predloženi tekst odredbe u javnom savjetovanju o Prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona glasio je: „Ovrha će se obustaviti po službenoj dužnosti, ako ovrhovoditelj u roku od tri godine nije poduzeo niti jednu radnju u postupku, odnosno ako u istom roku nije poduzeta niti jedna ovršna radnja.”<sup>16</sup> Primjećujemo kako je zakonodavac prethodno predvidio duži rok koji je potreban kako bi pasivnost ovrhovoditelja dovela do obustave ovrhe, točnije, tri godine. Rok koji je u konačnici postao dijelom odredbe čl. 72 st. 3 OZ-a iznosi jednu godinu te je on, u odnosu na ovršne postupke koji su tada već bili u tijeku, počeo teći od dana stupanja na snagu ZID OZ/20, odnosno od 28. 11. 2020. godine.<sup>17</sup> Zakonodavac je u Prijedlogu ZID OZ/20 s konačnim prijedlogom zakona u obrazloženju uz članak 7 ocijenio

- 
- 15 Zakon o obveznim odnosima, NN br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22, 156/22, čl. 242: „(1) Prekid zastare izvršen podnošenjem tužbe ili kojom drugom vjerovnikovom radnjom poduzetom protiv dužnika pred sudom ili drugim nadležnim tijelom radi utvrđivanja, osiguranja ili ostvarenja tražbine, smatra se da nije nastupio ako vjerovnik odustane od tužbe ili radnje koju je poduzeo. (2) Isto tako, smatra se da nije bilo prekida ako vjerovnikova tužba ili zahtjev bude odbačen ili odbijen, ili ako određena mjera osiguranja bude stavljena izvan snage.“
- 16 Savjetovanje o Prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona s konačnim prijedlogom zakona, Članak 6, <https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/MainScreen?entityId=15061>, 3. 3. 2023.
- 17 ZID OZ/20, čl. 20 st. 3 Primjenu navedene odredbe u sudskoj praksi, vidi primjerice u: Županijski sud u Zagrebu, Gž Ovr-719/2023 od 4. 4. 2023.

kako je navedeni rok od godinu dana u cijelosti primjeren, pa čak i za ovrhovoditelje s većim brojem ovršnih postupaka,<sup>18</sup> bez dodatnog osvrta na razloge smanjenja predmetnog roka s tri na jednu godinu.

Također je moguće primijetiti kako je prijedlog predmetne odredbe originalno diferencirao između radnji u postupku i ovršnih radnji, bez daljnjeg obrazloženja o kojim je točno radnjama riječ, a ne poduzimanjem kojih (od strane ovrhovoditelja u propisanom roku) bi došlo do obustave ovrhe. Za vrijeme javnog savjetovanja, kao obrazloženje prethodno navedene odredbe navedeno je: „Predmetnom odredbom se propisuje da će se ovrha obustaviti po službenoj dužnosti ako ovrhovoditelj u roku od tri godine nije poduzeo niti jednu radnju u postupku, s obzirom na to da se predmetnom odredbom potiče ovrhovoditelje na aktivno sudjelovanje u ovršnom postupku radi ostvarenja tražbine jer svaka neaktivnost bespotrebno povećava visinu duga budući da kamate teku, a ne poduzimaju se odgovarajuće radnje radi ostvarenja tražbine.”<sup>19</sup> Međutim, ukoliko je smisao odredbe da se spriječi bespotrebno povećanje visine duga ovršenika zbog rasta zateznih kamata, primjena predmetne odredbe se trebala od početka ograničiti isključivo na ovršne postupke koji se provode radi naplate novčane tražbine. Dakle, prisutna je nomotehnička nedorečenost *ab ovo* jer uslijed izostanka takvog ograničenja u samoj odredbi, odnosno pravilnog kodificiranja namjere zakonodavca navedene u obrazloženju, postoji rizik od pogrešne interpretacije i primjene predmetne odredbe u ovršnim postupcima u kojima zbog odugovlačenja ovršnog postupka, neovisno je li uzrok odugovlačenja pasivnost ovrhovoditelja ili bilo koji drugi, ne nastaje niti jedna izravna negativna posljedica za ovršenika, kao primjerice u ovršnom postupku radi ispražnjenja i predaje nekretnine. Pojednostavljeno rečeno, nejasno je zbog čega je zakonodavac propustio jasno naznačiti je li predmetna pasivnost ovrhovoditelja opći ili posebni razlog obustave ovrhe, odnosno zašto je odredba kojom je taj razlog ustanovljen sročena na način da se radi o općem razlogu, kada je zakonodavac u obrazloženju te odredbe implicirao da se ona u prvom redu odnosi na ovrhu radi naplate novčane tražbine.

- 
- 18 Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, s konačnim prijedlogom zakona, Zagreb 2020, Obrazloženje uz članak 7, [https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/20201119/113605/PZE\\_69.pdf](https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/20201119/113605/PZE_69.pdf), 17. 7. 2023.
- 19 Savjetovanje o Prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona s konačnim prijedlogom zakona, Obrazloženje uz članak 6, <https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/MainScreen?entityId=15061>, 3. 3. 2023.

Nadalje, nije sasvim jasan ni točan sadržaj radnje koju ovrhovoditelj mora poduzeti radi izbjegavanja ispunjenja pretpostavki odredbe članka 72 stavka 3 OZ-a. U tom smislu je određene dvojbe izdvojila i Pravosudna akademija, navodeći kako se postavlja pitanje je li slanje požurnice od strane ovrhovoditelja dovoljan razlog da do obustave ne dođe, odnosno kako će sudovi procjenjivati podneske u kojima ovrhovoditelj tek predlaže nastavak postupka, bez poduzimanja ikakvih drugih radnji.<sup>20</sup> U sličnom je tonu izneseno nekoliko komentara na navedenu odredbu tijekom postupka javnog savjetovanja. Međutim, kao odgovor na navedene opaske, točnije, u Izvješću o provedenom savjetovanju o prijedlogu novele, istaknuto je kako „...nije potrebno obrazlagati koje točno radnje ovrhovoditelj treba poduzeti jer je razumljivo da se pod pojmom radnja smatra upravo ona radnja koja je poduzeta radi ostvarivanja tražbine, a koja je kao takva predviđena Ovršnim zakonom.“<sup>21</sup> Iz navedene formulacije, kao i iz ranije spomenutog prvog predloženog teksta odredbe čl. 72 st. 3 OZ-a, moglo bi se zaključiti kako je zakonodavac prvotno namjeravao domašaj te odredbe proširiti na sve ovršne radnje, budući da su, prema čl. 4 OZ-a, sredstva ovrhe i osiguranja ovršne radnje, odnosno radnje osiguranja ili sustav takvih radnji kojima se po zakonu tražbina prisilno ostvaruje ili osigurava.<sup>22</sup> U važećoj odredbi izostaje drugi dio njezinog izvornog prijedloga koji se odnosi na nepoduzimanje niti jedne ovršne radnje u propisanom roku, već je dijelom odredbe ostalo jedino nepoduzimanje niti jedne radnje

---

20 Zinka Bulka, Svjetlana Vidović, *Novela Ovršnog zakona, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Priručnik za polaznike*, Pravosudna akademija, Zagreb 2022, 77, <https://www.pak.hr/wp-content/uploads/2022/04/Novela-Ovrsnog-zakona.pdf>, 27. 6. 2023.

21 Izvješće o provedenom savjetovanju – Savjetovanje o Prijedlogu zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona s Končanim prijedlogom zakona, <https://esavjetovanja.gov.hr/ECon/EconReport?entityId=15061> 28. 6. 2023.

22 OZ, čl. 4 st. 1 Pojedine ovršne radnje eksplicitno su propisane OZ-om za ovrhe na pojedinim objektima. Vid. primjerice čl. 80 OZ-a za ovršne radnje kod ovrhe na nekretnini, čl. 136 st. 1 OZ-a za ovršne radnje kod ovrhe na pokretninama, čl. 174 st. 1 OZ-a za ovršne radnje kod ovrhe na novčanoj tražbini, čl. 220 OZ-a za ovršne radnje kod ovrhe na tražbini da se predaju ili isporuče pokretnine ili da se preda nekretnina, čl. 229 OZ-a za ovršne radnje kod ovrhe na dionici za koju nije izdana isprava o dionici te na udjelu odnosno poslovnom udjelu u trgovačkom društvu, čl. 234 OZ-a za ovršne radnje kod ovrhe na vrijednosnim papirima koji su ubilježeni na računima kod Središnjeg klirinškog depozitarnog društva, čl. 240 OZ-a za ovršne radnje kod ovrhe na drugim imovinskim odnosno materijalnim pravima itd.

u postupku od strane ovrhovoditelja. Navedeno ocjenjujemo logičnim i spretnijim rješenjem, s obzirom da su ovršne radnje u prevladavajućem dijelu radnje koje u postupku poduzima sud, a ne ovrhovoditelj tj. stranke u postupku,<sup>23</sup> stoga ne bi bilo sasvim ispravno nepoduzimanje ovršnih radnji u određenom roku uvrstiti u odredbu kojom je uređena obustava ovrhe zbog ovrhovoditeljeve pasivnosti.

Ovdje valja raspraviti i o samoj svrsishodnosti postojanja odredbe čl. 72 st. 3 OZ-a, uzimajući u obzir već postojeću odredbu čl. 72 st. 2 OZ-a prema kojoj će se ovrha obustaviti ako je postala nemoguća ili se iz drugih razloga ne može provesti. Navedena nemogućnost može biti faktične ili pravne naravi. U literaturi je zauzeto shvaćanje kako je relevantna objektivna nemogućnost ispunjenja te kako navedena nemogućnost dovodi do obustave ovrhe tek ako se nakon isteka roka za žalbu protiv rješenja o ovrsi utvrdi nemogućnost njezine provedbe.<sup>24</sup> S obzirom na utvrđenja koja su do sada iznesena u ovom radu, u prvom redu, da obustava ovrhe temeljem čl. 72 st. 3 OZ-a u obzir dolazi jedino kada je nastavak ili okončanje postupka ovisi o radnji ovrhovoditelja, a ne ovršnog suda, moguće je postaviti pitanje suvišnosti odredbe čl. 72 st. 3 OZ-a. Naime, ukoliko nastavak postupka doista ovisi isključivo o nekoj radnji ovrhovoditelja koja mu je na raspolaganju, a ovrhovoditelj tu radnju ne poduzme, nastala je situacija uslijed koje se ovrhu ne može provesti, odnosno ispunjenje su pretpostavke za obustavu ovrhe po čl. 72 st. 2 OZ-a. Moguće je zauzeti shvaćanje kako se odredba stavka 2 primjenjuje u slučaju objektivne nemogućnosti provedbe, dok se odredba stavka 3 primjenjuje u slučajevima subjektivne nemogućnosti provedbe, međutim navedeno razmatranje onda otvara dodatna pitanja. Primjerice, zbog čega je zakonodavac kod subjektivne nemogućnosti ovrhe, u slučajevima kada ovrhovoditelj ne poduzima radnje u postupku, propisao dilatorni rok od godine dana nakon čijeg proteka tek dolazi do obustave ovrhe ukoliko ovrhovoditelj ne poduzme radnju, dok kod objektivne nemogućnosti ovrhe nema takvog propisanog dilatornog roka? Ne bi li, s normative perspektive, bilo svrsishodnije da se oštrijim procesnim sankcijama podlože ovrhovoditelji koji

23 S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *op. cit.*, 202. Korisno je za istaknuti i kako navedeni autori ovršne radnje definiraju kao procesne radnje kojima se provodi ovrha.

24 M. Dika, *op. cit.*, 416. Vidi i: Ž. Gusić, *op. cit.*, 85. i tamo citiranu sudsku praksu.

skriviljeno odugovlače daljnje provođenje ovrhe naspram ovrhovoditelja koji zbog objektivnih okolnosti izvan njihovog utjecaja nisu uspjeli provesti ovrhu? Naime, postoji čitav niz objektivnih okolnosti, poput primjerice nepostojanja pokretnina u vlasništvu ovršenika na kojima bi se mogla provesti ovrha radi naplate tražbine, koje protekom određenog vremena mogu biti otklonjene. Međutim, u takvim slučajevima sudovi obavještavaju ovrhovoditelja o nemogućnosti provedbe ovrhe te ukoliko ovrhovoditelj ne predloži novo sredstvo i predmet ovrhe u (kraćem) roku od dva mjeseca od takve obavijesti, sud će obustaviti ovrhu.<sup>25</sup>

Nastavno na navedeno, ovdje ističemo i kako odredbu poput čl. 72 st. 3 OZ-a ne nalazimo u pravnim porecima susjednih država čije je ovršnopravno uređenje slično hrvatskome, poput Bosne i Hercegovine,<sup>26</sup> Slovenije<sup>27</sup> ili Srbije.<sup>28</sup> Takve odredbe nema ni među općim razlozima obustave ovrhe u njemačkom ovršnom pravu.<sup>29</sup> Ipak, pasivnost ovrhovoditelja kao razlog obustave ovrhe ima istaknutiji značaj, primjerice, u državama poput Italije, gdje držanje stranke u postupku dolazi do većeg izražaja nego u pravnim porecima poput hrvatskog, gdje sud po službenoj dužnosti izvršava ovršne radnje. Zanimljivo je tako spomenuti kako čl. 630 talijanskog Zakona o parničnom postupku (*Codice di procedura civile*) propisuje kako se ovršni postupak obustavlja ako stranke ne nastave postupak, odnosno ne predlože nastavak postupka u roku određenom zakonom ili od strane ovršnoga suca.<sup>30</sup> Svrha je navedene odredbe u prvom redu uređenje situacije u kojoj je

25 OZ, čl. 5 st. 3 i 4.

26 Vid. Zakon o izvršnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije BiH*, br. 32/03, 52/03 – ispr., 33/06, 39/06 – ispravka, 39/09, 35/12 i 46/16 i „*Službeni glasnik BiH*“, br. 42/18 – odluka Ustavnog Suda, čl. 63.

27 Vid. Zakon o izvršbi in zavarovanju, *Uradni list RS*, št. 3/07 – uradno prečišćeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15, 76/15 – odl. US, 11/18, 53/19 – odl. US, 66/19 – ZDavP-2M, 23/20 – SPZ-B, 36/21, 81/22 – odl. US in 81/22 – odl. US, čl. 76.

28 Vid. Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Sl. glasnik RS* br. 106/2015, 106/2016 – autentično tumačenje, 113/2017 – autentično tumačenje, 54/2019, 9/2020 – autentično tumačenje i 10/2023 – dr. zakon, čl. 129.

29 Vid. Zivilprozessordnung, BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781, čl. 775.

30 Codice di procedura civile, *Gazzetta Ufficiale* 253 od 28.10.1940., dalje: CPC, čl. 630. st. 1. u izvorniku glasi: „*Oltre che nei casi espressamente previsti dalla*

potrebno predložiti nastavak ovršnog postupka nakon što je ovrha bila odgođena. Naime, dok se u hrvatskom pravu odgođena ovrha u pravilu nastavlja po službenoj dužnosti nakon proteka vremena za koje je određena,<sup>31</sup> a na prijedlog ovrhovoditelja samo ukoliko je ovrhovoditelj taj koji je odgodu predložio (pod prijetnjom obustave ovrhe),<sup>32</sup> u talijanskom pravu je zainteresirana stranka u svakom slučaju subjekt koji mora predložiti nastavak postupka u roku od deset dana od isteka vremena na koji je ovrha bila odgođena.<sup>33</sup> Pod zainteresiranom strankom se u kontekstu navedene odredbe svakako trebaju smatrati vjerovnici (*creditori muniti*) tj. pandani ovrhovoditeljima u hrvatskim ovršnim postupcima.<sup>34</sup> Ovršni postupak u svakom slučaju mora biti nastavljen u roku koji odredi ovršni sudac, koji ne smije biti dulji od šest mjeseci od pravomoćnosti prvostupanjske odluke.<sup>35</sup> Sličnu odredbu o obustavi ovrhe u slučaju kada vjerovnik tj. ovrhovoditelj ne predloži nastavak postupka pronalazimo i u austrijskom ovršnom pravu.<sup>36</sup>

Međutim, u navedenim pravnim poretcima izostanak radnji ovrhovoditelja u fiksnom zadanom vremenu i neovisno o ostalim okolnostima postupka ne predstavljaju razlog za obustavu ovrhe, već se

---

*legge il processo esecutivo si estingue quando le parti non lo proseguono o non lo riassumono nel termine perentorio stabilito dalla legge o dal giudice.“*

31 OZ, čl. 71 st. 1.

32 OZ, čl. 70 st. 4.

33 CPC, čl. 624-bis, st. 2 u izvorniku glasi: „Entro dieci giorni dalla scadenza del termine la parte interessata deve presentare istanza per la fissazione dell'udienza in cui il processo deve proseguire.“

34 Biagio Limongi, *La chiusura atipica del processo esecutivo. Elementi per uno studio sui poteri del giudice dell'esecuzione*, Doktorska disertacija, Sapienza Università di Roma 2021–2022, 102, [https://iris.uniroma1.it/retrieve/331220ba-0184-4c3a-9614-bd593452562a/Tesi\\_dottorato\\_Limongi.pdf](https://iris.uniroma1.it/retrieve/331220ba-0184-4c3a-9614-bd593452562a/Tesi_dottorato_Limongi.pdf), 17. 7. 2023.

35 CPC, čl. 627 u izvorniku glasi: „Il processo esecutivo deve essere riassunto con ricorso nel termine perentorio fissato dal giudice dell'esecuzione e, in ogni caso, non più tardi di sei mesi dal passaggio in giudicato della sentenza di primo grado o dalla comunicazione della sentenza d'appello che rigetta l'opposizione.“

36 Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Executions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung – EO), čl. 39 st. 1 t. 6 u izvorniku glasi: „Außer den in den §§ 35, 36 und 37 angeführten Fällen ist die Exekution unter gleichzeitiger Aufhebung aller bis dahin vollzogenen Exekutionsakte einzustellen: (...) wenn der Gläubiger das Exekutionsbegehren zurückgezogen hat, wenn er auf den Vollzug der bewilligten Exekution überhaupt oder für eine einstweilen noch nicht abgelaufene Frist verzichtet hat, oder wenn er von der Fortsetzung des Exekutionsverfahrens abgestanden ist;“

citirane odredbe primjenjuju na slučajeve u kojima je ovrhovoditelj propustio poduzeti zakonom (točno) propisanu radnju – prijedlog za nastavak postupka, i to unutar roka određenog sudskom odlukom ili zakonskom odredbom uz početak tijeka roka od pravomoćnosti sudske odluke. Samim time, ne dolazi niti do obveze ovrhovoditelja da u svrhu sprječavanja rizika od obustave ovrhe periodično provodi radnje koje mogu biti irelevantne za provedbu ovrhe (npr. slanje požurnice), a time se dodatno nameće i novčana obveza stranci ukoliko istu zastupa kvalificirani punomoćnik.

Naposljetku, potrebno je skrenuti pozornost i na činjenicu da je u konačnom prijedlogu ZID OZ/20, u obrazloženju uz članak 7, zakonodavac istaknuo kako se predloženim zakonskim rješenjem pokušava razlikovati između onih postupaka gdje ovrhovoditelji imaju interes provesti ovrhu od onih gdje oni samo formalno iskazuju svoju želju za nastavkom postupka, bez predlaganja konkretnih ovršnih radnji.<sup>37</sup> Međutim, navedeno ne možemo ocijeniti solidnim obrazloženjem predmetne odredbe, zbog ranije navedenih razloga; budući da ovrhovoditelj provođenje svih ovršnih radnji može predložiti već u samom prijedlogu za ovrhu, a naknadno poduzimanje pojedine ovršne radnje propisane OZ-om za pojedinu vrstu ovrhe najčešće ne ovisi o ovrhovoditeljevom prijedlogu, već o postupanju ovršnog suda. Ostaje stoga nejasno i na čemu zakonodavac temelji uvjerenje da će se zbog djelovanja predmetne odredbe „...sudovi u konačnici moći maksimalno posvetiti upravo onim ovršnim predmetima u kojima ovrhovoditelj ima interes da se ovrha zaista i provede“<sup>38</sup> s obzirom da su ovršne radnje, kako je već prethodno istaknuto, izričito propisane OZ-om za svaku pojedinu vrstu ovrhe te nakon njihovog predlaganja u prijedlogu za ovrhu, zadaća suda nije utvrđivati interes ovrhovoditelja za provođenje tih radnji (štoviše, ovrhovoditeljev interes se presumira), već se pobrinuti da se one doista i provedu. Izuzev navedenoga, može se istaknuti i kako se interes ovrhovoditelja za provedbu ovrhe ne može utvrditi isključivo iz broja poduzetih radnji ili temeljem vremenskog perioda proteklog između poduzimanja pojedinih radnji.

37 Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, s konačnim prijedlogom zakona, Zagreb, 2020, Obrazloženje uz članak 7, [https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/20201119/113605/PZE\\_69.pdf](https://www.sabor.hr/sites/default/files/uploads/sabor/20201119/113605/PZE_69.pdf), 17. 7. 2023. Istovrsno stajalište sudske prakse vidi u: Županijski sud u Velikoj Gorici, Gž Ovr-67/2022 od 10. 3. 2022.

38 *Ibid.*

### 3. TUMAČENJE ČLANKA 72 STAVKA 3 OVRŠNOG ZAKONA OD STRANE SUDSKE PRAKSE U REPUBLICI HRVATSKOJ

Nastavno na dosadašnja razmatranja, preostaje već izneseno pitanje karaktera odnosno sadržaja radnji u postupku koje će rezultirati obustavom ovrhe ukoliko ih ovrhovoditelj ne poduzme u roku od godine dana. Za odgovor na navedeno, potrebno je analizirati stupanj ekstenzivnosti tumačenja pojma radnji u postupku od strane sudova. Kako je za razvoj drugostupanjske sudske prakse potrebno izvjesno vrijeme, i to minimalno godina dana od dana stupanja na snagu novele kako bi nastupile okolnosti za eventualnu primjenu čl. 72 st. 3 OZ-a, a potom i donošenja prvostupanjskog sudskog rješenja te podnošenja žalbe (i eventualno odgovora na žalbu), drugostupanjska sudska praksa u vezi s predmetnom odredbom zauzeta je tek 2022. godine.

Ne ulazeći dublje u pitanje pojma radnje u postupku, sudska praksa utvrdila je kako, bez obzira na sadržaj odredbe čl. 72 st. 3 OZ-a, ovrhovoditelj nema obvezu poduzimati radnje u postupku ako ga sud na to nije pozvao rješenjem ili zaključkom ili ako zakonom nije izričito propisana neka obveza u cilju omogućavanja provedbe ovrhe.<sup>39</sup> Na tom tragu, sudovi su iznijeli stajalište kako je smisao predmetne odredbe obustava ovrhe po službenoj dužnosti ako njezina provedba ovisi o poduzimanju radnji ovrhovoditelja. Ako se, primjerice, ovršni postupak nalazi u stadiju u kojem sud mora utvrditi vrijednost nekretnine zaključkom o prodaji, provođenje ovrhe u tom trenutku ne ovisi o ovrhovoditeljevom poduzimanju radnji u postupku, stoga u konkretnom slučaju nema mjesta primjeni čl. 72 st. 3 OZ-a,<sup>40</sup> naročito ako je ovrhovoditelj već u prijedlogu za ovrhu predložio provođenje svih ovršnih radnji.<sup>41</sup> Tumačanje navedene odredbe na suprotan način rezultiralo bi obustavom velikog broja postupaka samo zato što ovršni sud ne poduzima radnje koje po OZ-u mora poduzeti po službenoj dužnosti, a to svakako nije bila volja zakonodavca prilikom donošenja čl. 72 st. 3 OZ-a.<sup>42</sup> Općenitije govoreći, ovršni je sud taj koji je dužan poduzimati ovršne radnje, u granicama i na način kako je to odredio rješenjem o

---

39 Županijski sud u Zagrebu, Gž Ovr-794/2022 od 8. 6. 2022.

40 Županijski sud u Bjelovaru, Gž Ovr-155/2022 od 3. 5. 2022.

41 Županijski sud u Velikoj Gorici, Gž Ovr-67/2022 od 10. 3. 2022.

42 Županijski sud u Zagrebu, Gž Ovr-154/2022 od 21. 10. 2022.

ovrsi na prijedlog ovrhovoditelja. Ako ovrhovoditelj određeno postavi ovršni zahtjev, bez prepuštanja prvostupanjskom sudu da pronađe mogućnosti za provedbu ovrhe, nema mjesta prebacivanju odgovornosti na ovrhovoditelja u pogledu posljedica obustave ovrhe u smislu općih razloga uz koje bi bile vezane određene procesnopravne ili materijalno-pravne situacije koje se mogu javiti tijekom postupka. Vodeći računa o već spomenutom osvrtnu sudske prakse na volju zakonodavca prilikom donošenje odredbe čl. 72 st. 3 OZ-a, u predmetnoj je odluci istaknuto i kako međusobna povezanost ovršnih pravila daje osnove za zaključak da je stvarna i smislena volja zakonodavca prilikom donošenja predmetne odredbe bila dovodenje ovršnog suda u djelotvorniji položaj samo u onim postupcima ovrhe u kojima ovrhovoditelj prepušta sudu pronalaženje mogućnosti za njezinu provedbu.<sup>43</sup>

Također, nastavno na prethodno iznesene dvojbe Pravosudne akademije o karakteru radnje koju ovrhovoditelj mora poduzeti, sudska praksa je zauzela izričit stav kako se požurnica ne može smatrati radnjom u postupku koju ovrhovoditelj mora poduzeti tj. nepodnošenje koje dovodi do nastupa sankcije u vidu obustave ovršnog postupka.<sup>44</sup> Nema mjesta obustavi ovrhe po čl. 72 st. 3 OZ-a ni u situacijama u kojima je ovrha odgođena na prijedlog ovršenika uz suglasnost ovrhovoditelja, već u tim slučajevima treba primijeniti odredbu čl. 71 st. 1 OZ-a prema kojoj se odgođena ovrha nastavlja po službenoj dužnosti nakon proteka vremena za koje je određena.<sup>45</sup>

S druge strane, u nizu predmeta je utvrđeno ispunjenje pretpostavke za obustavu ovrhe temeljem čl. 72 st. 3 OZ-a. Primjerice, ovrha se obustavlja prema predmetnoj odredbi u slučajevima kada je ovrhovoditelj pozvan od strane suda da dostavi točnu adresu ovršenika, a to ne učini u roku od godine dana.<sup>46</sup> Također, pravilnom je utvrđena odluka suda o obustavi ovrhe primjenom navedene odredbe u slučaju u kojem ovrhovoditelj nije podnio nikakav prijedlog u roku od godine dana od dana zaprimanja potvrde Financijske agencije o nemogućnosti izvršenja osnove za plaćanje.<sup>47</sup> Isto stajalište primjenjivo je i na situacije

---

43 Županijski sud u Zagrebu, Gž Ovr-844/2023 od 12. 4. 2023.

44 Županijski sud u Rijeci, Gž Ovr-384/2022 od 6. 9. 2022. Vid. i: Županijski sud u Rijeci, Gž Ovr-207/2022 od 25. 4. 2023.

45 Županijski sud u Zagrebu, Gž Ovr-1512/2022 od 14. 10. 2022.

46 Županijski sud u Zagrebu, Gž Ovr-599/2023 od 20. 3. 2023.

47 Županijski sud u Zagrebu, Gž Ovr-764/2022 od 13. 7. 2022.

u kojima je Financijska agencija isknjižila osnovu za plaćanje sukladno članku 12 Zakona o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima,<sup>48</sup> koji propisuje kako Agencija prestaje s izvršavanjem osnove za plaćanje ako se tražbina iz te osnove ne naplati od ovršenika fizičke osobe u cijelosti u roku od tri godine od primitka u Agenciju, nakon što po toj osnovi za plaćanje nije bilo nikakvih naplata posljednjih šest mjeseci uzastopno s računa tog ovršenika.<sup>49</sup> Ovdje je korisno za istaknuti i suprotno shvaćanje sudova, prema kojima obustava postupka primjenom čl. 72 st. 3 OZ-a dolazi u obzir samo kada nastavak ovršnog postupka ovisi o prijedlogu ovrhovoditelja, o čemu nema riječi nakon što ovrhovoditelj podnese zahtjev za izravnu naplatu i uplati predumak za provedbu tog postupka, budući da od tog trenutka on nema nikakvog utjecaja na daljnji tijek postupka te postupak ne ovisi o njegovoj dispoziciji ili prijedlozima. Drugačije rečeno, nakon upisa osnove za plaćanje u Očevidnik, daljnji je tijek postupka u isključivoj nadležnosti Agencije i banaka pa se ne mogu ostvariti pretpostavke iz čl. 72 st. 3 OZ-a.<sup>50</sup>

Napominjemo kako je sva prethodno citirana sudska praksa zauzeta u ovršnim postupcima radi namirenja novčanih tražbina, ali sudovi su shvaćanja o predmetnoj tematici zauzimali i u drugim slučajevima, poput ovršnih postupaka radi vraćanja zaposlenika na rad. Tako u jednom predmetu možemo iščitati stajalište prema kojem je pravilno primijenjena odredba čl. 72 st. 3. OZ-a kada je obustavljen ovršni postupak zbog ovrhovoditeljevog nepoduzimanja ijedne radnje u postupku u posljednjih godinu dana, u slučaju u kojem ga je ovršni sud zaključkom pozvao da u roku od 15 dana dostavi shodan prijedlog za nastavak postupka, što ovrhovoditelj nije učinio.<sup>51</sup> Iz navedenog se može zaključiti kako bi ovrhovoditelji u svakom slučaju kada ih ovršni sud pozove da dostave prijedlog za nastavak postupka to morali učiniti sukladno uputi suda, u protivnom riskiraju da će ovršni postupak biti obustavljen primjenom odredbe čl. 72 st. 3 OZ-a.

Posebno ističemo kako je potencijalno najslojevitiju analizu odredbe čl. 72 st. 3 OZ-a u hrvatskoj sudskoj praksi izvršio Županijski sud u Zagrebu u jednoj odluci u kojoj je utvrdio kako je tu odredbu

48 Zakon o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima, NN br. 68/18, 2/20, 46/20, 47/20.

49 Županijski sud u Splitu, Gž Ovr-257/2022 od 15. 7. 2022.

50 Županijski sud u Zagrebu, Gž Ovr-1140/2022 od 24. 3. 2023.

51 Županijski sud u Rijeci, Gž Ovr-199/2022 od 26. 10. 2022.

potrebno tumačiti sukladno cilju i svrsi zbog koje je donijeta, a ne pretjerano formalistički kao što je to učinio prvostupanjski sud koji je njezinom primjenom obustavio ovrhu i ukinuo sve provedene radnje u ovršnom postupku jer ovrhovoditelj od posljednjeg ročišta za prodaju nekretnine koje je odgođeno nije poduzeo nijednu radnju u razdoblju od godine dana. Promatrajući sadržaj odredbe čl. 72 st. 3 OZ-a, dade se zaključiti kako je njezin cilj, odnosno svrha sankcioniranje pasivnog ovrhovoditelja, ali samo onog ovrhovoditelja o čijem poduzimanju radnji ovisi nastavak i dovršetak ovrhe, odnosno samo u onim situacijama kada ovrhovoditelju na raspolaganju stoji neka radnja kojom bi on mogao doprinijeti nastavku i okončanju postupka. Istovremeno, dužnost je suda da po službenoj dužnosti određuje provođenje daljnjih radnji kojima se ovrha provodi sukladno zakonu. Slijedom navedenog, uzimanjem cjelokupnog konteksta u obzir i sagledavanjem pravnog problema kao jedinstvene cjeline, može se zaključiti da se ovrhovoditelju ne smije stavljati na teret nepoduzimanje radnji koje smjeraju ka okončanju postupka ako mu takve radnje niti nisu na raspolaganju. „Svako drugačije tumačenje predstavljalo bi pretjerani (ekscesivni) formalizam kojim se zbog mehaničkog i nefleksibilnog tumačenja ne bi ostvarila svrha zakonske odredbe, odnosno stranci bi se nerazumnim i pretjerano strogim tumačenjem norme odnosno nerazumnim procesnim zahtjevom uskratio praktični i učinkoviti pristup sudu. Procesna pravila bi prestala služiti ciljevima pravne sigurnosti i poštenog suđenja i predstavljala bi prepreku koja bi sprječavala ovrhovoditelja u ostvarivanju učinkovite zaštite suda“.<sup>52</sup> S obzirom na navedeno shvaćanje, taj je sud zaključio kako nije razumno zahtijevati da ovrhovoditelj poduzima daljnje aktivnosti kako bi zadržao pristup sudu iako mu u konkretnom slučaju na raspolaganju ne stoji nijedna ovršna radnja. S druge strane, to bi ovršeniku omogućilo da u svoju korist ostvari neravno-pravan položaj i nelegitiman cilj, što bi predstavljalo povredu prava na pravično suđenje. Naposljetku se ističe kako bi obustavom postupka u navedenim okolnostima ovrhovoditelju bio nametnut pretjeran teret, a istovremeno bi bila isključena odgovornost suda za postupanje u razumnom roku. Naime, kako je ovrhovoditelj obvezan već u samom prijedlogu za ovrhu, odnosno u ovršnom zahtjevu tog prijedloga navesti sredstvo kojim ovrhu treba provesti te redovito i predmet u odnosu na

---

52 Županijski sud u Zagrebu, Gž Ovr Ob-36/2022 od 25. 4. 2022. Identično shvaćanje vidi i u: Županijski sud u Zagrebu, Gž Ovr-707/2023 od 3. 4. 2023.

koji ovrhu treba provesti,<sup>53</sup> sud je dužan po službenoj dužnosti, dakle bez ovrhovoditeljeve daljnje inicijative izvan obuhvata ovršnog zahtjeva, poduzimati radnje u postupku.<sup>54</sup>

Dakle, kao najvažniji zaključak sudske prakse drugostupanjskih sudova u Republici Hrvatskoj, može se istaknuti shvaćanje prema kojem je odredba čl. 72 st. 3 OZ-a primjenjiva isključivo u situacijama kada nastavak postupka ovisi o nekoj radnji ovrhovoditelja, koja nije bila predložena već u prijedlogu za ovrhu (odnosno sadržana u ovršnom zahtjevu) te koja nema izričit karakter ovršne radnje propisane OZ-om, a koju je po službenoj dužnosti dužan poduzeti ovršni sud. Također, iako to nije naočigled bila namjera zakonodavca prilikom donošenja navedene odredbe, ona se može na odgovarajući način primijeniti u svim ovršnim postupcima, a ne samo onim ovršnim postupcima koji se provode radi naplate novčane tražbine.

#### 4. ODREDBA ČLANKA 72 STAVKA 3 OVRŠNOG ZAKONA U KONTEKSTU PRAVA NA PRISTUP SUDU

Na tragu posljednje citirane odluke Županijskog suda u Zagrebu koji se dotaknuo navedenog pitanja, problem je bilo potrebno sagledati i s aspekta prava na pošteno suđenje koje je propisano člankom 29. Ustava Republike Hrvatske<sup>55</sup> te člankom 6 (1) Konvencije za zaštitu

53 OZ, čl. 39 st. 3.

54 Županijski sud u Zagrebu, Gž Ovr Ob-36/2022 od 25. 4. 2022. Propuštanje suca da poduzima odgovarajuće radnje u postupku potencijalno bi, sukladno čl. 105 st. 1 Zakona o sudovima (NN br. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18, 126/19, 130/20, 21/22, 60/22, 16/23) izložilo državu odgovornosti za štetu koja bi stranci u postupku nastala takvim nezakonitim ili nepravilnim radom. Odgovornost države za štetu koja bi mogla proizaći za stranke ovršnog postupka zbog nepoduzimanja radnji od strane suca u ovršnom postupku prelazi okvire ovog rada. Detaljnije o odgovornosti države za štetu prouzročenu nezakonitim i nepravilnim radom sudaca vidi u: Maja Bukovac Puvača, Armando Demark, „Nezakonitost i nepravilnost rada kao pretpostavka odgovornosti države za štetu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2021, 343–360.

55 Ustav Republike Hrvatske, NN br. 135/97, 08/98, 113/00, 56/90, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 i 05/14, čl. 29 st. 1 u relevantnom dijelu propisuje: „Svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama...”

ljudskih prava i temeljnih sloboda.<sup>56</sup> Iako ga navedena odredba ne spominje eksplicitno, u pravu na pošteno suđenje sadržano je pravo pojedinca na pristup sudu, kao jedno od značajnijih vidova prava na sud, koje mora postojati i biti osigurano zakonom, odnosno mora biti stvarno i djelotvorno.<sup>57</sup> Kada je riječ o navedenom pravu u kontekstu ovršnih postupaka, u dosadašnjoj praksi ESLJP-a prevladavaju predmeti koji se odnose na zaštitu prava na suđenje u razumnom roku u ovršnim postupcima,<sup>58</sup> odnosno na pravo na dom<sup>59</sup> te šire govoreći, na zaštitu ovršenika u ovršnim postupcima.<sup>60</sup>

- 56 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN-MU br. 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17, dalje: EKLJP, čl. 6 (1) u relevantnom dijelu propisuje: „Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi (...) svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj.“ Pravnoteorijsku obradu prava na pravično suđenje u hrvatskoj pravnoj literaturi vidi u: Alan Uzelac, „Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: Nova praksa Europskoga suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu* 1/2010, 101–148; Duška Šarin, „Aspekti prava na pravično suđenje – pravo na pristup sudu kroz jurisprudenciju Ustavnog suda Republike Hrvatske“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu* 3/2016, 729–762.
- 57 Sanja Grbić, *Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu članka 6, stavka 1 Europske konvencije o ljudskim pravima (poštenost – razumna duljina trajanja postupaka – nezavisnost i nepristranost sudova i sudaca – pristup sudu – jednakost oružja)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2014, 79. Analizu najranije prakse Europskog suda za ljudska prava u vezi prava na pristup sudu vidi u: Šime Pavlović, *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Protokoli uz Konvenciju, Europski sud za ljudska prava, Praksa, Komentari, Teorija*, Libertin naklada, Rijeka 2020, 237 *et seq.*
- 58 Detaljnije o navedenom vid. u: Gabrijela Mihelčić, „Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u ovršnim postupcima (odabrana pitanja)“, *Hrvatski časopis za osiguranje* 5/2021, 109–126 i tamo citiranu sudsku praksu. Ovdje ipak valja naglasiti kako je ESLJP u navedenom kontekstu istaknuo da se duljina ovršnog postupka, odnosno duljina stadija u kojem podnositelj zahtjeva ostvaruje tražbinu također uzima u obzir prilikom razmatranja razumnog roka. Vidi: ESLJP, *Silva Pontes protiv Portugala*, presuda od 23. 3. 1994, zahtjev br. 14940/89, para. 33–35.
- 59 Detaljnije o navedenom vid. u: Aleksandra Maganić, „Praksa Europskog suda za ljudska prava i pravo na dom“, *Pravo na dom* (ed. J. Barbić), Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti 2016, 30–53.
- 60 Detaljnije o navedenom vidi u: Slađana Aras Kramar, „Zaštita ovršenika u svjetlu novina u ovrši na nekretnini“, *Pravni vjesnik* 3–4/2017, 9–39 i tamo citiranu sudsku praksu.

U vezi navedenog prava u okvirima tematike ovoga rada, potrebno je istaknuti kako je ESLJP u predmetu *Hornsby protiv Grčke* iznio shvaćanje kako se ovrha presude koju je donio bilo koji sud treba smatrati sastavnim dijelom „suđenja“ u svrhu članka 6 (1) EKLJP-a. Također je istaknuto kako bi pravo na pristup sudu bilo iluzorno kada bi domaći pravni sustav dozvoljavao da pravomoćne i obvezujuće sudske odluke ostanu neprovedive na štetu jedne stranke.<sup>61</sup> Pravna teorija istaknula je kako navedena presuda ima neizmjeran značaj, iz razloga što takvo tumačenje čl. 6 (1) EKLJP-a nije naočigled jasno iz samog teksta te odredbe, a ovršni su postupci bili i nastavljaju biti slaba točka u kontekstu ostvarivanja prava ovrhovoditelja odnosno podnositelja zahtjeva u mnogim pravnim poretcima europskih zemalja.<sup>62</sup> Iz navedenog proizlazi kako je stajalište ESLJP-a da se tražbina koja proizlazi iz pravomoćne i ovršne presude mora moći ostvariti u ovršnom postupku. Na tom tragu, ESLJP je zauzeo stajalište kako svaka država ugovornica mora predvidjeti prikladna i dostatna pravna sredstva kako bi osigurala poštivanje pozitivnih obveza koje ima prema EKLJP-u, a jedina zadaća ESLJP-a u konkretnim je slučajevima utvrđivanje prikladnosti i dostatnosti navedenih pravnih sredstava.<sup>63</sup> Sustav provođenja ovrha koji je država prema navedenome dužna ustanoviti kako bi ispunila svoje pozitivne obveze mora biti djelotvoran i u pravu i u praksi te omogućavati ovrhu bez nepotrebnih odgađanja.<sup>64</sup> S druge strane, ESLJP je isticao kako se odgovornost države prema EKLJP-u za ovrhu presude protiv privatnopravnog subjekta ne proteže dalje od uključenosti državnih tijela, uključujući i domaće sudove, u ovršni postupak.<sup>65</sup> Čim je ovršni postupak dovršen ili obustavljen sukladno propisima nacionalnog prava, odgovornost države u tom kontekstu prestaje.<sup>66</sup>

61 ESLJP, *Hornsby protiv Grčke*, presuda od 19. 3. 1997, zahtjev br. 18357/91, para. 40.

62 Wendy Kennett, *Civil Enforcement in a Comparative Perspective, A Public Management Challenge*, Intersentia, Cambridge 2021, 90.

63 ESLJP, *Ruianu protiv Rumunjske*, presuda od 17. 6. 2003, zahtjev br. 34647/97, para. 66.

64 ESLJP, *Fuklev protiv Ukrajine*, presuda od 7. 6. 2005, zahtjev br. 71186/01, para. 84.

65 *Ibid.*, para. 67.

66 ESLJP, *Shestakov protiv Rusije*, odluka o dopuštenosti od 18. 6. 2002, zahtjev br. 48757/99; ESLJP, *Martinovska protiv Makedonije*, odluka o dopuštenosti od 25. 9. 2006, zahtjev br. 22731/02.

Kada bismo primijenili navedena utvrđenja suda ESLJP-a na iznesena razmatranja o odredbi čl. 72 st. 3 OZ-a, moglo bi se zaključiti kako nema mjesta tumačenju prema kojemu bi ovršni sud mogao obustaviti ovrhu zbog ovrhovoditeljevog nepoduzimanja radnji u postupku, ukoliko je upravo ovršni sud taj koji je u određenom stadiju postupka dužan poduzeti neku ovršnu radnju. Navedeno bi moglo dovesti do kršenja ovrhovoditeljevog prava na pristup sudu, odnosno šire govoreći, prava na pošteno suđenje, u situacijama u kojima bi ovrhovoditelji morali poduzeti određenu radnju u postupku koju je prema Zakonu u tom stadiju dužan poduzeti upravo ovršni sud. S druge strane, ako je ovrhovoditelj taj koji je u određenoj fazi postupka dužan poduzeti neku radnju (koja nema značaj ovršne radnje, budući da njih provodi sud), ne može se govoriti o eventualnim povredama prava na pošteno suđenje ako ovrhovoditelj doista ne poduzme tu radnju u roku od godine dana, budući da se odgovornost države, odnosno ovršnog suda, ne može proširiti dalje od same njihove uključenosti u postupak i postupanju po pravnim propisima. Jedino što u navedenom smislu ostaje otvoreno raspravi jest razumnost duljine roka od jedne godine koja ovrhovoditelju stoji na raspolaganju za poduzimanje radnji u postupku s aspekta zaštite prava na suđenje u razumnom roku. Naime, ovrhovoditelj može ne poduzimati određenu radnju nepunih godinu dana i tako doprinijeti nepotrebnom odugovlačenju postupka te eventualnoj povredi prava ovršenika na pošteno suđenje. Međutim, zbog činjenice da je predmetna odredba tek nedavno stupila na snagu, još nije moguće pronaći stajalište hrvatskih sudova ni ESLJP-a o prikladnosti duljine roka od jedne godine, koliko ovrhovoditelj ima na raspolaganju za poduzimanje radnje u postupku, s aspekta povrede prava na pošteno suđenje iz čl. 6 (1) EKLJP-a.

## 5. ZAKLJUČAK

Ne bi trebalo biti sumnje kako je zakonodavac prilikom donošenja odredbe čl. 72 st. 3 OZ-a imao dobre namjere da se smanji broj ovršnih postupaka koji takoreći „stoje“, odnosno u kojima dugo vremensko razdoblje nije poduzeta nijedna radnja. Ipak, kako su od mogućnosti primjene te odredbe protekle nepune dvije godine, tek sada možemo sustavno sagledati (ne)spretnosti u njezinoj formulaciji, stvarnoj primjeni i svrsishodnosti. Prvo, unatoč obrazloženju izlože-

nom prilikom uvođenja predmetne odredbe u OZ, razvidno je kako se u ovom trenutku ona ne primjenjuje isključivo u ovršnim postupcima radi ostvarenja novčane tražbine. Iz spomenutog proizlazi kako je trenutni stav sudske prakse da je svrha odnosno cilj te odredbe sankcioniranje neaktivnog ovrhovoditelja o čijem poduzimanju radnji ovisi nastavak ovrhe, bez ocjene eventualnih negativnih posljedica takvog postupanja za ovršenika. S time u vezi, smatramo kako zauzeta sudska praksa u prevladavajućem dijelu pravilno primjenjuje odredbu čl. 72 st. 3 OZ-a, budući da sudovi nisu pristupili formalističkom tumačenju navedene norme, a što se u ovršnom postupku, s obzirom na njegovu strogu formalnost, nerijetko događa. Međutim, postavlja se pitanje svrishodnosti predmetne odredbe ukoliko se ne ocjenjuju eventualne negativne posljedice za ovršenike, a što je proklamirani cilj te odredbe. Jasno je kako se prijetnjom obustave ovrhe poboljšava procesna disciplina na strani ovrhovoditelja, s obzirom da ovrhovoditelj ima motiv, zbog izbjegavanja snošenja troškova novog ovršnog postupka, poduzimati radnje radi što skorijeg okončanja postojećeg ovršnog postupka.

Ipak, ukoliko ishod obustave ovršnog postupka koji se ne vodi radi ostvarenja novčane tražbine nije otklanjanje negativnih posljedica za ovršenika, takvim ishodom se isključivo postiže ponovno poduzimanje istih ovršnih radnji od strane prvostupanjskog suda koje su prethodno već poduzete (a potom obustavom postupka i ukinute) u prvotnom ovršnom postupku. Dakle, konačan ishod predmetne odredbe u slučaju ovršnih postupaka koji se ne vode radi ostvarenja novčanih tražbina je dodatno opterećenje za sudove, neutralan utjecaj na prava ovršenika, a uz dodatno opterećenje i potencijalne dodatne troškove za ovrhovoditelja. S obzirom na navedeno, a vodeći računa o činjenici da je zakonodavac propustio nomotehnički doraditi predmetnu odredbu u skladu s namjerom njezina donošenja, čl. 72 st. 3 OZ-a je potrebno smisljeno tumačiti na način da se primjena iste ograniči isključivo na ovrhe radi ostvarenja novčane tražbine, upravo kako je to izvorno i zamislio zakonodavac.

S navedenim u vezi, ukazuje se da je predmetna odredba utemeljena na načelu iz članka 10 stavka 1 ZPP-a prema kojem sud, stranke i drugi sudionici moraju nastojati da se postupak provede bez odugovlačenja, u razumnom roku i sa što manje troškova te prema kojem je sud dužan onemogućiti svaku zlouporabu prava u postupku. U ovršnom postupku u kojem ovrhovoditelj u prijedlogu za ovrhu predloži provođenje

svih potrebnih ovršnih radnji, ovrhovoditelj je u cijelosti ispunio svoju obvezu kao stranke tog postupka te je, do nastupa okolnosti zbog kojih poduzimanje predloženih radnji nije moguće, provođenje bilo kakvih ovršnih radnji nesporno obveza suda, koji po takvom prijedlogu za ovrhu po službenoj dužnosti određuje provođenje daljnjih ovršnih radnji. U takvoj situaciji, doista su rijetki slučajevi u kojima bi se ovrhovoditeljima mogle stavljati na teret bilo kakve negativne posljedice koje bi za ovršenika mogle nastati odugovlačenjem postupka, naročito ako je uzrok odugovlačenja postupka nedostatak postupanja suda. Pritom se ukazuje da i ovršenik, poput ovrhovoditelja, ima mogućnost poduzimanja istih radnji za pokušaj ubrzanja ovršnog postupka u vidu slanja požurnica, osobito ako zbog odugovlačenja postupka doista trpi negativne posljedice. Upravo je ovršenik primarno odgovoran za zaštitu vlastitih prava, a ne ovrhovoditelj kao ovršeniku suprotna stranka u ovršnom postupku.

Slijedom svega navedenoga, gramatičkim i rigidnim, odnosno formalističkim tumačenjem odredbe koja je predmet ovog rada, ovrhovoditelju bi se nerazumno, otegotnim procesnim zahtjevom, uskratilo pravo na praktični i učinkoviti pristup sudu. Zakonska odredba koja zahtijeva od ovrhovoditelja poduzimanje radnji koje nisu potrebne za nastavak postupka, a radi zadržanja njegova prava pristupa sudu, bi u slučaju takvog formalističkog tumačenja potencijalno predstavljala povredu prava na pravično suđenje, dok bi s druge strane praktično bila isključena bilo kakva odgovornost ovršnog suda, koji bi u tom slučaju bio u prvom redu odgovoran za ovršenikov rast zateznih kamata zbog propuštanja poduzimanja potrebnih postupovnih radnji.

*Armando Demark, PhD*

*Teaching Assistant at the University of Rijeka Faculty of Law*

*Andro Amančić, MJur*

*Lawyer in Rijeka, Republic of Croatia*

## TERMINATION OF ENFORCEMENT DUE TO PASSIVITY OF THE PARTY SEEKING ENFORCEMENT

### *Summary*

At the end of 2020, the amended provision of Art. 72 of the Croatian Enforcement act entered into force, paragraph 3 of which now provides that enforcement shall be terminated ex officio if the party seeking enforcement did not perform a single legal action in the proceedings within one year. After the introduction which reflects on general and special reasons for termination of enforcement in general, the authors analyze the subject provision de lege lata. They point out the positive and negative effects of that provision, linking them with the original intent that the legislator had upon its enactment. In that part of the paper, the authors compare the subject provision with the provision of Art. 72 para 2 of the Enforcement act and point out its (in)existence in the legal orders of other European countries. Special attention in the analysis is given to the character i.e. to the content of the legal action that the party seeking enforcement has to undertake within a year in order to avoid termination of enforcement by application of the subject provision. The authors also point out the modalities in which domestic courts interpret the subject provision and it is also analyzed from the viewpoint of the right of access to a court. Finally, the authors warn about the problems that may appear because of egregious formalistic interpretation of the subject provision and they discuss de lege ferenda suggestions to limit its application exclusively to proceedings for enforcement of monetary claims.

Key words: *Enforcement proceedings. – Creditor passivity. – Passivity of party seeking enforcement. – Termination of enforcement. – Enforcement acts.*

## LITERATURA

- Aras Kramar S., „Zaštita ovršenika u svjetlu novina u ovrsi na nekretnini“, *Pravni vjesnik* 3–4/2017.
- Bukovac Puvača M., Demark A., „Nezakonitost i nepravilnost rada kao pretpostavka odgovornosti države za štetu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2021.
- Bulka Z., Vidović S., *Novela Ovršnog zakona, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Priručnik za polaznike, Pravosudna akademija, Zagreb* 2022,
- Dika M., *Građansko ovršno pravo, I. knjiga: Opće građansko ovršno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2007.
- Grbić S., *Pošteno suđenje u građanskim postupcima u Hrvatskoj u svjetlu članka 6., stavka 1. Europske konvencije o ljudskim pravima (poštenost – razumna duljina trajanja postupaka – nezavisnost i nepristranost sudova i sudaca – pristup sudu – jednakost oružja)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2014.
- Gusić Ž., „Obustava ovrhe“, *Hrvatska pravna revija* 12/2016.
- Kennett W., *Civil Enforcement in a Comparative Perspective, A Public Management Challenge*, Intersentia, Cambridge 2021.
- Limongi B., *La chiusura atipica del processo esecutivo. Elementi per uno studio sui poteri del giudice dell'esecuzione*, Doktorska disertacija, Sapienza Università di Roma 2021–2022.
- Maganić A., „Praksa Europskog suda za ljudska prava i pravo na dom“, *Pravo na dom* (ed. J. Barbić), Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti 2016.
- Mihelčić G., *Komentar Ovršnog zakona s opsežnom sudskom praksom i abecednim kazalom pojmova*, Organizator, Zagreb 2015.
- Mihelčić G., „Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u ovršnim postupcima (odabrana pitanja)“, *Hrvatski časopis za osiguranje* 5/2021.
- Pavlović Š., *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Protokoli uz Konvenciju, Europski sud za ljudska prava, Praksa, Komentari, Teorija*, Libertin naklada, Rijeka 2020.
- Šarin D., „Aspekti prava na pravično suđenje – pravo na pristup sudu kroz jurisprudenciju Ustavnog suda Republike Hrvatske“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu* 3/2016.

Triva S., Belajec V., Dika M., *Sudsko izvršno pravo, Opći dio, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Informator, Zagreb 1984.

Uzelac A., „Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: Nova praksa Europskoga suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu* 1/2010.

Article history:

Received: 1. 9. 2023

Accepted: 20. 11. 2023

Žarko Dimitrijević, PhD\*

## SMART ALGORITHMS AS A PREREQUISITE FOR THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN JUDICIAL DECISION-MAKING

*The turn-of-the-century advancement of technology opened the possibility of excluding the human factor in many areas. The tendency to speed up the processes in all fields of work can be compared with the tendencies that occurred during the First Industrial Revolution. Education, goods production, services, sports, entertainment, medicine... there is almost no field that does not take the advantage of computer and Internet technologies, especially machine learning (ML) and artificial intelligence (AI). For the purposes of theoretical considerations, starting from the traditional view of the separation of powers into a legislature, an executive, and a judiciary, the question can be raised as to whether and under what conditions AI can be used in the judicial decision-making process, that is, whether, under certain conditions, it can be left to a computer to perform actions or reach decisions in court.*

Key words: AI. – Smart Algorithms (machine learning). – Judicial Decision-Making.

### 1. INSTEAD OF AN INTRODUCTION

At the very start, the distinction between smart algorithms and artificial intelligence (AI) indicated in the title should be explained. It is not uncommon for the public to hear that companies will apply AI to improve their services or to reduce costs. It is believed that the use of AI would replace human staff in many workplaces. One gets the impression that AI is to be applied to almost every device people use, each and every software or work process. Before delving further into the subject of this paper, the author believes it advisable to point out

---

\* Autor je doktor pravnih nauka i javni izvršitelj, [dimitrijevic.zarko@gmail.com](mailto:dimitrijevic.zarko@gmail.com), (Republika Srbija).

the distinction between the terms *algorithm*, *machine learning* (ML) and AI.

The above concepts are often used interchangeably in the public. Even at an early age, children acquire the basic idea of an algorithm through the educational systems, which in keeping up with the times, have introduced basic mathematical and logical concepts in primary curriculum. A sequence of clear, well-defined instructions designed to solve a particular problem or perform a calculation, is the most common definition of an algorithm. From the aspect of problem solving, each of the above terms is a type of algorithm in its core, nevertheless the author finds it necessary to make a distinction between the three.

The difference should be made from the aspect of use, and not from the aspect of computer science or mathematics, as Blass and Gurevich (2003) did in their paper.<sup>1</sup>

ML is a broader term than algorithm. “Machine learning is a branch of computer science that broadly aims to enable computers to ‘learn’ without being directly programmed. It has origins in the artificial intelligence movement of the 1950s and emphasizes practical objectives and applications, particularly prediction and optimization. Computers ‘learn’ in machine learning by improving their performance at tasks through ‘experience’. In practice, ‘experience’ usually means fitting to data; hence, there is not a clear boundary between machine learning and statistical approaches.”<sup>2</sup> It can be concluded that ML implies a series of algorithms that improve the result of their actions by studying experiential (statistical) data.<sup>3</sup>

In explaining the concept of AI, Ertel (2017)<sup>4</sup> starts from the definition given by the “father of AI” John McCarthy (1927–2011): “The goal of AI is to develop machines that behave as though they were intelligent.” This implies that AI is a broader term than ML. “In

- 1 Andreas Blass, Yuri Gurevich, “Algorithms: A Quest for Absolute Definitions”, *Bulletin of the European Association for Theoretical Computer Science* 2003, 81.
- 2 Qifang Bi, Katherine E. Goodman, Joshua Kaminsky, Justin Lessler, “What is Machine Learning? A Primer for the Epidemiologist”, *American Journal of Epidemiology* 188(12)/2019, 2222–2229, fn. 2.
- 3 The success in applying experiential data depends on the number and type of statistical data in the machine learning module.
- 4 Wolfgang Ertel, *Introduction to Artificial Intelligence*, Springer, Switzerland 2017, 1.

simplest terms, AI is computer software that mimics the ways that humans think in order to perform complex tasks, such as analyzing, reasoning, and learning. Machine learning, meanwhile, is a subset of AI that uses algorithms trained on data to produce models that can perform such complex tasks.”<sup>5</sup>

Now that the above terms are conceptually distinguished, we can proceed to considering the use of AI in the judiciary.

## 2. JUDICIARY AS A “PROPER PROBLEM” TO BE SOLVED BY COMPUTER PROGRAMS

Democratic states with separated powers organize the judiciary, or judicature, in accordance with their highest legal act – the Constitution. Using tools and aids to achieve that function, raise the quality of decision-making, and increase efficiency, is certainly desirable. Courts mostly rely on modern computers, software, and printers to perform the technical part of their work: transferring text to paper, editing, sending messages, filing, etc. The introduction of software that would “think” and help in decision-making would be a kind of innovation in the functioning of the judiciary. The replacement of typewriters with computers, or indigo papers with printers, cannot be called a great technological advancement in terms of decision-making, since decisions are still made by people, only they have become neater.

Although generically designated as “judiciary”, this branch of government is quite a heterogeneous concept in terms of the matter it covers. Courts decide in criminal and civil matters, labor or economic cases, etc. The decisions are reach by individual judges or panels of judges. Courts also decide on legal remedies after hearing the involved parties, witnesses, interested parties, experts, in a word, all the stakeholders in a court case. The court gives orders, make decisions, or cancels the existing ones in a multitude of legal and factual cases involving any number of participants. How is it possible then to think that the human factor, representing the most intelligent being on earth, could be replaced by a machine? The judge is the one who must evaluate a specific situation, apply norms, and based on those norms, make legal

---

5 Coursera, “Machine Learning vs. AI: Differences, Uses, and Benefits”, <https://www.coursera.org/articles/machine-learning-vs-ai>, accessed 20 November 2023.

decisions. How can a machine fully grasp a situation when it is not capable of thinking, feeling, or drawing conclusions? What would be the elements necessary for a machine to fully understand the context of what is being argued in court?

Decisions of other authorities are also discussed in courts. The court is authorized to assess the legality of decisions, or in the case of the Constitutional Court, regulations. It happens that even among the most elite lawyers in a country that make up the Constitutional Court, individuals have different opinions on a certain issue. A similar situation can be seen before the European Court of Human Rights in Strasbourg. How can all those differences be reconciled and an algorithm produced that would be able to completely, or partially, replace the human factor in court decision-making? In other words, is it possible to bring judicial matter under the unified set of rules that could be translated into software able to produce a decision based on the entered parameters?

We can compare unified rules with clearly given instructions in an algorithm to solve a problem or part of it. It is possible to enter all the regulations into a database, unlike all the circumstances in life. The judge is the one who hears the parties and separates the important from the unimportant towards reaching a decision. To replace the judge in court would mean using a set of machines that would make decisions based on the entered parameters. Is it possible to design specific parameters for any number of life situations or circumstances?

Even if machines were tasked with making first-instance court decisions, how would the criteria for “second-instance court machines” decision-making be devised? Such questions may appear banal, very likely leading to a conclusion that court decisions would never and could never be performed by computers, software, machines. Courts very often decide on human rights, i.e. in matters vitally important for an individual. Therefore, it is justified that people, as the most intellectually developed beings, deal with such important issues.

However, important decisions are also made in medicine, when a person’s life is at risk, and there is already a lot of evidence of AI really helping in the matter or suggesting decisions a person would not be able to make or would probably make a wrong one in specific circumstances. How is it then that the use of AI is justified in medicine, but not in judiciary?

It cannot be said that the judiciary is less important than medicine, although medicine has saved countless lives. Regarding the dilemma, it can be argued that what is compared here is incomparable. Medicine is an entire scientific discipline, while judiciary is one of the branches in the institutional separation of power. This remark is correct but the comparison is made for the sake of illustration and tickling readers imagination so that they might turn towards considering the use of modern technologies, including AI, in court decision-making in specific circumstances, just as in medicine, and not disregarding it altogether.

### 3. JUDICIAL MATTER AND ALGORITHMS

Theoreticians generally agree that the judiciary, in a system with powers separation, must be independent. Dimitrijević (1975)<sup>6</sup> pointed out five principles on which the judiciary in the former Socialist Federative Republic of Yugoslavia (SFRY) rested, which have not changed significantly until today: the independence of the judiciary is certainly the first and foremost principle; court hearings are public, and the rulings made by a panel of judges, except in cases where the law stipulates a single judge; the two-instance court system is in place, that is it is possible to re-evaluate the first-instance court decisions; the decisions are implemented in the entire territory of the Republic of Serbia (then SFRY) in accordance with the law. “The judiciary, that is, judicial power, is tied to the state and the law. It is a function performed by state authorities – courts, by applying legal norms. In that respect, courts actually resolve disputes arising from non-compliance with the legal norm and are tasked with preserving the existing legal order.”<sup>7</sup>

The question is: do the courts deal exclusively with dispute resolution? No. A glaring example is the opening of a court deposit in the Republic of Serbia. In this specific case, there is no dispute, but upon the request and in accordance with the rules of non-litigation proceedings, the court opens a court deposit in favor of a certain beneficiary.

---

6 Momčilo Dimitrijević, “Sudska funkcija i njen položaj u našem sistemu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu: tematski broj. Trideset godina pravosuđa u socijalističkoj Jugoslaviji*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu 1975, 17–33.

7 *Ibid.*

If the specific procedure for opening a court deposit is abstracted for a moment, the following can be concluded: Person A wants to deposit money or valuables in the court deposit for the benefit of Person B. Upon the submitted request, the court approves the deposit of funds, provided the costs are advanced beforehand. This action corresponds to a banking deal. Person A, as an authorised signatory for an account, deposits money in the bank in favor of Person B, the holder of the account. Person A does not have to go to the bank to make a deposit, but can use an ATM instead. An ATM is controlled by algorithms, as the most basic forms of software engineering. The question arises as to why the out-of-court procedure of opening a court deposit could not be exempted from the jurisdiction of court and entrusted to machines? Even without excluding it from the court's jurisdiction, why not put machines to work?

In order to relieve the burden on the judiciary, it would be advisable to delegate to the machines the repetitive tasks that can be brought under general rules of conduct, beyond reasonable fear that a situation might arise in which the prescribed rules could not be applied. To exclude the possibility of machine error, it would be necessary to provide a human factor that would revise the decisions made.

The judiciary could also be relieved of disputes based on objective facts that can be brought under the same rules of conduct. To illustrate this, let us take an out-of-court procedure for the division of possessions or property. In dividing immovable property, for example, two cases are possible: it is either possible to divide the property or it is not. The decision is reached by the agreement of the parties or based on the findings and opinions of civil engineering experts. Provided the division is possible, the court would have to take into account the "justified demands and interests of co-owners"<sup>8</sup>, that is, parameters that cannot be determined by a simple algorithm. In that case, the solution could be reached by means of machine learning. A large database of numerous court practices could provide a set of "special needs of a particular participant"<sup>9</sup>, which justify the decision that property should belong to him. In that way, the machines could simplify, accelerate, and make the

8 The Law on Non-Litigation Procedure (*The Official Gazette of RS*, no. 25/82 and 48/88 and *The Official Gazette of RS*, no. 46/95 – other law, 18/2005 – other law, 85/2012, 45/2013 – other law, 55/2014, 6/2015, 106/2015 – other law and 14/2022), Article 153.

9 *Ibid.*

procedure more accessible, and what should definitely be highlighted, they would reduce the number of cases in which a human decision-making is necessary.

Both of the above illustrations mean that certain judicial tasks could be entrusted to machines, which would very likely produce a satisfactory result. Judicial principles of independence, publicity, first- and second-instance courts, and enforceability would certainly be applied, even improved. By entrusting court affairs to machines, statistical data processing would rise to an enviable level. By studying the data, it would be possible to get absolutely accurate picture of the type of case, its duration, the resolving method, costs, etc. This would also allow for a greater degree of connectivity between the state administration and automatic implementation of changes.

In the specific case of property division, should the division be entrusted to machines, after the court decision takes legal effect, the machine could forward the decision to another machine (the Republic Geodetic Authority – the Real Estate Cadastre Service), which would change the holder of the right to the specific property. Furthermore, the same document could be automatically forwarded to a third machine – the Tax Administration within the Ministry of Finance, so as to record the right holder as a taxpayer.

In this specific case, the use of algorithms and ML (smart algorithms) would have multiple benefits. On top of it, it would be necessary to relieve the judiciary of all the tasks that do not require AI. The use of AI in all the matters, as it is now defined, would make the process more complicated, forcing courts, that is humans, to deal with matters that could completely be left to machines. Therefore, it would be necessary to classify the matter and entrust it to a form of advanced technology that could successfully perform the entrusted task.

#### 4. JUDICIAL DECISION-MAKING AND AI

The introduction of algorithms and smart algorithms (ML) in regular court proceedings makes space for judges to deal only with matters requiring higher degree of intellect.

There are several courts in a country. In courts, judges exercise direct judicial power. Even though they are independent in the performance of their duties, as individuals, human beings before all, they are

exposed to the impact of the surrounding, cultural events, customs. A certain phenomenon, although common in one part of the country, could be quite rare and unusual in the other. A judge who have dealt with the phenomena in question before would have a different attitude to it than a judge who comes across the phenomenon, either directly or indirectly, for the first time. A machine, in that sense, has no “fore-knowledge”.

Diversity of life situation over the years affects people. People of different sex react differently to the same phenomenon, so do people of different age. In their lifetime, people as social beings participate in many life events, which certainly leave a mark on them, and it is not uncommon that, regardless of the high level of professionalism, a judge, as an individual, finds himself of herself in a situation to discuss a case similar to an experienced event, which inevitably provokes certain feelings. Machines, unlike humans, have no feelings.

“However, despite this, the judiciary is not dogmatic, normative, but strongly related to society and human relations, which is especially manifested in the application of law, in conflict resolution.”<sup>10</sup> It can be said that machines can help and use the results of machine learning to provide judges with data to resolve a specific disputed relationship, but a machine without feelings and human instincts cannot be left to apply normative solutions to specific situations.

Therefore, a possible solution would be a selective application of AI. Namely, it would be possible to use AI to process data collected by machines in the process of ML in specific areas – needed in a specific court case. The judge could then interpret the data processed in this way and compare them with the evidence presented in court and try to reach a proper solution.

However, the application of AI in the judiciary can also be viewed from the opposite aspect – deciding on entering into a dispute. Namely, the parties are often convinced of success before the court and are often disappointed if they do not succeed in the proceedings. In those situations, they often blame the established system and doubt the correctness of the decision, even when it has been confirmed by higher authorities. Frequent changes of positions on certain issues, even by the same court, and the absence of absolute consistency in making

---

10 Dimitrijević (1975), *op.cit.*, 18.

court decisions contribute to this. In such cases, AI would provide the judge with the exact data from all the courts that tried the same matter with the same factual situation and the outcomes of such disputes in all instances. The availability of such data would certainly help the judge reach a decision and contribute to the consistency of judicial practice across courts, potentially nationwide. At the same time, the existence of such a tool would allow the parties to project the outcome of their dispute. Hardly anyone would get involved in a dispute if the outcome was not favorable.

One of the biggest benefits of AI would be the evident acceleration of procedure. Namely, the use of AI implies a dramatic increase in electronic communication. With the development of the electronic communication culture, the issue of delivering court documents to other instances or institutions, as the most time-consuming part of judicial and administrative procedures, would be forgotten. By solving the issue of delivery, processing times could be incomparably shorter. The notification of all stakeholders would be instantaneous, and the courts, relieved of tasks that could be performed by machines, would have enough time to deal with active cases and control their own workload, for which today there are insufficient resources.

Finally, what should be highlighted here is that the use of AI implies gradual adaptation of the system to the new tendencies. The acquired habits of all the stakeholders in the proceedings cannot be changed in a short period of time. The mere identification of matter that can be assigned to algorithms and smart algorithms takes a lot of time. For judges to get accustomed to the daily use of modern technology tools made possible by AI would also take time. The use of AI implies the introduction of software, which must first be developed. The development of the software itself must go through several stages, and given the sensitivity of the issues it would be programmed to deal with, its testing would probably last for months, even years.

## 5. CONCLUSION

The judiciary involves dealing with a wide range of matters. The scope of work undertaken by courts is often an obstacle to raising quality and efficiency. Handing over the decision-making in typical cases to machines is a basic prerequisite for courts to use AI in resolving disputes. The scope of work that the courts are currently dealing with must be broken down, and before the application of AI, it would be necessary to relieve the courts of everything that can be entrusted to the independent operation of machines guided by algorithms and smart algorithms. A judicial matter in which smart algorithms, i.e. ML during discussion, cannot give satisfactory results, is precisely the matter to which AI is applicable. However, that matter must first be reached.

The use of AI would bring multiple benefits. First, the introduction of a new software, aiming to help in decision-making, would imply a general transformation of the entire system and the habits of all stakeholders.

Second, with the introduction of machines, the reporting process and securing publicity could be improved many times over as a side effect of the implemented changes.

Nevertheless, although AI is developing at unprecedented speed, it is unrealistic to expect its implementation in the judiciary in short time intervals.

*Dr Žarko Dimitrijević*  
*Javni izvršitelj*

## PAMETNI ALGORITMI KAO PREDUSLOV ZA UPOTREBU VEŠTAČKE INTELIGENCIJE U PRAVOSUDNOM ODLUČIVANJU

### *Rezime*

Tehnološki napredak na prelasku vekova stvorio je mogućnost eliminacije ljudskog faktora u mnogim oblastima. Tendencija da se ubrzaju procesi u svim oblastima rada može se uporediti sa tendencijama koje su se javile tokom Prve industrijske revolucije. Obrazovanje,

proizvodnja robe, usluge, sport, zabava, medicina... gotovo da nema oblasti koja ne koristi prednosti računarskih i internet tehnologija, posebno mašinskog učenja (ML) i veštačke inteligencije (AI). Za potrebe teorijskih razmatranja, polazeći od tradicionalnog pogleda na podelu vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast, može se postaviti pitanje da li i pod kojim uslovima se veštačka inteligencija može koristiti u sudskom odlučivanju, odnosno da li se pod određenim uslovima može prepustiti računar da vrši pojedine radnje ili čak donosi odluke u sudskim postupcima.

**Ključne reči:** *Veštačka Inteligencija (AI). Pametni algoritmi. – Donošenje Sudskih odluka.*

## LITERATURA

- Bi Q., Goodman K.E., Kaminsky J., Lessler J., “What is Machine Learning? A Primer for the Epidemiologist”, *American Journal of Epidemiology* 188(12)/2019, 2222–2229, fn.2.
- Blass A., Yuri Gurevich, “Algorithms: A Quest for Absolute Definitions”, *Bulletin of the European Association for Theoretical Computer Science* 2003, 81, fn.1.
- Dimitrijević M., “Sudska funkcija i njen položaj u našem sistemu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu: tematski broj. Trideset godina pravosuđa u socijalističkoj Jugoslaviji*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu 1975, 17–33, fn.6.
- Ertel W., *Introduction to Artificial Intelligence*, Springer, Switzerland, 2017, 1, fn. 4.

Article history:

Received: 15. 11. 2023

Accepted: 27. 11. 2023

Jordanka Galeva, PhD\*

## THE “VISEGRAD INITIATIVE” “VIS-à-VIS” “OPEN BALKAN INITIATIVE” IN THE PROCESS OF EUROPEAN INTEGRATION

*Following the collapse of the communist regimes, in Central European countries, the belief that collaborative efforts could facilitate both social transformation and European integration, served as a key motivation for establishing of the Visegrad Group (V4), comprising of Czechia, Slovakia, Hungary and Poland. In Southeastern Europe, given the war conflicts that occurred during the 1990s, in 1999, the EU Council initiated the Stabilization and Association Process (SAP) to encourage Western Balkans countries (WB) to cooperate among themselves and confirmed their eligibility for EU membership. After the V4 countries joined the EU, the Visegrad Declaration on cooperation in 2004 emphasized the idea of supporting the European integration of neighboring regions, including the Western Balkan region. From 2004 to the present day, the WB countries have applied for EU membership, and they have been granted EU candidate country status. In 2014 they became a part of the Berlin process (BP) initiative and for three of them – Albania, North Macedonia (N. Macedonia) and Serbia – accession negotiations with EU have already been opened. These three countries launched the Mini Schengen initiative in 2019, which was transformed into Open Balkan initiative (OB3) in 2021. Since that both Visegrad and Open Balkan initiatives aim to enhance interstate cooperation and facilitate European integration process for their respective countries, the purpose of this paper is to consider the role of regional organizations and initiatives in accelerating the integration process, to examine whether the OB3 can draw valuable lessons from V4 experience and to elucidate how V4 supports the integration process of OB3.*

**Key words:** Open Balkan. – Visegrad Countries. – Berlin Process. – EU Integration. – Regional Cooperation.

---

\* Assistant Professor, Faculty of Law, University Goce Delcev, Stip, [jordanka.galeva@ugd.edu.mk](mailto:jordanka.galeva@ugd.edu.mk), <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0009-0005-4243-9614>. (Republic of North Macedonia).

## 1. INTRODUCTION

After the fall of the Berlin Wall, the European integration process became the dominant policy of almost all East European countries. The largest expansion of the European Union occurred in 2004 (including the Visegrad Group countries), bringing the total number of member states to twenty-five. Furthermore, the EU gained three additional members between 2007 and 2013, but it lost one member (Great Britain) that left the union. Today, it has twenty-seven members and eight European countries holding candidate status, including Albania, N. Macedonia and Serbia (which are part of “Open Balkan”). Additionally, two countries, Kosovo (not recognized by several EU members and Balkan countries) and Georgia formally submitted the application for membership in 2022.

The Visegrad group was founded on the 15<sup>th</sup> February 1991, by three central European countries: Czechoslovakia, Poland and Hungary. On December 16<sup>th</sup>, 1991, in Brussels, Association Agreements, known as Europe Agreements, were signed with Hungary, Poland, and Czechoslovakia. In September 1992 European Parliament granted its consent for Poland and Hungary and subsequently the Czech Republic and Slovakia signed the association agreement in October 1993. Following the dissolution of Czechoslovakia in 1993, which resulted in the formation of the Czech Republic and Slovakia, the Visegrad group expanded to become the Visegrad 4 (V4). One of the four motivational factors for its formation was the belief that through joint efforts it will be easier to successfully accomplish social transformation and join in the European integration process. The full involvement in the European political and economic system, as well as the system of security and legislation was one of the basic objectives of the first *Visegrad Declaration on cooperation* in 1991. In December 1992 the V4 founded the *Central European Free Trade Agreement* (CEFTA) as multilateral trade agreement, with ultimate goal to gain EU membership as early as possible. In 1999, the *Content of Visegrad Cooperation* approved the structure of Visegrad intergovernmental cooperation (periodical meetings of prime ministers, heads of states or expert consultations) and the substantive elements of cooperation in the field of: foreign affairs; internal affairs; education, culture, society, youth and sport; science and technology; environment; infrastructure; cross-border cooperation. In

2000, the *International Visegrad Fund* (IVF) was established with the aim of supporting the development of cooperation in culture, scientific exchange, research, education, student exchange, and cross-border cooperation, as well as the promotion of tourism. Since 2004, when all V4 countries became a part of the European Union, the idea to assist the neighborhood in its transformation and EU integration, become one of the priorities of the Visegrad cooperation. In the *Visegrad Declaration on cooperation of 2004*, V4 express readiness to use their regional and historical experience and to contribute to implementing the European Union's policies towards the countries of Western Balkans.

In the south of Eastern Europe, the international community believed that the Balkan region, following the armed conflict, needed to be stabilized first and foremost. In 1999, the EU initiated the *Stabilization and Association Process*, which involved the conclusion of individual *Stabilization and Association Agreements* with each of the Western Balkan countries. The 2003 European Council in Thessaloniki reaffirmed that all SAP countries were potential candidates for EU membership and twenty years later some of them are still only candidates. During this period of two decades the Western Balkan countries became part of the *Berlin Process* initiative created in 2014 (with the goal to revitalize the multilateral relations between the countries of the Western Balkans and the EU, to improve the regional cooperation of the countries of the Western Balkans in the field of infrastructure and economic development) and three of them, Albania, N. Macedonia and Serbia in 2019 launched the *Mini Schengen* initiative which in 2021 was transformed in *Open Balkan*. Its primary objective is to address social, economic, and trade obstacles that impede regional economic progress by introducing the four fundamental European integration principles: free movement of goods, labor, capital, and services.

## 2. VISEGRAD COUNTRIES VIS-À-VIS OPEN BALKAN COUNTRIES IN THE EU INTEGRATION PROCESS

### 2.1. *Visegrad initiative and EU integration process*

With adoption of *Declaration on Cooperation between the Czech and Slovak Federal Republic, the Republic of Poland and the Republic*

*of Hungary in striving for European Integration* (February 15th, 1991 in Visegrad) the signatories have decided to begin a long-term cooperation in a political, economic and cultural field, through meetings and consultations held at various levels and in various forms.<sup>1</sup> Few of the basic objectives were full restoration of state independence, democracy, and freedom; economic transformation (creating a modern, open-market economy); with ultimate goal, full integration into the European political and economic system. By aligning their efforts, they acknowledged that their common goals and strategies provided them with the strength to overcome the challenges ahead.

One of their initial measures was to foster economic collaboration based on the principles of a free market and mutually beneficial trade in goods and services. This approach aimed to facilitate the unhindered movement of labor and capital. Furthermore, to enhance economic effectiveness, it was considered important to create favorable conditions for direct cooperation between enterprises and foreign capital investments. To stimulate trade among the signatory states, on December 21, 1992, in Kraków, the Visegrad countries signed the CEFTA which was established over a five-year period and later extended to include countries in Southeast Europe. The main goal of CEFTA was to promote democracy and free-market economics. It seeks to boost trade in goods and services, eliminate trade barriers between the member states, and attract investment to the region through fair, stable, and predictable trade rules<sup>2</sup>. During an international conference held in Krakow at the end of October 1993, the V4 countries decided to continue their joint integration efforts into Western European structures. In the middle of February 1995, an Agreement on cooperation in customs issues was signed by representatives of the V4 customs authorities. In the autumn of 1998 (on October 21<sup>st</sup> in Budapest) during the tri-lateral summit of the Presidents of the Czech Republic, Poland and Hungary, the participants expressed their support to the revitalization of the Visegrad co-operation not only in the political domain but also in other fields. Meanwhile, Slovakia was endeavoring to overcome

---

1 Declaration on Cooperation between the Czech and Slovak Federal Republic, the Republic of Poland and the Republic of Hungary in Striving for European Integration, <https://www.visegradgroup.eu/documents/visegrad-declarations/visegrad-declaration-110412>, 26. 10. 2023.

2 Central European Free Trade Agreement – CEFTA, <https://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/CEFTA.pdf>, 26. 10. 2023.

its international isolation during the mid-1990s, under the leadership of Premier Vladimir Meciar. Following the accession of Czech Republic, Poland, and Hungary to NATO, they extended their support to Slovakia's accession to the European Union alongside the existing Visegrad Group members.

On May 14<sup>th</sup>, 1999, during the Prime Ministers' Summit held in Bratislava, the *Contents of Visegrad Cooperation* was adopted.<sup>3</sup> This document outlines the substantive elements of cooperation in several fields. Concerning foreign affairs, it included the transfer of experience in communication strategy and methods related to NATO and the EU, as well as mutual exchange of experience on EU integration. This involved sharing information on positions during the preparation for accession negotiations and the implementation of *acquis*, along with consultations on the allocation of Pre-accession funds (SAPARD, ISPA, etc.). In the field of internal affairs, the focus was on cooperation in border and immigration affairs, particularly in the context of EU accession, with a specific emphasis on consultations regarding Schengen agreement-related issues. Various opportunities for cooperation were considered in the field of environmental protection and risks; potential for joint fundraising in cultural programs, sports, and youth engagement, as well as the promotion of scientific and technological contacts. There was also a focus on sharing experiences and preparing collaborative projects for participation in EU programs. In the context of infrastructure development, cooperation on joint projects aimed at enhancing the trans-European network was a top priority. This involved aligning infrastructure improvements across areas such as telecommunications, transportation, and power generation systems. Regarding cross-border cooperation, expert consultations revolved around themes like utilizing Pre-Accession Funds, providing information and recommendations for joint participation in EU programs, creating horizontal community programs, using PHARE projects in cross-border programs, exchanging experiences, and developing joint studies.

In 2000, the donor organization – International Visegrad Fund – was established by the governments of the Visegrad Group countries. Its mission was to support progress in seven key areas: culture, education,

---

3 Contents of Visegrad Cooperation approved by the Prime Ministers' Summit Bratislava on 14<sup>th</sup> May 1999, <https://www.visegradgroup.eu/cooperation/contents-of-visegrad-110412>, 26. 10. 2023.

innovation, democratic values, public policy, environment and tourism, as well as social development. On May 1<sup>st</sup>, 2004, all four Visegrad Group countries became members of the European Union. On 12<sup>th</sup> May in Kromeriz, they presented Declaration<sup>4</sup> outlining their future cooperation within the V4 area, the cooperation with other partners, NATO, other international organizations and cooperation with the EU. An essential goal of this cooperation with the EU was to actively contribute to the development of the Common Foreign and Security Policy (CFSP), including the “Wider Europe – New Neighborhood” policy and the EU strategy toward the Western Balkans. Consequently, upon joining the EU on May 1<sup>st</sup>, 2004, the Visegrad Group members left CEFTA (it served as a transitional organization that prepared countries for full European Union membership).

## *2.2. Open Balkan Countries and EU Integration Process*

### *2.2.1.SAP and CEFTA*

The first EU initiative in which the countries of Open Balkan (at that time acting individually), participated, was the Stabilization and Association Process. The SAP was launched by the EU with the aim of stabilizing the region after the violent conflicts that occurred during the dissolution of Yugoslavia. The main objectives for countries of the Western Balkans were to undertake political and economic reforms, strengthen the rule of law, protect human rights, and establish functioning market economies. The implementation of this process was planned to be realized through the conclusion of Stabilization and Association Agreements between the EU and each respective country in the Western Balkans. N. Macedonia was the first country to sign the SAA in 2001 (previously the relations have been regulated, by the Cooperation Agreement signed in April 1997) followed by Albania in 2006 – the agreement entered into force in 2009 (prior to SAA, agreement between Albania and the Economic European Community was

---

4 Declaration of Prime Ministers of the Czech Republic, the Republic of Hungary, the Republic of Poland and the Slovak Republic, on Cooperation of the Visegrad Group countries after their accession to the European Union, 12 May 2004, <https://www.visegradgroup.eu/documents/visegrad-declarations/visegrad-declaration-110412-1>, 26. 10. 2023; Guidelines of future areas of Visegrad cooperation, <https://www.visegradgroup.eu/cooperation/guidelines-on-the-future-110412>, 26.10.2023.

signed in 1992) and Serbia in 2008 (the first agreement signed with EU together with Interim Agreement on Trade and Trade Related Matters). In 2006, the Central European Free Trade Agreement (CEFTA) was amended to also include the countries from Western Balkan which substituted all 32 bilateral relations that existed between these countries prior to the signing of CEFTA. In the long EU integration process N. Macedonia received candidate status in 2005, but the negotiations talks were only opened in 2022. Albania and Serbia had shorter waiting periods but still substantial. Serbia obtained the candidate status in 2012, while Albania achieved it two years later in 2014. It took eight years for the negotiations talks to finally be opened, with Serbia in 2020 and with Albania in 2022.

### 2.2.2. Berlin Process

After Croatia became part of the EU in 2013, the EU enlargement was put on hold and the Berlin Process was launched in 2014 to maintain the stability of the Western Balkans (WB), support the ongoing reforms, and to move the cooperation among the regional countries forward. This process is a platform for high level cooperation between the leaders of Western Balkan countries (WB6) and the Berlin Process host countries (Germany Austria, France, Italy, The United Kingdom, Slovenia Croatia, and Poland).<sup>5</sup>The goals of the 2014 *Declaration of the German Chair*<sup>6</sup>, set out to make concrete progress in resolution of outstanding bilateral and internal issues; achieving reconciliation within and between the societies in the region; enhancing regional economic cooperation; and laying the foundations for sustainable growth. After the *Brdo-Brijuni Process meeting* in Dubrovnik and the first Western

5 Other participants are the EU institutions (European Commission, European External Action Service and member state holding the Presidency of Council), International financial institutions (European Bank for Reconstruction and development, European Investment Bank and other investment institutions grouped in WB Investment Framework and Connectivity Europe Facility), Regional initiatives (Regional cooperation Council, South East European Transport Observatory, Energy Community, Central European Free Trade Agreement, Regional Anti-Corruption Initiative).

6 Final Declaration by the Chair of the Conference on the Western Balkans, 28 August 2014, <https://www.bundesregierung.de/breg-en/service/archive/archive/final-declaration-by-the-chair-of-the-conference-on-the-western-balkans-754634>, 26. 10. 2023; Ana Marjanović Rudan, *Berlin process in a Nutshell*, GIZ 2018.

Balkans Summit in Berlin, the next Western Balkans Summits were held in Vienna (2015), in Paris (2016), in Trieste (2017), in London (2018), in Poznań (2019), virtual Summits organized by Bulgaria and N. Macedonia in 2020 and by Germany in 2021. The 2022 Summit was held in Berlin again and the 2023 in Tirana.

In Vienna, the *Chamber Investment Forum* (CIF) was established, and the *Declaration on Bilateral Issues*, as well as the *Agreement to set up the Western Balkan Fund* (WBF), were signed. At the Summit held in Trieste the leaders of WB launched the *Western Balkan Enterprise Development and Innovation Facility* (WB EDIF), endorsed the *Multi-Annual Action Plan for a Regional Economic Area* (REA) in the WB6 and agreed upon establishment of *Western Balkans Research Foundation* (WBRF). At the Summit held in 2020, the *Declaration on the Common Regional Market* and the *Declaration on the Green Agenda* were signed. In 2022, the Heads of Governments of the WB6 signed three mobility agreements under the Common Regional Market (CRM) *Action Plan's mobility agendas* (on Freedom of movement with identity cards, on Recognition of higher education qualifications, and on Recognition of professional qualifications for doctor of medicine, dentists and architects). In Tirana Summit held on 16<sup>th</sup> October 2023, the participants emphasized the importance of regional cooperation in the Western Balkans in the current context of geopolitical uncertainty and war on European soil. They highlighted the importance of strengthening connectivity, transport, trade, energy, and digital ties in the Western Balkans, as well as between the region and the EU.<sup>7</sup>

Until now, the results obtained in an economic field are: 37 transport projects, 8 energy projects, 2 sustainability programs (energy, renewable energies), Investment in broadband infrastructure (digital), Soft measures in energy and transport, Investment forum of the WB6 chambers, Regional economic area, transport community, Support for SMEs through WB EDIF, Research Foundation for the WB, International Institute for Sustainable Technologies SOE, Common regional market, KfW regional challenge fund and Regional roaming agreement.

---

7 Chair's conclusions of Summit Meeting of the Berlin Process held in Tirana on 16 October 2023, [https://www.berlinprocess.de/uploads/documents/chairs-conclusions-berlin-process-summit-2023\\_1697629712.pdf](https://www.berlinprocess.de/uploads/documents/chairs-conclusions-berlin-process-summit-2023_1697629712.pdf), 26. 10. 2023

According to Branimir Jovanovic and Mario Holzner<sup>8</sup> despite these achievements, only little has been achieved with regards to the original four objectives of the Berlin Process (no great progress in resolving open bilateral and internal issues between Serbia and Kosovo; regional economic cooperation is still limited; the sustainable growth has hardly been established). In their opinion “the general public in the Western Balkans has gained the impression that the Process is a paternalistic project dominated by abroad, in which local actors simply follow the instructions<sup>9</sup>. The name “Berlin Process” also symbolically indicates that the process is being pushed forward by or for Berlin and not by or for the Balkans”.<sup>10</sup> The Berlin Process ignored some of the most important economic and social problems in the region (poor infrastructure, lack of public investment and high poverty and social inequalities), and focusing primarily on improvement of regional cooperation, it neglects the special political economy of small, poor countries and their limited state capacities.<sup>11</sup>

### 2.2.3. Mini Schengen and Open Balkan initiative

The Mini Schengen Initiative was launched by Serbian President Aleksandar Vucic, together with Macedonian Prime minister Zoran Zaev and Albanian Prime minister Edi Rama, after French President Emmanuel Macron led opposition to opening membership talks with Albania and N. Macedonia in October 2019, citing the need for internal reform within the EU. At the meeting held between Vucic, Zaev and Rama, (on 10 October 2019 in Novi Sad, in Serbia), was established the Mini Schengen initiative with the primary aim to cross the borders between three countries only with ID cards by the end of 2021. In that occasion at the joint press-conference the President Vucic said, “The document you will see is based on the freedom of movement of capital, goods, services and people, because the people of our countries deserve a better life and lower unemployment” and added that

8 Branimir Jovanovic, Mario Holzner, “The Berlin Process for the Western Balkans: Four Recommendations to Achieve Progress”, *Security Policy Working Paper* 10/2022, Federal Academy for Security Policy 2022, 2 [https://www.baks.bund.de/sites/baks010/files/working\\_paper\\_2022\\_10.pdf](https://www.baks.bund.de/sites/baks010/files/working_paper_2022_10.pdf), 28. 10. 2023.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

11 *Ibid.*

“these are the pivotal freedoms or values, internationally acknowledged and promoted by the European Union”. He emphasized that “the agreement will yield benefits not only to the citizens, but also to the economies of these countries”.<sup>12</sup> The second meeting was held in Ohrid, N. Macedonia on 10<sup>th</sup> November where was adopted the *Declaration for the four EU freedoms in the Western Balkans* while on the third meeting held on 21<sup>th</sup> December in Tirana, Albania, several agreements were signed related to conditions for free access to the job market, electronic identification, collaboration in the fields of veterinary and food safety and lifting of nontariff barriers for businesses, among other things. In occasion of this meeting the Macedonian Prime minister Zaev mentioned the accomplished concrete steps of this initiative, such as the 24 hours functioning of the border controls for phyto-sanitary and veterinary controls; the completed negotiations between N. Macedonia and Serbia and for construction of new border crossing Lojane – Miratovac, as well as the agreement between the customs administrations of N. Macedonia and Albania for One Stop Shop on the border crossing Kjafasan, as the one with Serbia on the border crossing Tabanovce.<sup>13</sup> The next meeting was held in online format, on 30<sup>th</sup> October 2020 to due Covid 19 Pandemic situation. During the meeting the participants stated that the Mini Schengen is fully in line with the Berlin Process and agreed that this initiative can also be used to identify joint infrastructure projects aimed at the development of the region, in accordance with the EU Economic and Investment Plan for the countries of the Western Balkans. They also invited Pristina to join the initiative and expressed hope that the governments of Montenegro and Bosnia and Herzegovina will soon be able to join this initiative.<sup>14</sup> The next meeting was held in June 2021. in Skopje, but in online format, while

---

12 “President Vucic meets the Prime minister of the Republic of N.Macedonia and the Prime minister of the Republic of Albania”, <https://www.predsednik.rs/en/press-center/news/president-vucic-meets-the-prime-minister-of-the-republic-of-north-macedonia-and-the-prime-minister-of-the-republic-of-albania>, 27. 10. 2023.

13 “Prime Minister Zaev on Press Conference of WB Leaders in Tirana: We deliver results of the cooperation – strong economies for each country and more integrated and inter-connected region on our path to EU”, <https://vlada.mk/node/19902?ln=en-gb>, 27. 10. 2023.

14 “The invitation followed the establishment of the framework defined in Washington in September between Serbian President Aleksandar Vučić and Kosovo Prime Minister Avdullah Hoti. Vučić, Zaev and Rama held a video meeting on

in July the leaders met personally. At the meeting of political leaders and businessmen in Skopje on July 21<sup>st</sup>, 2021, the Mini Schengen became Open Balkan – regional initiative committed to securing conditions for practicing the four European freedoms (movement of people, goods, capital and services) for as many as possible citizens and companies on the Balkans. At the meeting three documents were signed: *Memorandum of Understanding and Cooperation on Facilitating Import, Export and Movement of Goods in the Western Balkans*, the *Memorandum on Free Access to the Labor Market* and the *Agreement on Cooperation in Disaster Protection*, N1 reports<sup>15</sup>. At the next meeting held in November 2021, in Belgrade, the leaders agreed to speed up coordination between governments to fully implement the agreements that would make a difference in either everyday life or doing business. The next meeting was held in December in Tirana where several agreements were signed related to free access to the labor market, electronic identification of citizens, cooperation in the field of veterinary, food and feed safety, and phytosanitary and mutual recognition of authorized economic operator – security and safety (AEOS). Six months later one new agreement (on tackling tax evasion) and three memorandums (recognition of university diplomas, cultural cooperation and cooperation in the tourism sector) were signed at the Ohrid Summit held on 7<sup>th</sup> and 8<sup>th</sup> June 2022. At the Belgrade Summit held 1–2<sup>th</sup> September 2022, the parties concluded two new agreements: on food security mechanisms, energy and on mining cooperation, one *Memorandum of understanding in cinematography and audiovisual activities in the Western Balkans* and the *Operational plan on civil protection between the three countries*.

This initiative of leader's commitment to regional cooperation was positively assessed by EU with the following words: “we welcome the leaders’ commitments to regional co-operation, an essential element of the Western Balkans’ European perspective and an integral part of the SAP. We understand the desire to move forward. At the same time, a process that spans the entire Western Balkans region is

---

‘Mini-Schengen’, <https://europeanwesternbalkans.com/2020/10/30/vucic-zaev-and-rama-held-a-video-meeting-on-mini-schengen/>, 27. 10. 2023.

15 “‘Mini Schengen’ renamed ‘Open Balkan’; Vučić, Rama and Zaev sign three documents, European Western Balkans”, <https://europeanwesternbalkans.com/2021/07/29/mini-schengen-renamed-open-balkan-vucic-rama-and-zaev-sign-three-documents/>, 27. 10. 2023.

essential.” The EU spokeswoman Ana Pisonero emphasized that “in this context, it is important for the region to make progress in establishing a Common Regional Market, a political commitment made by the six regional leaders at the Sofia Summit last autumn”.<sup>16</sup>

The initiative was also positively estimated by Commissioner Varhelyi who in occasion of the meeting held in Tirana in December 2021 said: “I admire the fact that you are so attached to this initiative, most of all because the initiative comes from the Balkans, not from the EU. When we failed, you continued attracting the participation of all stakeholders in the Balkans. This is the best message that the region can send”.<sup>17</sup> In 2002 the Open Balkan initiative received support from representatives from the State Department of USA, especially for the inclusive, regional, economic, and political cooperation developing through concrete initiatives oriented towards results.<sup>18</sup>

### 3. BERLIN PROCESS AND OPEN BALKAN VIS-À-VIS VISEGRAD INITIATIVE

#### 3.1. *Berlin Process vis-à-vis Open Balkan*

The Berlin Process was initiated in a response to the EU’s announcement that there would be no EU enlargement for five years (the time of the peak of Euroscepticism within EU), whereas the creation of the Mini Schengen (later Open Balkan) emerged as a reaction to the French President Macron’s veto on commencing negotiations talks with N. Macedonia and Albania. Both initiatives, BP and OB promote regional cooperation and they are directed towards realization of the four freedoms of the European Single Market and membership in the EU. In this context one of the main projects of the Berlin Process was the creation of Regional Economic Area (REA) and later Common Regional Market (CRM). The difference between the goals of the CRM and the OB, is that the CRM aimed to reduce the border waiting times for good and citizens with ID, while OB aimed for the complete aboli-

---

16 “‘Open Balkan’/ After the US, the EU reacts ‘flame for flame’, the strong message is revealed”, <https://sot.com.al/english/aktualitet/open-balkan-pas-shba-reagon-flake-per-flake-edhe-be-ja-zbardhet-mesaz-i457764>, 30. 10. 2023.

17 Open Balkan, <https://vlada.mk/node/30372?ln=en-gb>, 30. 10. 2023.

18 *Ibid.*

tion of border controls for citizens, goods, commercial activities, and services between the states.

Another difference is that the first initiative includes all WB3, while the second initiative consist of only three countries: Albania, N. Macedonia and Serbia. However, the Open Balkan is open to all western countries and its promoters are constantly inviting others to join.

Considering that the Berlin Process was idea of Germany and involves international financial institutions and some of the EU member states, it distinguishes itself from other EU initiatives, as well as from Open Balkan, which is autochthone regional initiative originates from three regional leaders. One question that arises frequently is the difference between these two processes and whether there is a need for both. In this context, Albanian Prime Minister Rama's response to journalists (during the visit of Albania in 2021 of the President of the European Commission's Ursula von der Leyen) is the most authentic. The question posed to Rama was about the necessity of a second process (Open Balkan) alongside the existence of the Berlin Process. In response, Rama clarified that there isn't a second process competing against the first and he explained that only difference is that "the Berlin Process is led by our friends and partners who have thousands and one problems of their own and actually don't wake up with the question of how the Berlin Process is proceeding... But we are here, and when we are waking up in the morning, we are wondering how our economy is doing today, how our trade is doing today".

The two questions posed to Leyen were: first, whether she viewed OBI as a means of stabilizing the region or distancing it further from the EU; and second, whether the EU supported OB or the BP. She answered that "any initiative that is within the Berlin Process and that is inclusive and cooperative is welcomed, emphasizing that the BP is the framework and process that is driving this integration forward to benefit all six countries of WB. Within the Berlin Process there can be initiatives, as long as they are inclusive, as long as they honor the goal of more regional market integration".<sup>19</sup>

---

19 "Differing interpretations of Open Balkan brought up again during von der Leyen's visit to Albania", <https://europeanwesternbalkans.com/2021/09/28/dif->

### 3.2. *Visegrad initiative vis-à-vis Berlin Process and Open Balkan*

Can the Visegrad initiative be compared with the Berlin Process and Open Balkan? The Visegrad Group was established to find a common way to overcome the political-economic transition, after the fall of the Soviet regime. In 1992 with the aim of promoting trade, facilitating investment and helping the European integration process of its member states, the V4 signed the CEFTA. In the same period during the 90's there was no equivalent initiative to the V4 in the Balkan region. This was due to the conflicts in some Western Balkans countries that arose following the breakup of Yugoslavia. In response, the European Union launched the Stabilization and Association Process in 1999, aimed at stabilizing the region and preparing it for integration. The second initiative designed to foster cooperation among Western Balkan countries is the Berlin Process, which, once again, originates from European countries. The crux of difference between the Balkan process and the Visegrad initiative is similar to Rama's point about the distinctions between the Berlin Process and Open Balkans. The Visegrad countries, having gone through a similar transition following the Soviet Union collapse, may serve as better mentors to support Western Balkan countries. In contrast some European countries of the Berlin process lack this specific experience. Slovenia and Croatia are exceptions, as they share a common past with the former Yugoslav countries of the Western Balkans. However, they entered the EU through individual efforts, not through the efforts made collectively in the Visegrad initiative.

Unlike Berlin Process, a regional initiative and promotes and supported by some EU countries and EU institutions, both the Open Balkan initiative and Visegrad initiative were established by the countries in the respective regions, not promoted by the EU, but with intention of moving closer to the EU. Both initiatives share the goal of enhancing economic cooperation among member countries. A good example of economic cooperation is CEFTA to which both initiative countries are or were affiliated. The Visegrad Group, as a founder of CEFTA, later left the agreement after joining the EU. Each of the Open

---

*fering-interpretations-of-open-balkan-brought-up-again-during-von-der-leyens-visit-to-albania/, 27. 10. 2023.*

Balkan countries, on the other hand, joined CEFTA in accordance with the *Agreement on amendment of and accession to the Central European free trade agreement* adopted in 2006. Notably, during this period, the Open Balkan initiative did not yet exist.

One of the key differences between the Visegrad Group and the Open Balkan initiative is their timing. The Visegrad Initiative was launched right from the beginning of the economic and political transition of the Visegrad countries in 1991, and after 13 years of joint efforts, its members successfully entered the European Union. In contrast, Open Balkans emerged as a result of the prolonged waiting for progress in European integration, coming into existence 21 years after Albania's independence and the dissolution of the Social Federative Republic of Yugoslavia.

Another significant distinction relates to the presence of dedicated funds. The International Visegrad Fund was established in 2000. As a donor organization, supported by the governments of the Visegrad Group countries. Conversely, the Open Balkan initiative does not have a specific fund. However, since 2017., the Western Balkans Fund (WBF) has been operating in the region. The WBF is an international organization founded in 2015 and is financed by all six Western Balkan countries. Both funds share a similar focus, which serves as an important example of the transfer of institutional knowledge from the Visegrad Group to the Western Balkans. The IVF primarily supports regional cooperation among civil society organizations and contributes to progress in seven key areas, encompassing culture, education, innovation, democratic values, public policy, environment and tourism, and social development. On the other hand, the WBF aims to promote cooperation and shared values among citizens, civil society, and people-to-people contacts by providing funding for small and medium-sized projects in various key areas.

## 4. CHALLENGES OF OPEN BALKAN AND VISEGRAD 4 SUPPORT

### *4.1. Challenges of Open Balkan*

The term “Western Balkans” (WB) was originally coined by Austria, referring to the former Yugoslav republics, which included

Bosnia and Herzegovina, Croatia, Macedonia, Montenegro, and Serbia, as well as Albania. Since Croatia joined the EU and Kosovo declared independence (not recognized by several EU members such as Spain, Slovakia, Cyprus, Romania and Greece, as well as by Balkan countries, Bosnia and Herzegovina and Serbia), the term WB6 now includes Bosnia and Herzegovina, N. Macedonia, Montenegro, Serbia, Albania and Kosovo. All WB6 are part of CEFTA, the Berlin Process, and the Western Balkans Fund, but only three of them are part of the Open Balkan initiative.

The primary challenge of Open Balkan is the inclusion of the other three Western Balkan countries. In recent years, Bosnia and Herzegovina and Montenegro have participated in several meetings as observers, while Kosovo declined an offer to participate. The initiative has been met with skepticism in Kosovo, because of the ongoing disputes with Serbia. During a press conference held in February 2020 in Albania, Kosovo's Prime Minister, Albin Kurti expressed his opposition to the Mini-Schengen Initiative. However, after the signing of the document *Economic Normalization* (referred to the *Washington Agreement* signed and separately submitted to U.S. President Trump, by new Kosovo's Prime Minister Hoti and Serbia's President Vučić on September 4, 2020) Kosovo declared its intention to join the initiative. Nevertheless, in the first public statements following the new elections on February, 14<sup>th</sup> 2021, Kurti confirmed that the dialogue between Kosovo and Serbia would not be his government's priority.<sup>20</sup> While he expressed gratitude for the invitation from Macedonia's Prime Minister Kovacevski to the Open Balkan meeting held in Skopje in July 2022, Kurti stated that Kosovo would not participate in the Summit due to Serbia's "unequal treatment of the Kosovo citizens".<sup>21</sup> He explained that Kosovo is already engaged in the Berlin Process, and thus sees no reason to join the Open Balkan initiative. Another significant challenge in this process is the mutual non-recognition between Kosovo and Serbia, as well as Kosovo and Bosnia and Herzegovina. Although these entities are part of the Berlin Process, the Open Balkan initiative is led by

---

20 Robert Muharremi, "The 'Washington Agreement' Between Kosovo and Serbia", *Insights* 25(4)/2021.

21 Valentina Dimitrievska, "Bosnia and Montenegro attend Open Balkan summit but Kosovo shuns event", <https://www.intellinews.com/bosnia-and-montenegro-attend-open-balkan-summit-but-kosovo-shuns-event-246904/>, 31. 10. 2023.

regional actors and is not mandatory like other EU initiatives, giving Kosovo the option to abstain from participation.

The Montenegrin ex-Prime Minister Dritan Abazovic expressed his support for OB verbally but didn't sign any official document. A document published by the Ministry of European Integration<sup>22</sup> in November 2022 pointed out that the OB Initiatives coincides with Berlin's process, while at the Regional conference related to regional initiatives, it was concluded that Montenegro should continue on its path of integration into the EU and thoroughly analyze all the details before deciding to join Open Balkan. Montenegro's newly elected President, Jakov Milatovic, emphasized that the decision to join the Open Balkan initiative would be a subject of discussion within the future Government and Parliament. He expressed a clear political stance, favoring participation in an open Balkan rather than remaining in a closed one.<sup>23</sup>

In September 2020, the tripartite Presidency of Bosnia and Herzegovina issued several conclusions that congratulated OB Initiative. However, Ministries of Foreign Affairs and of trade and economic relations conducted their own and internal analysis, which raised questions about the added value of OB. They cited the absence of financial and political support from outside especially the EU, as well as exclusion of existing regional organizations and institutions. Additionally, they pointed out the potential political implications of OB, such as the dominance of Serbia in the region<sup>24</sup>.

Concerns are prevalent across the three countries regarding the potential economic and political dominance of Serbia in the region if the Open Balkan initiative's declared goals are implemented. Some critics have even labeled Open Balkan as a "Greater Serbian project".<sup>25</sup>

22 Мерита Тоска *et al*, *Скрининг иницијативе "Отворени Балкан" – анализе земаља*, Центар за економске анализе – Скопје, Мај 2023, 13, [https://ceves.org.rs/wp-content/uploads/2023/06/1.-OBI-Project-Regional-Report\\_Task\\_SR.pdf](https://ceves.org.rs/wp-content/uploads/2023/06/1.-OBI-Project-Regional-Report_Task_SR.pdf), 31. 10. 2023.

23 Beta, NIN, "Milatovic: Open Balkans better than closed Balkans", <https://n1info.rs/english/news/milatovic-open-balkans-better-than-closed-balkans/>, 31. 10. 2023.

24 *Ibid*.

25 Marina Vulović, "Introduction the Berlin Process in the Western Balkans: Big Ideas, Difficult Implementation", *SWP Comment* 70/2022 Stiftung Wissenschaft und Politik, German Institute for International and Security Affairs,

These criticisms include the fear of having a Belgrade-dominated political and economic sphere, akin to the situation during Yugoslavia, as well as the possibility of undesirable external influences from actors like Russia and China<sup>26</sup>.

It has emphasized repeatedly the Open Balkan is aligned with BP and EU integration. The alignment was reaffirmed by Marjan Zabrcanec the Macedonian National Coordinator for OB, who highlighted, that “in addition to the basic economic goal, the initiative also accelerates the membership of each of the six countries of the Western Balkans in the European Union”<sup>27</sup>. Taking in consideration the Rama’s statement of July 2023 that the OB has fulfilled the mission for which it was born and announcement that the focus should be on the Berlin Process, after the Rama-Kovacevski joint press conference in Skopje held on the end of July, Zabrcanec believes, that the Open Balkan is not the finished story.<sup>28</sup> “However, Rama also denies having ended the initiative.”<sup>29</sup>

European Commissioner Olivér Várhelyi for the first time participated in the Summit held in Tirana 2021, via video link, while the summit held in Skopje in 2022 was attended in person. In this occasion, he affirmed that “Open Balkan can be an opportunity for speeding up the EU integration path. If we do the job well, we will speed up the economic integration of the region”<sup>30</sup>. On the same summit the US

---

[https://www.swp-berlin.org/publications/products/comments/2022C70\\_Berlin\\_Process.pdf](https://www.swp-berlin.org/publications/products/comments/2022C70_Berlin_Process.pdf), 31. 10. 2023.

26 Ferenc Németh, “Western Balkans. From the Berlin Process to the Open Balkan Initiative. Prospects for the Accession Process”, *Mediterranean Yearbook*, IEMed 2022, 228, <https://www.iemed.org/publication/western-balkans-from-the-berlin-process-to-the-open-balkan-initiative-prospects-for-the-accession-process/>, 31. 10. 2023.

27 “Zabrcanec: The ‘Open Balkan’ initiative enjoys enormous support from the population of North Macedonia, Albania, and Serbia”, <https://www.kosovo-online.com/en/news/open-balkan/zabrcanec-open-balkan-initiative-enjoys-enormous-support-population-north>, 28. 10. 2023.

28 *Ibid.*

29 Faktoje, “The Balkans opened or closed?”, <https://en.faktoje.al/the-balkans-open-or-closed/> 31. 10. 2023

30 Siniša Jakov Maruci, “Montenegro Mulls Joining ‘Open Balkan’ Initiative, Kosovo Remains Opposed”, <https://balkaninsight.com/2022/06/08/montenegro-mulls-joining-open-balkan-initiative-kosovo-remains-opposed/>, 31. 10. 2023.

Deputy Assistant Secretary Gabriel Escobar delivered a video address that the US supports the initiative, and that the countries involved should strive to keep it focused on economy and not make it a political movement<sup>31</sup>. The Belgrade Summit organized in September 2022 was attended by representatives of BiH and Montenegro, as well as by Hungarian Minister of Foreign Affairs, Péter Szijjártó and Turkish Minister of Foreign Affairs Mevlüt Çavuşoğlu. In that occasion, Hungarian minister said that “if it were for Budapest, Western Balkans countries would now all be EU members”. He also said the Hungarian government was ready to build closer cooperation with countries of the Open Balkan to promote the security of energy and food supplies. He added that Hungary had increased its trade with that region by 87 percent in the past decade.<sup>32</sup>

The second challenge faced by the OB initiatives pertains to political opposition within each OB country. In Albania the opposition argues that the OB initiative draws parallels with the European Union and primarily benefits Serbia, which possesses the most competitive economy and market in the region. The opposition asserts that Prime Minister Rama is using the initiative to self-promote and overemphasize his role in Balkan peace, creating an opportunity for Serbia to present itself as a peaceful actor as well<sup>33</sup>. This, they claim, comes at the cost of Kosovo’s interests.

In the case of N. Macedonian, several laws have been blocked in the committees of the Macedonian Assembly led by the opposition party, and their representatives have refrained from voting on these laws in the Assembly. The leader of the Macedonian political party VMRO-DPMNE (opposition), Mickovski, stated that his party is ready to support any regional initiative aimed at improving the quality of life and the citizens’ standards. However, he expressed a lack of informa-

---

31 *Ibid.*

32 “Hungarian Foreign Minister attends Open Balkan Summit in Belgrade”, *Daily News Hungary*, <https://dailynewshungary.com/hungarian-foreign-minister-attends-open-balkan-summit-in-belgrade/>, 27. 10. 2023.

33 Ilir Kalemaj, “Open Balkans: Challenges and Opportunities Emanating from Tirana”, *Tirana Observatory* 5(1), Albanian Institute of International Studies, 12/2022, 30.

tion about Open Balkan and its specific goals<sup>34</sup>. Following Rama's statement from July 2023, the Albanian opposition in N. Macedonia remains firmly opposed to the Open Balkans initiative. Demiri from BESA argues that "Open Balkans is nothing more than putting the Albanians under the clutches of Serbia and Russia...All projects that violate the interests of any nation, especially Kosovo in this situation, remain unacceptable"<sup>35</sup>.

In Serbia the pro-Western political opposition strongly supports regional cooperation and integration as a means to address the historical conflicts that have divided the Balkans. However, certain factions within the opposition, particularly those with nationalist or conservative leanings, invoke the term "Greater Albania" to critique the government's collaborations with Albania and neighboring countries. They contend that such initiatives may encroach upon national sovereignty and Serbia's territorial integrity<sup>36</sup>.

In Albania 74 percent believes that the Open Balkan facilitates the freedom of movement of people in the Balkans, while 67 percent believe that it helps also the movement of capitals and 73 percent agree that it helps the movement of goods. Moreover, 61 percent agree that the initiative could help with the opening of new jobs.<sup>37</sup> Data from the International Republican Institution in 2022<sup>38</sup> indicates the level of support for border opening and the Open Balkans initiative in the WB countries: 75 percent in Serbia, 61 percent in N. Macedonia, 68 percent in Bosnia and Herzegovina, 66 percent in Montenegro and 42 percent in Kosovo.

The third challenge is related to full implementation of the four freedoms of goods, people, capital and services. The participating countries are already beginning to use the benefits of this cooperation.

---

34 "Мицкоски: 'Отворен Балкан' не смее да е замена за полноправното членство во ЕУ", *Fokus*, <https://fokus.mk/mitskoski-otvoren-balkan-ne-smee-da-e-zamena-za-polnopravnoto-chlenstvo-vo-eu/>, 28. 10. 2023.

35 "Сите албански партии, освен ДУИ, бараат повлекување од 'Отворен Балкан', <https://alsat.mk/mk/site-albanski-partii-osven-duit-baraat-povlekuvane-od-otvoren-balkan/>, 28. 10. 2023.

36 М. Тоска, *op. cit.*, 12.

37 I., Kalemaj, *op. cit.*, 35.

38 Western Balkans Regional Survey 2022, January-February 2022, Center for insight in survey research, 2022, 132. <https://www.iri.org/resources/2022-western-balkans-regional-survey--january-february-2022/>, 30. 10. 2023.

The implementation of the agreement related to free access to the labor market, which entails the removal of work permits for citizens of the OB countries is in its final phase.<sup>39</sup> Analyzing the Macedonian case, several factors need to be considered, such as the current structure of the labor market, salary structure compared to the other countries and readiness for structural changes. For instance, the Employment Agency currently has 112,000 registered unemployed individuals, while companies are in need of approximately 15,000 workers for 2023.<sup>40</sup> The analysis revealed surpluses in certain occupations, where there is an excessive supply of unemployed individuals compared to the demand. On the other hand, there are deficits in other occupations. High-skilled occupations particularly face surplus gaps.

Serbian economist Ljubomir Savic<sup>41</sup> pointed out that all three countries are grappling with labor shortages, primarily in craft-related professions. He emphasized that labor exchange between the three countries has not been fully realized, and there is a decreasing number of available workers. For example, Serbia is facing a shortage of drivers, tilers, plumbers, and construction workers who often come from countries outside the Open Balkans, such as those in Asia. Savic believes that the Open Balkans initiative offers great opportunities, including open borders without delays, duty-free import and export possibilities, and a unique phytosanitary certificate that does not need to be checked at every border.

Within the framework of the Open Balkans initiative, several customs facilities have been introduced to expedite the flow of goods between the countries. Slavica Kutirov, the Director of the Customs

---

39 Macedonian Minister of labour and social policy, Sanja Trenchevska mentioned this progress, in an interview in August 2023; vid.Sanja Janchevska, "Interview with Minister Jovanka Trenchevska. 'The focus on young people is a focus on the future and on success'", <https://www.fakulteti.mk/news/12082023/intervju-so-ministerkata-jovanka-trenchevska-fokusot-staven-na-mladite-e-fokus-kon-idninata-i-kon-uspehot>, 30. 10. 2023.

40 "Open Balkan– incentive and pressure for faster reform of the labor market", <https://www.financethink.mk/en/open-balkan-incentive-and-pressure-for-faster-reform-of-the-labor-market/>, 30. 10. 2023.

41 "Political conditions in the region are slowing down the Open Balkans; the participating countries are already reaping the benefits", <https://www.kosovo-online.com/en/news/open-balkan/political-conditions-region-are-slowing-down-open-balkans-participating-countries>, 28. 10. 2023.

Administration, in N. Macedonia in an interview with Macedonian Radio, mentioned that special Open Balkans lanes for trucks have been opened at the border crossings of N. Macedonia with Serbia and Albania to facilitate faster transportation of goods. The One Stop Shop tool works with Serbia. In 2022, approximately 190,000 freight motor vehicles entered in N. Macedonia through this crossing, which on average means over 500 freight vehicles per day. In the heights of the annual holidays 10 lanes were enabled: 2 for cargo, one for buses and 7 for passenger, as well as priority lane for the countries of the Open Balkans, for the CEFTA countries for vehicles with sensitive goods, and for goods intended for companies with OEO status and special fast lane for empty trucks and trucks that transport goods with a European transit document NCTS.<sup>42</sup>

Another significant benefit within Open Balkan pertains to initiatives aimed at reducing taxes and administrative barriers. For example, in 2022, Albania achieved a 25% increase in agricultural trade value with the Open Balkan countries, Serbia, and N. Macedonia. The export of agricultural products from Albania to Serbia increased by 58.2% in value and 13.6% in quantity and Albanian exports to Serbia reached a value of 13.5 billion lek (about 125 million euros), while imports were around 33 billion lek (circa 312 million euros).<sup>43</sup> In the past year of 2022, exports to Serbia exceeded 385 million euros, as reported by the State Statistics Office.<sup>44</sup> This represents a growth of nearly 32 percent compared to 2021 or an increase of nearly 53 percent compared to 2019. In 2022, imports from Serbia to N. Macedonia, reached approximately 755 million euros. This indicates a growth of about 14 percent compared to 2021 and a 19 percent increase compared to 2019. In 2022, exports from N. Macedonia to Albania exceeded 102 million

---

42 Media Center, <https://customs.gov.mk/mk-MK/media-centar.nspx>, 30. 10. 2023.

43 “Jaka: Strengthening economic and trade cooperation between Serbia and Albania the right path to EU”, <https://www.kosovo-online.com/en/news/open-balkan/jaka-strengthening-economic-and-trade-cooperation-between-serbia-and-albania-right>, 28. 10. 2023.

44 Љубиша Арсиќ, “Отворен Балкан си работи: Северна Македонија со континуиран раст на трговската размена со Албанија и Србија од стар-тот на иницијативата”, <https://racin.mk/analizi/otvoren-balkan-si-raboti-makedonija-so-kontinuiran-rast-na-trgovskata-razmena-so-albanija-i-srbija-od-startot-na-inicijativata/>, 28. 10. 2023.

euros, marking a 7 percent increase compared to 2021 and a substantial 40 percent rise compared to 2019.

Despite all these positive results, the slow ratification of some agreements remains a challenge for the further development of the initiative.

#### *4.2. The Visegrad Four support to Open Balkan countries*

Since the Visegrad group countries became part of the EU, they have established themselves as a vocal supporter of the European perspective for the Western Balkans. Czech (2009), Hungarian (2011) and Polish (2011) EU Council presidencies had Western Balkan integration high on the agenda, while the Bratislava presidency (2016) included more general goal of enlargement policy. The first three were supporters of finalization of integration talks with Croatia and beginning accession talks with Serbia, while Slovakia have suggested that WB should be part of the enlargement strategy and taking part in various policy-making processes prior to their EU accession in 2018.

On the occasion of the 20th anniversary of the of the Visegrad Group, on 15 February 2011 in Bratislava was adopted the *Bratislava Declaration of the V4 prime ministers*.<sup>45</sup> This declaration reaffirmed the Visegrad Group's status as a recognized symbol of successful political and economic transformation. Furthermore, it emphasized that the V4 served as a model for regional cooperation in many areas. Confirming their determination to continue and further develop mutual cooperation they express the intention to: develop the principles expressed in the values of the four freedoms, which opened up new opportunities for jobs, economic cooperation, trade, investment and contacts among citizens (the V4 countries welcome the full liberalisation of access to labour markets across the EU to be completed in); and to facilitate the process of enlarging the area of stability and democracy in the EU neighbourhood and actively contribute towards the implementation

---

45 The Bratislav Declaration of the Prime Ministers of Czech Republic, The Republic of Hungary, the Republic of Poland and the Slovak Republic in the occasion of the 20<sup>th</sup> anniversary of the Visegrad Group, Bratislava (15. 02. 2011), <https://www.visegradgroup.eu/2011/the-bratislava>, 26. 10. 2023.

of European and Euro-Atlantic ambitions of the countries of Eastern Partnership and continue to support the Western Balkans countries in their EU and NATO integration. In 2015, all Visegrad Group countries jointly prepared an article titled “We Offer You Our Helping Hand on the EU Path”<sup>46</sup> which was published in major newspapers across the Western Balkans. In this article, they reassured the Western Balkan nations that the European Union’s ongoing challenges, particularly the migration and refugee crisis, would not deter their support for further EU enlargement. The Visegrad Group emphasized the importance of giving special attention to the Western Balkans transit route and called for collective European action from the outset of the migration crisis. They also highlighted their commitment to providing both unified and bilateral assistance to the most affected Western Balkans countries.” Complementary to constructive initiatives and proposals encouraging further integration, the V4 has been also united in criticizing the EU for wavering on the WB’s integration”.<sup>47</sup> During the meeting of the Foreign Ministers of the Visegrad Group (V4) and those of the Western Balkans (WB6) held in Prague on February 27, 2020, a Memorandum of Understanding was signed between the International Visegrad Fund and the Western Balkans Fund, representing yet another confirmation of the V4 countries’ commitment to supporting the Balkan region. Regarding the future of WB countries Visegrad Insight prepared *Strategic Foresight Report for 2030*<sup>48</sup> and presents five scenarios for five fundamentally different Western Balkans: *Forced Hand, Dark Future, Elusive Europeanisation, Defragmenting the WB and Banding together*. In the first scenario, the EU decides to accelerate its enlargement policy as the only limit to Russian and Chinese expansion in the WB; in the second scenario external powers will also continue to be

---

46 “We offer you our helping hand on the EU path”,[https://www.mzv.cz/file/1695091/We\\_offer\\_you\\_our\\_helping\\_hand\\_on\\_the\\_EU\\_path.pdf](https://www.mzv.cz/file/1695091/We_offer_you_our_helping_hand_on_the_EU_path.pdf), 26. 10. 2023.

47 Zgut, Edit, Zbytniewska, Karolina, Yar Lucia, Plevák, Ondrej, “Transforming words into deeds – the Visegrad Group and Western Balkans’ EU integration”, <https://www.euractiv.com/section/enlargement/news/transforming-words-into-deeds-the-visegrad-group-and-western-balkans-eu-integration/>, 31. 10. 2023.

48 Barbora Chrzova, et al., *Western Balkan futures*, Strategic Foresight Report for 2030, Special edition 1 (19)/ 2022, <https://visegradinsight.eu/app/uploads/2022/03/Western-Balkans-Final.pdf>, 30. 10. 2023.

active; in the third scenario EU is so preoccupied with its own problems that it becomes unable to keep the Western Balkans on the path to democratization – the enlargement policy will then lose its ideological character, the process will slow down further; the fourth scenario envisions a harmonious future where deepening economic integration fosters the reconciliation of historical grievances (idyllic scenario); in the final scenario, the growing prevalence of crises, such as the coronavirus, environmental catastrophes, and economic downturns, drives Western Balkan leaders to adopt a pragmatic approach and collaborate more closely. The pandemic marks a promising beginning, with Serbia and Albania exhibiting solidarity by providing vaccines to neighboring nations. Additionally, the scenario emphasizes the significance of regional cooperation, exemplified by initiatives like Open Balkans, in addressing shared challenges.<sup>49</sup>

## 5. CONCLUSION

This research was guided by three objectives: explore the role of the regional organizations and initiatives in expediting the integration process, to examine whether the Open Balkan countries can draw valuable lessons from experiences of Visegrad Group and to elucidate how V4 supports the integration process of OB countries.

The Visegrad experience serves as a compelling example of how regional cooperation and solidarity are pivotal for EU accession. Following Slovakia's inability to join NATO alongside the other three Visegrad countries, the common objective became joint participation in the EU integration processes. In this process of solidarity with Slovakia, the exchange of information, experiences, advice, and support among the other three members played a crucial role. The strength of this initiative was the unwavering political will of all four members, earning V4 the reputation of a guarantor of stability and development in the region.

While political will for regional cooperation exists among the OB countries, integrating the other three Western Balkan nations remains

---

49 Ferenc Németh, "Where to Next, Western Balkans? To Join or to Keep Dragging", <https://visegradinsight.eu/where-to-next-western-balkans/>, 31. 10. 2023.

a challenge for this initiative. The primary reason for their absence is that they do not perceive this initiative as adding value to the Berlin Process. The most authentic response to the question *if the OB is necessary alongside the existence of the Berlin Process*, comes from Albanian Prime Minister Rama. He explained that partners in the Berlin Process are preoccupied with numerous challenges of their own and do not constantly focus on its progress. In contrast, those in the Open Balkan initiative are primarily concerned with the state of their economies and trade, “we are here, and when we are waking up in the morning, we are wondering how our economy is doing today, how our trade is doing today”.

The positive reaction were also received from European Commissioner Olivér Várhelyi, who suggested that Open Balkan could expedite the EU integration path, and US Deputy Assistant Secretary Gabriel Escobar, who expressed US support for the initiative, emphasizing the need to maintain its focus on the economy rather than making it a political movement. One of the most significant challenges lies in Kosovo’s resistance to involvement in this initiative, primarily due to unresolved issues with Serbia.

Despite Open Balkan already yielding positive results, it faces the challenge of garnering full support from the opposition. There is a prevailing political trend to discontinue projects attributed to the ruling party, even if they have been successful. Therefore, the institutionalization of the Open Balkan initiative is essential to ensure its continuity as a state policy rather than merely a governing one.

*Dr. Jordanka Galeva*

*Docent, Pravni fakultet Univerziteta "Goce Delčev", Štip,  
(Republika Makedonija)*

## „VISEGRAD“ INICIJATIVA VIS-À-VIS „OPEN BALKAN INICIJATIVA“ U PROCESU EVROPSKE INTEGRACIJE

### *Rezime*

Nakon rušenja komunističkih režima, u zemljama Srednje Europe, vera da zajednički naponi mogu olakšati društvenu transformaciju i evropsku integraciju, poslužila je kao ključna motivacija za osnivanje Višegradske grupe (V4), koja se sastoji od Češke, Slovačke, Mađarske i Poljske. Na jugoistoku Evrope, s obzirom na ratne konflikte koji su se odigrali tokom devedesetih, 1999 godine, Savet EU je pokrenuo Proces stabilizacije i asocijacije (SAP) kako bi podstakao zemlje Zapadnog Balkana (ZP) na međusobnusatradnju i potvrdio njihovu sposobnost za članstvo u EU. Nakon što su se zemlje V4 pridružile EU, Deklaracija Višegrada o saradnji iz 2004 godine istakla je ideju podrške evropskoj integraciji susednih regiona, uključujući i region Zapadnog Balkana. Od 2004 godine do danas, zemlje ZP su podnele zahtev za članstvo u EU i dobile status kandidata za EU. Godine 2014 postale su deo inicijative Berlin Process (BP), a za troje njih – Albaniju, Severna Makedoniju i Srbiju – otvoreni su pregovori o pristupanju EU. Ove tri zemlje su pokrenule inicijativu Mini Šengen 2019 godine, koja je transformisana u inicijativu Open Balkan (OB3) 2021 godine. Budući da obe inicijative, i Višegrad i Open Balkan, imaju za cilj unapređenje međudržavne saradnje i olakšavanje procesa evropske integracije za svoje zemlje, svrha ovog rada je razmotriti ulogu regionalnih organizacija i inicijativa u ubrzanju procesa integracije, istražiti da li OB3 može izvući vredne lekcije iz iskustva V4 i objasniti kako V4 podržava proces integracije OB3.

**Ključne reči:** *Otvoreni Balkan. – Zemlje Višegradske grupe. – Berlinski proces. – EU Integracija. – Regionalna saradnja.*

## LITERATURA

- Chrzova, B., *et al*, „Western Balkan futures“, Strategic Foresight Report for 2030, Special edition, Special edition 1 (19)/ 2022.
- Jovanovic, B., Holzner, M., „The Berlin Process for the Western Balkans: Four Recommendations to Achieve Progress“, *Security Policy Working Paper* 10/2022, Federal Academy for Security Policy 2022.
- Kalemaj, I., „Open Balkans: Challenges and Opportunities Emanating from Tirana“, *Tirana Observatory* 5 (1), Albanian Institute of International Studies 12/2022 .
- Muharremi, R., „The „Washington Agreement“ Between Kosovo and Serbia“, *Insights*, Volume: 25 (4)/ 2021.
- Németh, F., „Western Balkans. From the Berlin Process to the Open Balkan Initiative. Prospects for the Accession Process“, *Mediterranean Yearbook*, IEMed 2022.
- Тоска, М., *et al*, *Скрининг иницијативе „Отворени Балкан“ – анализе земаља*, Центар за економске анализе – Скопје, мај 2023.
- Vulović, M., „Introduction the Berlin Process in the Western Balkans: Big Ideas, Difficult Implementation“, *SWP Comment* 70/2022 Stiftung Wissenschaft und Politik, German Institute for International and Security Affairs.

Article history:

Received: 2. 11. 2023.

Accepted: 27. 11. 2023.

Dr Iva Parenta\*

## SADRŽAJ MEĐUNARODNIH I EUROPSKIH STANDARDA PRESUMPCIJE NEDUŽNOSTI S OSVRTOM NA REPUBLIKU HRVATSKU

*Presumpcija okrivljenikove nedužnosti jedno je od osnovnih načela suvremenog kaznenog procesnog prava. Moglo bi se tvrditi kako nema čovjeka koji, neovisno o stupnju obrazovanja, zvanju i zanimanju, nikada nije čuo za maksimu kaznenog postupka sukladno kojoj se svatko smatra nedužnim dok mu se u sudskom postupku ne utvrdi krivnja. Međutim, unatoč sveopćoj „popularizaciji“ presumpcije nedužnosti, mnogi bi pravni znanstvenici i praktičari ustuknuli pri pokušaju njezina definiranja, odnosno određanju njezina sadržaja i pravne prirode. Nakon uvodnih razmatranja, u radu se analizira zakonodavni historijat presumpcije nedužnosti u jugoslavenskom i hrvatskom zakonodavstvu te shvaćanja njezine pravne prirode u domaćoj pravnoj znanosti. Nadalje se razmatra sadržaj prava na presumpciju nedužnosti u međunarodnim izvorima prava, tj. u Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, praksi Europskog suda za ljudska prava te pravu Europske unije. Potonje obuhvaća normativnu kodifikaciju presumpcije nedužnosti koja je na razini Europske unije provedena donošenjem Direktive 2016/343 o jačanju određenih vidova pretpostavke nedužnosti i prava sudjelovati na raspravi u kaznenom postupku. Sadržaj presumpcije nedužnosti, na mjestima gdje je to prikladno, analizira se i s aspekta hrvatskog normativnog okvira i sudske prakse. Posljednji dio rada obuhvaća zaključna razmatranja.*

**Ključne reči:** *Presumpcija nedužnosti. – Načelo kaznenog procesnog prava. – Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. – Direktiva 2016/343.*

---

\* Autorica je asistentica na Katedri za kazneno procesno pravo Pravnog fakulteta u Rijeci, [iparenta@pravri.uniri.hr](mailto:iparenta@pravri.uniri.hr), Orcid ID: 0000-0001-5599-205X (Republika Hrvatska)

## 1. UVOD

Presumpcija okrivljenikove nedužnosti jedno je od osnovnih načela suvremenog kaznenog procesnog prava. Moglo bi se tvrditi kako nema čovjeka koji, neovisno o stupnju obrazovanja, zvanju i zanimanju, nikada nije čuo za maksimu kaznenog postupka sukladno kojoj se svatko smatra nedužnim dok mu se u sudskom postupku ne utvrdi krivnja. Riječ je o maksimi koja je toliko „popularizirana“ da je gotovo pa nemoguće upaliti televizijski program ili pročitati dnevne tiskovine, a da se netko ne pozove na presumpciju nedužnosti.

Danas je presumpcija nedužnosti predmet pravnog uređenja brojnih i po učinku različitih izvora prava, kako onih na međunarodnoj, tako i onih na nacionalnoj razini. Međutim, tome nije uvijek bilo tako. Štoviše, tijekom dugog povijesnog razdoblja primjene inkvizitornog modela kaznenog postupka u kaznenim je postupcima prevladavala presumpcija krivnje okrivljenika koji je nerijetko bio podvrgnut različitim oblicima torture ne bi li se došlo do njegova priznanja i na taj način potvrdila polazišna hipoteza na kojoj se postupak temeljio – njegova krivnja.<sup>1</sup> Sve do izbijanja Francuske revolucije 1789. te donošenja znamenite Deklaracije o pravima čovjeka i građanina koja je u čl. 9 propisivala presumpciju nedužnosti, ona nije bila izrijeком propisana niti među državama kontinentalnog pravnog kruga niti među onima angloameričkog pravnog kruga. Dobivajući svoj normativni izričaj krajem XVIII. stoljeća, presumpcija nedužnosti biva redovito proklamirana u svim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima, počevši od Opće deklaracije o ljudskim pravima iz 1948. (čl. 11 st. 1),<sup>2</sup> Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. (čl. 6 st. 2, dalje u tekstu: Konvencija),<sup>3</sup> Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966. (čl. 14 st. 2).<sup>4</sup> Također, njezin sadržaj

---

1 Vid. detaljnije Vladimir Bayer, *Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja, Knjiga II. Povijesni razvoj kaznenog procesnog prava*, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb 1995.

2 Odluka o objavi Opće deklaracije o ljudskim pravima, *Narodne novine – Međunarodni ugovori*, br. 12/2009.

3 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, *Narodne novine – Međunarodni ugovori*, br. 18/97, 6/99, 8/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17.

4 Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, *Narodne novine – Međunarodni ugovori*, br. 12/93, 7/95, 11/95.

postaje sve rašireniji pod utjecajem nadzornih mehanizama tih ugovora, u prvom redu Europske komisije za ljudska prava te kasnije Europskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: ESLJP ili Sud).

Unatoč sveopćoj „popularizaciji“ presumpcije nedužnosti, mnogi bi pravni znanstvenici i praktičari ustuknuli pri pokušaju njezina definiranja, odnosno određenju njezina sadržaja. U tom se smislu i navodi kako se „očito rasprostranjeni sporazum o poželjnosti presumpcije nedužnosti odnosi na ime, a ne na sadržaj načela, budući da je taj sadržaj daleko od toga da bude jasan i univerzalno prihvaćen.“<sup>5</sup> Upravo stoga, a imajući na umu značaj koji presumpcija nedužnosti zauzima u strukturi kaznenog postupka, ovaj rad će nastojati definirati njezin sadržaj onako kako je on određen u međunarodnim i europskim standardima zaštite ljudskih prava.

## 2. ZAKONODAVNI HISTORIJAT PRESUMPCIJE NEDUŽNOSTI I NJEZINA SHVAĆANJA U DOMAĆOJ PRAVNOJ ZNANOSTI

### 2.1. *Odredba o presumpciji nedužnosti u jugoslavenskom i hrvatskom zakonodavstvu*

Presumpcija nedužnosti nije bila propisana u Zakoniku o sudskom krivičnom postupku Kraljevine Jugoslavije iz 1929, Ustavu FNRJ iz 1946. niti u Zakonu o krivičnom postupku FNRJ iz 1948. Ona se prvi put propisuje u čl. 3. Zakonika o krivičnom postupku FNRJ-a iz 1953. kao rezultat namjere zakonodavca da se ozakoni odredba Opće deklaracije o ljudskim pravima koja je propisivala presumpciju nedužnosti.<sup>6</sup> Predmetna je odredba glasila: „Lice protiv koga je pokrenut krivični postupak ne smatra se krivim sve dok njegova krivična odgovornost za učinjeno krivično djelo nije utvrđena pravomoćnom presudom.“ Od tada je presumpcija nedužnosti redovito propisivana u svim ustavima i zakonima o kaznenom postupku bivše jugoslavenske države, kao i u RH nakon njezina osamostaljenja.

5 Carl-Friedrich Stuckenberg, „Who is Presumed Innocent of What by Whom?“, *Criminal Law and Philosophy* 8(2)/2014, 303.

6 Vladimir Bayer, „Pretpostavka okrivljenikove nevinosti u jugoslavenskom krivičnom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 10(3/4)/1960, 183.

Donošenjem Ustava SFRJ iz 1963. presumpcija nedužnosti dobiva značaj ustavnog pravasukladno kojem „nitko ne može biti smatran učiniocem krivičnog djela dok to ne bude utvrđeno pravosnažnom presudom“ (čl. 50 st. 1). Jednaka je odredba uvedena i u ZKP Zakonom o izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku iz 1965. Međutim, predmetna odredba umjesto izraza „ne smatra se krivim“ (kakav je bio u ZKP/53) koristi izraz „ne smatra se učiniocem krivičnog djela“. S obzirom na to da je moguće da se utvrdi da je netko počinitelj kaznenog djela, a da istodobno postoje razlozi za isključenje njegove krivnje, ona je bila neprecizna.<sup>7</sup> Taj je nedostatak u formulaciji ispravljen Ustavom SFRJ iz 1974. (čl. 181 st. 4) pa je presumpcija nedužnosti propisana na način da „nitko ne može biti smatran krivim za krivično djelo dok to ne bude utvrđeno pravomoćnom presudom“ (čl. 254 st. 4 Ustava SR Hrvatske). Jednaku je odredbu preuzeo zakonodavac prilikom donošenja novog Zakona o krivičnom postupku iz 1977. (čl. 3), a koji se primjenjivao u RH i nakon njezina osamostaljenja, sve do donošenja prvog hrvatskog kaznenog procesnog zakona.

Za razliku od prethodno navedenih odredaba o presumpciji nedužnosti u bivšoj jugoslavenskoj državi gdje je ona bila izražena u tzv. negativnoj formulaciji („ne smatra se krivim“), ZKP/97 preuzima odredbu o presumpciji nedužnosti kako je ona propisana Ustavom RH (čl. 28.) u tzv. pozitivnoj formulaciji („smatra se nedužnim“). Čl. 3 st. 1 ZKP/97 propisuje „svatko je nedužan i nitko ga ne može smatrati krivim za kazneno djelo dok mu se pravomoćnom sudskom presudom ne utvrdi krivnja.“<sup>8</sup> Predmetni je članak u cijelosti preuzet u primarni tekst ZKP/08, ali je njegovim izmjenama iz 2019, u tekst čl. 3 dodan novi st. 2 koji propisuje „teret dokaza u postupku utvrđivanja krivnje osumnjičenika, okrivljenika ili optuženika je na tužitelju, osim ako zakonom nije drukčije propisano.“<sup>9</sup>

---

7 Zagorka Simić-Jekić, „Pretpostavka nevinosti okrivljenog u Zakonu o krivičnom postupku od 24. decembra 1976. godine“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 15(4)/1977, 27.

8 Zakon o kaznenom postupku RH iz 1997. (dalje: ZKP/97), *Narodne novine*, br. 110/1997, 27/1998, 58/1999, 112/1999, 58/2002, 143/2002, 178/2004, 115/2006, 152/2008, 76/2009, 80/2011, 143/2012.

9 Zakon o kaznenom postupku RH iz 2008. (dalje: ZKP/08), *Narodne novine*, br. 152/2008, 76/2009, 80/2011, 91/2012, 143/2012, 56/2013, 145/2013, 152/2014, 70/2017, 126/2019, 126/2019, 130/20, 80/22.

## 2.2. Teorijske dvojbe koje su proizlazile iz odredbe o presumpciji nedužnosti prije donošenja Zakona o kaznenom postupku iz 1997.

Za cijelo vrijeme trajanja jugoslavenske države, počevši od ZKP/53 u kojem je presumpcija nedužnosti prvi put propisana, ona je bila izražena u tzv. negativnoj formulaciji („ne smatra se krivim“). Takav je izričaj bio predmet različitih tumačenja u stručnoj literaturi u smislu njegove prikladnosti, odnosno neprikladnosti s položajem okrivljenika u postupku. U nastavku će se prikazati teorijske dvojbe koje je među autorima bivše države izazivala presumpcija nedužnosti izražena u negativnoj formulaciji.

Kritički osvrt na formulaciju presumpcije nedužnosti iz čl. 3 ZKP/53 dao je *Bayer*.<sup>10</sup> On je smatrao da pretpostavka nedužnosti postoji u kaznenom postupkovnom pravu, ali da nije sadržana u navedenom članku jer iz njega ne proizlazi u čemu se ta pretpostavka sastoji. Drugim riječima, iz odredbe čl. 3 se ne razabire da teret dokazivanja ne leži na okrivljeniku niti se daje odgovor na pitanje na koji način sud mora riješiti pitanje o kaznenoj odgovornosti u slučaju dvojbe o činjenicama. Prema njemu je iz Obrazloženja Nacrta za zakonik o krivičnom postupku Saveznog izvršnog vijeća vidljiva namjera sastavljača da u njega uključe pretpostavku nedužnosti i da se ozakoni odredba Opće deklaracije o ljudskim pravima koja ju predviđa.<sup>11</sup> Međutim, činjenica da pretpostavku sastavljači nisu formulirali na pozitivan način (kao što je to u Deklaraciji) govori o tome da nisu ni htjeli reći da se okrivljenik smatra nedužnim, budući da to što zakon okrivljenika ne smatra krivim ne znači da ga smatra nedužnim.<sup>12</sup> Imajući u vidu da samo postojanje kaznenog postupka govori protiv toga da se okrivljenik smatra nevinim, prema *Bayeru* bi ispravan izraz bio da se za okrivljenika „pretpostavlja“ da je nevin.<sup>13</sup> S *Bayerovom* se argumentacijom složio i Lazin smatrajući da izraz „pretpostavlja se da je nevin“ odgovara „stvarnom položaju okrivljenika u kaznenom postupku koji se i po zakonu i po svom stvarnom položaju istina ne smatra krivim, ali se ne

10 V. Bayer (1960), *op. cit.*, 183–185.

11 „Svatko optužen za kazneno djelo ima pravo da ga se smatra nevinim sve dok mu se ne dokaže krivnja u skladu sa zakonom u javnom postupku u kojem su mu pružena sva jamstva potrebna za obranu.“

12 V. Bayer (1960), *op. cit.*, 184.

13 *Ibid.*, 188.

smatra niti nevinim. Shvaćanje da se za njega samo pretpostavlja da je nevin ... zbog toga nije u suprotnosti sa činjenicom da protiv njega u svakom trenutku krivičnog postupka mora da postoji određeni stupanj sumnje da je izvršeno krivično djelo<sup>14</sup>.

Vasiljević i Grubač smatraju kako pojmovi „ne smatra se krivim“ i „smatra se nevinim“ nisu „istovetni, i ti izrazi nisu samo različiti stilski obrti za istu misao, ili redakcijska omaška, već adekvatan izraz za određenu situaciju.“ Presumpcija nedužnosti izražena u negativnoj formulaciji bolje odgovara stvarnom stanju stvari jer se okrivljenik ne može smatrati krivim, ali se ne smatra niti nevinim, već sumnjivim. Sukladno tome položaju, prema njemu se mogu poduzeti određene mjere postupovne prisile, ali i mjere izvan kaznenog postupka. Situacija „sumnjiv“ je za razliku od „kriv“ i „nedužan“ privremena i vodi k jednoj od dvije definitivne situacije – utvrđene krivnje u osuđujućoj presudi ili nedužnosti u oslobađajućoj presudi.<sup>15</sup> Međutim, prema Simić – Jekić, takvo stajalište „koje sumnjivo lice smatra obeležjem pojma okrivljenog tokom celog krivičnog postupka, od njegovog pokretanja do pravosnažnog okončanja, ipak ne može da se prihvati. Ono nije u skladu sa dinamikom krivičnoprocesnih pojmova.“<sup>16</sup> Ona se zalaže za presumpciju nedužnosti izraženu u negativnoj formulaciji s obzirom na to da je ona „... prilagođena karakteru krivičnog postupka čije pokretanje podrazumeva istovremeno postojanje dokaza koji okrivljenog čine osnovano sumnjivim za učinjeno delo.“<sup>17</sup>

U teoriji je, ipak, najzastupljenije bilo ono stajalište koje je izjednačavalo pozitivnu i negativnu formulaciju presumpcije nedužnosti. Zlatarić je smatrao kako je i u negativnoj i pozitivnoj formulaciji presumpcije nedužnosti izražena „ista misao“.<sup>18</sup> U skladu s tim, i Vodinelić navodi da je „čvor upravo u tome što ‘ne smatra se krivim’ pravno i jeste sasvim isto što i ‘smatra se nevinim’. Kada ne bi postojala i djelovala presumpcija nevinosti, ovo ne bi bio slučaj. Optužba je dokazana, pa je okrivljenik vin ili nije dokazana, pa je nevin. Srednjeg, nekakvog

14 Đorđe Lazin, „Sadržina i pravna priroda pretpostavke nevinosti“, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu* 29(5/6)/1981, 317.

15 Tihomir Vasiljević, Momčilo Grubač, *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, Savremena administracija, Beograd 1987, 7–8.

16 Z. Simić-Jekić, *op. cit.*, 25.

17 *Ibid.*, 38.

18 Bogdan Zlatarić, „Ljudska prava i jugoslavensko krivično pravo“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 35(4)/1968, 521.

trećeg rješenja ne može biti.“<sup>19</sup> Konačno, prema Stankoviću „i pored nešto drugačije formulacije u nas, suština ovog instituta ostaje slična, ako ne i istovjetna. Jer jedno nebitno leksičko razilaženje ne daje nikakvu logičnu niti pravnu osnovu za izvođenje zaključka po kojemu, tobože, ova presumpcija nije sadržana u našem Zakonu o krivičnom postupku...”<sup>20</sup>

Danas je presumpcija nedužnosti u većini međunarodnih i nacionalnih izvora prava izražena u pozitivnoj formulaciji, premda postoje neke države koje su zadržale negativan izričaj.<sup>21</sup> Međutim, to nije od utjecaja niti na postojanje presumpcije nedužnosti u državama koje su zadržale negativnu formulaciju niti na njezine aspekte odnosno načine na koji ona djeluje. Suština presumpcije nedužnosti ne može se razabrati gramatičkim tumačenjem načina na koji je formulirana niti bi se od odredbe koja tu presumpciju propisuje trebalo očekivati da odražava stvarni položaj okrivljenika u postupku. Njezina je svrha zaštititi pravni položaj okrivljenika kao slabije stranke u postupku i u vezi s tim obvezati ovlaštenog tužitelja na dokazivanje njegove krivnje i sud na pravilno i potpuno utvrđivanje činjenica u postupku. Ako na kraju dokaznog postupka odlučne činjenice ostanu nedokazane ili se pojavi sumnja u njihovu dokazanost, sud je dužan primjenom pravila *in dubio pro reo* odlučiti na način koji je povoljniji za okrivljenika. Navedeni aspekti presumpcije nedužnosti djeluju neovisno o tome hoće li ona biti formulirana na pozitivan ili negativan način te su stoga ispravna stajališta onih autora koji te formulacije izjednačuju.

### 2.3. Razmatranja pravne prirode presumpcije nedužnosti od donošenja Zakonika o krivičnom postupku iz 1953. do danas

U razdoblju jugoslavenske države presumpcija nedužnosti bila je predmet brojnih razmatranja tadašnjih eminentnih pravnih znanstvenika. Razlog tomu vjerojatno leži u činjenici sve češće međunarodne proklamacije presumpcije nedužnosti i posljedično tome njezina pionirskog uvođenja među ustavne odredbe i odredbe koje uređuju pravila

19 Vladimir Vodinelić, „O pravnoj prirodi presumpcije nevinosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 6/1968, 141.

20 Drago J. Stanković, „Suština i domašaj presumpcije nevinosti okrivljenika“, *Vještak* 10(2)/1992, 16.

21 Vid. npr. čl. 27. st. 2. Ustava Italije.

kaznenog postupka. S druge strane, u razdoblju nakon osamostaljenja pa sve do danas u hrvatskoj se pravnoj literaturi nalazi skroman broj objavljenih radova koji se bave presumpcijom nedužnosti.<sup>22</sup> U izvorima koji se i bave njome, naglasak je najčešće na njezinoj europskoj i međunarodnoj dimenziji. U vezi s tim, nesumnjivo je da je suvremenom određenju njezina sadržaja znatno pridonio razvoj ljudskih prava na europskoj i međunarodnoj razini te se stoga ona i sve više izučava u kontekstu međunarodnih shvaćanja, a poglavito shvaćanja ESLJP-a.

Predmetno potpoglavlje neće se baviti analizom pojedinih aspekata presumpcije nedužnosti jer se to obrađuje kasnije u radu. Umjesto toga, prikazat će se različita teorijska stajališta o pravnoj prirodi presumpcije nedužnosti. Pritom se prvo navode stajališta autora s područja bivše jugoslavenske države, a potom stajališta hrvatskih autora nakon njezina osamostaljenja.

Prema jednom od teorijskih shvaćanja koje je zastupao Bayer, presumpcija nedužnosti je „samo radna hipoteza s pomoću koje u toku procesa dokazivanja određujemo teret dokaza...” Naime, ona kao pravna pretpostavka „ne isključuje mogućnost protivnoga od onoga što se njome pretpostavlja, mi smo je svjesno postavili kao privremenu radnu hipotezu za određivanje tereta dokaza, hipotezu koja, po svojoj definiciji, vrijedi samo tako dugo, dok se ne dokaže protivno”.<sup>23</sup> Prigovor takvom stajalištu uputio je Đurđić pojašnjavajući kako je u kaznenom postupku „hipoteza optužni akt, a pretpostavka nevinosti antiteza. Hipotetički karakter pretpostavke nevinosti značio bi da ona ima materijalni smisao i da je zadatak krivičnog postupka potvrđivanje ove pretpostavke, a upravo je obrnuto...”<sup>24</sup>

Sukladno drugom teorijskom shvaćanju koje zastupa Stanković presumpcija nedužnosti „...nije ozakonjena kao stroga pravna norma na koju se zakonski obvezuju organi krivičnog gonjenja. Ona i nije

22 Marijan Bitanga, „Pretpostavka okrivljenikove nedužnosti“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 25(2)/ 2018, 475–511; Ante Novokmet, „Pretpostavka okrivljenikove nedužnosti i prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o jačanju određenih vidova te pretpostavke u kaznenom postupku“, *Europeizacija kaznenog prava i zaštita ljudskih prava u kaznenom postupku i postupku izvršenja kaznenopravnih sankcija* (ur. Anita Kurtović Mišić et al.), Pravni fakultet u Splitu, Split 2017, 113–142.

23 V. Bayer (1960), *op. cit.*, 188.

24 Vojislav Đurđić, „Značenje i obim pretpostavke nevinosti u krivičnom postupku“, *Bilten sudske prakse Okružnog suda u Nišu* 25/2007, 10–11.

zakonski princip već samo jedan od krivično-procesnih pravnih instituta, čije poštivanje je više smješteno u sferi etike nego prava.<sup>25</sup>

Prema *Vodineliću*, presumpcija nedužnosti predstavlja „procesualnu garanciju, uputu za postupanje sa okrivljenim kao da je nevin. Ona važi čak i u slučaju kada je učinilac izvršio krivično delo na javnom mestu, na očigled dve stotine svedoka ... Ona znači da se optuženi pred zakonom, socijalističkim društvom i državom ima smatrati nevinim, tj. s njim se ima postupati kao s nevinim sve dok sud ne utvrdi suprotno.“<sup>26</sup> Ovakvom *Vodinelićevom* stajalištu prigovor upućuje *Lazin* uz obrazloženje kako je pravnu prirodu presumpcije nedužnosti potrebno odrediti prema njezinu sadržaju. U tom je smislu riječ o pretpostavci na temelju koje je okrivljenik nedužan sve dok se procesom dokazivanja ta pretpostavka ne opovrgne, a upozorenje tijelima kaznenog postupka da u svojem odnosu prema okrivljeniku postupaju s osobitim oprezom, samo je logička posljedica tako shvaćene presumpcije nedužnosti.<sup>27</sup> Prema *Dimitrijevićevu* shvaćanju, presumpcija nedužnosti „kao obeležje pojma okrivljenog čuva poštovanje prema njegovoj ličnosti, otklanja svaku predrasudu i doprinosi njegovoj ravnopravnosti u sporu sa tužiocem“.<sup>28</sup> Prema *Simić – Jekić*, vrijednost takvog *Dimitrijevićevog* stajališta izražena je u tome što „upravo zbog toga što otklanja svaku predrasudu o krivici lica protiv koga se vodi krivični postupak, ova pretpostavka doprinosi objektivizaciji pomenutogkrivičnoprocesnog odnosa između tužioca i okrivljenog, kao i odnosa između okrivljenog i suda“.<sup>29</sup>

Daljnja teorijska shvaćanja polaze od presumpcije nedužnosti kao klasičnog prava okrivljenika te ju izjednačuju sa primjerice pravom na obranu, zabranom iznuđivanja iskaza i sl.<sup>30</sup> Međutim, prema *Simić – Jekić*, presumpcija nedužnosti se razlikuje od svih drugih klasičnih prava okrivljenika stoga što ona djeluje i ako okrivljenik prizna krivnju i time ukloni ono što se tom presumpcijom pretpostavlja – nevinost.<sup>31</sup> Slično navodi i *Lazin* jer se, za razliku od drugih prava,

25 D. Stanković, *op. cit.*, 16.

26 V. Vodinelić, *op. cit.*, 134–135.

27 Đ. Lazin, *op. cit.*, 323.

28 Dragoljub Dimitrijević, *Krivično procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1981, 122.

29 Z. Simić-Jekić, *op. cit.*, 26–27.

30 Branko Petrić, „O ispitivanju okrivljenog“, *Pravni život* 10(3)/1961, 11.

31 Z. Simić-Jekić, *op. cit.*, 21.

okrivljenik presumpcije nedužnosti ne može odreći te ona djeluje u kaznenom postupku i protiv njegove volje.<sup>32</sup>

Konačno, a i teorijski najzastupljenije shvaćanje pravne prirode presumpcije nedužnosti jest ono sukladno kojem je presumpcija nedužnosti načelo kaznenog postupka. U tom se smislu govori o presumpciji nedužnosti kao „osnovnom načelu kaznenog postupka“,<sup>33</sup> „načelu kaznenog postupka koje je izgrađeno na demokratskim osnovama“,<sup>34</sup> „jednom od najvažnijih principa koji neposredno regulira položaj okrivljenog u krivičnom postupku i garantira mu određena prava koja predstavljaju izraz takvog njegovog položaja“. <sup>35</sup> Shvaćanju presumpcije nedužnosti kao načela upućuje se prigovor da mogućnost utvrđivanja suprotnog od onog što se tom presumpcijom pretpostavlja sprječava da se ona uvrsti u kaznenopostupovna načela (osnovna, opća ili posebna) budući da se ona ne mogu opovrgnuti, a kamoli preobratiti u svoju suprotnost.<sup>36</sup> Međutim, prema drugima, to što se presumpcija nedužnosti ne može uvrstiti u neku od postojećih klasifikacija načela, može značiti samo da te klasifikacije nisu dobre, a nikako to da presumpcija nedužnosti ne predstavlja načelo.<sup>37</sup>

Tumačenje i shvaćanje presumpcije nedužnosti kao načela kaznenog postupka dominantno je i među hrvatskim kaznenoprocenim autorima nakon donošenja ZKP-a iz 1997, i to neovisno o njihovoj (različitoj) kategorizaciji načela. To uostalom slijedi i iz strukturnog smještanja presumpcije nedužnosti unutar ZKP-a odnosno njezina propisivanja u Glavi I. koja određuje načela kaznenog postupka. Kao načelo kaznenog postupka presumpcija nedužnosti je interpretativno sredstvo koje bitno određuje položaj okrivljenika u kaznenom postupku.<sup>38</sup>

Krapac važeća načela hrvatskog kaznenog procesnog prava svrstava u četiri kategorije. Prvoj kategoriji pripadaju načela koja se

32 Đ. Lazin, *op. cit.*, 323.

33 Dušan Vujičić, „Osnovna načela krivičnog postupka i njegovo trajanje“, *Jugoslavenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 3/1975, 462.

34 Mihail S. Strogovič, *Krivični sudski postupak: udžbenik za pravne fakultete i institute*, Naučna knjiga, Beograd 1948, 127.

35 Bora Čejović, „Predpostavka nevinosti okrivljenog u krivičnom postupku“, *Pravni život* 4–5/1968, 29.

36 Z. Simić-Jekić, *op. cit.*, 19.

37 Đ. Lazin, *op. cit.*, 325.

38 M. Bitanga, *op. cit.*, 484.

odnose na pokretanje i započinjanje kaznenog postupka, drugoj kategoriji načela koja se odnose na vođenje kaznenog postupka, trećoj ona koja se odnose na ustrojstvo kaznenih sudova te posljednjoj, četvrtoj kategoriji načela pripada načelo pravičnog postupka pred kaznenim sudom kao stožerno načelo kaznenog procesnog prava kojega je presumpcija nedužnosti neizostavni dio.<sup>39</sup> On načelo pravičnog postupka kao stožerno načelo kaznenog postupka dalje raščlanjuje na tzv. opće elemente pojma „pravičnog postupka“ koji se primjenjuju i u građanskim i u kaznenim postupcima te tzv. posebne elemente koji kompenziraju okrivljenikov položaj u postupku u odnosu na nadmoć državne represivne vlasti kao njegove protustranke. Među te posebne elemente spadaju presumpcija nedužnosti i minimalna prava obrane.<sup>40</sup> Pritom je svrha presumpcije nedužnosti „ograničiti državi postavljanje granica okrivljenikovoj obrani“ u smislu određivanja dopustivih mjera ograničenja koje mu država može izreći presudom donesenom u kaznenom postupku. Kako bi se ta svrha postigla, presumpcija nedužnosti sadrži pravilo kojim se određuje teret dokazivanja i pravilo kojim se rješavaju činjenične dvojbe u kaznenom postupku. Ona su „u najužoj vezi s načelom pravičnog postupka jer čine autoritativne pravne standarde u pogledu načina i rezultata utvrđivanja pravno relevantnih činjenica u kaznenom postupku.“<sup>41</sup>

Pavišić daje nešto drugačiji prikaz važnijih klasifikacija postupovnih načela. Među te klasifikacije spadaju one koje načela određuju prema izvoru kojim su predviđena, zatim načela koja proizlaze iz vladavine prava, osnovna postupovna načela, načela kakvoće postupka i načelo pravičnog postupka. Pritom osnovna postupovna načela dijeli na ona koja se odnose na subjekte kaznenog postupka (među koje svrstava presumpciju nedužnosti) te ona koja se odnose na postupovne

39 Davor Krapac *et al.*, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: institucije*, Narodne novine, Zagreb 2020, 86–185. Hrvatski je zakonodavac u službenom prijevodu Konvencije na hrvatski jezik čl. 6. preveo kao pravo na pošteno suđenje (*right to a fair trial*). I Krapac i Pavišić smatraju kako je pojam „pravičan“ za razliku od „poštenog“ postupka odnosno suđenja pravilniji. D. Krapac *etal.*, *op. cit.*, 151; Berislav Pavišić *et al.*, *Kazneno postupovno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2014, 55. Drugačije vidi Jasna Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava: strasbourgškiacquis*, Novi informator, Zagreb 2013, 1121–1122.

40 D. Krapac *et al.*, *op. cit.*, 162–182.

41 *Ibid.*, 415–416.

radnje i za njih navodi kako su to sinteze ideja te misli vodilje zakonodavca pri uređenju cjeline sustava pravila kaznenog postupka.<sup>42</sup> Uz to presumpciju nedužnosti i minimalna prava obrane svrstava u unutarnju komponentu načela pravičnog postupka naspram njegove vanjske komponente koja uključuje jamstva iz čl. 6 st. 1 Konvencije.<sup>43</sup>

### 3. PRESUMPCIJA NEDUŽNOSTI U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA, PRAVU EUROPSKE UNIJE I REPUBLICI HRVATSKOJ

Presumpcija nedužnosti predmet je pravnog uređenja brojnih međunarodnih izvora prava. Propisana je u čl. 11 st. 1 Opće deklaracije o ljudskim pravima, čl. 6 st. 2 Konvencije, čl. 14 st. 2 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, čl. 48 st. 1 Povelje o temeljnim pravima EU.<sup>44</sup> U Republici Hrvatskoj, kao i Republici Srbiji, osim što je propisana ZKP-om, presumpcija nedužnosti uzdignuta je i na rang ustavnog načela.<sup>45</sup>

Zahvaljujući mehanizmima nadzora i kontrole nad poštivanjem ljudskih prava predviđenim u navedenim međunarodnim ugovorima, i to napose praksi ESLJP-a (i ranije Komisije), znatno se pridonijelo razvoju presumpcije nedužnosti. Pod razvojem presumpcije nedužnosti misli sena širenje njezina sadržaja izvan tradicionalnih komponenti koje se odnose na teret dokazivanja i način rješavanja činjeničnih dvojbi. S obzirom na to da je ESLJP sadržaj presumpcije nedužnosti određivao odlučujući u pojedinačnim predmetima, europski je zakonodavac pristupio normativnoj kodifikaciji toga prava, (nepotpuno) slijedeći praksu ESLJP-a, s ciljem jačanja povjerenja među državama članicama i olakšanja uzajamnog priznavanja odluka u kaznenim stvarima te usvojio Direktivu 2016/343 o jačanju određenih vidova

---

42 Pavišić *et al.*, *op. cit.*, 51–54.

43 *Ibid.*, 55.

44 Povelja Europske unije o temeljnim pravima, *Službeni list Europske unije*, C 202.

45 V. čl. 3 ZKP-a RH i čl. 28. Ustava RH (*Narodne novine*, 56/1990, 135/1997, 8/1998, 113/2000, 124/2000, 28/2001, 41/2001, 55/2001, 76/2010, 85/2010, 05/2014) te čl. 3 ZKP-a (*Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – odluka US i 62/2021 – odluka US) i čl. 34 Ustava RS (*Službeni glasnik RS*, br. 98/2006, 115/2021).

pretpostavke nedužnosti i prava sudjelovati na raspravi u kaznenom postupku (dalje: Direktiva).<sup>46</sup> Daljnji prikaz sadržaja presumpcije nedužnosti, nakon određenja područja njezine primjene, slijedit će redoslijed sadržaja propisan u Direktivi uz upućivanje na stajališta zauzeta u praksi ESLJP-a.

### 3.1. Područje primjene presumpcije nedužnosti

Direktiva, u čl. 2 određuje područje primjene na fizičke osobe koje su osumnjičenici ili optuženici u kaznenom postupku. Drugim riječima, iz opsega primjene Direktive isključene su pravne osobe. Opravdanje za isključenje pravnih osoba iz područja primjene može se pronaći u preambuli Direktive. U njoj se navodi kako presumpcija nedužnosti obuhvaća različita pravila i stupnjeve zaštite kada je riječ o fizičkim i pravnim osobama te kako je prerano na razini EU-a donositi propise o pravu na presumpciju nedužnosti u odnosu na pravne osobe. S obzirom na to da je zaštita pravnih osoba u pogledu presumpcije nedužnosti ipak osigurana nacionalnim zakonodavstvima, pravom EU-a, kao i Konvencijom te praksom nacionalnih sudova, Suda EU-a i ESLJP-a, europski je zakonodavac ustuknuo pred izričitim kodificiranjem predmetnog prava u odnosu na pravne osobe.<sup>47</sup> Tom su stajalištu europskog zakonodavca upućeni mnogi prigovori pa neki smatraju da je isključenje opsega primjene Direktive u odnosu na pravne osobe „propuštena prilika“.<sup>48</sup> Naime, propustilo se uzeti u obzir važnost pravnih osoba u kaznenim postupcima, u odnosu na koje je većina država članica donijela nacionalne propise kojima je uređena njihova odgovornost i represivni mehanizmi. Nadalje, europski je zakonodavac propustio pobliže naznačiti u čemu se točno ogleda različita razina zaštite presumpcije nedužnosti u odnosu na fizičke i pravne osobe te je nejasno, a s obzirom na to da Direktiva predstavlja kodifikaciju prakse ESLJP-a, zašto ona nije slijeđena i u tom dijelu. Naime, ESLJP prilikom razmatranja je li u konkretnom slučaju došlo do povrede presumpcije

46 Direktiva (EU) 2016/343 Europskog parlamenta i Vijeća od 9. ožujka 2016. o jačanju određenih vidova pretpostavke nedužnosti i prava sudjelovati na raspravi u kaznenom postupku, *Službeni list Europske unije*, L 65, 11. 3. 2016.

47 Direktiva, t. 13–15 Preamble.

48 Stijn Lamberichts, „The Directive on the Presumption of Innocence: A Missed Opportunity for Legal Persons?“, *EUCRIM* 1/2016, 37.

nedužnosti, ne pravi razliku je li ona eventualno povrijeđena na štetu fizičke ili pravne osobe.<sup>49</sup>

Osim isključenja pravnih osoba iz opsega primjene Direktive, iz njezine su primjene isključeni i svi drugi postupci koji nisu kazneni. Direktiva se ne primjenjuje na „građanske postupke ili na upravne postupke, među ostalim ako potonji mogu dovesti do sankcija, kao što su postupci u vezi s tržišnim natjecanjem, trgovinom, financijskim uslugama, prometom, porezima ili prirezima i istrage upravnih tijela u vezi s takvim postupcima.“<sup>50</sup> ESLJP je, s druge strane, radi učinkovite primjene konvencijskih jamstava zauzeo autonomna značenja pojmova „kaznena optužba“ i „kazneno djelo“. U predmetu *Engel i drugi protiv Nizozemske* odredio je kriterije sukladno kojima se određeno djelo klasificira kao kazneno. Ti su kriteriji: (1) klasifikacija djela u nacionalnom pravu (*classification in domestic law*), (2) priroda djela (*nature of the offence*) te (3) težina kazne kojoj osoba riskira da bude izložena (*severity of the penalty that the person concerned risks incurring*).<sup>51</sup> U tom smislu čl. 6 Konvencije može biti primjenjiv i u drugim postupcima, koji u nacionalnom zakonodavstvu država članica nisu označeni kao kazneni, ako Sud ocijeni da su priroda djela ili težina kazne kojoj osoba riskira da bude izložena takve naravi da se mogu podvesti pod klasifikaciju djela kao kaznenog. Iako su prilikom donošenja Direktive isticali prijedlozi da se u područje primjene Direktive uključe i „nekažnjeni“ postupci,<sup>52</sup> Vijeće i Komisija su se protivili takvom određenju

49 A. Novokmet, *op. cit.*, 123.

50 Direktiva, t. 11 Preambule.

51 ESLJP, *Engel i drugi protiv Nizozemske*, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8. 6. 1976, § 82.

52 Odbor Europskog parlamenta za građanske slobode, pravosuđe i unutarnje poslove predložio je da se opseg primjene Direktive proširi i na one postupke u kojim se mogu izreći usporedive kaznene i odvraćajuće sankcije, kao i primjenu Engel kriterija razvijenih u praksi ESLJP-a s ciljem određenja prirode postupka u pitanju. Europski parlament, Odbor za građanske slobode, pravosuđe i unutarnje poslove, „Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings“ 8–9, [https://www.europarl.europa/doceo/document/A-8-2015-0133\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa/doceo/document/A-8-2015-0133_EN.pdf), 27. 9. 2023.

Nadalje, EU mreža pravnih stručnjaka je u zajednički izraženom stajalištu s organizacijom *Fair Trials* izrazila zabrinutost da bi se dokazi pribavljeni u postupcima koji su izvan opsega primjene Direktive kasnije mogli koristiti u

područja primjene Direktive uz obrazloženje kako bi to bilo nekonzistentno s već usvojenim direktivama o procesnim jamstvima te kako je to nepotrebno s obzirom na to da je pojam „kazneni postupak“ autonoman te će biti interpretiran u praksi Suda EU-a.<sup>53</sup> Kao kompromisno rješenje u t. 11 Preambule navedeno je da će se Direktiva primjenjivati samo na kaznene postupke kako ih tumači Sud EU-a, ali ne dovodeći u pitanje sudsku praksu ESLJP-a.

### 3.2. Pojedini aspekti presumpcije nedužnosti

#### 3.2.1. Javna upućivanja na krivnju i prejudicirajuće predstavljanje osumnjičenika ili optuženika

Direktiva u čl. 4 propisuje obvezu država članica da poduzmu odgovarajuće mjere kako bi se osiguralo da se u a) izjavama za javnost tijela javne vlasti i b) sudskim odlukama za osumnjičenika ili optuženika ne navodi da je kriv prije nego što je sud meritorno odlučio o krivnji. Pritom se potonji zahtjev ne odnosi na odluke koje imaju za cilj dokazivanje krivnje (npr. optužnica) niti privremene odluke procesne prirode koje se temelje na sumnji ili inkriminirajućim dokazima (npr. rješenje o određivanju istražnog zatvora).<sup>54</sup>

---

kaznenim postupcima, a bez da su poštovana sva prava na pravičan postupak. U vezi s tim, predlagala je da se u normativni dio teksta Direktive uvrsti odredba prema kojoj su dokazi pribavljeni u okviru upravnih postupaka protivno odredbama Direktive nezakoniti te se ne mogu koristiti u kaznenom postupku. Fair Trials, Legal Experts Advisory Panel, „Joint position paper on the proposed directive on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings“ 7. i 9., <https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/01/Presumption-of-Innocence-Position-Paper.pdf>, 27. 9. 2023.

53 Council of the European Union, „Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings, Preparation of the fourth trilogue on 17 September 2015“, 4, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11664-2015-INIT/en/pdf>, 27. 9. 2023.

54 Direktiva, t. 16. Preambule. To je potvrđeno i u praksi Suda EU-a koji je istaknuo kako odluke kojima se održava na snazi odnosno produljuje istražni zatvor nisu suprotne čl. 3 i 4 Direktive kada se temelje na sumnji ili elementima inkriminirajućih dokaza, pod uvjetom da se za osobu koja se nalazi u istražnom zatvoru ne navodi da je kriva (*Emil Milev*, C-310/18 PPU, 19. 9. 2018, § 48.). Kada nacionalni sud ispituje zakonitost odluke o istražnom

Direktiva pojam „izjave za javnost tijela javne vlasti“ pobliže definira kao sve izjave koje se odnose na kazneno djelo i koje dolaze od tijela uključenog u kazneni postupak u vezi s tim kaznenim djelom (pravosudna, policijska ili druga tijela kaznenog progona), ali i od nekog drugog tijela javne vlasti (ministri ili drugi javni službenici). To je u skladu s već ustaljenom praksom ESLJP-a koji je u brojnim predmetima naglasio važnost izbora riječi koje u svojim izjavama koriste javni dužnosnici prije nego je određenoj osobi suđeno i prije nego je proglašena krivom u skladu sa zakonom za određeno kazneno djelo.<sup>55</sup> Takve su izjave protivne presumpciji nedužnosti jer ohrabruju javnost da vjeruje da je osumnjičena osoba kriva te prejudiciraju ocjenu činjenica o kojoj tek treba odlučiti sud.<sup>56</sup> U Republici Srbiji je zakonodavac izričkom propisao da su „državni i drugi organi i organizacije, sredstva javnog obaveštavanja, udruženja i javne ličnosti“ dužni pridržavati se presumpcije nedužnosti i da „svojim javnim izjavama o okrivljenom, krivičnom delu i postupku ne povređuju prava okrivljenog“.<sup>57</sup>

Kada je riječ o sudskim odlukama, presumpcija nedužnosti bit će povrijeđena ako sudska odluka koja se odnosi na osobu optuženu za kazneno djelo odražava mišljenje da je ona kriva, bez da je njezina krivnja utvrđena u skladu sa zakonom i bez da je ona imala mogućnosti konzumirati prava obrane. To je moguće čak i u slučaju odsustva ikakvog formalnog utvrđenja – dovoljno je da postoji neko obrazloženje iz kojega proizlazi da sud okrivljenika smatra krivim.<sup>58</sup> Pritom se osobit oprez mora upotrijebiti prilikom određivanja ili produživanja istražnog zatvora kako iz obrazloženja takve odluke ne bi slijedilokao da je optuženik već osuđen. Postoji bitna razlika između tvrdnje da je

---

zatvoru, nije u suprotnosti s čl. 4 i 6 Direktive da usporedi dokaze koji idu u korist i na štetu okrivljenika te obrazloži svoju odluku uz navođenje dokaza na kojima se ona temelji, kao i da odluči o prigovorima obrane, pod uvjetom da se u odluci o zakonitosti za osobu koja se nalazi u istražnom zatvoru ne navodi da je kriva (RH, C-8/19 PPU, 12. 2. 2019, § 60).

55 Vid. recentnu odluku ESLJP-a u predmetu *Bavčar protiv Slovenije*, 17053/20, 7. 9. 2023., §§ 104–125. Vid. još ESLJP, *Böhmer protiv Njemačke*, 37568/97, 3. 10. 2002, § 56; *Daktaras protiv Litve*, 42095/98, 10. 10. 2000, § 41.; *Peša protiv Hrvatske*, 40523/08, 8. 4. 2010, § 149; *Gutsanovi protiv Bugarske*, 34529/10, 15. 10. 2013, §198–200, *Butkevičius protiv Litve*, 48297/99, 26. 3. 2002, § 53.; *Khuzhin i drugi protiv Rusije*, 13470/02, 23. 10. 2008, § 96.

56 *Ismoilov i drugi protiv Rusije*, 2947/06, 24. 4. 2008, § 161.

57 Vid. čl. 3 st. 2 ZKP-a Republike Srbije.

58 ESLJP, *Minelli protiv Švicarske*, 8660/79, 25. 3. 1983, § 37.

netko samo osumnjičen da je počinio kazneno djelo i jasne sudske izjave, bez konačne presude, da je određena osoba počinila kazneno djelo. Pritom činjenica da je podnositelj zahtjeva u konačnici osuđen ne utječe na njegovo inicijalno pravo da se smatra nedužnim jer se čl. 6 st. 2 Konvencije primjenjuje tijekom cijelog kaznenog postupka i neovisno o ishodu optužbe.<sup>59</sup>

Kodificirajući praksu ESLJP-a u ovom aspektu presumpcije nedužnosti, europski je zakonodavac propustio proširiti njezinu primjenu i na tzv. paralelne postupke (*parallel proceedings*) i naknadne postupke (*subsequent proceedings*).

Paralelni su oni postupci koji se ne vode protiv optuženika zbog postojanja „optužbe za kazneno djelo“, međutim ipak se odnose ili su povezani s kaznenim postupkom protiv optuženika koji je istodobno u tijeku. U dosadašnjoj je praksi ESLJP o eventualnoj povredi presumpcije nedužnosti prejudicirajućim izjavama krivnje u tzv. paralelnim postupcima odlučivao u slučaju: vođenja razdvojenih postupaka protiv suoptuženika,<sup>60</sup> vođenja više odvojenih kaznenih postupaka protiv optuženika,<sup>61</sup> paralelnog vođenja kaznenog i stegovnog postupka,<sup>62</sup> postupka za opoziv uvjetne osude.<sup>63</sup>

59 ESLJP, *Matijašević protiv Srbije*, 23037/04, 19. 9. 2006, § 48–49. U navedenom je predmetu sud u Novom Sadu na štetu podnositelja zahtjeva povrijedio pravo na presumpciju nedužnosti stoga što je u odluci u kojoj je odlučivao o potrebi za produljenjem pritvora istaknuo kako je podnositelj zahtjeva počinio kaznena djela koja su predmet optužbe, a Vrhovni sud Srbije je propustio ispraviti navedenu povredu prilikom odlučivanja o žalbi.

60 ESLJP, *Karaman protiv Njemačke*, 17103/10, 27. 2. 2014, § 42–43.

61 Utvrđenje suda da je podnositelj zahtjeva ponovno počinio kazneno djelo koje se temelji na činjenici da je protiv njega donesena nepravomoćna osuđujuća presuda za prvotno kazneno djelo (dok je još u tijeku postupak po žalbi za to kazneno djelo) dovodi do povrede presumpcije nedužnosti (*Kangers protiv Latvije*, 35726/10, 14. 3. 2019, § 61).

62 Do povrede presumpcije nedužnosti doći će kada upravni sudovi, prilikom preispitivanja stegovne sankcije, daju meritornu odluku o tome je li podnositelj zahtjeva počinio kaznena djela koja mu se stavljaju na teret u kaznenom postupku koji je još u tijeku (ESLJP, *Kemal Coşkun protiv Turske*, 45028/07, 28. 3. 2017, § 44, 53).

63 U slučaju kada sud koji odlučuje o opozivu uvjetne osude preuzme ulogu nadležnog kaznenog suda i nedvosmisleno izjavi da je podnositelj zahtjeva kriv za kazneno djelo doći će do povrede presumpcije nedužnosti (ESLJP, *Böhmer protiv Njemačke*, 37568/97, 3. 10. 2002, § 65. Vidi i ESLJP, *El Kaada protiv Njemačke*, 2130/10, 12. 11. 2015, § 56–66. gdje su njemački nacionalni

S druge strane, naknadni su oni postupci koji se vode nakon što je protiv optuženika u kaznenom postupku donesena oslobađajuća presuda ili je postupak obustavljen. Presumpcija nedužnosti u tim postupcima štiti pojedince da od strane javnih dužnosnika i tijela javne vlasti budu tretirani kao da su zapravo krivi za kazneno djelo koje je bilo predmet optužbe.<sup>64</sup> Neki autori u tom dijelu govore o „drugoj dimenziji“ presumpcije nedužnosti,<sup>65</sup> odnosno njezinom drugom aspektu. Potonji se, za razliku od prvog aspekta koji je povezan s ishodom kaznenog postupka u kojem se odlučuje o krivnji ili nedužnosti (*outcome-related*), odnosi na ugled osobe (*reputation-related*) i djeluje izvan kaznenog postupka u kojem se odlučuje o krivnji ili nedužnosti, ali u vezi s njime.<sup>66</sup> U tom se dijelu cilj na koji se taj aspekt presumpcije nedužnosti odnosi može preklapati sa zaštitom pruženom čl. 8 Konvencije kojim se jamči pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života.<sup>67</sup> U predmetima u kojima je nacionalni sud, nakon okončanja kaznenog postupka, u odlukama donesenim u naknadnim postupcima, koristio formulaciju kako je „vrlo vjerojatno da je podnositelj zahtjeva počinio kazneno djelo za koje je bio optužen“,<sup>68</sup> ili da „smatra da je podnositelj zahtjeva kriv za kazneno djelo za koje je ispravno bio optužen“,<sup>69</sup> ili pak odbio zahtjev za naknadu štete uz obrazloženje kako smatra da je istražni spis sadržavao dovoljno dokaza za osudu podnositelja zahtjeva,<sup>70</sup> ESLJP je ocijenio protivnim presumpciji nedužno-

---

sudovi prilikom donošenja odluka o opozivu uvjetne osude izrazili stav da je podnositelj zahtjeva „počinio drugo kazneno djelo tijekom perioda probacije“ odnosno da je sud „čvrsto uvjeren da je podnositelj zahtjeva ponovno počinio kazneno djelo“. S druge strane, u postupku opoziva uvjetne osude neće doći do povrede presumpcije nedužnosti ako sud koji odlučuje o opozivu naznači samo postojanje određenog stupnja sumnje da je optuženik počinio kazneno djelo, a koje proizlazi iz dotadašnjih rezultata istrage (Komisija, *M.M. protiv Njemačke*, 23091/93, 30. 11. 2004).

64 ESLJP, *Allen protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 25424/09, 12. 7. 2013, § 94.

65 David Harris et al., *Harris, O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2018, 464.

66 Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford 2005, 163–164.

67 *Ibid.*

68 ESLJP, *Y. protiv Norveške*, 56568/00, 11. 2. 2003, § 44, 46.

69 ESLJP, *Diacenco protiv Rumunjske*, 124/04, 7. 2. 2012, § 62, 64.

70 ESLJP, *Panteleyenko protiv Ukrajine*, 11901/02, 29. 6. 2006, § 70.

sti.<sup>71</sup> Drugu je dimenziju presumpcije nedužnosti ESLJP razmatrao u predmetima koji su se odnosili na obvezu bivšeg optuženika da snosi troškove suda i tužitelja,<sup>72</sup> zahtjev bivšeg optuženika za naknadu troškova obrane,<sup>73</sup> zahtjev bivšeg optuženika za naknadu štete zbog boravka u pritvoru,<sup>74</sup> zahtjev bivšeg optuženika za naknadu štete zbog nezakonite istrage ili progona,<sup>75</sup> utvrđenje građanskopravne odgovornosti za naknadu štete žrtvi kaznenog djela,<sup>76</sup> odbijanje tužbenog zahtjeva podnositelja protiv osiguravatelja,<sup>77</sup> disciplinska pitanja.<sup>78</sup>

Osim od prejudiciranja krivnje izjavama danim u javnosti i sudskim odlukama, presumpcija nedužnosti štiti osumnjičenike ili optuženike da se na sudu i u javnosti upotrebom mjera tjelesnog ograničenja slobode predstavljaju kao krivi (čl. 5 Direktive). Osim mjera tjelesnog ograničenja, potrebno je izbjegavati da se osumnjičenika prikazuje u zatvorskoj odjeći.<sup>79</sup> I u ovom je aspektu presumpcije nedužnosti Direktiva inspirirana praksom ESLJP-a.<sup>80</sup> Prvi predmet u kojemu je

- 71 Vidi npr. i predmet ESLJP, *A.L. protiv Njemačke*, § 31–39. U tom je predmetu vijeće od triju sudaca odbilo zahtjev podnositelja za naknadu štete zbog boravka u pritvoru. U dopisu koji je predsjedavajući sudac toga vijeća uputio odvjetniku podnositelja zahtjeva, naveo je da bi podnositelj zahtjeva, da se kazneni postupak protiv njega nastavio, bio osuđen s pretežnom vjerojatnosti (*predominant probability*) te za takvo obrazloženje iznio razloge koji proizlaze iz sadržaja kaznenog spisa. Iako je ESLJP istaknuo kako su riječi predsjedavajućeg suca „dvosmislene i nezadovoljavajuće“, uzimajući u obzir ograničene vanjske učinke takve izjave (koja je bila upućena samo odvjetniku podnositelja zahtjeva) te činjenicu da su viši sudovi pažljivo razmotrili pravo podnositelja zahtjeva na presumpciju nedužnosti, zaključio je kako u konkretnom slučaju nije došlo do povrede čl. 6 st. 2 Konvencije.
- 72 ESLJP, *Minelli protiv Švicarske*, 8660/79, 25. 3. 1983, § 30–32.
- 73 ESLJP, *Lutz protiv Njemačke*, 9912/82, 25. 8. 1987, § 56–57; *Yassar Hussain protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 19.
- 74 ESLJP, *Englert protiv Njemačke*, 10282/83, 25. 8. 1987, § 35; *Rushiti protiv Austrije*, 28389/95, 21. 3. 2000, § 27.
- 75 ESLJP, *Panteleyenko protiv Ukrajine*, 11901/02, 29. 6. 2006, § 67.
- 76 ESLJP, *Ringvold protiv Norveške*, 34964/97, 11. 2. 2003, § 36; *Constantin Florea protiv Rumunjske*, 21534/05, 19. 6. 2012.
- 77 ESLJP, *Lundkvist protiv Švedske*, 48518/99, 13. 11. 2003.
- 78 ESLJP, *Šikić protiv Hrvatske*, 9143/08, 15. 7. 2010, § 42–47.
- 79 Direktiva, t. 20–21 Preamble.
- 80 Iako ESLJP uporabu mjera tjelesnog ograničenja slobode (uporaba lisica na rukama i nogama, smještanje u metalne, staklene i dr. kaveze za vrijeme suđenja i sl.) najčešće razmatra u okviru čl. 3 Konvencije, u mnogim je pred-

ESLJP razmatrao vezu između presumpcije nedužnosti i nošenja zatvorske odjeće od strane okrivljenika prilikom pojavljivanja na sudu jest *Samoilă i Cionca protiv Rumunjske*. U tom su predmetu podnositelji zahtjeva bili dovedeni pred žalbeni sud u zatvorskoj odjeći koju inače nose već pravomoćno osuđeni zatvorenici. S obzirom na to da u konkretnom slučaju vlada nije dokazala da podnositelji zahtjeva nisu imali vlastitu adekvatnu odjeću, ESLJP je zaključio kako je njihovo pojavljivanje u zatvorskoj odjeći pred žalbenim sudom bilo bez valjanog opravdanja te kao takvo suprotno jamstvima iz čl. 6 st. 2 Konvencije.<sup>81</sup> Zauzeto je stajalište ESLJP potvrdio u predmetu *Jiga protiv Rumunjske* kojem je podnositelj zahtjeva podnio zahtjev zbog povrede presumpcije nedužnosti stoga što je na rasprave bio dovođen u zatvorskoj odjeći koju su nosili pravomoćno osuđeni zatvorenici, dok je njegovu suokrivljeniku bilo dozvoljeno dolaziti na sud u vlastitoj odjeći. ESLJP je istaknuo da iako čl. 6 st. 2 Konvencije ne nameće državama strankama obvezu podvrgavanja osuđenika i pritvorenika drugačijim režimima, one svejedno moraju osigurati da mjere koje poduzimaju prema pritvorenicima nisu takve da utječu na presumpciju nedužnosti.<sup>82</sup>

### 3.2.2. Teret dokaza

Pod pojmom tereta dokaza razmatra se pitanje u kojoj su mjeri zainteresirani procesni subjekti pravno dužni predlagati dokaze, a u kojoj ih je mjeri sud dužan samoinicijativno izvoditi.<sup>83</sup> Pritom se u teoriji kaznenog procesnog prava polazi od dvaju različitih shvaćanja tereta dokaza: subjektivnog (koji se naziva i formalni) te objektivnog (koji se naziva i materijalni). Subjektivni teret dokaza polazi od pitanja koja stranka treba dokazati koju činjenicu te se primjenjuje u onim tipovima postupaka koji se temelje na primjeni raspravnog načela. Objektivni teret dokaza pak polazi od pitanja što treba učiniti sud ako određena

metima jasno artikulirao kako njihova uporaba može utjecati na presumpciju nedužnosti. Vid. npr. *Svinarenko i Slyadnev protiv Rusije*, 32541/08, 43441/08, 17. 7. 2014, § 133; *Ramishvili i Kokhreidze protiv Gruzije*, 1704/06, 27. 1. 2009, § 99–101.

81 ESLJP, *Samoilă i Cionca protiv Rumunjske*, 33065/03, 4. 3. 2008, § 41, 42, 99, 100.

82 ESLJP, *Jiga protiv Rumunjske*, 14352/04, 16. 3. 2010, § 100–103.

83 Vladimir Bayer, *Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja, Knjiga I. Uvod u teoriju kaznenog procesnog prava*, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb 1995, 225.

činjenica ostane neutvrđena te se primjenjuje u objema vrstama postupaka, odnosno i u onim koji se temelje na primjeni raspravnog načela i u onim koji se temelje na istražnoj maksimi.<sup>84</sup> Prvo je shvaćanje tereta dokaza prepoznatljivo u akuzatornom modelu kaznenog postupka gdje je onaj postupovni subjekt koji nešto tvrdi, pravno dužan tu činjenicu i dokazati. U suprotnom će sud, koji je lišen bilo kakve dokazne inicijative, smatrati da ta činjenica ne postoji. Drugo je shvaćanje prisutno u mješovitim kaznenim postupcima, uključujući i u hrvatskom kaznenom postupku, te podrazumijeva pravnu dužnost pojedinog procesnog subjekta da dokazuje određene činjenice bez obzira na to što paralelno s njegovom dužnošću da dokazuje činjenice postoji i pravna dužnost nekog drugog subjekta da također dokazuje iste činjenice.<sup>85</sup>

Zahtjev sukladno kojemu je teret dokazivanja optuženikove krivnje na tužitelju tradicionalan je aspekt presumpcije nedužnosti često istican u praksi ESLJP-a,<sup>86</sup> a normativno proklamiran od strane europskog zakonodavca. Direktiva u čl. 6 st. 1 propisuje „da je teret dokaza u postupku utvrđivanja krivnje osumnjičenika ili optuženika na tužitelju“. Uvažavajući različitost nacionalnih sustava država članica, u sljedećoj rečenici istoga stavka propisuje kako se time „ne dovodi u pitanje obveza suca ili nadležnog suda da traži inkriminirajuće i oslobađajuće dokaze“. Kao logična posljedica odredbe o teretu dokaza, Direktiva u čl. 6 st. 2 propisuje pravilo *in dubio pro reo* odnosno da svaka sumnja u krivnju ide u korist osumnjičenika ili optuženika.

S ciljem implementacije Direktive u nacionalni poredak, hrvatski je zakonodavac izmjenama i dopunama ZKP-a iz 2019., dopunio odredbu čl. 3 na način da je u st. 2 propisao „teret dokaza u postupku utvrđivanja krivnje osumnjičenika, okrivljenika ili optuženika je na tužitelju, osim ako zakonom nije drukčije propisano. „Dio predmetne odredbe u dijelu koji propisuje „osim ako zakonom nije drukčije propisano“ treba tumačiti na način da se time ne priječe inkvizitorne ovlasti suda da samostalno, odnosno neovisno o stranačkoj inicijativi, utvrđuje činjenice u postupku.

84 Alan Uzelac, *Teret dokazivanja*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2003, 98.

85 V. Bayer, *op. cit.*, 227.

86 ESLJP, *Barberà, Messegué i Jabardo protiv Španjolske*, 10590/83, 6. 12. 1988, § 77; *Janosevic protiv Švedske*, 34619/97, 23. 7. 2002, § 97.

Teret dokazau okviru sustava hrvatskog kaznenog postupkapotrežno je razlikovati s obzirom na pojedine stadije postupka, odnosno prethodni postupak i raspravu.

Od stupanja na snagu ZKP/08, državni je odvjetnik *dominuslitis* prethodnog postupka. ZKP propisuje kako državni odvjetnik u prethodnom postupku nema ulogu stranke već tijela koje vodi postupak (čl. 202 st. 1 t. 35). On odlučuje o pokretanju kaznenog postupka, prikuplja dokaze i utvrđuje činjenice te s jednakom pozornošću prikuplja podatke o okrivljenikovoj krivnji i nedužnosti.<sup>87</sup> Ovlasti suda u pogledu dokazivanja u toj su fazi postupka ograničene samo na provođenje dokaznog ročišta na prijedlog državnog odvjetnika, oštećenika kao tužitelja ili okrivljenika (čl. 235 st. 1). Dakle, teret dokazivanja u prethodnom je postupku, a s obzirom na ograničene ovlasti suda u postupku dokazivanja u toj fazi postupka, isključivo u rukama državnog odvjetnika koji ovisno o vrsti zahvata u prava okrivljenika mora dokazati postojanje određenog stupnja vjerojatnosti da je počinio kazneno djelo.

U trenutku kada optužnica bude potvrđena od strane optužnog vijećate postupak uđe u stadij rasprave, teret dokazivanjase raspodjeljuje između tužitelja i raspravnog suda. Državni odvjetnik ima ovlast i dužnost zastupanja optužnice te s tim u vezi predlaganja i izvođenja dokaza na raspravi, a raspravni sud, koristeći se svojim inkvizitornim ovlastima, pravo izvoditi one dokaze koje smatra potrebnim za pravilno i potpuno utvrđivanje činjeničnog stanja. Drugim riječima, u hrvatskom je kaznenom postupku teret dokaza na tužitelju, a supsidijarno na raspravnom sudu.<sup>88</sup> Teret dokazivanja suda je supsidijaran stoga što se sud koristi svojim inkvizitornim ovlastima na temelju kojih samoinicijativno utvrđuje činjenice tek onda kada dokazni prijedlozi strana-ka nisu dostatni da bi sud pravilno i potpuno utvrdio činjenično stanje odnosnobio u mogućnosti donijeti pravilnu presudu.<sup>89</sup> Postupak dokazivanja obuhvaća sve činjenice za koje sud (i stranke) smatraju da su važne za pravilno presuđenje (čl. 418 st. 1), a sud je pritom ovlašten izvesti i one dokaze koje stranke nisu predložile ili od kojih su odustale (čl. 419 st. 3). Sud je, dakle, dužan (a ne samo ovlašten) izvoditi dokaze

87 Zlata Đurđević, „Suvremeni razvoj hrvatskoga kaznenog procesnog prava s posebnim osvrtom na novelu ZKP iz 2011“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 18(2)/2011, 317–318.

88 D. Krapac *et al.*, *op. cit.*, 417.

89 V. Bayer, *op. cit.*, 228.

koji su potrebni za donošenje pravilne presude.<sup>90</sup> Propust suda da dokazivanjem obuhvati sve činjenice važne za pravilno presuđenje ili odbijanje važnih dokaznih prijedloga može se odraziti na ocjenu je li činjenično stanje potpuno i pravilno utvrđeno.<sup>91</sup>

S aspekta okrivljenika u pogledu tereta dokazivanja najvažnije je to da on nije dužan dokazivati svoju nedužnost jer se ona pretpostavlja.<sup>92</sup> Drugim riječima, budući da je presumpcija nedužnosti oboriva pravna pretpostavka, dužnost dokazivanja suprotnog od onoga što se njome pretpostavlja (krivnja) leži na tužitelju jer inače ostaje ono što se njome presumiralo (nedužnost).<sup>93</sup> Drugačije postupanje, odnosno prebacivanje tereta dokazivanja s tužitelja na okrivljenika, dovodi do povrede presumpcije nedužnosti.<sup>94</sup> Eventualne dvojbe u tom kontekstu mogu izazvati prirodne i pravne presumpcije koje djeluju u svakom nacionalnom kaznenopravnom poretku. Njihova je svrha olakšati utvrđivanje činjenica u postupku kada se te presumpcije ili prema općima pravilima iskustva (prirodne presumpcije) ili prema očekivanju zakonodavca (pravne presumpcije) smatraju podudarnim sa stvarnim stanjem stvari. Ako to u konkretnom predmetu nije slučaj, one se mogu pobijati dokazivanjem suprotnog od onog što se presumpcijom pretpostavlja.<sup>95</sup>

U svojoj je praksi ESLJP mnogo puta razmatrao usklađenost takvih činjeničnih i pravnih presumpcija sa zahtjevima koji proizlaze iz presumpcije nedužnosti u kontekstu tereta dokazivanja. Njegovo je stajalište da takve presumpcije u načelu nisu zabranjene pod uvjetom da su „unutar razumnih ograničenja koja uzimaju u obzir važnost onoga

90 Vid. npr. odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III/421/2012 od 30. 3. 2016.

91 Vrhovni sud Republike Hrvatske (dalje: VSRH), I Kž 504/07–5, 6. 6. 2007.

92 Vid. npr. VSRH, I Kž 568/12–4, 4. 12. 2012.

93 V. Bayer, *op. cit.*, 228. Žalbeni navodi državnog odvjetnika kako „...optuženik ne nudi prihvatljive razloge zašto od kuće nosi svu količinu kupljene droge...“ protivni su presumpciji nedužnosti jer sugeriraju da je okrivljenik dužan dokazati svoju nedužnost. Tužitelj je taj koji je dužan dokazati da je droga pronađena kod optuženika bila namijenjena prodaji, a on pritom nije dužan obrazlagati zašto je posjedovao drogu kod sebe (VSRH, I Kž 693/2008–3, 23. 12. 2008).

94 ESLJP, *John Murray protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 18731/91, 8. 2. 1996, § 54; *Telfner protiv Austrije*, 33501/96, 20. 3. 2001, § 15, t. 22 Preambule Direktive.

95 D. Krapac *et al.*, *op. cit.*, 413.

što se dovodi u pitanje i jamče prava obrane“.<sup>96</sup> Postojanje „razumnog ograničenja“ ocjenjuje se od slučaja do slučaja, međutim u dosadašnjoj je praksi ESLJP takve presumpcije smatrao unutar razumnih ograničenja sve dokle god je okrivljenik imao mogućnost iznijeti svoju obranu i osporiti presumpciju, a sudovi svoju odluku utemeljiti na ocjeni svih izvedenih dokaza, a ne na isključivoj primjeni presumpcije.<sup>97</sup>

Europski zakonodavac i u tom dijelu slijedi pristup ESLJP-a, odnosno ne priječi korištenje činjeničnih ili zakonskih presumpcija pod određenim uvjetima. Međutim, takva mogućnost nije izrijeekom propisana u normativnom dijelu Direktiveu kojem je sadržana odredba o dužnosti tereta dokazivanja, već u Preambuli. Uvjeti pod kojima je korištenje činjeničnih ili zakonskih presumpcija u skladu s presumpcijom nedužnosti jesu ti da se njihova uporaba 1) mora svesti na razumne granice te uzeti u obzir važnost svega što se dovodi u pitanje i poštovanje prava na obranu, 2) načini kojima se to postiže trebaju biti u razumnoj mjeri razmjerni opravdanom cilju koji se želi postići te se 3) takve presumpcije moraju moći pobiti i smiju se primjenjivati samo ako se poštuju prava na obranu.<sup>98</sup>

96 ESLJP, *Salabiaku protiv Francuske*, 10519/83, 7. 10. 1988, § 28; *Radio France i drugi protiv Francuske*, 53984/00, 30. 3. 2004, § 24; *Klouvi protiv Francuske*, 30754/03, 30. 6. 2011, § 41.

97 ESLJP, *Radio France i drugi protiv Francuske*, 53984/00, 30. 3. 2004, § 24., *Janosevic protiv Švedske*, 34619/97, 23. 7. 2002, § 100–103; *Salabiaku protiv Francuske*, 10519/83, 7. 10. 1988, § 27, 30. Za presumpciju koja je ocijenjena protivnom presumpciji nedužnosti vid. *Klouvi protiv Francuske*, 30754/03, 30. 6. 2011, § 43–54.

98 Direktiva, t. 22. Preambule. Odjel Europskog parlamenta za građanske slobode, pravosuđe i unutarnje poslove se zalagao za brisanje odredbe kojom se omogućava korištenje činjeničnih i zakonskih presumpcija uz obrazloženje kako je prebacivanje tereta dokaza u neprihvatljivo te da odredba kojom je propisana dužnost tužiteljstva da snosi teret dokazivanja treba ostati „netaknuta“. V. Europski parlament, Odbor za građanske slobode, pravosuđe i unutarnje poslove, *op. cit.*, 14. I neki autori kritiziraju kodificiranje prakse ESLJP-a u tom smislu s obzirom da je ona specifična i ovisna od slučaja do slučaja pa ističu bojazan od nastanka pravila koje legitimira uporabu presumpcija i obrnutog tereta dokazivanja. Mario Caterini, „The Presumption of Innocence in Europe: Developments in Substantive Criminal law“, *Beijing Law Review* 8(1)/2017, 119.

### 3.2.3. Pravo na šutnju i privilegij protiv samooptuživanja

Pravo na šutnju i privilegij protiv samooptuživanja, iako nisu izrijekom propisani u odredbi čl. 6 Konvencije, smatraju se općeprihvaćenim međunarodnim standardima koji se nalaze u središtu pojma pravičnog postupka. *Rationijhova* postojanja leži u činjenici da je na tužiteljstvu da „dokaže slučaj“ protiv optuženika bez da pribavlja dokaze uporabom prisile ili pritiska prema njemu. Pravo na šutnju i privilegij protiv samooptuživanja prava su koja je teško promatrati odvojeno jer se potonjeprvenstveno odnosi na poštivanje želje optužene osobe da se brani šutnjom.<sup>99</sup> Hrvatski ZKP u čl. 64 st. 1 t. 7 propisuje da okrivljenik ima pravo „iznijeti odnosno ne iznijeti svoju obranu i odbiti odgovoriti na postavljeno pitanje ili braniti se šutnjom“,<sup>100</sup> a ZKP Republike Srbije u čl. 68 t. 2 pravo okrivljenika da „ništa ne izjavi, uskrati odgovor na pojedino pitanje, slobodno iznese svoju odbranu, prizna ili ne prizna krivicu“.

Premda je riječ o općeprihvaćenim međunarodnim standardima, Komisija je u Ocjeni učinka koja je prethodila donošenju Direktive, u odnosu na pravo na šutnju i privilegij protiv samooptuživanja utvrdila da: 1) njihova zaštita u nacionalnim sustavima država članica nije dovoljna s obzirom na to da se u nekim slučajevima korištenje prava na šutnju može smatrati inkriminirajućim dokazom, 2) u pojedinim državama članicama nema posebnih pravnih sredstava dostupnih okrivljeniku u slučaju kršenja tih prava, već samo pravo na žalbu koje u konkretnom slučaju nije dostatno s obzirom na to da se njome ne omogućuje izdvajanje nezakonitih dokaza iz spisa predmeta te da su 3) povrede tih prava vrlo česte u praksi.<sup>101</sup>

99 ESLJP, *Saunders protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 19187/91, 17. 12. 1996, § 68.

100 Pritom sud ne smije izvoditi negativne zaključke stoga što je okrivljenik koristio svoje pravo da se brani šutnjom. U suprotnom bi to predstavljalo negaciju prava na pravični postupak i presumpciju nedužnosti te bi moglo dovesti do bitne povrede odredaba kaznenog postupka ako bi utjecalo ili moglo utjecati na presudu (VSRH, I Kž 1187/2008–8, 3. 6. 2009). Vidi i VSRH, I Kž 739/2012–4, 3. 6. 2014. gdje je prvostupanjski sud negativno cijenio činjenicu što se okrivljenik prilikom pretrage doma i u obavijesnom razgovoru s policijom branio šutnjom.

101 Europska komisija, „Impact Assessment Accompanying the document Proposal for measures on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings“, 23–25, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/%20EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013SC0478&from=LT>, 27.9.2023.

Direktiva u čl. 7 propisuje obvezu država članica da osiguraju da se osumnjičenici i optuženici imaju pravo braniti šutnjom, kao i sami sebe ne izložiti kaznenom progonu. Preambula Direktive dodatno pojašnjava kako pravo na šutnju služi kao zaštita od samoizlaganja kaznenom progonu te kako se u skladu s potonjim osumnjičenike ili optuženike ne bi trebalo prisiljavati da, kada se od njih traži da daju izjavu ili odgovore na pitanja, dostave dokaze ili dokumente ili informacije na temelju kojih bi same sebe izložile kaznenom progonu.<sup>102</sup>

Europski zakonodavac, slijedeći praksu ESLJP-a,<sup>103</sup> iz područja primjene prava osobe da samu sebe ne izloži kaznenom progonu isključuje prikupljanje onih dokaza koji se mogu dobiti uporabom zakonskih mjera prisile i koji postoje neovisno o volji osumnjičenika ili optuženika (dokazi pribavljeni na temelju naloga za pretragu, zatim materijali u odnosu na koje postoji pravna obveza zadržavanja i dostavljanja na zahtjev, uzorci daha, krvi i urina te tkiva u svrhu DNA analize).<sup>104</sup>

Za razliku od prethodno navedenih aspekata presumpcije nedužnosti, europski je zakonodavac u kontekstu prava na šutnju napravio značajan iskorak u odnosu na praksu ESLJP-a. Naime, u praksi tog Suda pravo na šutnju djelomično je relativizirano jer dopušta izvođenje negativnih zaključaka iz šutnje okrivljenika u slučaju kada izvedeni dokazi „zahtijevaju“ objašnjenje koje bi on trebao biti u mogućnosti dati, a okrivljenik to propusti. Tada se može zdravorazumski zaključiti da nema objašnjenja i da je okrivljenik kriv“.<sup>105</sup> S druge strane, u Direktivi

102 Direktiva, t. 24 i 25 Preambule. Đurđević i drugi su upozorili kako je odredba čl. 264 st. 4 hrvatskog ZKP-a, sukladno kojoj se zabrana privremenog oduzimanja pisanih priopćenja okrivljenika branitelju ne primjenjuje u predmetima kaznenih djela kaznenopravne zaštite djece, protivna pravu na šutnju i privilegiju protiv samooptuživanja. Isti autori su istaknuli kako je protivna privilegiju protiv samooptuživanja i odredba čl. 125 st. 1 t. 8 koja predviđa ukidanje istražnog zatvora određenog zbog koluzijske opasnosti u slučaju okrivljenikovog okolnosnog i detaljnog priznanja djela i krivnje. Zlata Đurđević *et al.*, „Croatia: Implementation of Directives on Procedural Rights for Suspects and Accused Persons: State of Play and Critical Profiles“, *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives: A Computable Approach to Criminal Procedure Law* (eds. Giuseppe Contissa *et al.*), Brill Nijhoff 2022, 85.

103 ESLJP, *Saunders protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 19187/91, 17. 12. 1996, § 69.

104 Direktiva, t. 29 Preambule.

105 ESLJP, *John Murray protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 18731/91, 8. 2. 1996, § 51.

je pravo na šutnju zajamčeno kao apsolutno pravo<sup>106</sup> okrivljenika jer se iz njegova korištenja ne smiju izvoditi negativni zaključci odnosno ne smije se upotrijebiti protiv njega niti smatrati dokazom da je počinio kazneno djelo.<sup>107</sup>

U konačno usvojenom tekstu Direktive, za razliku od prijedloga u kojemu je bilo izrijeком predviđeno kako svi dokazi pribavljeni povredom prava na šutnju i privilegija protiv samooptuživanja neće biti prihvatljivi,<sup>108</sup> pitanje uporabe takvih dokaza ostalo je nerazriješeno. Europski je zakonodavac u čl. 10 st. 2 tek uputio na poštivanje prava obrane i pravičnost postupka pri procjeni izjava koje su dali osumnjičenci ili optuženici ili dokaza prikupljenih uslijed kršenja prava da se brane šutnjom ili privilegija protiv samooptuživanja.<sup>109</sup>

#### 4. ZAKLJUČAK

Od donošenja prvih međunarodnih dokumenta o ljudskim pravima, tj. od donošenja Opće deklaracije o ljudskim pravima 1948. godine pa do danas, sadržaj ljudskih prava znatno je evoluirao. U tom je kontekstu značajnu ulogu odigrao rad Komisije za ljudska prava i Europskog suda za ljudska prava koji su odlučujući o pojedinačnim zahtjevima pridonijeli suvremenom određenju sadržaja i tumačenju ljudskih prava i sloboda, uključujući i presumpciju nedužnosti.

Presumpcija nedužnosti nedvojbeno je jedno od temeljnih načela kaznenog postupka. Njezina se specifičnost ogleda u proturječju

106 Anže Erbežnik, Zlatan Dežman, *Uvod v kazensko procesno pravo Republike Slovenije in Evropske unije*, GV Založba, Ljubljana 2022, 470.

107 Vid. Direktiva, t. 28 Preamble i čl. 7 st. 5.

108 Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o jačanju određenih vidova pretpostavke nedužnosti i prava biti nazočan na suđenju u kaznenom postupku, čl. 6 st. 3 i 4; čl. 7 st. 3 i 4, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:52013PC0821>, 27. 9. 2023.

109 Međutim, *Erbežnik i Dežman* upućuju na t. 45. Preamble Direktive kao važan rezultat napora Europskog parlamenta kojim se označava početak razvoja ekskluzijskog pravila na razini EU *in statu nascendi*. U toj točki Preamble europski zakonodavac upućuje države članice da prilikom ocjene je li došlo do povrede prava na šutnju i privilegija protiv samooptuživanja uzmu u obzir praksu ESLJP-a za utvrđivanje nezakonitosti dokaza pribavljenih povredom čl. 3 te Konvenciju UN-a protiv torture i drugih načina okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja. A. Erbežnik, Z. Dežman, *op. cit.*, 471.

koje sadrži. Dok se s jedne strane protiv pojedine osobe vodi kazneni postupak stoga što postoji određen stupanj sumnje da je počinila kazneno djelo, s druge se strane za tu osobu presumira da je nedužna. Stoga se postavlja pitanje kako je pravno i logično moguće pomiriti te dvije suprotnosti, a odgovor na njega nalazimo u potrebi zaštite pravnog položaja okrivljenika. Uvjet pokretanja kaznenog postupka je postojanje određenog stupnja vjerojatnosti da je osoba protiv koje se on pokreće počinila kazneno djelo. Kada se tome pridoda činjenica da se većina kaznenih postupaka okonča donošenjem osuđujuće presude, činjenica da okrivljenik nije kriv, nije vjerojatna. Upravo stoga zakonodavac propisivanjem presumpcije nedužnosti štiti njegov položaj u kaznenom postupku. Iz presumpcije nedužnosti slijedi da se u kaznenom postupku dokazuje krivnja, a teret njezina dokazivanja je na državi.

O značaju presumpcije nedužnosti u suvremenim kaznenim postupcima neminovno govori činjenica da je na razini EU-a, s ciljem učinkovitog funkcioniranja uzajamnog priznanja presuda i drugih odluka među državama članicama, donesena Direktiva o presumpciji nedužnosti. Njome je, u suštini, provedena normativna kodifikacija prakse ESLJP-a.

Osim pitanja vezanih uz teret dokazivanja i rješavanje činjeničnih dvojbi u korist okrivljenika, koji se smatraju tradicionalnim aspektima presumpcije nedužnosti, Direktiva kao aspekte presumpcije nedužnosti propisuje i zabranu javnih upućivanja na krivnju osumnjičenika ili optuženika, zabranu prejudicirajućeg predstavljanja te pravo na šutnju i privilegij protiv samooptuživanja. Međutim, iz njezina su područja primjene isključeni značajni učinci presumpcije nedužnosti razvijeni u praksi ESLJP-a. U vezi s tim, Direktiva se primjenjuje samo na fizičke osobe odnosno iz njezina su područja primjene isključene pravne osobe, premda se u praksi ESLJP-a presumpcija nedužnosti redovito primjenjuje i na pravne osobe. Nadalje, iz njezina su područja primjene isključeni građanski i upravni postupci, i u slučaju kada takvi postupci mogu dovesti do određenih sankcija. To znači da se za potrebe primjene Direktive ne primjenjuju *Engel* kriteriji razvijeni u praksi ESLJP-a kojima se utvrđuje je li određeno djelo kaznene naravi neovisno o njegovoj klasifikaciji u nacionalnom zakonodavstvu odnosno da se ona primjenjuje samo u onim slučajevima u kojima je djelo u nacionalnom zakonodavstvu klasificirano kao kazneno. Konačno, ona

se primjenjuje do pravomoćnosti odluke u kaznenom postupku, dakle, ne može se primijeniti u naknadnim postupcima koji imaju za cilj spriječiti prejudicirajuće izjave o krivnji osobe u odnosu na koju je kazneni postupak obustavljen ili okončan donošenjem oslobađajuće presude. Međutim, bez obzira na iznesene eventualne nedostatke Direktive, njezino donošenje nesumnjivo je hvalevrijedan doprinos jačanju položaja okrivljenika u kaznenim postupcima diljem EU-a.

*Iva Parenta, PhD*

*Teaching Assistant at the University of Rijeka Faculty of Law*

## INTERNATIONAL AND EUROPEAN STANDARDS OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE WITH REFERENCE TO THE REPUBLIC OF CROATIA

### *Summary*

The presumption of the defendant's innocence is one of the fundamental principles of modern criminal procedure. It could be argued that there is no person who, regardless of the level of education and profession, has never heard of the maxim of criminal procedure according to which everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law. Despite the general „popularization“ of the presumption of innocence, many legal scholars and practitioners would recoil to define its content and legal nature. After the introductory considerations, the paper analyzes the legislative history of the presumption of innocence in former Yugoslavian and Croatian legislation and the understanding of its legal nature. Furthermore, the content of the right to presumption of innocence is examined in international legal sources, primarily the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as well as in the jurisprudence of the European Court of Human Rights, and subsequently in the European Union law. The latter includes the normative codification of the presumption of innocence, which was implemented at the EU level by the adoption of Directive 2016/343 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings. The presumption

of innocence is also analyzed from the viewpoint of the Croatian normative framework and case law. The last part of the paper contains concluding remarks.

Key words: *Presumption of innocence. – Principle of criminal procedure. – Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. – Directive 2016/343.*

## LITERATURA

- Bayer V., „Pretpostavka okrivljenikove nevinosti u jugoslavenskom krivičnom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 10(3/4)/1960.
- Bayer V., *Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja, Knjiga I. Uvod u teoriju kaznenog procesnog prava*, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb 1995.
- Bayer V., *Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja, Knjiga II. Povijesni razvoj kaznenog procesnog prava*, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, Zagreb 1995.
- Bitanga M., „Pretpostavka okrivljenikove nedužnosti“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 25(2)/2018.
- Caterini M., „The Presumption of Innocence in Europe: Developments in Substantive Criminal law“, *Beijing Law Review* 8(1)/2017.
- Čejović B., „Predpostavka nevinosti okrivljenog u krivičnom postupku“, *Pravni život*, 4–5/1968.
- Dimitrijević D., *Krivično procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1981.
- Đurđević Z. *et al.*, „Croatia: Implementation of Directives on Procedural Rights for Suspects and Accused Persons: State of Play and Critical Profiles“, *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives: A Computable Approach to Criminal Procedure Law* (eds. Giuseppe Contissa *et al.*), Brill Nijhoff 2022.
- Đurđević Z., „Suvremeni razvoj hrvatskoga kaznenog procesnog prava s posebnim osvrtom na novelu ZKP iz 2011“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 18(2)/2011.
- Đurđić V., „Značenje i obim pretpostavke nevinosti u krivičnom postupku“, *Bilten sudske prakse Okružnog suda u Nišu* 25/2007.

- Erbežnik A., Dežman Z., *Uvod v kazensko procesno pravo Republike Slovenije in Evropske unije*, GV Založba, Ljubljana 2022.
- Harris D. et al., *Harris, O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2018.
- Krapac D. et al., *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: institucije*, Narodne novine, Zagreb 2020.
- Lamberights S., „The Directive on the Presumption of Innocence: A Missed Opportunity for Legal Persons?“, *EUCRIM* 1/2016.
- Lazin Đ., „Sadržina i pravna priroda pretpostavke nevinosti“, *Analiti Pravnog fakulteta u Beogradu* 29(5/6)/ 1981.
- Novokmet A., „Pretpostavka okrivljenikove nedužnosti i prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o jačanju određenih vidova te pretpostavke u kaznenom postupku“, *Europeizacija kaznenog prava i zaštita ljudskih prava u kaznenom postupku i postupku izvršenja kaznenopravnih sankcija* (ur. Anita Kurtović Mišić et al.), Pravni fakultet u Splitu, Split 2017.
- Omejec J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava: strasbourgški acquis*, Novi informator, Zagreb 2013.
- Pavišić B. et al., *Kazneno postupovno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2014.
- Petrić B., „O ispitu okrivljenog“, *Pravni život* 10(3)/(1961.
- Simić-Jekić Z., „Pretpostavka nevinosti okrivljenog u Zakonu o krivičnom postupku od 24. decembra 1976. godine“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 15(4)/1977.
- Stanković D. J., „Suština i domašaj presumpcije nevinosti okrivljenika“, *Vještak*, 10(2), 1992.
- Strogović M. S., *Krivični sudski postupak: udžbenik za pravne fakultete i institute*, Naučna knjiga, Beograd 1948.
- Stuckenberg C.F., „Who is Presumed Innocent of What by Whom?“, *Criminal Law and Philosophy* 8(2)/ 2014.
- Trechsel S., *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford 2005.
- Uzelac A., *Teret dokazivanja*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2003.

- Vasiljević, T., Grubač, M., *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, Savremena administracija, Beograd 1987.
- Vodinelic V., „O pravnoj prirodi presumpcije nevinosti“, *Zbornik rada-va Pravnog fakulteta u Splitu* 6/1968.
- Vujičić D., „Osozna načela krivičnog postupka i njegovo trajanje“, *Jugoslavenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 3/1975.
- Zlatarić B., „Ljudska prava i jugoslavensko krivično pravo“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 35(4)/1968.

Article history:

Received: 10. 11. 2023

Accepted: 27. 11. 2023

Dejan Petković\*

## ROČIŠTE PRE ODBACIVANJA TUŽBE

(čl. 294, st. 2 ZPP)

– Forma bez smisla ili smisao bez adekvatne forme –

*U pravnoj doktrini i praksi najvišeg suda u zemlji preovlađuje stav da se ročištem pre odbacivanja tužbe realizuje i štiti pravo na raspravljanje. Istovremeno se pravo na raspravljanje identifikuje sa načelom kontradiktornosti, odnosno sa pravom jedne stranke da se izjasni na zahteve, navode i predloge svog protivnika. Takođe, uvrženo je i shvatanje da uskraćivanje ovog ročišta predstavlja apsolutno bitnu povredu parničnog postupka iz čl. 374, st. 2 tač. 7 ZPP. Međutim, na ročištu koje analiziramo, tužilac se ne izjašnjava na pravnu argumentaciju suprotne strane, već na pravno shvatanje suda. U ovom radu se kritički razmatra sadržina prava na raspravljanje, tačnije tradicionalno shvatanje ovog prava. Kao rezultat analize, pravo na raspravljanje smo poistovetili sa pravom na saslušanje, kojim se subjektima u postupku omogućava da se izjasne na procesne aktivnosti svog protivnika (relacija: stranka↔stranka), ali i na pravno shvatanje suda (relacija: sud↔stranka). S obzirom da ova dva oblika prava na raspravljanje ne služe ostvarivanju istih vrednostih ciljeva, ponudili smo tumačenje čl. 374 st. 2 tač. 7 ZPP putem teleološke redukcije. Ono podrazumeva da jedino uskraćivanje stranci da se izjasni na aktivnosti svog protivnika vodi apsolutno bitnoj povredi postupka. Dok, sa druge strane, uskraćivanje stranci da se izjasni na pravno shvatanje suda, predstavlja relativno bitnu povredu postupka.*

**Ključne reči:** *Pravo na raspravljanje. – Načelo kontradiktornosti. – Apsolutno bitna povreda postupka. – Pravo na saslušanje. – Teleološka redukcija.*

---

\* Autor je doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu i sudija Osnovnog suda u Somboru, [deyan.pet@gmail.com](mailto:deyan.pet@gmail.com), Orcid ID: 0009-0000-0725-3535 (Republika Srbija).

## 1. OPŠTI POGLED

Od uvođenja obaveznog ročišta pre odbacivanja tužbe u srpski parnični postupak, čini se da nijedna druga odredba nije privukla više pažnje i izazvala više kontroverzi u stručnim krugovima.<sup>1</sup> Pojedina strukovna udruženja sudija su čak pokrenula inicijativu za brisanje ovog normativnog rešenja iz zakona.<sup>2</sup> Inicijativa je obrazlagana time da njena primena dovodi do različitih tumačenja što stvara pravnu nesigurnost, čime se krši pravo na pravično suđenje. Takođe, smatra se da održavanje ročišta u ovom stadijumu dodatno opterećuje sud i produžava trajanje postupka, što uzrokuje nepotrebne troškove za stranke i sud. Sa druge strane, predlagač je svrhu ovog rešenja video u boljoj zaštiti prava tužioca u postupku u slučaju da tužba bude odbačena iz razloga propisanih zakonom.<sup>3</sup>

I zaista, mnoštvo je otvorenih pitanja u vezi sa tumačenjem i primenom ove zakonske regule. Ona su u prvom redu generisana njenom jezičkom redakcijom, ali i mestom koje ovakva odredba zauzima u građanskom postupku. Pitanja koja su i dalje otvorena i za čijim se odgovorom još uvek traga, između ostalih su: da li se radi o jednostranačkom ili dvostranačkom ročištu? Da li je njegovo održavanje obavezno kada je tužbu u ime stranke podneo advokat? Od kakvog je procesnog značaja eventualno neodržavanje ročišta? Da li se na ročištu mogu sanirati (ispraviti ili dopuniti) nedostaci koje tužba sadrži?<sup>4</sup> Ipak, pitanje od suštinskog značaja, od čijeg razrešenja u velikoj meri zavise i odgovori na postavljena pitanja, odnosi se na pravnu prirodu ročišta. Koja je svrha održavanja jednog ročišta pre odbacivanja tužbe? Koje se vrednosti i interesi njime zaštićuju?

---

1     Novelama Zakona o parničnom postupku iz maja 2014. godine – ZPP, *Službeni glasnik RS* br. 55/14 dopunjen je član 294 drugim stavom: „Pre donošenja rešenja o odbacivanju tužbe iz razloga propisanih u stavu 1 ovog člana, sud je dužan da održi ročište na kome će tužiocu omogućiti da se izjasni o odbacivanju tužbe.“

2     Forum sudija Srbije je 2016. godine inicirao brisanje navedene odredbe iz zakona. Više o tome vid. <https://forumsudija.org.rs/predlog-za-brisanje-clana-294-stav-2-zpp-rociste-za-odbacaj-tuzbe.a38.html>, 30. 9. 2023.

3     Predlog zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku od 8. 5. 2014. godine, [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi\\_zakona/1357-14Lat.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/1357-14Lat.pdf), 30. 9. 2023.

4     Više o praktičnim dilemama u vezi sa održavanjem ovog ročišta vid. Snežana Marjanović, „Ročište za odbacivanje tužbe“, *Legewartis* 36/2015.

Oslanjanje na istorijsko-teleološko tumačenje nam u ovoj situaciji ne može značajnije pomoći, jer je i sam predlagač bio prilično štur i uopšten u pogledu ciljeva koje je ovom odredbom želeo da postigne. Upotrebljena jezička sintagma „bolja zaštita tužioca“ upućuje jedino na nameru da se tužiocu obezbede dodatna prava u postupku koji prethodi odbacivanju tužbe, ali njihova sadržina i kvalitet ostaju i dalje nejasni.

Međutim, potreba da se u ovoj fazi interveniše garantovanjem većih prava tužiocu, ukazuje da je zakonodavac prethodno ispitivanje tužbe identifikovao kao segment u kojem potencijalno mogu biti ugrožena prava tužioca u postupku.

Dosadašnji radovi u vezi sa ovim problemom nisu brojni, ali ipak pružaju određene smernice za njegovo bolje razumevanje. Osim toga, i u tako ograničenim radovima, prisutan je stav da samo održavanje ročišta pre odbacivanja tužbe nije celishodno i da u najvećem broju slučajeva nema smisla.<sup>5</sup> Otuda verovatno i ne čude glasovi struke usmereni na brisanje ove zakonske odredbe. Međutim, opšta pravila hermeneutike nas uče da se svaka norma tumači i da ne možemo olako odustati od traganja za smislom norme koliko god nejasna ili nerazumljiva bila.

## 2. POSTAVLJANJE PROBLEMA

Malobrojne teorijske analize, ali i praksa Vrhovnog kasacionog suda idu za tim da izjašnjenje tužioca na razloge za odbacivanje tužbe prikažu ili kao realizaciju prava na raspravljanje ili kao potvrdu principa obostranog saslušanja stranaka (kontradiktornosti). Odmah se nameće pitanje da li između ova dva pojma postoji suštinska razlika ili, pak, oba služe ostvarivanju istih vrednosnih ciljeva?

### *2.1 Odnos načela obostranog saslušanja stranaka i prava na raspravljanje*

Dok se u literaturi načelo obostranog saslušanja shvata kao pravo jedne parnične stranke da se izjasni na zahteve, navode i predloge

---

5 Bodiroga smatra da je nepostojanje pravnog interesa kao procesne pretpostavke jedina situacija u kojoj održavanje ročišta pre odbacivanja tužbe ima smisla. Videti više u: Nikola Bodiroga, „Obavezno održavanje ročišta pre odbacivanja tužbe u parničnom postupku“, *Pravni život* 11/2015, 610.

protivne strane,<sup>6</sup> čini se da nije sasvim jasan domašaj prava na raspravljavanje. Da li pravo na raspravljavanje predstavlja ekvivalent principu obostranog saslušanja ili se radi o zasebnom pravu sa sopstvenom fizionomijom, kojim se štite neke posebne vrednosti?

Diferencijalno načelo obostranog saslušanja stranaka proizlazi iz šireg ustavom zagarantovanog prava na jednakost. Ili, rečeno *Pozničevim* rečima, u jednakosti obeju stranaka sa suprotnim interesima u postupku, implicitno je sadržano pravo svake od njih da iznese svoj stav prema onome što je druga rekla.<sup>7</sup> Kao što se vidi, pod okriljem načela obostranog saslušanja (kontradiktornosti), obezbeđuje se procesna ravnopravnost stranaka. Strankama u postupku se pruža jednaka mogućnost da „raspravljaju“ međusobno (jedna sa drugom). S obzirom na uobičajeno shvatanje ovog načela, upitno je da li možemo bez problema tvrditi da se načelo kontradiktornosti odnosi i na relaciju sud↔stranka.

Sa druge strane, iako bismo rekli da je pravo na raspravljavanje imanentno parničnom postupku i da svaki procesualista intuitivno oseća njegovu sveprisutnost, nailazimo na teškoće kada pokušamo da bliže odredimo ovaj pojam. Ipak, iako je fluidno i sa nedovoljno jasnim poljem prostiranja, uočavamo da u literaturi postoji pokušaj da se „pravo na raspravljavanje“ poistoveti sa načelom kontradiktornosti. Istina, to se ne čini pozitivnim određenjem pojma, objašnjenjem – šta je pravo, već u suprotnom smeru, negativnim objašnjenjem – šta je kršenje prava. U tom smislu, *Poznić* iznosi misao da „nepoštovanje ovog drugog [načela kontradiktornosti, prim. D. P.] postoji kad je stranka lišena mogućnosti da *raspravlja* pred sudom, usled nezakonitog postupanja.<sup>8</sup> Drugim rečima, ako uskraćivanje prava na raspravljavanje predstavlja povredu načela kontradiktornosti, onda zaključujemo da se afirmacijom ovog prava potvrđuje pomenuto načelo. Sličnog je shvatanja i *Jakšić* kada govori da sud pazi po službenoj dužnosti na pojedine apsolutno bitne povrede parničnog postupka, a među kojima je i povreda načela kontradiktornosti.<sup>9</sup> Prema *Jakšiću*, povreda načela kontradiktornosti predstavlja apsolutno bitnu povredu postupka iz čl 374 st. 2 tač 7

6 Upor. Aleksandar Jakšić, *Gradansko procesno pravo*, Beograd 2019, 196; Borivoje Poznić, *Gradansko procesno pravo*, Beograd 1976, 159.

7 Vid. Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Beograd 2009, 25.

8 *Ibid.*, 310.

9 A. Jakšić, *op. cit.*, 671.

ZPP. Jezička redakcija ovog člana govori upravo o uskraćivanju stranci mogućnosti da raspravlja pred sudom.<sup>10</sup>

## 2.2. Hipoteza rada

U tom smislu, nailazimo na problem ako izjašnjenje tužioca na razloge za odbacivanje tužbe iz čl. 294 st. 2 ZPP pokušamo da objasnimo pomoću načela obostranog saslušanja, odnosno prava na raspravljavanje. Na ročištu koje se održava radi izjašnjenja tužioca na razloge za odbacivanje tužbe ne obezbeđuje se stranačka jednakost. Tužilac na njemu ne iznosi svoj stav povodom navoda protivne stranke, jer protivne stranke u ovoj fazi postupka još uvek nema. Naprotiv, on se u ovom slučaju izjašnjava na pravno shvatanje suda. Da li je zbog toga ispravno reći da tužilac „raspravlja“ sa sudom i tako proširiti domašaj ovog načela i na odnos sud↔stranka? Ako bismo na ovo pitanje dali potvrđan odgovor, ništa nas ne sprečava da zaključimo kako je načelo obostranog saslušanja satkano od tri dvosmerna koloseka (sud↔tužilac, sud↔tuženi, tužilac↔tuženi). Svesni smo da uproštenim prikazivanjem sheme rizikujemo da simplifikujemo pomenuto načelo. Naravno, ne samo da nam to nije namera, već je naš cilj upravo suprotan – da identifikovanjem mogućih relacija, prikažemo svu kompleksnost problema sa kojim se susrećemo pri pokušaju da izjašnjenje tužioca na pravno shvatanje suda objasnimo putem principa obostranog saslušanja stranaka, odnosno posredstvom prava na raspravljavanje.

Sa druge strane, Ustavni sud je na ovaj problem bacio jedno novo svetlo, ali istovremeno i dodatno zamaglio razumevanje smisla prava na raspravljavanje. Naime, on je u jednoj svojoj odluci izneo stav da uskraćivanje ročišta pre odbacivanja tužbe treba razmotriti sa aspekta povrede *prava na javnu raspravu*, kao dela prava na pravično suđenje, a ne kao povredu principa obostranog saslušanja.<sup>11</sup>

Bez dubljeg upuštanja u analizu, odmah privlači pažnju terminološka sličnost ustavnog *prava na javnu raspravu* i zakonskog *prava na raspravljavanje*. Može li se reći da osim terminološke sličnosti postoji

10 „Bitna povreda odredaba parničnog postupka uvek postoji ako stranci nezakonitim postupanjem, a naročito propuštanjem dostavljanja nije data mogućnost da *raspravlja* pred sudom“ (čl. 374, st. 2, tač. 7 Zakona o parničnom postupku – ZPP, *Službeni glasnik* RS, br. 72/2011, 49/2013 (US), 74/2013 (US), 55/2014, 87/2018, 18/2020).

11 Odluka Ustavnog suda Srbije UŽ-9404/2016 od 24. maja 2018. godine.

i sadržinska podudarnost ova dva prava ili ipak, pravo na javnu raspravu sadrži druge kvalitete i dodatna preimućstva? Malo detaljnijom analizom, možemo zaključiti da je Ustavni sud pravo na javnu raspravu shvatio kao *pravo na usmeno saslušanje*, te da je održavanje ročišta pre odbacivanja tužbe posmatrao kao realizaciju ovog prava.<sup>12</sup>

Osim toga, uočljiva je namera Ustavnog suda da izvrši jasnu distinkciju između prava na javnu raspravu sa jedne strane i načela obostranog saslušanja, tj. načela kontradiktornosti, sa druge strane. Naime, ovaj sud nalazi da se suština potonjeg načela ogleda u tome da se strankama sa suprotnim interesima jemči pravo na izjašnjenje o parničnim radnjama koje preduzima njen protivnik, dok se ročištem pre odbacivanja tužbe štiti pravo na javnu raspravu kao jedno od elemenata prava na pravično suđenje.

Inspirisani ovakvim shvatanjem, u nastavku ćemo pokušati da iznesemo argumente u prilog teze da se izjašnjenjem tužioca na razloge za odbacivanje tužbe ne ostvaruje načelo kontradiktornosti, niti se jemči pravo stranke na raspravljanje onako kako se tradicionalno shvata. Naprotiv, njime se štiti pravo na saslušanje.

Kada iznosimo tezu da se ročištem pre odbacivanja tužbe ne jamči tradicionalno shvaćeno pravo na raspravalje, zapravo pokušavamo da kažemo da ovo pravo ne shvatamo kao pojavni oblik načela obostranog saslušanja, niti njegovo dejstvo ograničavamo na obezbeđivanje jednakosti između stranaka. Naprotiv, pravo na raspravljanje po svojoj suštini i opsegu poistovećujemo sa pravom na saslušanje. U vezi sa tim, pravo na saslušanje posmatramo kao kompleksno pravo, koje obuhvata i načelo obostranog saslušanja stranaka, ali ga istovremeno i nadilazi. Ono nije omeđeno samo na relaciju stranka↔stranka i na iznošenje svojih sredstava odbrane povodom sredstava koje je upotrebila suprotna strana. Ovo pravo je šire i prostire se i na odnos koji stranka ima sa sudom. Ovaj odnos podrazumeva obavezu suda da stranci predoči i svoja pravna shvatanja i pravo stranke da se u vezi sa tim izjasni, iznoseći sopstvenu pravnu argumentaciju. U tom smislu, poslužićemo se *Galičevom* mišlju da „ono [pravo na saslušanje, prim. autora] ima samostalnu vrednost, koja se očituje na dva načina – njime

---

12 Prilikom upotrebe termina „pravo na saslušanje“ Ustavni sud se pozvao na odluku Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Motion Pictures Guarantos Ltd V. Serbia* (no. 28353/06) u kojoj se u izvornom obliku koristi pojam *oral hearing*.

se stranci u odnosu prema tribunalu jemči položaj subjekta u postupku, a u odnosu prema drugoj stranci ravnopravni položaj (jednakost pred zakonom).<sup>13</sup> Sledeći ovu misao, možemo reći da se u biti našeg problema nalazi odnos stranke prema tribunalu, jer ročište na kojem se stranka izjašnjava na iznete razloge za odbacivanje tužbe upravo potvrđuje ovu relaciju.

Naravno, ova hipoteza nije samo teorijska, postavljena radi zadovoljenja naučnih apetita, već ima i značajnije praktične posledice. Ukoliko prihvatimo većinsko shvatanje, ali i praksu najvišeg suda, nameće se nesporan zaključak da uskraćivanje ročišta pre odbacivanja tužbe predstavlja apsolutno bitno povredu postupka iz čl. 374 st. 2 tač. 7 ZPP na koju drugostepeni sud pazi *ex officio* (arg. čl. 386 st. 3 ZPP). U suprotnom, objašnjenje pravne prirode ovog ročišta putem ostvarivanja prava na saslušanje, upućuje na drugačiju posledicu – relativno bitnu povredu postupka.

### 3. ZAKONSKA SISTEMATIKA

Pogledajmo, najpre, kako je sporna odredba formulisana i koje je njeno mesto u parničnom postupku.

Jezička redakcija norme koja je predmet našeg interesovanja glasi: „pre donošenja rešenja o odbacivanju tužbe iz razloga propisanih u stavu 1 ovog člana, sud je dužan da održi ročište na kome će tužiocu omogućiti da se izjasni o odbacivanju tužbe.“<sup>14</sup>

Norma je svrstana u prethodno ispitivanje tužbe, kao najraniji stadijum parničnog postupka, koji uključuje početne aktivnosti suda nakon prijema tužbe. Prethodno ispitivanje tužbe je deo šire celine – faze parničnog postupka usmeren na pripremanje glavne rasprave. U pripremanje glavne rasprave (pored prethodnog ispitivanja tužbe) ulaze još i dostavljanje tužbe na odgovor tuženom, održavanje pripremnog ročišta i zakazivanje glavne rasprave.<sup>15</sup> Indikativno je da prethodno ispitivanje tužbe logički, ali i temporalno prethodi ne samo ostalim aktivnostima u okviru pripremanja glavne rasprave, već je ovo

13 Aleš Galič, „Pravo na saslušanje i pravna pravila“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2–3/2006, 482.

14 Čl. 294 st. 2 ZPP.

15 Čl. 289 st. 2 ZPP

inicijalna radnja suda nakon prijema tužbe. Nakon što je primio tužbu, sud pristupa njenoj proveri. Radi se o misaonoj aktivnosti usmerenoj na ispitivanju uslova (procesnih pretpostavki) za meritorno odlučivanje. Nedostatak procesnih pretpostavki predstavlja smetnju za odluku o osnovanosti zahteva.<sup>16</sup> U literaturi je ustaljena klasifikacija procesnih pretpostavki na one koje se tiču a) suda, b) stranaka, v) tužbe i g) predmeta spora.<sup>17</sup>

S obzirom da cilj ovog rada nije da prikaže i obradi sve procesne pretpostavke, već da ponudi moguće dogmatičko objašnjenje pravne prirode i svrhe ročišta pre odbacivanja tužbe, na ovom mestu ćemo se ograničiti samo na procesne pretpostavke izložene u članu 294 ZPP. Važno je reći da je pojam *procesne pretpostavke* čisto teorijski i da nije usvojen od strane zakonodavca. Za isto značenje ovog pojma Zakon koristi više termina, kao što su: „procesne smetnje“ ili „nedostaci koji sprečavaju dalje vođenje postupka“<sup>18</sup>. Ipak, čl. 294 st. 2 ZPP upotrebljava izraz *razlozi za odbacivanje tužbe*. Naravno, svi ovi razlozi su po svojoj prirodi procesne pretpostavke koje vode odbacivanju tužbe. Ipak, nepostojanje procesnih pretpostavki nije uvek sankcionisano odbacivanjem tužbe. Tako, na primer, u slučaju nepostojanja mesne ili stvarne nadležnosti suda, tužba se ne odbacuje, već se upućuje na postupanje nadležnom sudu.<sup>19</sup> Zato možemo da kažemo da su procesne pretpostavke širi pojam od razloga za odbacivanje tužbe. Svi razlozi za odbacivanje tužbe jesu procesne pretpostavke, ali nisu sve procesne pretpostavke istovremeno i razlozi za odbacivanje tužbe. Stoga ćemo za procesne pretpostavke sadržane u članu 294 st. 1 ZPP u nastavku rada koristiti zakonski izraz – *razlozi za odbacivanje tužbe*.

U tom smislu, sud će po prethodnom ispitivanju tužbe doneti rešenje kojim se tužba odbacuje ukoliko utvrdi da nije apsolutno nadležan ili je protekao rok za podnošenje tužbe<sup>20</sup>; kada ustanovi da postoji litispendencija (o istom zahtevu već teče parnica) ili *res iudicata* (stvar

16 B. Poznić (2009), *op. cit.*, 400.

17 O klasifikaciji procesnih pretpostavki vid. A. Jakšić, *op. cit.*, 381.

18 *Ibid.*

19 Čl. 20, st. 1 ZPP.

20 U nauci se posebno osporava procesnopravna priroda rokova za sudsku zaštitu. Više o tome u Marko Knežević, Radenka Cvetić, „Priroda rokova za sudsku državinsku zaštitu (čl. 77 ZOSPO)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom sadu*, Novi Sad LIII-3 2019.

je pravnosnažno presuđena ili je zaključeno sudske poravnaje); ako ne postoji pravni interes za podnošenje tužbe ili je tužba nerazumljiva, odnosno neuredna.<sup>21</sup>

Međutim, pre donešenja rešenja o odbacivanju, sud je dužan da tužiocu omogućiti da se izjasni o razlozima za odbacivanje, na posebno održanom ročištu.

Sud je u obavezi da tužiocu pruži mogućnost da se izjasni na razloge za odbacivanje koji su nabrojani u čl. 294 st. 1 ZPP, dok u pogledu ostalih razloga (koji nisu navedeni u članu 294 ZPP), zakon izričito ne kaže ništa.<sup>22</sup> Vrhovni kasacioni sud je popunio ovu prazninu zauzimanjem stava da ne postoji dužnost održavanja ročišta za izjašnjenje kada su u pitanju razlozi za odbacivanje izvan delokruga člana 294 st. 1 ZPP, odnosno, kada su u pitanju neotklonjive smetnje.<sup>23</sup> Istina, ovakav zaključak se nameće kao ispravan, ako se ograniči samo na jezičku analizu upotrebljenih pojmova i na *argumentum a contrario*, kao jedan od mogućih metoda za popunjavanje praznina. Ipak, čini se da je problem komplikovaniji, te da ga je radi ispravnog razrešenja, nužno sagledati sa različitih metodoloških nivoa. O tome će biti više reči docnije, nakon što prikazemo kakav pristup obaveznom ročištu pre odbacivanja tužbe imaju doktrina i sudska praksa.

## 4. SHVATANJA O OBAVEZNOM ROČIŠTU PRE ODBACIVANJA TUŽBE

### 4.1. Teorija

Osim ozbiljnijih kritika koje je na račun održavanja ovakvog ročišta izneo *Bodiroga*, a koje su čak išle dotle da ovom ročištu oduzmu svaki smisao, čini se da ostali autori imaju malo pomirljiviji pristup.

Glavnina *Bodiroginih* kritika odnosi se na samu svrhu ročišta, ali i na njegovu jednostranačku koncepciju. Prema njegovom mišljenju, održavanje ročišta pre odbacivanja tužbe nema smisla ni u jednoj drugoj situaciji, osim kada se razlozi za odbacivanje tužbe odnose na nedostatak pravnog interesa. S obzirom da je postojanje pravnog interesa

21 Čl. 294, st. 1 ZPP.

22 Čl. 294 st. 2 ZPP.

23 Stav VKS sa sednice Građanskog odeljenja od 12. 2. 2019. godine, a u vezi sa presudom Rev 3259/18 od 27. 9. 2018. godine.

kompleksno pitanje i da od njega zavisi pravo tužioca na pristup sudu, Bodiropa smatra da je jedino u ovom slučaju održavanje ročišta korisno, kako bi se na njemu saznali dodatni podaci.<sup>24</sup> Što se tiče ostalih razloga, prema *Bodiropinom* mišljenju, nije svrsishodno održavati ovo ročište, jer se iz same tužbe mogu utvrditi nedostaci.<sup>25</sup>

Sa druge strane, *Jakšić* je mišljenja da obaveza održavanja ročišta nije sporna kada se na njemu raspravlja o pravnim pitanjima, dok je itekako sporna kada se na njemu raspravlja o urednosti tužbe, smatrajući da se time narušava princip nepristrasnosti u suđenju.<sup>26</sup> *Jakšić* pod „pravnim pitanjima“, podrazumeva sve razloge za odbacivanje tužbe iz člana 294 ZPP, izuzev razloga koji se odnosi na urednost (razumljivost i potpunost) tužbe. Prema njegovom mišljenju, poslednji razlog se odnosi na tumačenje norme i na činjenice.<sup>27</sup>

Međutim, mišljenja smo da se klasifikaciji razloga za odbacivanje tužbe na pravna i činjenična pitanja može uputiti suštinska kritika. Naime, potrebno je reći da su svi ovi razlozi za odbacivanje ili pravno kvalifikovane ili pravno kreirane činjenice.<sup>28</sup> U svakom slučaju, to su *pravne činjenice*, pa bilo prihvaćene ili oblikovane, one su obuhvaćene pravnom normom. Samim tim, one su podložne tumačenju i interpretaciji, kao i svi ostali pravni pojmovi. Zato je *Jakšićevo* razlikovanje na pravna i činjenična pitanja neodrživo, jer potreba za raspravljanjem i tumačenjem postoji u pogledu svakog razloga za odbacivanje. Bez izuzetka.

Ipak, oba pomenuta autora održavanje ročišta pre odbacivanja tužbe vide kao potvrdu načela kontradiktornosti. Dok *Jakšić* izričito ističe da je uvođenjem obaveznog ročišta promenjen [proširen, prim. D. P.] obim i sadržina načela kontradiktornosti,<sup>29</sup> *Bodiropa* privrženost ovom načelu obrazlaže posredstvom prava na raspravljanje. Prema njegovom mišljenju, propust suda da održi ovo ročište, predstavlja nezakonito postupanje usled kojeg je tužilac uskraćen u pravu da raspravlja pred sudom, a što čini apsolutno bitnu poveredu parničnog postupka

24 N. Bodiropa (2015), *op. cit.* 610.

25 Nikola Bodiropa, *Ustavna jemstva u parničnom postupku*, Beograd 2019, 267.

26 A. Jakšić, *op. cit.*, 188.

27 *Ibid.*

28 Više o podeli pravnih činjenica vid. Vladimir Vodinić, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Beograd 2012, 418–423.

29 A. Jakšić, *op. cit.*, 199.

iz čl. 374 st. 2 tač. 7 ZPP.<sup>30</sup> Dakle, iako *Bodiroga* ne pravi jasnu paralelu između ovog ročišta i načela kontradiktornosti, samo njegovo pozivanje na apsolutno bitnu povredu iz čl. 374 st. 2 tač. 7 ZPP, govori o njegovoj opredeljenosti za ovo načelo. Jer, kao što je prethodno izloženo, u literaturi je izražen stav da uskraćivanje stranci da raspravlja pred sudom (čl. 374 st. 2 tač. 7 ZPP) predstavlja povredu načela kontradiktornosti.<sup>31</sup>

Sa druge strane, *Kozar* se nije posebno izjašnjavao o pravnoj prirodi ovog ročišta, već je prepustio sudskoj praksi da o tome iznese svoj sud. Međutim, dok sudska praksa ne iznedri konačan stav, zaključio je da se radi o *sui generis* ročištu, budući da se na njega poziva samo tužilac, a ne i tuženi.<sup>32</sup> Premda je *Kozar* donekle u pravu, jer ročište pre odbacivanja tužbe jeste osobeno po svojim karakteristikama, u pravnoj književnosti nije redak slučaj da se svaka nedovoljno jasna pojava objašnjava pozivanjem na *sui generis* slučaj. Lagodnije je reći da je izvezna pojava slučaj svoje vrste, nego pribegavati komplikovanim metodološkim putevima u cilju ispravnog naučnog argumentovanja.

Nešto drugačiji pogled na pravnu prirodu ovog ročišta ima *Živković*, ali, čini se, samo prividno. Njegova početna ideja ostaje nedovoljno zaokružena na koncepcijskom planu. On, naime, opaža da se održavanjem ročišta pre odbacivanja tužbe ostvaruje princip otvorenog pravosuđa.<sup>33</sup> Smatra da se ovaj princip ogleda u obaveštenju tužioca da iz činjenica navedenih u tužbi, proizlazi da će tužba biti odbačena.<sup>34</sup> Iako *Živković* ne upućuje na izvor ideje, niti svoje shvatanje posebno obrazlaže, jasno je da je inspiraciju za pozivanje na otvoreno pravosuđe pronašao u čuvenom *Trivinom* „Eseju o otvorenom pravosuđu“. Međutim, kao da se njegova misao tu prekida, te u nastavku rada izostaje dalja metodološka analiza ove postavke. Štaviše, njegov kasniji zaključak da propuštanje održavanja ročišta pre odbacivanja tužbe predstavlja [apsolutno, prim. autora] bitnu povredu parničnog postupka iz čl 374, st. 2 tač 7, kao da umanjuje plauzibilnost početnog zapažanja.

30 N. Bodiroga (2019), *op. cit.*, 268.

31 Vid. A. Jakšić, *op. cit.*, 671, B. Poznić (1976), *op. cit.*, 310.

32 Vladimir Kozar, „Najznačajnije izmene i dopune Zakona o parničnom postupku“, *Pravni informator* 9/2014, 13.

33 Borivoje Živković, „Odbacivanje tužbe i obavezno održavanje ročišta“, *Pravni informator* 3/2015, 30.

34 *Ibid.*

Jer, dosledno posmatrano, nepostupanje ili neprimena principa otvorenog pravosuđa, vodila bi relativnoj povredi postupka, a ne apsolutno bitnoj povredi procedure.<sup>35</sup>

Na ovom mestu je dovoljno ukazati da *Triva* pod otvorenim pravosuđem podrazumeva dužnost suda da sa strankama razmatra ne samo činjenične i pravne probleme spora, već da strankama izloži i svoja pravna shvatanja.<sup>36</sup>

#### 4.1.1. Ekskurs: princip otvorenog pravosuđa

Ako sudski parnični postupak shvatimo kao sportsko nadmetanje, onda možemo reći da glavnu ulogu u tom takmičenju igra sudija sa svojom sopstvenom ulogom i zadacima. Širina sudijskih ovlašćenja je obrnuto proporcionalna aktivnostima učesnika u takmičenju. Što je uloga sudije uža, to je takmičarska inicijativa suparnika šira. I obrnuto.

Ovaj metaforički i sasvim uprošćen prikaz sudskog postupka ni pošto nije imao za cilj da umanju značaj stranačkih interesa u postupku, a još manje da unizi sud, kao oličenje državnog autoriteta i nosioca aparata prinude. Štaviše, upotrebljana stilska figura ima isključivo naučnu svrhu kako bi jedna društvena i pravna pojava bila adekvatno objašnjena. Naime, da bismo razumeli aktivniju ulogu suda koja je imanentna otvorenom pravosuđu, moramo prvo poći od bazične uloge arbitra kao posmatrača.

Suština učenja o otvorenom pravosuđu ogleda se u obavezi suda da ostalim subjektima u postupku omogućiti da se izjasne o činjeničnim i pravnim aspektima spora. Pri tom se ne misli samo na pravo jedne strane da se izjasni o činjenicama i pravnim shvatanjima svog suparnika (obostrano saslušanje), već i na pravo obeju stranaka da se izjasne o činjeničnim aspektima i pravnim shvatanjima suda. Tačnije, o činjenicama koje je sud saznao po službenoj dužnosti, ali i o tome kako sud pravno kvalifikuje tako saznate činjenice.

*Triva* primećuje da pravilo izraženo u čl. 5 st. 1 ZPP (načelo kontradiktornosti) ostvaruje tek deo misije radi koje je izvorno sazdan. Ono štiti jednu stranku s obzirom na procesna delovanja druge.<sup>37</sup>

---

35 Marko Knežević, *Raspravno načelo u srpskom parničnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd 2016, 559 i dalje.

36 Siniša Triva, „Esej o otvorenom pravosuđu“, *Novo parnično procesno pravo* 1977, 209.

37 Vid. S. Triva, *op. cit.*, 209 (210).

U suštini, *Triva* je uočio svu ograničenost načela kontradiktornosti (*audiatur et altera pars*) prilikom obrazovanja činjenične građe. Izjašnjenjem stranaka na procesne aktivnosti suparnika ostvaren je nužan, ali još ne i dovoljan uslov u prikupljanju procesnog materijala. Da bi misija u potpunosti postigla svoju svrhu, neizbežno je aktivno delovanje suda. Stoga, *Triva* zaključuje da u meri u kojoj je to potrebno radi ostvarivanja ovog zadatka [pravilno i potpuno prikupljanje procesne građe, prim. D. P.], sud treba da zajedno sa strankama otvoreno razmatra sve odlučne činjenice i pravne probleme spora, da strankama o njima izloži i svoja pravna shvatanja, da im u tu svrhu postavlja određena pitanja i da im daje prikladna objašnjenja, a neukima i pouke.<sup>38</sup> *Knežević* je mišljenja da se na ovaj način doprinosi ispravnom presudnj i izbegavanju „formalnih presuda“.<sup>39</sup> Ipak, preduslov za realizaciju ovog principa, leži u obavezi suda da se na izvestan način „otvori“ prema strankama. Da demistifikuje sopstvenu poziciju.

Ovako shvaćen, princip otvorenog pravosuđa služi realizaciji prava na saslušanje. Sumiranjem prethodnog izlaganja, možemo zaključiti da se pravo na saslušanje ispoljava u dva međusobno povezana oblika. Najpre, ono omogućava strankama u postupku da se izjasne na sve procesne aktivnosti druge strane. Ovaj oblik prava na saslušanje predstavlja *pravo na obostrano saslušanje*, koje se tradicionalno definiše kao načelo kontradiktornosti. Osim toga, pravo na saslušanje omogućava strankama i da se izjasne o pravnim shvatanjima suda. Iz tog razloga, *Triva* uopšte ne izdvaja načelo *obostranog saslušanja* stranaka (kontradiktornosti) u posebno načelo parničnog postupka. Nasuprot tome, on govori o načelu *saslušanja* stranaka (kurz. D. P.).<sup>40</sup> Dakle, obostrano saslušanje je samo jedna manifestacija prava na saslušanje. Odnosno, kako *Knežević* percipira, njime se obezbeđuje samo *formalno* pravo na saslušanje i ono podrazumeva pasivnost suda, za razliku od *efektivnog* prava na saslušanje koje znači aktivnost suda (kurz. D. P.).<sup>41</sup>

U razradi svoje teze, *Triva* dalje iznosi stav da bi, bez predočavanja strankama sopstvene pravne pozicije, sud mogao da „zaskoči“

38 *Ibid.*, 209.

39 Pojam „formalne presude“ *Knežević* upotrebljava za presude na osnovu tereta tvrdnje i tereta dokazivanja, M. Knežević, *op. cit.*, 405.

40 Siniša Triva, Velimir Belejec, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb 1986, 117.

41 Više o obezbeđivanju efektivnog prava na saslušanje u M. Knežević, *op. cit.*, 404.

stranke i da ih neprijatno iznenadi. Odnosno, kako to slikovito dalje objašnjava, stranke bi tek iz presude saznale da su se za svoja prava borile na pogrešnom koloseku.<sup>42</sup> Ovakva neočekivana odluka suda ne bi bila ništa drugo do pojave koja se u nemačkoj i austrijskoj sudskoj praksi naziva „presuda iznenađenja.“ Pod presudom iznenađenja Knežević podrazumeva presudu zasnovanu na činjeničnim ili pravnim elementima spora, koji su bili nepoznati stranci.<sup>43</sup>

Uporednopravno posmatrano, pravo na saslušanje se vezuje za germanski procesnopravni prostor. Osim što propisuje obavezu suda da sa strankama raspravi činjenične i pravne aspekte spornog odnosa, član 139 nemačkog Zakona o parničnom postupku posebno zabranjuje tzv. presudu iznenađenja. Navedena odredba nemačkog Zivilprozessordnung predviđa da sud može svoju odluku da zasnuje na pravnom stanovištu koje su stranke previdеле ili smatrale nebitnim, samo ako im je prethodno omogućio da se o njemu izjasne.<sup>44</sup> To, naravno, podrazumeva obavezu suda da pre donošenja odluke predoči strankama svoja pravna shvatanja, koja su ona previdela i smatrala da nisu od značaja.

Među zakonodavstvima koja su nastala na nekada jedinstvenom jugoslovenskom procesnom području, jedino je u hrvatskom Zakonu o parničnom postupku<sup>45</sup> na sveobuhvatan i jasan način regulisano pravo na saslušanje, čime je u svom izvornom obliku inkorporisano *Trivino* učenje o otvorenom pravosuđu. Naime, novelom iz jula 2022. godine, dopunjen je član 5 hrvatskog Zakona o parničnom postupku pravilom koje izričito omogućava strankama da se izjasne i o pravnim pitanjima spora.<sup>46</sup> Ipak, što je još značajnije, hrvatski zakonodavac je gotovo istovetno kao i nemački *Zivilprozessordnung* po prvi put uredio i zabranu „presude iznenađenja“.<sup>47</sup>

42 S. Triva, *op. cit.*, 209 (211).

43 M. Knežević, *op. cit.*, 405.

44 §139 *Zivilprozessordnung* iz 1877, prečišćen tekst od 5. decembra 2005. godine (BGBl. I S. 3202, 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781) poslednji put izmenjen zakonom od 24. 6. 2022 (BGBl. I S. 959) m.W.v. 1. 7. 2022, status: 1. 8. 2022. na osnovu zakona 7. 7. 2021 (BGBl. I S. 2363).

45 Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske (*Sl. list SFRJ* 4/77 i dr. i NN 53/91, 91/92... 80/2022).

46 „U mjeri u kojoj je to potrebno, sud će omogućiti strankama da se izjasne o pravnim pitanjima spora“ (čl. 5 st. 2 HrZPP).

47 „Sud ne može svoju odluku utemeljiti na pravnoj osnovi koja je bitno različita od one o kojoj se u postupku raspravljalo i koju savesna i brižljiva stranka nije mogla razumno predvidjeti“ (čl. 5 st. 5 HrZPP).

Na kraju ovog izlaganja, potrebno je ukazati na primedbu da je princip otvorenog pravosuđa u koliziji sa ustavnim načelom nepristrasnosti i objektivnosti suda. U stručnim krugovima preovlađuje diskurs da sudija u toku postupka ni na koji način ne bi smeo da prejudicira ishod sudskog postupka. Odnosno, da postoji opasnost da će se iznošenjem sopstevnih pravnih shvatanja prikloniti interesima jedne stranke. Da će neopravdano „zauzimati stranu“.

Problem na koji smo ukazali je kompleksan i bez ozbiljnije analize ne bi se mogao zauzeti plauzibilan stav o mogućem razrešenju sukoba između dva načela (otvorenog pravosuđa i nepristrasnosti). Ipak, uz izvesnu rezervu koju izražavamo zbog ograničenog polja predviđenog za izlaganje o ovoj temi, kratko ćemo se osvrnuti na argumentaciju koja je već prisutna u literaturi. U tom smislu, *Triva* smatra da se objektivnost ispoljava u neprekidnoj spremnosti suda da se zavisno od rezultata raspravljanja, eventualno napuste prvobitna shvatanja o sadržaju i prirodi problema i da se u nastavku postupka raspravlja o novim shvatanjima.<sup>48</sup> Iako to izričito ne govori, čini se da *Triva* akcenat stavlja na profesionalnost, ali i na moralne vrednosti sudije. I zaista, samo dovoljno stručan sudija, svestan svojih profesionalnih kvaliteta, oslobođen ličnih sujeta i taština, je kadra da tokom postupka neprestano zauzima stavove o svim bitnim pitanjima, ali i da pod teretom argumentacije stranaka napušta ranija shvatanja ili da ih u skladu sa rezultatom raspravljanja modifikuje i dopunjuje. Ne bi bilo pogrešno reći da jedino svestan i osvešćen sudija, koji je spreman da preuzme odgovornost za sopstveno mišljenje, može da odgovori izazovu koji sa sobom nosi otvoreno pravosuđe. Sa druge strane, ispravno *Knežević* primećuje da se na ovaj način ne dovodi u pitanje nepristrasnost suda, jer je dužnost pitanja opšta<sup>49</sup>, tako da i tužiocu i tuženom sleduje pomoć.<sup>50</sup> Zapravo, sud obema stranama iznosi svoje pravne pozicije i omogućava im da se spram njih opredele.

48 S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1986), *op. cit.*, 119.

49 U doktrini se dužnost pitanja objašnjava kao aktivnost suda koja je uperena ka tome da stranke iznesu sav potreban procesni materijal. Više o tome u M. Knežević, *op. cit.*, 68. Jedan od načina da se to postigne jeste i upoznavanje stranaka sa pravnim shvatanjima suda.

50 M. Knežević, *op. cit.*, 410.

## 4.2. Sudska praksa

### 4.2.1. Shvatanje Vrhovnog kasacionog suda

Najviši sud u Republici nije usvajao obavezujuća pravna shvatanja po pitanju održavanja ročišta pre odbacivanja tužbe. Ipak, u vezi sa tim se izjašnjavao u više svojih pojedinačnih odluka u revizijskom postupku. U jednom rešenju, VKS iznosi mišljenje da se „osnovano u reviziji ukazuje da je prvostepeni sud učinio bitnu povredu odredaba parničnog postupka iz člana 374 st. 2 tač. 7 ZPP (tužiocu nije data mogućnost da raspravlja) u vezi sa članom 294 stav 2 ZPP...“<sup>51</sup> Dakle, misao je jasna, propuštanje održavanja ročišta na kojem bi se tužilac izjasnio o razlozima za odbacivanje tužbe, iz perspektive Vrhovnog kasacionog suda, predstavlja apsolutno bitnu povredu postupka, sankcionisanu odredbom člana 374 st. 2 tač. 7 ZPP. Iako u obrazloženju odluke ne iznosi dublju argumentaciju, nesumnjivo je da i VKS održavanje ročišta pre odbacivanja tužbe posmatra kao manifestaciju principa obostranog saslušanja stranaka. Jer, samo pozivanje na apsolutno bitnu povredu postupka iz člana 374 st. 2 tač. 7 upravo to i potvrđuje. Drugim rečima, i Vrhovni kasacioni sud stoji na istoj liniji razmišljanja kao i vladajuće teorijsko shvatanje.

Osim ovog, rekli bismo, suštinskog pozicioniranja u pogledu pravne prirode ročišta, VKS se povodom održavanja ročišta pre odbacivanja tužbe, izjašnjavao u još jednom slučaju. Ali, sada kroz postavljanje granica pravu na raspravljanje. Pa je tako na sednici Građanskog odeljenja utvrđena sentenca da „sud nije dužan da održi ročište na kome bi se tužilac izjasnio o odbacivanju tužbe, zbog nedostataka koji se ne mogu otkloniti.“<sup>52</sup> Sagledavanjem argumenata iznetih u obrazloženju, nije sasvim jasno da li je sentenca neispravno formulisana ili su argumenti izneti u obrazloženju odluke nedovoljno jasni.

Posmatrajući izolovano jezičku redakciju sentence, zaključujemo da je ročište pre odbacivanja tužbe uvek obavezno kada se tužilac izjašnjava o otklonjivim procesnim pretpostavkama, dok nije obavezno u pogledu procesnih pretpostavki koje se ne mogu otkloniti. Međutim, ovakvo tumačenje bilo bi protivno ne samo prostom jezičkom značenju norme, već i sistemskom povezivanju zakonskih normi. Naime,

---

51 Rešenje VKS Rev2 278/16 od 11. 5. 2016. godine.

52 Sentenca iz presude Vrhovnog kasacionog suda Rev 3259/2018 od 27. 9. 2018. godine, utvrđena na sednici Građanskog odeljenja od 12. 2. 2019. godine.

ono bi podrazumevalo da su razlozi za odbacivanje tužbe nabrojani u čl. 294 st. 1 uvek otklonjivi, što, ipak, nije tako. Zapravo, jedina otklonjiva procesna pretpostavka od ukupno sedam nabrojanih jeste ona koja se odnosi na urednost (razumljivost i potpunost) tužbe. Sve ostale su po svojoj prirodi neotklonjive. Sledeći ovakvo rezonovanje, došli bismo do zaključka da od svih razloga nabrojanih u čl. 294 st. 1 ZPP, ročište pre odbacivanja tužbe ima jedino opravdanja kada je u pitanju neuredna tužba. Posledica ovakvog shvatanja bila bi da je jedini cilj ročišta saniranje nedostataka.

Međutim, analizirajući iznete argumente, primećujemo da je sentenca nevešto formulisana, te da je sud bio rukovođen drugom namerom. Ipak, ne sasvim jasnom. U konkretnom slučaju, radilo se o tome da je tužba podneta protiv lica koje je preminulo pre podnošenja tužbe. Istina, radi se o nepostojanju stranke, kao neotklonjivom nedostatku koji nije izričito naveden u članu 294 st. 1 ZPP. Prema shvatanju VKS, „sud nije bio u obavezi da pre odbacivanja tužbe održi ročište na kome bi se tužiocu omogućilo izjašnjenje o odbacivanju tužbe u smislu člana 294 st. 2...[jer, prim. D. P.] tužba nije odbačena iz razloga taksa- tivno navedenih u st. 1 tač. 1–7 tog člana.“

Mogli bismo reći da citirano obrazloženje ukazuje da najviši sud u zemlji ide za tim da ročište pre odbacivanja tužbe učini obaveznim isključivo kada se radi o razlozima za odbacivanje koji su nabrojani u čl. 294 st. 1 ZPP. U svim drugim slučajevima koji nisu obuhvaćeni jezičkim značenjem ove odredbe, održavanje ročišta nije obavezno. A naročito, ako su u pitanju neotklonjive procesne smetnje.

Ovakav smisao nemeće se kao ispravan na čisto jezičkom nivou tumačenja. Na tom novou, zakonodavac je jasan – „pre donošenja rešenja o odbacivanju tužbe *iz razloga propisanih* (kurziv D. P.) u stavu 1 ovog člana, sud je dužan da održi ročište...“

Međutim, kao što smo videli, razlozi propisani u stavu 1 čl. 294 ZPP nisu jedini razlozi za odbacivanje tužbe. Zakon ih poznaje još. To su, primera radi, (ne)postojanje direktne međunarodne nadležnosti (čl. 16 st. 3 ZPP); (ne)postojanje stranke; parnične sposobnosti ili urednog zastupanja stranke (čl. 80 st. 5 u vezi sa čl. 79 st. 1 ZPP); (ne)postojanje pravnog interesa za izdavanje platnog naloga (čl. 455 st. 4 ZPP). Ipak, nije izričito propisano da li je i za ove, upravo nabrojane ostale razloge, sud u obavezi da održi ročište pre odbacivanja tužbe.

Ako izolovano sagledavamo sve razloge za odbacivanje tužbe, nezavisno od toga kojom su normom regulisani, videćemo da je svima zajedničko da predstavljaju nužan uslov za meritorno odlučivanje. Svi ovi razlozi su u stvari procesne pretpostavke. Procesne pretpostavke nisu ništa drugo do procesni naziv (pravno uobličavanje) za materijal-nopravne (životne) činjenice koje je potrebno da se steknu, kako bi se postupak nesmetano okončao. Zbog toga je vrlo upitno da li je opravdano primenjivati drugačiji pristup prema pojedinim procesnim pretpostavkama? Odnosno, da li je metodološki ispravno drugačije ih tretirati, pa u jednom slučaju dati tužiocu pravo da se izjasni, a u drugom mu to pravo uskratiti? Upravo se u ovom pitanju ogleda sva nemoć i ograničenost jezičkog tumačenja. Zato je neophodno preći na drugi metodološki nivo koji podrazumeva utvrđivanje cilja zakona, odnosno, relevantne svrhe ročišta na kojem se tužilac izjašnjava o razlozima za odbacivanje tužbe. Tek kada utvrdimo svrhu ovog ročišta, možemo odlučiti da li ćemo sa neregulisanim slučajevima postupati suprotno ili, pak, analogno slučaju koji je regulisan. U tom smislu, *Bidlinski* ističe da je bitno da li se relevantna svrha zakona odnosi samo na obuhvaćena činjenična stanja (tada suprotno zaključivanje) ili ih prevazilazi (tada i utoliko analogno zaključivanje).<sup>53</sup>

Prema uopštenoj definiciji koja se u literaturi najčešće susreće, analogno zaključivanje postoji kada se na jedan slučaj koji nije regulisan pravnom normom, primenjuje pravna norma koja je predviđena za neki drugi slučaj, koji je sa njim sličan, i to upravo na osnovu te sličnosti.<sup>54</sup> Dok, zaključivanje na osnovu suprotnosti (*argumentum a contrario*) znači da se za sve slučajeve koje neka norma ne obuhvata (a koji su slični slučaju koji ona obuhvata) primenjuje norma koja joj je suprotna.<sup>55</sup>

Vratimo se sada na analiziranu odluku Vrhovnog kasacionog suda i na dominirajući stav da je cilj ročišta pre odbacivanja tužbe omogućiti tužiocu da raspravlja pred sudom. Iako smo prema ovom razlogu (cilju norme) kritički opredeljeni, s obzirom da u teoriji nije sasvim jasno šta on obuhvata, ipak, u vrednosnom smislu, ne možemo da poreknemo njegovu sveobuhvatnost. Drugim rečima, vrednost raspravljanja i izjašnjavanja na razloge za odbacivanje tužbe je od

---

53 Franc Bidlinski, *Pravna metodologija*, Podgorica 2011, 79.

54 Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Beograd 1961, 151.

55 *Ibid.* 160.

podjednakog značaja za sve procesne pretpostvke. Zbog toga se zaključivanje putem analogije nameće kao nužnost. Dakle, ako i prihvatimo da se održavanjem ročišta pre odbacivanja tužbe tužiocu garantuje pravo na raspravljanje, ne vidimo zašto mu to pravo ne bi bilo garantovano i u pogledu razloga za odbacivanje koji nisu izričito obuhvaćeni čl. 294 ZPP. Zašto bi, recimo, tužilac imao pravo da se izjasni o apsolutnoj nadležnosti suda,<sup>56</sup> a to isto pravo bilo bi mu uskraćeno kada se radi o direktnoj međunarodnoj nadležnosti?<sup>57</sup> Ili, u čemu je suštinska razlika između izjašnjenja o pravnom interesu tužbe za utvrđenje<sup>58</sup> od izjašnjenja o pravnom interesu tužbe za izdavanje platnog naloga?<sup>59</sup> Kao što se vidi, ne postoji razumno opravdanje za suprotno zaključivanje (*argumentum a contrario*), čak i kada svrhu održavanja ročišta vidimo u realizaciji prava na raspravljanje. Ovo je samo jedan od primera da se sudovi, a neretko i najviši sudovi, prilikom tumačenja norme, popunjavanja pravnih praznina i zauzimanja pravnih shvatanja ne udaljavaju od čistog egzegetičkog pristupa.<sup>60</sup> Utvrđivanje jezičkog značenja norme je svakako potrebno i nužno, jer predstavlja svojevrsnu branu odlučivanja *contra legem*. Ali, često je i nedovoljno, s obzirom da se već na sledećem metodološkom nivou manifestuje njegova neodrživost.

#### 4.2.2. Shvatanje Ustavnog suda Srbije

Okolnost da se o održavanju ročišta pre odbacivanja tužbe izjašnjavao i Ustavni sud, govori o značaju prava koje se njime garantuje. Iako izdizanjem na rang ustavom zagaranтовanog prava problem dobija novu dimenziju, čini se da sama argumentacija Ustavnog suda unosi dodatne nejasnoće.

Kao što je prethodno spomenuto, Ustavni sud se u svojoj odluci UŽ-9404/2016 ogradio od većinskog shvatanja da se izjašnjenjem tužioca na razloge za odbacivanja tužbe štiti načelo obostranog saslušanja

56 Čl. 294 st. 1, tač. 1 u vezi sa čl. 16 st. 1 ZPP.

57 Čl. 16 st. 2 ZPP.

58 Čl. 294 st. 1 tač. 6 u vezi sa čl. 194 ZPP.

59 Čl. 455 st. 4 ZPP.

60 Egzegeza podrazumeva doslovno tumačenje norme, ograničavajući se na jezičko i gramatičko značenje. Osim kod Glosatora u poznom srednjem veku, ovaj metodološki pristup u tumačenju je naročito dominantan u 19. i početkom 20. veka u okviru pojmovne jurisprudencije i zakonskog pozitivizma. Više o razvoju građanskopravne nauke i pojedinim pravnim školama vid. Vladimir Vodinelić, *Građansko pravo – uvodne teme*, Beograd 2012, 129–155.

stranaka.<sup>61</sup> Početno polazište US zasniva se na opovrgavanju preovlađujuće teze da uskraćivanje ovog ročišta predstavlja apsolutno bitnu povredu postupka iz čl. 374 st. 2 tač. 7 ZPP. U tom smislu, US ispravno interpretira da se bitna povreda postupka iz člana 374 st. 2 tač. 7 odnosi na povredu načela obostranog saslušanja stranaka. Međutim, ročište na kojem se tužilac izjašnjava o razlozima za odbacivanje tužbe US posmatra kroz prizmu prava na javnu raspravu, kao jednog od elemenata ustavnog prava na pravično suđenje.

Pravo na pravično suđenje je kompleksno pravo, sastavljeno od više pojedinačnih ovlašćenja, a ogleda se u garantovanju svakom da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i optužbama protiv njega.<sup>62</sup>

Ovakva formulacija nije inovativna kreacija srpskog ustavotvorca. Kvalitativno istovetnu formulaciju ovog prava nalazimo u članu 6 st. 1 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda Saveta Evrope (EKLJP),<sup>63</sup> u dokumentu koji je usvojen više od pola veka pre važećeg Ustava Republike Srbije.

S obzirom na to da je naša pažnja usmerena samo na jedan deo prava na pravično suđenje, tj. na pravo na javnu raspravu, u ovom tekstu nećemo posebno analizirati sve aspekte i sadržinu ovog kompleksnog ustavnog prava.

Vratimo se na pomenutu odluku Ustavnog suda<sup>64</sup> i pogledajmo kako ovaj sud sagledava pravnu prirodu i sadržinu ročišta pre odbacivanja tužbe. Rekli smo već da je Ustavni sud jasno opredeljen da pravnu prirodu ovog ročišta posmatra različito od načela obostranog

---

61 Odluka Ustavnog suda Srbije UŽ-9404/2016 od 24. maja 2018. godine.

62 Čl. 32 st. 1 Ustava Republike Srbije.

63 Srpski prevod čl. 6 st. 1 EKLJP glasi: „Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili u krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Presuda se mora izreći javno, ali se štampa i javnost mogu isključiti s celog i s dela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbednosti u demokratskom društvu kada to zahtevaju interesi maloletnika ili zaštita privatnog života stranaka, ili u meri koja je, po mišljenju suda, neophodno potrebna u posebnim okolnostima kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde.“

64 UŽ-9404/2016 od 24. 5. 2018. godine.

saslušanja stranaka. Zapravo, on smatra da se na ročištu pre odbacivanja tužbe obezbeđuje pravo na javnu raspravu. Ovakvo gledište označava konceptijski zaokret, budući da se u pravnoj teoriji i sudskoj praksi jednodušno zastupa stav da uskraćivanje ročišta pre odbacivanja tužbe predstavlja povredu načela kontradiktornosti i apsolutno bitnu povredu postupka iz člana 374 st. 2 tač. 7 ZPP. Upravo zbog toga, shvatanje Ustavnog suda je originalno i vredno svake pažnje. Međutim, iako je u ljudskoj prirodi da originalnosti naročito inspirišu, čini se da početno ushićenje ubrzo utihne, nakon što se suočimo sa mnoštvom otvorenih pitanja koja nastanu promišljanjem o ovom osobenom, ali ipak nedorečenom shvatanju.

Uprkos tome što je US jasno istakao da se uskraćivanjem ročišta pre odbacivanja tužbe ne povređuje načelo kontradiktornosti iz člana 374 st. 2 tač. 7 ZPP, nije sasvim jasno o kojoj se vrsti povrede ovde radi. Da li je u pitanju apsolutno bitna, ili pak, relativno bitna povreda procedure? Da li na ovu povredu žalbeni sud pazi po službenoj dužnosti ili isključivo nakon sugestija samih stranaka u postupku? Odgovor na ova važna pitanja ne pronalazimo u analiziranoj odluci US. Ali, zato pronalazimo jasan stav da ukoliko se tužiocu ne omogući izjašnjenje na razloge za odbacivanje tužbe, to povređuje ustavno pravo na javnu raspravu. Kada se izložene postavke dovedu u međusobnu vezu, zaključujemo da povreda prava na *javnu raspravu*, prema zamisli US, uopšte nije sankcionisana članom 374 st. 2 tač. 7 ZPP. Ova misao deluje zbunjujuće, jer upravo navedena zakonska odredba govori o uskraćivanju mogućnosti da stranka *raspravlja* pred sudom. Ipak, izgleda da je Ustavni sud implicitno ukazao da ustavom zagarantovano pravo na javnu raspravu, osim terminološke sličnosti, nije sadržinski istovetno sa pravom na raspravljanje shvaćeno na tradicionalan način (izjednačeno sa načelom kontradiktornosti). Zapravo, čini se da je ustavni sud pravo na javnu raspravu, shvatio kao jedan segment prava na saslušanje, i to onaj koji se odnosi na izjašnjenje stranaka na činjenična i pravna shvatanja suda. Dalju metodološku razradu uočenog problema nastavićemo docnije, nakon što izložimo još jedan značajan doprinos Ustavnog suda sagledavanju ročišta koje prethodi odbacivanju tužbe.

Osim što smatra da se održavanjem ročišta pre odbacivanja tužbe štiti ustavno pravo na javnu raspravu, u istoj odluci US iznosi shvatanje da je ovo ročište obavezno kod svih zakonom predviđenih razloga za odbacivanje. Dakle, ne ograničava se samo na razloge koji su nabrojani u čl. 294 ZPP, već sve procesne pretpostavke koje vode

odbacivanju tužbe tretira na jednak način. Iako ovakav stav nije eksplisito iznet, smatramo da se iz samog obrazloženja odluke jasno uočava takva namera.

Naime, u konkretnom slučaju predmet ustavnosudske kontrole bila je odluka drugostepenog suda kojom nije sankcionisan izostanak ročišta pre odbacivanja tužbe u prvostepenom postupku. Tužba je u redovnom postupku odbačena zbog nepostojanja stranke, iako se takav razlog ne nalazi među razlozima za odbacivanje koji su sadržani u čl. 294 st. 1 ZPP. Ustavni sud je i u pogledu ovog pitanja zauzeo kurs koji je suprotan vladajućem. Podsećanja radi, u sudskoj praksi postoji unisono shvatanje da tužilac ima pravo da se izjasni samo na one razloge za odbacivanje tužbe koji su nabrojani u čl. 294 ZPP.

Iako ovakva orijentacija Ustavnog suda zaslužuje pažnju i pozitivnu kritiku, ne možemo a da se ne zapitamo da li je US u potpunosti svestan težine sopstvenog stava. Odnosno, da li je ovakva odluka proizvod svestranog metodološkog razmatranja ili se, pak, radi o incidentnom i nedovoljno razrađenom stavu? Naime, ova dilema podstaknuta je jednom drugom odlukom Ustavnog suda u kojoj je zauzet suprotan stav, odnosno da je sud dužan da održi ročište pre odbacivanja tužbe samo iz razloga koji su označeni u čl. 294 ZPP.<sup>65</sup>

Odlukom UŽ br. 8654/15, Ustavni sud je uvojio ustavnu žalbu i utvrdio da je podnosiocu žalbe povređeno pravo na pravnu sigurnost, s obzirom da je viši sud, kao drugostepeni, različito postupao u identičnom situacijama, a koja se odnose na pitanje održavanja ročišta pre odbacivanja tužbe. Zapravo, isti drugostepeni sud je u više svojih odluka, najpre, smatrao da je održavanje ročišta pre odbacivanja tužbe obavezno ako je tužba podneta od strane neovlašćenog lica, da bi u odluci koja je bila predmet ustavnosudske kontrole stao na stanovište da neodržavanje ročišta iz istog razloga, nije moglo biti od uticaja na donošenje zakonite i pravilne odluke.

Premda se Ustavni sud u ovom slučaju nije posebno bavio pitanjem povrede prava na javnu raspravu usled neodržavanja ročišta, ipak je u obrazloženju odluke izneo uzgredan, ali jasan stav da sud nije u obavezi da održi ročište kada se tužba odbacuje iz nekog od razloga koji nisu nabrojani u čl. 294 ZPP.<sup>66</sup>

---

65 Radi se o odluci UŽ br. 8654/15 od 7. 12. 2017. godine.

66 Obrazloženje Ustavnog suda doslovno glasi: „Ustavni sud je posebno cenio navod ustavne žalbe da je prvostepeni sud bio dužan da pre odbacivanja tužbe

Upravo izložene nedoslednosti ne samo da nisu poželjne, već su i štetne, naročito kada se ima u vidu sve veći značaj koji odluke Ustavnog suda imaju na kreiranje i oblikovanje sudske prakse. Zato izgleda donekle kontradiktorno da organ koji je najpozvaniji da štiti pravnu sigurnost, često i sam proizvodi nesigurnost.

### 4.3. *Sopstveno shvatanje*

#### 4.3.1. Kritički osvrt na vladajuće teorijsko shvatanje

Prethodno smo naznačili da su domaći autori gotovo jedinstveni u nastojanjima da ročište pre odbacivanja tužbe objasne posredstvom prava na raspravljanje. Ipak, nameće se utisak da nisu uspeali to da učine na jedan metodološki zaokružen način. Svaki pokušaj da se objasni sadržina i domen primene ovog sveprisutnog prava, započeo bi i završavao se pozivanjem na obostrano saslušanje stranaka (načelo kontradiktornosti).

Nema sumnje da se pravo na raspravljanje obilato koristi u cilju objašnjavanja mnogobrojnih aktivnosti suda i stranaka, kako na ročištu, tako i izvan njega. Ali, i dalje ostaje nejasno na šta se ono sve odnosi. Šta ulazi u sastav ovog prava i koje su njegove granice?<sup>67</sup> Međutim, i pored neodređenosti pojma, izgleda da su svi saglasni u pogledu sankcije koja nastupa kada ovo pravo ne biva poštovano. I domaća literatura i praksa VKS su jednodušni u tome da povreda prava na raspravljanje predstavlja apsolutno bitnu povredu postupka na koju žalbeni sud pazi po službenoj dužnosti. Istini za volju, utemeljenje za ovakav zaključak nalazi se u naizgled jasnoj redakciji člana 374 st. 2, tač. 7 ZPP prema kojoj se neoborivo pretpostavlja da postoji bitna povreda postupka kada stranci nije omogućeno da raspravlja pred sudom usled nezakonitog postupanja suda.<sup>68</sup> U domaćoj pravnoj književnosti je široko rasprostranjeno da se povreda postupka koja je regulisana čl. 374 st. 2 tač. 7, odnosi na povredu načela kontradiktornosti.<sup>69</sup> Ovo

---

održa posebno ročištem saglasno članu 294, stav 2 ZPP, ali nazali da je isti bez uticaja, imajući u vidu da tužba nije odbačena iz nekog od razloga koji su (enumerativno) označeni u stavu 1 navedenog člana ZPP.“

67 *Poznić* je kazuistički prikazao mnogobrojne i različite slučajeve koji su se iskristalisali u praksi u vezi sa tim kada postoji povreda prava na raspravljanje. Vid. u B. Poznić (2009), *op. cit.*, 902–904.

68 Čl. 374 st. 2 tač. 7 ZPP.

69 Upor. B. Poznić (1976), *op. cit.*, 310, A. Jakšić, *op. cit.*, 671.

naravno nije neispravno, ali smatramo da nije ni savim potpuno, a što ćemo pokušati da obrazložimo u nastavku.

Da bismo mogli da shvatimo, a donekle i objasnimo sadržinu prava na raspravljanje, moramo, najpre, poći od njegove zakonske regulative. Pravo na raspravljanje shvaćeno u tradicionalnom smislu, a to znači izjednačeno sa načelom kontradiktornosti, svoje zakonsko utemeljenje nalazi u članu 5 st. 1 ZPP. Ovom odredbom je, najpre, predviđena obaveza suda da svakoj stranci omogući ravnopravan tretman, odnosno metaforički rečeno, jednako ubojito oružje.<sup>70</sup> Kao takvo, ono predstavlja emanaciju ustavnog prava na jednakost,<sup>71</sup> koje se u procesnom zakonodavstvu javlja u obliku načela kontradiktornosti (obostranog saslušanja stranaka). Identičnu regulativu i pod istom numeracijom nalazimo u svim posleratnim procesnim zakonima druge Jugoslavije, kao i u procesnim zakonima Republike Srbije.<sup>72</sup>

Sa druge strane, važeći Zakon o parničnom postupku<sup>73</sup> proširuje višedecenijsko regulisanje prava na raspravljanje, tako što u postojeći član 5 unosi još jedan stav koji obavezuje sud da omogući strankama da se izjasne o činjenicama na kojima namerava da zasnuje svoju odluku.<sup>74</sup> Knežević ispravno zapaža da ova odredba nije nova, već da je samo promenila mesto, tako što je nakadašnji stav 4 čl. 7 ZPP 04, sada stav 3 čl. 5 ZPP.<sup>75</sup>

Nezavisno od toga da li je nova ili promenjena, ova odredba se odnosi na *sve značajne* činjenice koje je sud rasvetlio tokom postupka, uključujući i one utvrđene po službenoj dužnosti.<sup>76</sup> Dakle, ne ograniča-

70 „Sud će svakoj stranci da pruži mogućnost da se izjasni o zahtevima, predlozima i navodima pritvne stranke“, čl. 5 st. 1 ZPP.

71 Član 36 st. 1 Ustava Republike Srbije propisuje da se jemči jednaka zaštita prava pred sudovima i drugim državnim organima, imaoćima javnih ovlašćenja i organima autonomne pokrajine i jedinica lokalne samouprave.

72 Zakon o parničnom postupku (*Službeni list FNRJ*, br. 4/57 i dr.), Zakon o parničnom postupku (*Službeni list SFRJ*, br. 4/77 i dr.), Zakon o parničnom postupku (*Službeni glasnik RS*, br. 125/04 i dr.).

73 ZPP (*Službeni glasnik RS*, br. 72/11 i dr.).

74 „Sud ne može svoju odluku da zasnuje na činjenicama o kojima strankama nije pružena mogućnost da se izjasne, osim ako zakonom nije drugačije propisano“ (čl. 5 st. 3 ZPP).

75 M. Knežević, *op. cit.*, 403, fn. 184.

76 Kao što je slučaj u porodičnim sporovima, zatim u sporovima čijim predmetom stranke ne mogu slobodno raspolagati (čl. 3 st. 3 ZPP), ali isto tako

vajući se samo na činjenice koje su stranke iznale. Naime, da je zakonodavac imao na umu jedino činjenice koje je sud saznao iz dokazne inicijative stranaka, ova posebna regulativa ne bi ni bila potrebna, jer je kao obaveza obostranog saslušanja, već obuhvaćena prvim stavom ovog člana.

Možemo reći da je sveobuhvatano značenje člana 5 ZPP takvo da je sud u obavezi da omogući strankama da se izjasne o svim činjenicama koje smatra važnim za donošenje odluke, i to kako onih koje su produkt dokazne inicijative stranaka, tako i onih koje su rezultat sopstvene inicijative suda.

Već je iz ovoga jasno da obostrano saslušanje nije dovoljno da objasni sadržinu prava na raspravljajanje. Obostrano saslušanje ili međusobna interakcija stranaka je samo jedan segment ovog prava. Međutim, celina prava na raspravljajanje je nezamisliva bez drugog elementa koji podrazumeva interakciju suda i stranaka. U tom smislu, procesno je pravo stranaka da raspravljaju o (činjeničnim i pravnim) navodima svog protivnika, ali i o činjeničnom utvrđenju i pravnom gledištu suda.

Bilo bi pogrešno shvatiti da je obaveza suda da omogući strankama da se izjasne o bitnim činjenicama rezervisana samo za glavnu raspravu i za činjenice od kojih zavisi odluka o suštini spora. Naprotiv, ova obaveza je sistematizovana u okviru osnovnih odredaba zakona i predstavlja jedno od diferencijalnih načela parničnog postupka. S tim u vezi, podjednako je primenjiva na sve njegove faze, pa i na fazu pripremanja glavne rasprave i donošenje odluke kojom se tužba odbacuje. Rečju, u duhu ovog načela mora se tumačiti postupanje suda u svim stadijumima postupka.

#### 4.3.2. Razlozi za odbacivanje tužbe – između činjeničnih i pravnih pitanja –

Pređašnje izlaganje o zakonskom regulisanju prava na raspravljajanje bilo je neophodno kako bismo bolje razumeli zbog čega su doktrina i sudska praksa čvrsti u stavu da se ročištem pre odbacivanja tužbe štiti pravo na raspravljajanje. Odnosno, zbog čega izostanak ovog ročišta predstavlja apsolutno bitnu povredu postupka, ili služeći se *Jakšićevom*

---

i prilikom utvrđivanja procesnih pretpostavki. U pogledu ovih poslednjih, Jakšić navodi da je pravilo da sud *ex officio* utvrđuje postojanje procesnih pretpostavki, A. Jakšić, *op. cit.*, 180.

terminologijom, zašto se *neoborivo pretpostavlja* (kurziv, D. P.) da izostanak ovog ročišta ima za posledicu donošenje nezakonite i nepravilne odluke.<sup>77</sup>

Rekli smo već da je *Jakšić* izvršio podelu razloga za odbacivanje tužbe na činjenice i na pravna pitanja.<sup>78</sup> Međutim, suprotno ovakvoj debati, mišljenja smo da su sve procesne pretpostavke pravne činjenice. U tom smislu, rok za podnošenje tužbe jeste činjenica. Paralelno vođenje parnice ili pravnosnažna presuda doneta između istih stranaka o istome, takođe su pravne činjenice. Takođe, i pravni interes za podnošenje tužbe predstavlja pravno kreiranu činjenicu. U krajnjoj liniji, sve *procesne pretpostavke*, kao generički pojam, su složene, pravno kreirane činjenice. Pravno kreirane činjenice su čisto pravne pojave koje bez pravnog poretka ne bi ni postojale.<sup>79</sup>

Važno je naglasiti da je u literaturi izraženo stanovište da o postojanju procesnih pretpostavki sud vodi računa po službenoj dužnosti, jer se njima štiti javni interes.<sup>80</sup>

Ne ulazeći dalje u analizu i teorijska razmatranja o procesnim pretpostavkama, na ovom mestu je dovoljno da se zadržimo na upravo izloženo shvatanje o procesnim pretpostavkama kao pravnim činjenicama. Definisanje procesnih pretpostavki kao pravnih činjenica (rodna pripadnost – *genus proximum*) je značajno kako bismo mogli da prikazemo celovitu strukturu pravnog silogizma u primeni norme koja reguliše pravo na raspravljanje (čl. 5 st. 3 ZPP).

Prema tome, shema deduktivnog zaključivanja bila bi sledeća: gornja premisa (*premissa maior*) je pravilo da sud ne može da zasnuje svoju odluku na činjenicama o kojima strankama nije data mogućnost da se izjasne.<sup>81</sup> Donju premisu (*premissa minor*) činio bi stav da su procesne pretpostavke pravne činjenice. Na kraju, konkluzija je da sud ne može da zasnuje odluku o procesnim pretpostavkama, ako stranka nije data mogućnost da se o njima izjasne.

77 Jakšić smatra da kod apsolutno bitnih povreda parničnog postupka zakonodavac *neoborivo pretpostavlja* da su imale za posledicu donošenje nezakonite ili nepravilne odluke, A. Jakšić, *op. cit.*, 670.

78 *Ibid.*, 188.

79 Vid. u V. Vodinelić (2012a), *op. cit.*, 421.

80 Upor. S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1986), *op. cit.*, 26; A. Jakšić, *op. cit.*, 180.

81 Čl. 5 st. 3 ZPP.

Izloženo logičko rasuđivanje nas je upravo dovelo do rezultata kojem ne bismo mogli da poreknemo sistemsku doslednost i logičku održivost. Premda je ovaj zaključak identičan većinskom shvatanju, do njega su dovela drugačija polazišta i različiti metodološki putevi. Nasuprot vladajućoj doktrini koja pravo na raspravljajanje izvodi (indukuje) iz načela kontradiktornosti, mi nastojimo da ove dve procesne vrednosti prikažemo kao posebne kategorije i zasebno ih analiziramo. Odnos između dveju analiziranih kategorija je odnos dela i celine, pri čemu je načelo obostranog saslušanja deo šire celine – prava na raspravljajanje, koje u sebi inkorporira ovo načelo, ali ga i prevazilazi.

Indukovanje prava na raspravljajanje iz načela kontradiktornosti, u konačnom rezultatu će zaista dovesti do apsolutno bitne povrede postupka u slučaju njegove povrede. Jer, povreda postupka iz člana 374 st. 2 tač 7 ZPP predstavlja povredu načela kontradiktornosti. Nasuprot tome, ukoliko pravo na raspravljajanje shvatimo i kao pravo stranaka da se izjasne na činjenično-pravna shvatanja suda, onda je upitno da li njegovo uskraćivanje predstavlja apsolutno bitnu povredu postupka i da li na nju drugostepeni sud pazi po službenoj dužnosti.

Međutim, ako našu tezu dalje razradimo tako što pravo na raspravljajanje sagledamo iz perspektive prava na saslušanje, onda ćemo uvideti da među njima postoji sadržinska ekvivalentnost. Oba su složena prava satkana iz ovlašćenja stranaka da se izjasne o procesnim aktivnostima svog protivnika, ali i njihovog ovlašćenja da se izjasne o pravnom stanovištu suda. Prvim se jemči pravo na jednakost, dok u pravnoj književnosti postoji shvatanje da se drugim ovlašćenjem strankama garantuje pravo na dostajanstvo ličnosti.<sup>82</sup>

### 4.3.3. Prevazilaženje problema

#### 4.3.3.1. Ročište pre odbacivanja tužbe kao brana odluci iznenađenja

Ako se sada vratimo na naš problem, primetićemo da se aktivnosti suda na ročištu pre odbacivanja tužbe po svom cilju ne razlikuju od aktivnosti koje ulaze u materijalno upravljanje parnicom, te da ono odista služi ostvarivanju prava na saslušanje.

Objedinjeno prikazivanje činjeničnih i pravnih problema spora o kojima je bilo reči u prethodnom izlaganju, ukazuje da su ova dva

82 Upor. M. Knežević, *op. cit.*, 402; A. Galič, *op. cit.*, 479 (482).

aspekta neodvojiva i međusobno uslovljena. Prikupljanje činjenične građe je višeslojan misaoni proces. Njeno rasvetljavanje nije samo sebi cilj. Naprotiv, činjenice se prikupljaju u svrhu podvođenja pod pravne norme. Stoga se istovremeno sa spoznajom činjenica, odvija i proces njihove interpretacije i pravne kvalifikacije. Prema *Galiću*, utvrđivanje gornje premise sudskog silogizma [pravne norme, prim. D. P.] isto je kao i utvrđivanje njegove donje premise [činjenične građe, prim. D. P.] nerazdvojno povezano sa tokom konkretnog postupka.<sup>83</sup> Na primer, kada u postupku prethodnog ispitavanja tužbe sud utvrđuje da li je stvar pravnosnažno presuđena, on to ne radi iz puke radoznalosti, već da bi ispitao da li je pravna zaštita dopuštena, odnosno da li su ispunjeni uslovi za primenu norme kojom je regulisano odbacivanje tužbe.

S obzirom na neprimetno prožimanje činjeničnih i pravnih pitanja, smatramo da je ispravno reći da se obaveza suda iz čl. 5 st. 3 ZPP odnosi na omogućavanje strankama da se izjasne i o pravnim pitanjima spora. Premda nije obuhvaćeno jezičkim značenjem norme, do ovog rešenja se dolazi analognim tumačenjem. Metodološki put započinjemo konstatacijom da u zakonskom tekstu postoji izričita obaveza suda da strankama predoči sve *činjenice* na kojima namerava da zasnuje svoju odluku (čl. 5 st. 3 ZPP). Međutim, u pogledu obaveze suda da strankama predoči i svoja *pravna shvatanja* postoji praznina, koja nije izričito regulisana zakonom. Popunjavanje ove praznine podrazumeva dalju aktivnost usmerenu na pronalaženje relevantnog smisla zakonom regulisane norme i provere da li se on može primeniti i na slučaj koji nije regulisan zakonom. Prema *Bidlinskom*, relevantni smisao zakona se izvodi iz istorijskog materijala i objektivno – induktivno, nakon čega se deduktivno primenjuje na slučaj koji sigurno nije obuhvaćen zakonskim tekstom.<sup>84</sup>

Govoreći o otvorenom pravosuđu i teorijskom shvatanju prava na saslušanje, rekli smo da se njima obezbeđuje zaštita od neočekivanih odluka suda (od tzv. „presuda iznenađenja“). Istovremeno, ove procesne vrednosti doprinose pravilnom i potpunom utvrđivanju činjenične građe i pravičnom presuđenju. Dakle, svrha ovog izjašnjenja ogleda se u pravilnom i potpunom prikupljanju procesnog materijala i donošenju pravične odluke. S obzirom da je smisao regulisanog pravila istovetan smislu i karakteru neregulisanog slučaja, nema smetnji da se

---

83 A. Galič, *op. cit.*, 479 (483).

84 F. Bidlinski, *op. cit.*, 77.

jezičko značenje st. 3 čl. 5 ZPP primeni i na pravna pitanja. Drugim rečima, i omogućavanje strankama da se izjasne o pravnim shvatanjima suda, doprinosi kvalitetu rasprave, podstiče učesnike u postupku da iznesu relevantan procesni materijal, a samim tim usmerava raspravu ka pravičnom razrešenju spora.<sup>85</sup>

Osim toga, primećujemo da su ova dva slučaja identična i po svom karakteru. Naime, rekli smo da se st. 3 čl. 5 ZPP odnosi na obavezu suda da omogući strankama da izjašnjenje o činjenicama koje je saznao po službenoj dužnosti (*ex officio*). U vezi sa tim, nesumnjivo je da karakter oficioznosti imaju i pravne norme, jer važi pretpostavka da sud pravo poznaje, odnosno da ga spoznaje po službenoj dužnosti (*iura novit curia*). Ako je to već tako, onda nema smetnji da se navedena zakonska norma odnosi i na obavezu suda da učesnike upozna sa pravnim normama koje namerava na primeni, a koje je spoznao *ex officio*. Ovako shvaćena odredba čl. 5 st 3 ZPP nije ništa dugo do zabrana presude iznenađenja.

Ukoliko presudu iznenađenja definišemo kao slučaj kada je sud drugačije kvalifikovao spor u odnosu na stranke, onda se ista ideja može primeniti i na odbacivanje tužbe bez omogućavanja tužiocu da se izjasni na razloge za odbacivanje. Iako se u ovoj drugoj situaciji odluka donosi u formi rešenja, sadržinska vrednost sa presudom iznenađenja je identična, pa se pravila o zabrani presude iznenađenja *mutatis mutandis* mogu primeniti i na odluke suda donete u drugom obliku. U literaturi je pristuno objašnjenje da izraz *presuda iznenađenja* treba shvatiti kao sinegдохu za *odluku iznenađenja* [kurziv, D. P.].<sup>86</sup>

U fazi prethodnog ispitavnja tužbe, tužilac još uvek ne zna kako sud kvalifikuje njegovu tužbu. Nakon što je podneo tužbu, pretpostavlja se da je tužilac uveren u dopuštenost i pravnu perfektnost svog inicijalnog akta, iako možda sud percipira drugačije. Da je bio upoznat sa razmišljanjem suda, tužilac verovatno ne bi ni podneo tužbu ili bi je podneo bez nedostataka. U korelaciji sa pravom stranke na saslušanje,

85 Triva smatra da se time doprinosi zakonitoj i pravičnoj odluci suda. Govoreći o potrebi izričitog regulisanja principa otvorenog pravosuđa, istakao je da bi to bilo korisno – „da popuni nedorečeno, da ohrabri sumnjive, da dađe siguran oslonac za zakonit, pravičan i efikasan sudski postupak.“, S. Triva, *op. cit.*, 209 (210).

86 Marko Bratković, „Preinačujuća presuda i presuda iznenađenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 72 (1–2)/2022, 676, fn. 8.

stoji sudijska dužnost pitanja. Zato bismo ročište pre odbacivanja tužbe (čl. 294 st. 2) mogli da razumemo kao ročište na kojem sud ispunjava svoju dužnost pitanja, a tužilac realizuje svoje pravo na saslušanje. Međutim, postavlja se pitanje da li se sudijska dužnost pitanja iscrpljuje samo u omogućavanju tužiocu da se izjasni na (pravno) shvatanje suda ili pak, i na pružanje mogućnosti da nedostatke istovremeno i sanira? *Marjanović* je mišljenja da trenutkom podnošenja tužbe sudu prestaje mogućnost tužioca da tužbu ispravlja ili dopunjuje.<sup>87</sup> Smatra da posle prijema poziva za ročište iz čl. 294 st. 2 ZPP tužilac može samo da polemíše u pogledu opravdanosti razloga za odbacivanje, ali ne može ispravljati tužbu.<sup>88</sup> Iako pitanje zasluđuje ozbiljniji metodološki pristup, čini se da samo pravo na saslušanje nije potpuno, niti dovoljno delotvorno, ukoliko se ograniči na pružanje prilike stranci da se izjasni na pravno shvatanje suda. U pojedinim slučajevima samo izjašnjenje na pravno shvatanje suda može voditi simulaciji prava na saslušanje. Uzmimo kao primer situaciju da je tužilac podneo nepotpisanu tužbu. Naravno, radi se nedostatku koji tužbu čini neurednom, odnosno nepotpunom.<sup>89</sup> Pošto je ovaj nedostatak (razlog za odbacivanje) izričito obuhvaćen zakonom<sup>90</sup> nema sumnje da je sud u obavezi da pre odbacivanja tužbe održi ročište na kojem će omogućiti tužiocu da se povodom ovih razloga izjasni. Međutim, nameće se pitanje o čemu bi se tužilac izjašnjavao, ako mu istovremeno ne bude omogućeno da na ročištu otkloni ovaj nedostatak? U tom slučaju bi održavanje ročišta značilo zadovoljenje gole forme, odnosno predstavljalo bi privid prava na saslušanje, što svakako nije bila intencija zakonodavca. Štaviše, mogli bismo reći da je zakonodavac upravo imao drugačiju nameru, te da je efektivna realizacija prava na saslušanje inherentna srpskom parničnom postupku u svim njegovim fazama. Naime, prilikom regulisanja presude zbog propuštanja, zakonodavac je upravo predvideo mogućnost da tužilac na pripremnom ročištu može da preinači nekonkluzivnu tužbu.<sup>91</sup> Drugim rečima, sud će na pripremnom ročištu da

---

87 S. Marjanović, *op. cit.*, 65.

88 *Ibid.*

89 Čl. 294 st. 1, tač. 7.

90 *Ibid.*

91 Čl. 350 st. 3 ZPP propisuje da ako iz činjenica navedenih u tužbi ne proizlazi osnovanost tužbenog zahteva, sud će da zakaže pripremno ročište, a ko tužba na pripremnom ročištu nije preinačena, sud će da donese presudu kojim se tužbeni zahtev odbija.

omogućiti tužiocu da izmeni (preinači) tužbu, nakon što mu je predočio da iz činjenica navedenih u tužbi ne proizlazi zahtevana pravna posledica. Iz tog razloga, bliži smo shvatanju da je u pravu na izjašnjenje sadržano i ovlašćenje tužioca da otkloni nedostatke u svom inicijalnom aktu. Uprkos nekonzistentnoj sudskoj praksi povodom ovog pitanja, deluje ohrabrujuće da se Apelacioni sud u Beogradu u jednoj svojoj odluci izričito izjasnio da je cilj ročišta iz čl. 294 st. 2 ZPP „da se straci ukaže i pomogne da se nedostaci za koje sud smatra da postoje otklone, da bi se po tužbi moglo postupati...”<sup>92</sup> Na kraju, možemo reći da je omogućavanje tužiocu da sanira nedostatke u skladu i sa zadatkom građanskog sudskog postupka koji se odnosi na ostvarivanje materijal-nopravne pravičnosti.<sup>93</sup> U tom smislu, *Triva* smatra da je javni interes da se parnica vodi *lege artis*, da u njoj pobedi pravda, a ne borbeni spretnost.<sup>94</sup> Da bismo pružili priliku da pobedi pravda, neophodno je omogućiti da se isprave nedostaci nespretno sastavljene tužbe.

#### 4.3.3.2. Moguće tumačenje člana 374 st. 2 tač. 7 ZPP

Uvažavajući prethodna razmatranja, *pravo na raspravljanje* možemo da definišemo kao višeznačan i neodređen pravni pojam koji se sastoji iz dva pojavna oblika.<sup>95</sup> Prvi se odnosi na pravo stranke da se izjasni na procesne aktivnosti svog protivnika (relacija: stranka↔stranka), dok se drugi odnosi na pravo stranke da se izjasni o činjeničnim utvrđenju i pravnom shvatanju suda (relacija: sud↔stranka). Ipak, ovakva definicija je čisto subjektivna kreacija autora i nije opšteprihvaćena u pravničkoj praksi i predstavlja nominalno određenje pojma *raspravljanje*.<sup>96</sup> Sa druge strane, značenje pojma *raspravljanje* koje se uobičajilo u jezičkoj praksi domaćih pravnih pisaca ograničeno je samo na prvi pojavni oblik – načelo kontradiktornosti. U tom smislu, možemo reći da označavanje prava na raspravljanje posredstvom načela kontradiktornosti, predstavlja realnu definiciju ovog pojma.

92 Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Gž 3757/22 od 10. 8. 2022. godine.

93 Više o zadacima građanskog sudskog postupka vid. u A. Jakšić, *op. cit.*, 50.

94 S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1977), *op. cit.*, 212.

95 Više o širini i određenosti pojmova vid. V. Vodinelić, 2012(1), *op. cit.*, 122–123

96 *Vodinelić* vrši klasifikaciju pojmova po vrsti definicije na: nominalne, klasične, disjunktivne, enumerativne, parcijalne, tipske ili ostenzivne. U vezi s tim, realni pojam iskazuje značenje koje je reč već dobila u upotrebi, u jezičkoj praksi, dok nominalni pojam iskazuje značenje koje joj daje autor definicije, V. Vodinelić, 2012(1), *op. cit.*, 126–132.

Uskraćivanje stranci da raspravlja pred sudom dovodi do apsolutno bitne povrede parničnog postupka. Tako, barem, proizlazi iz jezičkog značenja člana 374 st. 2, tač. 7 ZPP.<sup>97</sup> Osim toga, na ovu povredu žalbeni sud vodi računa po službenoj dužnosti, čak i kada na to nijedna strana ne ukazuje.<sup>98</sup> Ipak, zakonodavac ne razlikuje pojedine elemente prava na raspravljanje, već ima jednak odnos prema povredi načela kontradiktornosti i prema uskraćivanju mogućnosti da se stranka izjasni o činjenično-pravnoj poziciji suda. Premda je ovakav odnos jezički dosledan, čini se da nije sasvim svrsishodan. Ne služe svi pojavni oblici prava na raspravljanje ostvarivanju istih vrednosnih ciljeva. Nemaju istovetnu svrhu.

Obostranim saslušanjem stranaka (*audiatur et altera pars*) osigurava se stranačka jednakost, a učesnicima u postupku omogućava ravnopravno ophođenje. U krajnjoj liniji, ono služi i ostvarivanju principa nepristrasnosti. Jer, nepristrasnost upravo podrazumeva da se oprečnim interesima stranaka posveti jednaka pažnja. U tom smislu, svako nepoštovanje obostranog saslušanja stranaka (načela kontradiktornosti) vodila bi povredi prava na jednakost, a samim tim i povredi načela nepristrasnosti. Dakle, u pitanju su elementarna načela i ustavom zagarantovana prava, pa njihova negacija zaslužuje i oštru reakciju. Procesna sankcija za uskraćivanje ovih vrednosti ogleda se u obaveznom ukidanju sudske odluke. Otuda i ne čudi opredeljenje zakonodavca da povredu načela kontradiktornosti prepozna kao nezakonito postupanje za koje se neoborivo pretpostavlja da je imalo za posledicu donošenje nezakonite i nepravilne odluke.<sup>99</sup>

Sa druge strane, pravom stranaka da se izjasne na pravna shvatanja suda, garantuje se svestrano pretresanje procesne građe ili, kako se to obično kaže, potpuno i pravilno utvrđivanje činjeničnog stanja. Kada bi sud propustio da udovolji dužnosti pitanja i kada ne bi učinio jasnijom svoju pravnu poziciju, na taj način bi strankama uskratio mogućnost izjašnjenja na svoja pravna shvatanja, a u izvesnom smislu bi ih onemogućio da iznesu sve relevantne činjenične navode. Zapravo, stranke se ne bi u punom kapacitetu mogle služiti ovlašćenjima koja

97 „Bitna povreda odredaba parničnog postupka uvek postoji ako stranci nezakonitim postupanjem, a naročito propuštanjem dostavljanja, nije data mogućnost da raspravlja pred sudom“, čl. 374, st. 2, tač. 7 ZPP.

98 Čl. 386 st. 3 ZPP.

99 A. Jakšić, *op. cit.*, 670.

proističu iz proklamovanog raspravnog načela. Naime, ako raspravnu maksimu shvatimo kao pravilo da su jedino stranke ovlašćene da iznesu sav činjenični materijal, jasno je da one to neće moći da učine ako ne znaju kako sud pravno kvalifikuje spor. Postoji *verovatnoća* da činjenično stanje ostane nepotpuno utvrđeno, a samim tim i da odluka bude nepravilna. Dakle, nameće se zaključak da uskraćivanje strankama da se izjasne na pravna shvatanja suda, može biti (ne nužno) od uticaja na pravilnost odluke. Ovakva posledica nije ništa drugo do relativno bitna povreda postupka. U tom smislu, u literaturi postoji shvatanje da i sama *mogućnost* (kurziv, D. P.) da određena procesna povreda utiče na zakonitost odluke, ovlašćuje žalbeni sud na zaključak o postojanju relativno bitne povrede.<sup>100</sup>

Na ovaj način smo objasnili da oba pojavna oblika prava na raspravljanje ne služe realizaciji istih vrednosnih ciljeva, niti njihova povreda vodi istoj procesnoj posledici. Zbog toga se čini da regulativa člana 374 st. 2 tač. 7 nije sasvim adekvatna i da je njen domašaj isuviše širok. Jezička formulacija ove odredbe ukazuje da svaka povreda prava na raspravljanje predstavlja apsolutno bitnu povredu postupka na koju žalbeni sud pazi *ex officio*. Ipak, videli smo da to nije baš tako. Nije svako nezakonito postupanje kojim se povređuje pravo na raspravljanje istog procesnog značaja, odnosno, služeći se *Jakšićevim* rečima, nije istog stepena graviditeta.<sup>101</sup> Zato možemo zaključiti da je jezičko značenje odredbe 374 st. 2, tač. 7 u svojevrsnom neskladu sa njenom objektivnom svrhom. Za ovakvu pojavu *Bidlinski* govori da se radi o slučaju u kom tekst propisa obuhvata više nego što odgovara njegovoj svrsi.<sup>102</sup>

Zbog toga je neophodno pribeci teleološkoj redukciji kao posebnom hermeneutičkom pristupu, kojim se jezičko značenje norme sužava i upodobljava njenom cilju. U pravnoj književnosti se teleološka redukcija definiše kao metod tumačenja prava kojim se ide ispod granice pravog značenja pravne norme.<sup>103</sup> Konceptualna postavka ove metode je obrnuta analognom tumačenju. Kod analognog tumačenja se u jezičku formulaciju norme uključuju i slični slučajevi koji nisu

100 S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1986), *op. cit.*, 566.

101 A. Jakšić, *op. cit.*, 672.

102 F. Bidlinski, *op. cit.*, 84.

103 Saša Bovan, „Teleološka redukcija kao hermeneutički instrument – prilog sociološkoj teoriji tumačenja prava, 7, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu* LXIII 2/2015.

obuhvaćeni njenim gramatičkim značenjem, baš na osnovu te sličnosti. Suprotno, kod teleološke redukcije se iz jezičkog značenja norme isključuju osobeni slučajevi koji su inače obuhvaćeni njenim gramatičkim značenjem, upravo na osnovu njihovih razlika.

Nakon što smo definisali pravo na raspravljanje i diferencirali sve njegove ciljeve, normu sadržanu u članu 374 st. 2 tač. 7 ZPP možemo podvrgnuti teleološkoj redukciji. U skladu sa tim, interpretacija navedene norme bila bi da bitna povreda postupka uvek postoji ako stranci nezakonitim postupanjem, a naročito propuštanjem dostavljanja nije data mogućnost da se izjasni o zahtevima, predlozima i navodima protivne stranke (načelo obostranog saslušanja).

Sa druge strane, omogućavanje strankama da se izjasne na pravna shvatanja suda, nije u funkciji ostvarivanja istih vrednosti ciljeva kao i načelo obostranog saslušanja stranaka. S obzirom da ove dve vrednosti nemaju istu procesnu svrhu (*ratio legis*) ni njihovo narušavanje ne može uživati istu procesnu zaštitu. Zbog toga nije metodološki sasvim ispravno da se uskraćivanje izjašnjenja na pravnu poziciju suda sankcioniše kao apsolutno bitna povreda postupka iz člana 374 st. 2 tač. 7 ZPP. Naprotiv, kada sud nije predočio strankama sopstvena pravna shvatanja, niti im je omogućio da se o njima izjasne, učinio je relativno bitnu povredu precedure, koja može, ali ne mora nužno da utiče na pravilnost odlučivanja.

Imajući u vidu da se na ročištu koje je predmet našeg interesovanja (čl. 294 st. 2 ZPP) tužilac izjašnjava na pravna shvatanja suda povodom procesnih pretpostavki, a ne na procesne aktivnosti svog suparnika, onda je jasno i da uskraćivanje ovog ročišta ne bi moglo da predstavlja bitnu povredu postupka sankcionisanu čl. 374 st. 2 tač. 7 ZPP.

## 5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

U vreme kada se ovaj rukopis privodi kraju, pravna sudbina ročišta pre odbacivanja tužbe nije sasvim izvesna. U predloženim izmenama Zakona o parničnom postupku izostala je obaveza održavanja ročišta.<sup>104</sup> Predlagač je smatrao da je ova odredba različito tumačena od

---

104 Čl. 79, st. 2 Nacrta zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku. Dokument je dostupan na: <https://www.mpravde.gov.rs/obaveste->

strane sudova što je stvaralo pravnu nesigurnost, a građane dovodilo u neravnotežan položaj.<sup>105</sup> Među spornim pitanjima koja su u praksi izazivala najviše nedoumice, predlagač je izdvojio formu poziva za ročište, da li na ročište treba pozivati i tuženog, da li je potrebno navesti razloge za odbacivanje tužbe, te da li je ročište obavezno i kada tužioca zastupa punomoćnik advokat?<sup>106</sup> Takođe, kao sporno je identifikovano i pitanje da li neodržavanje ročišta predstavlja apsolutno bitnu povredu postupka. Iako navedena pitanja odista stvaraju određene nejasnoće u praktičnoj primeni, čini se da povinovanje njima može dovesti do većih problema koji negativno utiču na razvoj samog pravnog poretka. Ukoliko zakonodavac ustukne pred problemom tumačenja prava, na taj način će učiniti samo prividnu uslugu subjektima tumačenja, ali će istovremeno naneti ozbiljniju štetu pravnom poretku. Problem sa kojim se susrećemo prilikom interpretacije pravne norme ne rešava se prostom eliminacijom norme, već osnaživanjem subjekata koji pravo primenjuju da ga i valjano tumače.

U vreme kada je obavezno ročište pre odbacivanje tužbe uneto u domaći pravni sistem, zakonodavac je želeo da njime pruži dodatna prava tužiocu u fazi prethodnog ispitivanja tužbe. Da li je u međuvremenu otpala potreba za raspravljanjem o procesnim pretpostavkama i boljom zaštitom tužioca? Naravno da nije. Opasnost da će sud „zaskočiti“ tužioca bez omogućavanja da se izjasni na razloge za odbacivanje, potencijalno i dalje postoji. Sve dok je sud ovlašćen da u fazi prethodnog ispitivanja tužbe donosi rešenja kojim se tužba odbacuje,<sup>107</sup> postoji i realna pretnja od donošenja odluke iznenađenja.

Međutim, istorijski posmatrano, mogućnost da sud odbaci tužbu u fazi prethodnog ispitivanja, bila je značajno ograničena u Zakonu o parničnom postupku iz 1976. godine. U ovoj fazi postupka sud je mogao da odbaci tužbu samo kada utvrdi da nije apsolutno nadležan za odlučivanje i ako je tužba podneta neblagovremeno.<sup>108</sup> Ukoliko su u pitanju razlozi za odbacivanje koji se odnose na litispendenciju, res iudicata

---

*nje/33408/nacrt-zakona-o-izmenama-i-dopunama-zakona-o-parnicnom-postupku-1952021-godine.php*, 30. 9. 2023.

105 Videti više deo III obrazloženja Nacrta zakona o parničnom postupku koji se odnosi na objašnjenje pojedinačnih rešenja.

106 *Ibid.*

107 Čl. 292 i 294 stav 1 ZPP.

108 Čl. 282 ZPP/76.

(i sa njom izjednačeno sudsko poravnanje) ili nepostojanje pravnog interesa, sud je o njima mogao da odlučuje tek na pripremnom ročištu, nakon što se tužba dostavi tuženom na odgovor.<sup>109</sup>

Bez pretenzija da zalazimo u domen zakonodavne politike i nudiemo rešenja *de lege ferenda*, nameće se misao da bi interesi stranaka bili bolje zaštićeni kada bi se odlučivanje o procesnim pretpostavkama odložilo za fazu pripremnog ročišta. Iako bi takvo rešenje delovalo upitno sa aspekta ekonomičnosti, čini se da bi ono umanjilo mogućnost donošenja odluke iznenađenja. Pripremno ročište je prilika da se obema stranama pruži jednaka mogućnost da raspravljaju o svim procesnim pitanjima i da se izjašnjavaju o eventualnim razlozima za odbacivanje tužbe.

Ipak, ukoliko se zadržimo na postojeću procesnu konstelaciju i važeću zakonsku regulativu, nameće se utisak da u stadijumu prethodnog ispitivanja tužbe, procesna prava tužioca mogu biti u nesrazmeri sa ovlašćenjima suda. Iz dosadašnjeg izlaganja smo videli da mogućnost da se tužba odbaci već u najranijoj fazi postupka, mora da korespondira sa pravom stranke da se na razloge za odbacivanje i izjasni. Upravo toj svrsi služi ročište iz čl. 294 st. 2 ZPP. Zbog toga, zakonodavne ideje koje su usmerene na brisanje ovog ročišta, rizikuju da dovedu do narušavanja ravnoteže interesa učesnika u parničnom postupku.

*Dejan Petković, PhD Candidate*  
*University of Novi Sad Faculty of Law*

HEARING BEFORE DISMISSING THE LAWSUIT  
(Art. 294 Paragraph 2 of the Law on Civil Procedure)  
– FORM WITHOUT MEANING OR MEANING  
WITHOUT ADEQUATE FORM –

*Summary*

In the legal doctrine and practice of the highest court in the country, there is a prevailing opinion that a hearing before the dismissal of the lawsuit realizes and protects the right to be heard. At the same time, the right to be heard is identified with the principle of

---

109 Čl. 288 ZPP/76.

adversary (*audiatur et altera pars*), that is, with the right of one party to respond to the requests, statements and proposals of the opponent party. Also, it is understood that the denial of this hearing represents an absolute substantial procedural defect from Art. 374 (2) point 7 of the Law on Civil Procedure (ZPP). However, at the hearing analysed here, the plaintiff does not respond to the legal argumentation of the opposing side, but to the legal reasoning of the court. This paper critically examines the content of the right to be heard, more precisely, the traditional understanding of this right. As a result of the analysis, the right to be heard is equated with the right to a hearing, which allows parties to respond to the procedural actions undertaken by their opponent (relationship: party↔party), but also to the court's legal reasoning (relationship: court↔party), during the course of the hearing. Given that these two forms of the right to be heard do not serve to achieve the same goals, an interpretation of Art. 374 (2) point 7 ZPP is offered through teleological reduction. It implies that only denying a party to respond to the opponents' actions and statements leads to an absolute substantial procedural defect. While, on the other hand, denying a party to express opinion regarding the legal reasoning of the court, represents a relative substantial procedural defect.

Key words: *Right to be heard. – Principle of adversary. – Absolute substantial procedural defect. – The right to a hearing. – Teleological reduction. – Relative substantial procedural defect.*

## LITERATURA

- Bedlinski F., *Pravna metodologija*, Podgorica 2011.
- Bovan S., „Teleološka redukcija kao hermenutički instrument – prilog sociološkoj teoriji tumačenja prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* LXIII 2/2015.
- Bodiroga N., *Ustavna jemstva u parničnom postupku*, Beograd 2019.
- Bodiroga N., „Obavezno održavanje ročišta pre odbacivanja tužbe u parničnom postupku“, *Pravni život* 11/2015.
- Bratković M., „Preinačujuća presuda i presuda iznenađenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 72/(1–2) (2022).

- Vodinelić V., *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Beograd 2012.
- Vodinelić V., *Građansko pravo: uvodne teme*, Beograd 2012.
- Galić A., „Pravo na saslušanje i pravna pravila“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2–3/2006.
- Živković B., „Odbacivanje tužbe i obavezno održavanje ročišta“, *Pravni informator* 3/2015.
- Jakšić A., *Građansko procesno pravo*, Beograd 2019.
- Knežević M., *Raspravno načelo u srpskom parničnom postupku*, Beograd 2015.
- Knežević M., Cvetić R., „Priroda rokova za sudsku državinsku zaštitu (čl. 77 ZOSPO)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad LIII-3/2019.
- Kozar V., „Najznačajnije izmene i dopune Zakona o parničnom postupku“, *Pravni informator* 9/2014.
- Lukić R., *Tumačenje prava*, Beograd 1961.
- Marjanović S., „Ročište za odbacivanje tužbe“, *Legartis* 36/2015.
- Poznić B., *Komentar Zakona o parničnom postupku prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Beograd 2009.
- Poznić B., *Građansko procesno pravo*, Beograd 1976.
- Triva S., „Esej o otvorenom pravosuđu“, *Novo parnično procesno pravo*, Informator, Zagreb 1977.
- Triva S., Belajec V., Dika M., *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb 1986.

Article history:

Received: 3. 10. 2023

Accepted: 20. 11. 2023

*Tunjica Petrašević\**

*Sanja Mišević\*\**

## DIJALOG DRŽAVA ČLANICA SA SUDOM EU KROZ PRETHODNOPITANJE S POSEBNIMOSVRTOM NA PRETHODNO PITANJE USTAVNOG SUDA RH UPUĆENOG SUDU EU\*\*\*

*Institut prethodnog pitanja uređen je Ugovorom o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU), a služi kao jedino djelotvorno sredstvo komunikacije nacionalnih sudova sa Sudom EU. Osim ključne uloge ujednačavanja i harmonizacije sudske prakse, institut prethodnog pitanja predstavlja jamstvo učinkovitosti sudske zaštite, provedbom načela jednakosti i sigurnosti, nastojeći omogućiti svim građanima Unije jednak pravni položaj. Autori u ovom radu pojašnjavaju ulogu prethodnog postupka u pravnom poretku Europske unije (dalje: EU), stavljajući naglasak na oskudnu intenciju nacionalnih ustavnih sudova za upućivanjem prethodnih pitanja i njihovu postojeću problematiku. Uzimajući u obzir činjenicu da je Ustavni sud Republike Hrvatske prvi puta postavio prethodno pitanje Sudu EU u travnju 2023, a koji postupak je još uvijek u tijeku, autori u ovom radu analiziraju upućeni zahtjev, problematizirajući pritom element potencijalne diskriminacije u pogledu slobode kretanja studenata koji se školuju na inozemnim sveučilištima, referirajući se na srodne primjere sudske prakse Suda EU.*

**Ključne reči:** *Prethodno pitanje. – Sud EU. – Ustavni sudovi. – Sloboda kretanja. – Diskriminacija.*

---

\* Tunjica Petrašević, redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, [tpetrase@pravos.hr](mailto:tpetrase@pravos.hr) (Republika Hrvatska)

\*\* Sanja Mišević, mag. iur, odvjetnica u Odvjetničko društvo Mišević i Jarić d.o.o., Osijek i polaznica Poslijediplomskog sveučilišnog doktorskog studija Pravo na Pravnom fakultetu Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, [odv.sanja.misevic@gmail.com](mailto:odv.sanja.misevic@gmail.com) (Republika Hrvatska)

\*\*\* Istraživanje za ovaj rad provedeno je u sklopu projekta 'Umjetna inteligencija i kazneno pravo (IP-PRAVOS-18)', financiranog od strane Pravnog fakulteta Osijek.

## 1. UVOD

Mehanizam prethodnog pitanja još uvijek je nedovoljno aktualizirano pitanje u hrvatskoj sudskoj praksi, napose imajući u vidu da služi kao jedinstveno učinkovito sredstvo interakcije nacionalnih sudova država članica sa Sudom EU. Budući da Europska unija trenutno broji čak 27 država članica, od kojih svaka ima autentičnu pravnu tradiciju i različito usvojeno zakonodavstvo, posljedično se pojavila potreba za stvaranjem konkretnog i transparentnog mehanizma koji bi pogodovao stvaranju ravnoteže u odlukama nacionalnih sudova i spriječio potencijalni prijemor prilikom implementacije europskog zakonodavstva. Unatoč činjenici da je osnovni cilj prethodnog postupka osiguravanje ujednačene primjene europskog prava, pojedine države članice njegovim neiskorištavanjem ispuštaju pruženu im mogućnost za boljom homogenizacijom i usklađenosti nacionalnog zakonodavstva.

U prvom dijelu rada se najprije govori o suradnji nacionalnih sudova i Suda EU kroz mehanizam prethodnog postupka, da bi se u drugom dijelu opisao mehanizam prethodnog postupka, te njegova implementacija u domaće zakonodavstvo, stavljajući naglasak na oskudnu intenciju ustavnih sudova za postavljanjem prethodnih pitanja.

Treći dio rada bavi se odnosom ustavnih sudova spram prethodnog pitanja. Cilj ovog dijela rada je sažeto pojasniti što predstavlja prethodni postupak, koji je njegov cilj, faze i sam vremenski slijed, povlačeći paralelu sustavnim sudovima, a u kojem kontekstu se problematizira njihov oskudni dijalog sa Sudom EU.

Četvrti dio rada analizira institut prethodnog pitanja u nacionalnoj sudskoj praksi, ističući kako su nižestupanjski sudovi postavili veći broj prethodnih pitanja Sudu EU od sudove viših instanci.

U petom dijelu se analizira predmet *Lenić* iz kojeg je proisteklo prethodno pitanje kojim se Ustavni sud RH prvi puta (za sada i jedini) obraća Sudu EU, uz naglasak na slobodu kretanja zajamčenu UFEU-om kroz prizmu visokog obrazovanja, imajući na umu da je glavni cilj Europskog prostora visokog obrazovanja (EHEA) mobilnost studenata. Cilj je ukazati na važnost slobode kretanja studenata u svrhu obrazovanja unutar EU, napose kroz stajališta Suda EU.

U šestom, zaključnom dijelu rada izražena je dvojba o potrebi za upućivanjem zahtjeva za prethodnu odluku od strane Ustavnog suda RH u predmetu *Lenić*, uzimajući u obzir sve dosadašnje primjere iz

prakse Suda EU u kojoj je već ustaljena zabrana ograničenja slobode kretanja studenata u svrhu obrazovanja na inozemnim sveučilištima.

## 2. SURADNJA NACIONALNIH SUDOVA I SUDA EU KROZ MEHANIZAM PRETHODNOG POSTUPKA

Petrašević ukazuje da se pravo Unije primjenjuje decentralizirano, te da ga koriste suci različitih pravnih tradicija, s različitom edukacijom i koji koriste različite metode tumačenja, shodno čemu postoji rizik od primjene iste pravne norme prava EU na različit način.<sup>1</sup>

Prethodni postupak utemeljen je originalnim ugovorom 1957. – Ugovorom o europskoj ekonomskoj zajednici, a danas je uređen Ugovorom o funkcioniranju Europske Unije, člankom 267.<sup>2</sup> U stručnoj literaturi i teoriji sadržane su ujednačene i općeprihvaćene definicije prethodnog postupka. Tridimas ističe da Sud EU, kod donošenja odluka po prethodnim pitanjima u biti provodi kontrolu ustavnosti radnji država članica, pri čemu može dati toliko specifičan odgovor sudu koji je zahtjev uputio, da istomu ne ostavlja manevarski prostor, dajući rješenje spora, ili može odgovoriti uopćeno, ukazujući nacionalnim pravosudnim tijelima da je odgovor na njima.<sup>3</sup>

Kako navode Čapeta i Rodin, prethodni postupak je mehanizam pomoću kojeg nacionalni sudovi država članica komuniciraju sa

1 Tunjica Petrašević, „Prethodni postupak u području slobode, sigurnosti i pravde – analiza njegove primjene“, *Zbornik radova „Odnos prava u regionu i prava Evropske unije“* 2015, 103.

2 Čl. 267 UFEU glasi: „Sud Europske unije nadležan je odlučivati o prethodnim pitanjima koja se tiču: (a) tumačenja Ugovorâ; (b) valjanosti i tumačenja akata institucija, tijelâ, uredâ ili agencija Unije. Ako se takvo pitanje pojavi pred bilo kojim sudom države članice, taj sud može, ako smatra da je odluka o tom pitanju potrebna da bi mogao donijeti presudu, zatražiti od Suda da o tome odluči. Ako se takvo pitanje pojavi u predmetu koji je u tijeku pred sudom neke države članice, protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka, taj je sud dužan uputiti to pitanje Sudu. Ako se to pitanje postavi u predmetu koji je u tijeku pred sudom neke države članice u pogledu osobe kojoj je oduzeta sloboda, Sud Europske unije djeluje u najkraćem mogućem roku.“

3 Takis Tridimas, „Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction“, *International Journal of Constitutional Law* 9/2011, 737–756.

Sudom EU, a kakva mogućnost je iznimno važna u svrhu postizanja što veće ujednačenosti i autentičnosti u primjeni europskog prava, obzirom da se isto nerijetko primjenjuje pred različitim nacionalnim sudovima. Uzimajući u obzir pravnu tradiciju u raznim europskim državama koja se s godinama mijenjala, nesporno se iznjedrila potreba za jedinstvenom institucijom, odnosno jedinstvenim mehanizmom koji bi doprinio osiguravanju uravnotežene sudske prakse u što većoj mjeri, a kako bi se izbjegle potencijalne razlike u interpretaciji i implementaciji europskog prava.<sup>4</sup> Člankom 267 UFEU-auvedena je mogućnost nacionalnim sudovima da Sudu upute prethodno pitanje, ako smatraju da je to potrebno, a propisana je i dužnost nacionalnih sudova da, u slučaju da protiv odluke prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka, odnosno da se radi o zadnjoj instanci, takvo pitanje moraju uputiti Sudu. Ako nacionalni sud to ne učini, može snositi odgovornost za kršenje prava Europske unije.<sup>5</sup> Naglasak se stavlja na sudove zadnje instance, no neovisno o činjenici da su to najviši nacionalni sudovi, predmet *Costa protiv E.N.E.L.*<sup>6</sup> potvrđuje da se ta obveza nameće i najnižim sudovima, u slučaju da na odluku tog suda nije moguće izjaviti žalbu, kada se taj isti sud smatra sudom zadnje instance. Kako bi prethodno pitanje bilo valjano postavljeno, nacionalni sudovi moraju konkretno objasniti iz kojeg razloga „*im je odgovor Suda potreban za donošenje odluke*“, imajući na umu da Sud ne daje savjetodavna mišljenja, ne odgovara na pitanja hipotetskog karaktera, kao i na pitanja koja nemaju značaj u svrhu razrješenja spornih odnosa pred domaćim sudom.<sup>8</sup>

Wahl i Prete ukazali su na prvotnu spremnost Suda EU da široko tumači postupovne zahtjeve za podnošenjem prethodnog pitanja, dajući malu težinu postupovnim pogreškama, time nastojeći potaknuti korištenje ovog instituta. Međutim, uslijed povećanog broja pitanja, prema njihovom mišljenju, uslijedio je trend strožih procjena ispunje-

4 Tamara Čapeta, Siniša Rodin, *Osnove prava Europske Unije*, Zagreb 2018, 165.

5 Tunjica Petrašević, Lana Kovačić Markić, „Položaj nacionalnih ustavnih sudova u primjeni mehanizma prethodnog postupka s posebnim osvrtom na Ustavni sud Republike Hrvatske“, *HAZU, Pravo i politika EU: stara pitanja, novi odgovori* 2020, 149.

6 Presuda Suda od 15. srpnja 1964., C-6/64, *Costa v E.N.E.L.*, EU:C:1964:66.

7 Presuda Suda od 16. prosinca 1981., C-244/80, *Foglia / Novello*, EU:C:1981:302.

8 Dinka Šago, „Postupak prethodnog odlučivanja pred Europskim sudom – problemi i moguća rješenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 39/2015, 384.

nosti formalnih pretpostavki za nadležnost Suda EU i dopuštenost pitanja.<sup>9</sup>

Važno je podsjetiti, a na što ukazuju Dederke i Naurin, na mogućnosti vlada država članica da dostave svoja stajališta u postupku povodom prethodnog pitanja, koji institut je neiskorišten. Ovi autori tvrde da odluka o iznošenju stajališta može biti povezana sa zabrinutošću oko doktrinarnog razvoja prava EU, ali i s neposrednim političkim preferencijama, te da su pravna ili bolje reći pravosudna (Sud EU) i politička arena sustava EU međusobno povezane znatno više nego bi se to činilo.<sup>10</sup>

### 3. PRIMJENA MEHANIZMA PRETHODNOG POSTUPKA

Nacionalni sudovi tijekom postupka mogu, a ponekad su i primorani obratiti se Sudu EU sa zahtjevom za tumačenjem prava EU, iz razloga konzultacije oko tumačenja prava EU ili ocjene valjanosti. Postupak pred Sudom EU uključuje donošenje presude ili obrazloženog rješenja, no Sud osim uloge koji obavlja za nacionalne sudove, izvršava i didaktičku ulogu, pojašnjavajući značenje komunitarnog prava cjelokupnoj javnosti, obzirom da su donesene odluke javno dostupne, te građani mogu slobodno vidjeti kako Sud tumači određena pravila ili koncepte.<sup>11</sup> Ako Sud povodom prethodnog pitanja neku pravnu normu proglasi nevaljanom, tada u nekom kasnijem postupku nije potrebno ponovno postavljati isto pitanje jer takve odluke imaju učinak *erga omnes*.<sup>12</sup>

Prethodni postupak u naravi ima dvije faze, prvu koja se odvija pred nacionalnim sudom, do upućivanja pitanja, te sam postupak pred Sudom EU povodom postavljenog pitanja.<sup>13</sup>

9 Nils Wahl, Luca Prete, „The gate keepers of article 267 TFEU: On jurisdiction and admissibility of references for preliminary rulings“, *Common Market Law Review* 55/2018, 511–547.

10 Julian Dederke, Daniel Naurin, „Friends of the Court? Why EU governments file observations before the Court of Justice“, *European Journal of Political Research* 57/2018, 867–882.

11 D. Šago, *op. cit.*, 382.

12 T. Petrašević, L. Kovačić Markić, *op. cit.*, 151.

13 Ponekad se govori i o trećoj fazi, koja se tiče postupka odlučivanja nacionalnog suda nakon odluke Suda EU.

Postupak u drugoj fazi pred Sudom EU egzaktno je reguliran jedinstvenim pravilima postupka. Uzimajući u obzir izostanak unificiranja regulacije pred nacionalnim sudovima glede prethodnog pitanja, postupovna pravila se u prvoj fazi mogu znatno razlikovati.<sup>14</sup>

Zahtjev koji nacionalni sudovi upućuju Sudu EU ne može se odnositi na tumačenje odredbi nacionalnog prava ili u svezi sa činjeničnim pitanjima iz glavnog postupka. Kako se navodi i u predmetu *Vervloet i dr.*, „Sud može odbiti odlučivati o zahtjevu za prethodnu odluku koji je uputio nacionalni sud samo ako je očito da zatraženo tumačenje prava Unije nema nikakve veze s činjeničnim stanjem ili predmetom spora u glavnom postupku, ako je problem hipotetski ili ako Sud ne raspolaze činjeničnim i pravnim elementima potrebnima da bi mogao dati koristan odgovor na upućena pitanja”.<sup>15</sup>

Preporukom iz 2019. Sud EU detaljno je propisan oblik i sadržaj zahtjeva za prethodnu odluku, koje preporuke u naravi čine kodifikaciju sudske prakse Suda EU.<sup>16</sup>

Tako za uspješno podnošenje zahtjeva, podnositelj mora Sudu dati jasan činjenični i pravni aspekt postupka, stoga takav zahtjev mora sadržavati: relevantne činjenice samoga spora, uključujući i kratak opis sadržaja, objasniti smisao primjenjivih nacionalnih odredbi, potkrijepiti sudskom praksom i preciznim referencama, navesti razloge koji su doveli do postavljanja pitanja kao i članke relevantnih akata prava EU koje se trebaju primijeniti u konkretnom slučaju, poveznicu između odredbi prava EU i nacionalnih sudova te, ukoliko je potrebno, kratko navesti argumentirana stajališta sudionika procesa, kao i svoj stav u pogledu merituma spora.

Dvojbe se pojavljuju prilikom definiranja pojma „sud“ u kontekstu mogućnosti podnošenja zahtjeva za prethodnu odluku. Naime, sukladno čl. 267 UFEU-a samo su sudbena tijela ovlaštena na pokretanje prethodnih postupaka, a definiciju samog sudbenog tijela daje upravo Sud EU. Obzirom na navedeno, aktivna legitimacija dodijeljena je

- 
- 14 Tunjica Petrašević, Igor Vuletić, „Prethodni postupak pred Europskim sudom pravde i njegova implementacija u hrvatsko procesno pravo“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske* 5/2014.
- 15 Presuda Suda od 21. prosinca 2016., C-76/15, *Vervloet i dr.*, EU:C:2016:975.
- 16 Preporuke namijenjene nacionalnim sudovima koje se odnose na pokretanje prethodnog postupka, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/AUTO/?uri=celex:32019H1108%2801%29>.

sudovima država članica, dok su stranke u postupku izostavljene u tom dijelu, pa zaključujemo kako ni protivljenje stranaka ne može spriječiti nacionalni sud da uputi prethodno pitanje.<sup>17</sup>

Kao što proizlazi iz Preporuke, kada se definira pojam „sud“ treba uvažiti više čimbenika, vodeći računa o tomu da li je institucija koja upućuje pitanje nezavisna, stalna i ustanovljena zakonom, rukovodi li se u svojem postupanju pravnim pravilima i sl.<sup>18</sup>

Pored sudova, mogućnost upućivanja prethodnih pitanja imaju i kvazisudska tijela, kao što su DKOM, AZTN i dr. tzv. nezavisni regulatori. Postoji mogućnost da se jedno od nezavisnih regulatornih tijela nađe u situaciji da će morati primijeniti pravnu normu EU. U tom slučaju, Petrašević ocjenjuje kako takva tijela mogu ispunjavati sve zahtjeve pojma „sud“ iz čl. 267 UFEU-a te da ne bi trebala biti zapreka da i ona budu aktivno legitimirana za podnošenje zahtjeva za prethodnu odluku.<sup>19</sup>

Uspostavljajući koherentnost tumačenja, krajnji cilj mehanizma prethodnog postupka jest jamstvo učinkovitosti sudske zaštite, provođenjem načela pravne sigurnosti i jednakosti. Možemo reći da ovaj institut predstavlja „nepostojeću izravnu žalbu“ za zaštitu pred Sudom EU.<sup>20</sup>

#### 4. USTAVNI SUDOVI I PRETHODNO PITANJE

Imajući u vidu nesklonost ustavnih sudova da upućuju Sudu EU prethodna pitanja, svrsishodno je istražiti zašto ustavni sudovi država članica ne koriste svoju ovlast zajamčenu čl. 267 UFEU-a.

Prvenstveno treba razlučiti jesu li ustavni sudovi doista sudovi u smislu odredbe čl. 267 UFEU-a, budući da se to pitanje pojavljuje kao prijemor u sudskoj praksi već više od 70 godina europskih

17 T. Petrašević, L. Kovačić Markić, *op. cit.*, 149.

18 Preporuke namijenjene nacionalnim sudovima koje se odnose na pokretanje prethodnog postupka, točka 4.

19 Tunjica Petrašević, „Prethodni postupak pred Europskim sudom s posebnim osvrtom na njegovu implementaciju u nacionalne pravne sustave država članica“, Doktorski rad, Sveučilište u Zagrebu, 2011, 57.

20 Luis Jimena Quesada, „La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos“, *Catedrático de Derecho constitucional Universidad de Valencia* 39/2017. 272–273.

integracija. Sukladno stajalištu Suda, mogućnost upućivanja prethodnih pitanja vezana je konkretno uz koncept „nacionalnih sudova“, ali još uvijek nije ustaljena formulacija o kojim se to točno sudovima radi, odnosno nije precizirano koji sudovi i/ili tribunali smiju/ne smiju podnijeti zahtjeve. Posljedično tim nedostacima, možemo reći da je Sud ustalio svoju praksu glede tog pitanja na način da je utvrdio zahtjeve koje određena institucija mora ispuniti da bi se kvalificirala kao „sud“ u smislu odredbi UFEU-a; je li tijelo utvrđeno zakonom; je li trajno; je li njegova nadležnost obvezna; je li postupak kontradiktoran (*inter partes*); primjenjuje li zakonska pravila; je li neovisan i donosi li odluke sudske prirode. Uzimajući u obzir i činjenicu da su ustavni sudovi posljednja instanca, odnosno da protiv njihovih odluka nema pravnog lijeka u nacionalnom pravu, apsurdno bi bilo uskratiti im mogućnost upućivanja prethodnog pitanja, imajući na umu da bi ustavni sudovi pretpostavljali zadovoljenje utvrđenih zahtjeva za kvalifikaciju pod pojmom riječi „sud“. Koliko je autorima poznato, Sud EU u svojoj dosadašnjoj praksi nikada nije odbio zahtjev ustavnog suda, što također sugerira na spremnost na dijalog. Konkretna problematika pojavljuje se u smislu funkcije ustavnih sudova; isti ne rješavaju konkretne slučajeve, već samo nadziru ustavnost zakona i drugih akata, no to ne bi smjelo predstavljati zapreku za upućivanjem prethodnih pitanja obzirom da ustavni sudovi ulaze pod pojam suda u tom kontekstu.<sup>21</sup>

Do sada su se ustavni sudovi oslanjali na tihe, međusobne dijaloge, izbjegavajući mogućnost postavljanja prethodnog pitanja.

Neminovna je činjenica da bi ustavni sudovi trebali prihvatiti mogućnost korištenja prethodnog pitanja i na taj način uspostaviti uvjete za konstruktivan i učinkovit dijalog sa Sudom EU, u svjetlu međusobne suradnje i uvažavanja, a sve u svrhu harmonizacije sudske prakse.<sup>22</sup> Bez obzira na međusobnu suradnju, dijalog sa Sudom EU može ojačati argumentaciju ustavnih sudova, napose imajući u vidu osjetljivost pitanja koja stoje pred ustavnim sudovima.<sup>23</sup> Rodin kao glavni razlog odbijanja suradnje ustavnog suda sa Sudom EU vidi u

---

21 T. Petrašević, *op. cit.*, 72.

22 Stephan W. Schill, Armin von Bogdandy, „Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty“, *Common Market Law Review* 48/2018, 1449.

23 Miloš Stanić, „Ukratko o ustavnom identitetu kao mostu saradnje Evropskog suda pravde i nacionalnih ustavnih sudova država članica“, *Revizija za evropsko pravo XXIII* 23/2021. 70.

činjenici da su mišljenja Suda često formulirana na način da nacionalnim sudovima ostavljaju vrlo malo diskrecije prilikom interpretacije nacionalnog prava, a uzimajući u obzir da ocjena ustavnosti zakona obuhvaća osjetljiva pitanja.<sup>24</sup> U odnosu na druge nacionalne sudove čija je funkcija provođenje prava, bilo europskog ili nacionalnog, ustavni sudovi imaju zadatak voditi računa o usklađenosti pravnih normi i međunarodnih ugovora s ustavom kao najvišim aktom neke države, što dodatno utječe na prihvaćanje mehanizma prethodnog postupka.<sup>25</sup>

## 5. ANALIZA PRETHODNOG PITANJA U NACIONALNOJ SUDSKOJ PRAKSI RH

Republika Hrvatska (dalje RH) je kao punopravna članica EU dužna usvojiti, prihvatiti i primjenjivati pravnu stečevinu EU, pa tako primjenjivati i institut prethodnog pitanja kada se za tim pojavi potreba. Domaći zakonodavac prethodni postupak propisuje u okviru posebnih procesnih zakona, uključujući Zakon o upravnim sporovima<sup>26</sup>, Zakon o kaznenom postupku<sup>27</sup> i Zakon o parničnom postupku<sup>28</sup>, iz čega proizlazi da je RH stvorila određeni procesni okvir za harmonizaciju nacionalnog prava s europskim po pitanju primjene prethodnog postupka.

U parničnom postupku se općenito možemo osvrnuti na pitanje funkcije koja se željela postići uvođenjem instituta prethodnog postupka. Budući da nacionalni sudovi RH nemaju tendenciju postavljati

---

24 Siniša Rodin, „Ustavni sud i članstvo Republike Hrvatske u Europskoj uniji“, *Novi informator* 2009, 318.

25 Duško Lopandić, „Poljski izazov – načelo nadređenosti u pravu EU i praksa ustavnih sudova država članica“, *Revija za evropsko pravo: XXIV* 24/2022, 9.

26 Zakon o upravnim sporovima, *Narodne novine*, br. 110/2021 u čl. 45 st. 2 uređuje mogućnosti prekida spora; u slučaju kada sud podnese zahtjev Sudu EU o tumačenju prava EU ili o valjanosti akta koje su donijele institucije EU.

27 Zakon o kaznenom postupku – ZKP, *Narodne novine*, br. 80/2022. u čl. 18a sadrži odredbu kojom se propisuje da će sud, u slučaju podnošenja zahtjeva Sudu, odrediti prekid postupka sve do donošenja odluke Suda, a o čemu je dužan i obavijestiti ministarstvo nadležno za vanjske poslove.

28 Zakon o parničnom postupku– ZPP, *Narodne novine*, br. 114/2022. u čl. 213 st. 1 propisuje odredbu o mogućnosti prekida postupka ako je odlučeno podnijeti zahtjev Europskom sudu o tumačenju prava EU ili valjanosti akata koje su donijele institucije EU.

prethodna pitanja Sudu EU, otvaraju se brojni problemi kod neujednačene sudske prakse u parničnim postupcima, kao jednima od najbrojnijih. Nacionalni sudovi bi trebali sve više ići u korak s europskim standardima i primjenjivati odluke Suda EU kako bi ujednačili svoju praksu (imajući u vidu da se europske odredbe nerijetko pojavljuju u parničnim postupcima) i time doveli do koncentracije parničnih postupaka i bržeg donošenja odluka.

Republika Hrvatska danas broji ukupno 41 prethodno pitanje upućeno Sudu, od kojih je 13 još uvijek u postupku donošenja konačne odluke. Zanimljivo je za primijetiti kako sudovi nižih instanci imaju veću tendenciju za pokretanjem prethodnog postupka za razliku od najviših sudova, imajući na umu da Vrhovni sud ima dva, a Ustavni sud samo jedno upućeno prethodno pitanje, a koje je tema ovoga rada.<sup>29</sup>

Upućivanje prethodnog pitanja i cjelokupan prethodni postupak predstavlja esencijalni mehanizam europskog pravnog okvira, a koji omogućava dosljednost i harmonizaciju tumačenja i primjene komunitarnog prava. Ovakav mehanizam osnažuje integraciju u EU i potiče interakciju nacionalnih sudova sa Sudom EU, a time se potiče cilj stvaranja jedinstvenog europskog pravnog prostora, koji štiti prava građana na pravičan i jedinstven način, neovisno o kojoj državi članici se radi.

---

29 Upravni sud u Zagrebu postavio je četiri, a Visoki upravni sud tri pitanja. Trgovački sud u Zagrebu učinio je to četiri puta, dok je s Visokog trgovačkog suda poslano najviše prethodnih pitanja, točnije sedam. Od županijskih sudova, mogućnost prethodnog pitanja iskoristio je Županijski sud u Puli dva puta te Županijski sud u Zagrebu jednom. Općinski građanski sud u Zagrebu, Općinski sud u Novom Zagrebu i Prekršajni sud u Bjelovaru uputili su po dva prethodna pitanja Sudu EU, a po jedno Općinski sud u Osijeku, Općinski sud u Zadru, Općinski sud u Rijeci, Općinski sud u Vukovaru te Općinski sud u Puli. Najviše prethodnih pitanja od općinskih sudova uputio je Općinski sud u Velikoj Gorici. Za napomenuti je i kako je Ministarstvo pomorstva, prometa i infrastrukture – Uprava zračnog prometa, elektroničkih komunikacija i pošte također iskoristio danu mu mogućnost i Sudu EU uputio prethodno pitanje. (Podaci preuzeti sa službene stranice Info Curia; <https://curia.europa.eu/>)

## 6. PRETHODNO PITANJE USTAVNOG SUDA RH UPUĆENOG SUDU EU

Znanstvena analiza sudskih odluka zahtjevan je posao. Naime, a kao što navodi Guastini, u modernoj pravnoj literaturi djelatnost sudovanja se shvaća kao puko primjenjivanje prethodno ustanovljenih općih normi na pojedinačne slučajeve, što zahtjeva deduktivno rasuđivanje. Proces sudovanja podvrgnut je načelu zakonitosti, slijedom čega svaka odluka treba biti utemeljena na već postojećoj pravnoj normi, jer u protivnom ne bi bilo zajamčeno načelo jednakog postupanja s jednakim činjeničnim stanjem, ni pravne sigurnosti, tj. predvidljivosti sudskih odluka.<sup>30</sup> Također, sudovi često daju prednost uvjerljivosti pravnog obrazloženja u odnosu na njegovu logičnu i argumentacijsku točnost, slijedom čega obrazloženja uključuju različite ocjene i izbore koji često ostaju implicitni u sudskim odlukama.<sup>31</sup> Primjećuje se, međutim, kako su obrazloženja odluka nacionalnih sudova, pod utjecajem Suda EU, ali i Europskog suda za ljudska prava sve detaljnija, pravno argumentirana i sveobuhvatna, a što će biti razvidno i iz sljedeće analize.

Ustavni sud RH je prvi put iskoristio pravo podnošenja prethodnog pitanja Sudu EU povodom ustavne tužbe u predmetu Lenić.<sup>32</sup> Ukratko, presudom Visokog upravnog suda Republike Hrvatske odbijena je žalba tužiteljice koju je ista podnijela protiv prvostupanjske presude, kojom je u bitnomu utvrđeno kako podnositeljica nema pravo na osobni odbitak kod poreza na dohodak. Naime, poreznim rješenjem podnositeljici ustavne tužbe utvrđena je razlika poreza i prireza, uz obrazloženje kako joj je kao poreznom obvezniku brisan osobni odbitak za uzdržavanog člana – dijete, budući je to dijete ostvarilo primitak veći od 11.000 kn, jer joj je isplaćen primitak s osnova programa Erasmus + radi školovanja u Finskoj u iznos od 2.300 EUR, kao namjenska – bespovratna sredstva *Fondova i programa EU za provedbu aktivnosti i mobilnosti u svrhu obrazovanja i stručnog usavršavanja*. Podnositeljica je isticala da iznos isplaćen njejoj kćeri u okviru

30 Ricardo Guastini, *Sintaksa prava*, Zagreb 2016.

31 Damiano Canale, „Legal Interpretation and the Objectivity of Values“, *SSRN Electronic Journal* 10/2008, 1–26.

32 Predmet C-277/23, *Ministarstvo financija*, postupak u tijeku.

Erasmus + programa predstavlja jednu vrstu socijalne potpore u svrhu pokrivanja troškova života za vrijeme studijskog boravka u inozemstvu, po posebnom propisu *Uredbe br. 1288/2 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2013. o uspostavi programa „Erasmus+“*. Također, da visina potpore ovisi o standardu života zemlje u koju student ide, odnosno o stupnju ekonomskog i socijalnog razvoja te zemlje, upravo iz razloga jer služi za pokrivanje troškova života studiranja u inozemstvu, te je podnositeljica kao roditelj i za vrijeme studijskog boravka u inozemstvu financirala svoju kćer. U upravnoj tužbi podnositeljica je ukazivala na odredbe Zakona o suzbijanju diskriminacije<sup>33</sup>, apostrofirajući kako se radi o diskriminatornim odredbama zakona, ali i diskriminirajućoj praksi poreznih tijela kojom se roditelje studenata kojima se isplaćuju potpore za školovanje u inozemstvu stavlja u neravnopravan položaj. Također, podnositeljica ukazuje kako je Izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak<sup>34</sup> uočena nepravilnost ispravljena, te je navedeno kako se kod utvrđivanja „...prava na osobni odbitak za uzdržavane članove ne uzimaju u obzir, između ostalog: stipendije, nagrade za izvrsnost učenika i studenata isplaćene iz proračuna i bespovratna sredstva koja se isplaćuju iz proračuna, fondova i programa Europske unije i drugih međunarodnih fondova i programa uređenih posebnim propisima i međunarodnim sporazumima, u svrhu obrazovanja i stručnog usavršavanja...“, čime su nacionalni porezni propisi usklađeni s propisima EU. Podnositeljica je također ukazala na potrebu izravne primjene Direktive, obzirom da zakonske odredbe (konkretno, Zakona o porezu na dohodak<sup>35</sup>) nisu u skladu s pravnom stečevinom EU. Prvostupanjski sud je odbio tužbu, uz obrazloženje kako nije bilo mjesta za izravnu primjenu europskog prava, iz razloga što odredbe Uredbe (EU) br. 1288/2013 na koju se tužiteljica (ovdje podnositeljica ustavne tužbe) čine preambulu Uredbe, dakle tekst između naslova Uredbe i njezinog normativnog dijela, pa samim time nije obvezujućeg karaktera. Iste argumente Sud iznosi i za neprimjenu odredbi *Direktive 2016/801o*

---

33 Zakon o suzbijanju diskriminacije, *Narodne novine*, br. 85/08, 112/12.

34 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, *Narodne novine*, br. 115/2016, 106/2018, 121/2019, 32/2020, 138/2020, 151/2022.

35 Zakon o porezu na dohodak, *Narodne novine*, br. 177/2004, 73/2008, 80/2010, 114/2011, 22/2012, 144/2012, 43/2013, 120/2013, 125/2013, 148/2013, 83/2014, 143/2014, 136/2015, 115/2016.

*uvjetima ulaska i boravka državljana trećih zemalja u svrhu istraživanja, studija, osposobljavanja, volonterstva, razmjena učenika ili obrazovnih projekata.* U žalbi protiv navedene odluke, ovdje podnositeljica navodi kako su obvezujući svi dijelovi uredbi EU, te direktiva kada je moguća njihova izravna primjena. Također, opetovano se poziva na prigovor diskriminacije, odnosno stavljanja u nepovoljniji položaj u odnosu na druge roditelje. Visoki upravni sud (dalje: VUS) odbija žalbu, u bitnome navodeći da je podnositeljica propustila navesti diskriminacijsku osnovu na koju se poziva, a koja je predviđena zakonom (rasna ili etična pripadnost, boja kože, vjera, spol itd.).

### *6.1. Jurisdikcija Ustavnog suda*

Ustavni sud je tužbu ocijenio kao osnovanu i dopuštenu, obzirom da je podnositeljica pravilno iscrpila dopušteni pravni put. Smatrajući da navodi ustavne tužbe i konkretne okolnosti slučaja otvaraju brojna složena pitanja tumačenja prava EU-a bez kojih nije moguće donijeti valjanu odluku o biti prigovora o povredama ustavnih i konvencijskih prava, na sjednici Ustavnog suda, a temeljem čl. 267. UFEU, donesena je odluka o upućivanju zahtjeva za prethodnu odluku Sudu EU, te je došlo do zastoja daljnjeg postupka sve do donošenja odluke.<sup>36</sup>

### *6.2. Rasprava o meritumu*

Na samome početku zahtjeva za prethodnu odluku Ustavni sud iznosi činjenice i okolnosti slučaja, u kojima navodi cjelokupno činjenično stanje predmeta, uz sve okolnosti slučaja i tijek postupka prije upućivanja prethodnog pitanja, ističući kako se slaže s podnositeljicom u dijelu njezinog prigovora da je dijete, u identičnim okolnostima slučaja otišlo na studijski boravak u bilo koju zemlju sudionicu programa Erasmus + s nižim prosječnim troškovima života (tzv. treća programska skupina), isplaćeni predujam potpore za mobilnost studenta ne bi prešao cenzus od 11.000,00 kn koji je propisan čl. 36 st. 1 i 4 Zakona o porezu na dohodak, te da samim time podnositeljica ne bi izgubila pravo na uvećanje osnovnog odbitka za uzdržavano dijete.

---

36 O ulozi ustavnih sudova u prethodnim pitanjima više vidi *supra*.

Ustavni sud je potom istaknuo pravni okvir, odnosno mjerodavne odredbe Ustava koje se tiču jednakosti pred zakonom i zajamčenog prava vlasništva. Potom se navodi i čl. 141c Ustava RH koji govori da se akti EU koje je prihvatila RH primjenjuju u skladu s pravnom stečevinom EU, čl. 141d Ustava RH koji jamči slobodu kretanja državljana RH na području svih država članica. Zatim se navode i mjerodavne odredbe ostalih relevantnih nacionalnih zakona.<sup>37</sup> Ustavni sud nadalje navodi kako se, iako o tome nema sudske prakse, Pučka pravobraniteljica RH izjasnila da su prema praksi poreznih tijela navedene potpore neoporezive za studente, no da porezni tretman prava roditelja na uvećanje osnovnog odbitka za uzdržavanog člana koji primi Erasmus + potporu predstavlja prepreku za odlazak na studijski program u inozemstvo, te je dala preporuku za izmjenu zakona, uključujući promjenu postojećeg poreznog tretmana „...*Erasmus + potpora, tako da se uvrste u prihode koji se ne uzimaju u obzir prilikom utvrđivanja prava na osobni odbitak, neovisno o iznosu isplaćene potpore, kao što je slučaj s, primjerice, socijalnim potporama...*“.<sup>38</sup>

Iako su nižestupanjskisudovi dali određene razloge, a obzirom na specifični status spornih potpora, postoji dvojba od strane Ustavnog suda koji navodi da nije moguće utvrditi je li pravo EU-a primjenjivo u konkretnom slučaju. Potom ističe i element diskriminacije, obzirom da je podnositeljica stavljena u nepovoljniji položaj, protivno načelima jednakosti i zabrane diskriminacije, samo iz razloga jer je njezino dijete koristilo mjere mobilnosti koje su joj pružene. Ustavni sud nadalje izdvaja sporna pitanja primjene čl. 18, 20 i 21 UFEU-a u konkretnom slučaju, odnosno primjenjuju li se navedene odredbe na podnositeljčin slučaj, istodobno zaključujući da bi takve odredbe ipak mogle biti primjenjive u konkretnom slučaju. Drugo sporno pitanje odnosi se na potencijalnu prepreku slobodi kretanja (mobilnosti studenata) u smislu čl. 20 i 21 UFEU-a, uz obrazloženje Ustavnog suda da Sud EU, iako izravno oporezivanje stavlja u nadležnost država članica, istima nalaže

---

37 Zakon o porezu na dohodak, *Narodne novine*, br. 177/2004, 73/2008, 80/2010, 114/2011, 22/2012, 144/2012, 43/2013, 120/2013, 125/2013, 148/2013, 83/2014, 143/2014, 136/2015, 115/2016 – u daljnjem tekstu ZPD/04, Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dohodak, *Narodne novine*, br. 115/2016, 106/2018, 121/2019, 32/2020, 138/2020, 151/2022.

38 Izvješće Pučke pravobraniteljice za 2017. godinu, dostupno na: <https://www.ombudsman.hr/hr/download/izvjesce-pucke-pravobraniteljice-za-2017-godinu/?wpdmdl=4745&refresh=63c90d728a8151674120562, 25. 9. 2023>.

da nadležnost moraju provoditi uz poštivanje prava EU-a, te da im ne dopušta primjenu mjera koje bi bile protivne slobodama kretanja za jamčenim UFEU-om, uključujući i porezne mjere. Navodi se i utvrđenje da, kada država članica uredi sustav financijske pomoći za obrazovanje studentima, dužna je osigurati da načini dodjele takve pomoći ne predstavljaju neopravdano ograničenje slobode kretanja i boravka na području država članica, te da ostalim povezanim propisima ne smiju odvrćati građane da napuste državu podrijetla radi obrazovanja u drugoj državi članici. Sukladno izvješću Pučke pravobraniteljice RH za 2017. godinu, sveučilišta su navela da studenti odustaju od korištenja mjera programa Erasmus + iz razloga što tada njihovi roditelji gube pravo na uvećanje osobnog odbitka za uzdržavanog studenta, slijedom čega i Ustavni sud potvrđuje da čl. 36 ZPD/04 nedvojbeno odvrća studente od korištenja mjera mobilnosti. Iduće sporno pitanje odnosi se na moguće načine primjene načela jednakosti (zabrane diskriminacije) u konkretnom slučaju, pri tome Ustavni sud objašnjava da se čini da naizgled neutralne odredbe čl. 36 ZPD/04 stavljaju podnositeljicu u nepovoljniji položaj u odnosu na porezne obveznike u RH čija su djeca primila druge neoporezive primitke. Idućim spornim pitanjima Ustavni sud pita može li se stavljanje podnositeljice u nepovoljniji položaj opravdati legitimnim ciljem, te je li osporena porezna mjera bila nužna za ostvarivanje tog legitimnog cilja i je li opravdana s aspekta prava EU-a.

Iscrpan zahtjev za prethodnu odluku, koji se proteže na čak 36 stranica, u bitnome pita Sud EU treba li odredbe čl. 18, 20, 21 i 165 st. 2 t. 2 UFEU tumačiti na način da im se protive propisi države članice prema kojoj roditelj gubi pravo uvećanja godišnjeg osobnog odbitka poreza na dohodak za uzdržavano dijete, koje kao student koristi financijske potpore iz *Uredbe br. 1288/2013 radi ostvarivanja mobilnosti studenata*, kao i treba li čl. 67 *Uredbe br. 883/2004 o koordinaciji sustava socijalne sigurnosti* tumačiti na način da im se protive propisi države članice prema kojoj roditelj gubi pravo uvećanja godišnjeg osobnog odbitka poreza na dohodak za uzdržavano dijete.

### 6.3. Analiza primjenjive sudske prakse

Sud EU je u više svojih odluka utvrdio da nacionalni propisi koji uskraćuju ili na bilo koji način ograničavaju slobodu kretanja studen-

tima u svrhu obrazovanja unutar EU predstavljaju mjere ograničenja slobode kretanja iz čl. 21. UFEU-a.<sup>39</sup>, od kojih su se neke odnosile baš na porezni tretman.<sup>40</sup>

U predmetu *MCM (Aides financières pour études à l'étranger)* Sud govori o tumačenju čl. 45 UFEU<sup>41</sup> i čl. 7 st. 2 Uredbe EU, br. 492/2011 Europskog parlamenta i Vijeća o slobodi kretanja radnika u Uniji<sup>42</sup> (dalje: Uredba), a u okviru spora između osobe MCM i Nacionalnog odbora za pomoć studentima iz Švedske, u svezi s pravom osobe MCM na dodjelu financijske potpore od strane Švedske za studij u Španjolskoj, budući da je isti švedski državljanin koji od rođenja boravi u Španjolskoj. Sud EU donosi odluku kojom čl. 45 UFEU-a i čl. 7 st. 2 Uredbe tumači „*tako da im se protivi propis države članice koji pravo djeteta – čiji je roditelj osoba koja je napustila državu članicu domaćina u kojoj je radila kako bi živjela u prvoj državi članici čiji je državljanin – na financijsku pomoć namijenjenu pohađanju studija u državi članici domaćinu, uvjetuje time da je to dijete povezano s državom članicom podrijetla, u situaciji u kojoj, s jedne strane, dijete od svojeg rođenja boravi u državi članici domaćinu i, s druge strane, država članica podrijetla propisuje uvjet postojanja povezanosti za druge državljane koji ne ispu-*

39 Presuda Suda od 24. studenog 2022, C-638/20, *MCM (Aides financières pour études à l'étranger)*, EU:C:2022:916.

40 Presuda Suda od 27. lipnja 2017., C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, EU:C:2017:496; Presuda Suda od 11. rujna 2007., C-76/05, *Schwarzi Gootjes – Schwarz*, EU:C:2007:492.

41 Članak 45 UFEU-a: „1. Sloboda kretanja radnika osigurava se unutar Unije. 2. Ta sloboda kretanja podrazumijeva ukidanje svake diskriminacije na temelju državljanstva među radnicima iz država članica u vezi sa zapošljavanjem, primicima od rada i ostalim uvjetima rada i zapošljavanja. 3. Podložno ograničenjima koja su opravdana razlozima javnog poretka, javne sigurnosti ili javnog zdravlja, ta sloboda podrazumijeva pravo na: (a) prihvaćanje stvarno učinjenih ponuda za zaposlenje; (b) slobodno kretanje unutar državnog područja država članica u tu svrhu; (c) boravak u državi članici radi zapošljavanja sukladno odredbama koje uređuju zapošljavanje državljana te države utvrđenih zakonom i ostalim propisima; (d) ostanak na državnom području države članice nakon prestanka zaposlenja u toj državi, pod uvjetima sadržanima u uredbama koje sastavlja Komisija. 4. Odredbe ovog članka ne primjenjuju se na zapošljavanje u javnim službama.“

42 Članak 7 st. 2 Uredbe EU, br. 492/2011 Europskog parlamenta i Vijeća o slobodi kretanja radnika u Uniji: „Takav radnik uživa jednake socijalne i porezne povlastice kao domaći radnici.“

*njavaju uvjet boravišta i koji se prijavljuju za takvu financijsku pomoć kako bi studirali u drugoj državi članici...“.*

U predmetu *Congregacion protiv Ayuntamiento*, podnesen je zahtjev za prethodnu odluku u okviru spora između crvene zajednice vjerskih škola u pokrajini Betania i općine Getafe iz Španjolske. Naime, crkvena zajednica zatražila je povrat poreza za troškove građevinskih radova i instalacija na građevini u svojem vlasništvu, što je općina odbila priznati kao pravno osnovano. Iz postavljenog pitanja proizlazi dvojba suda je li izuzeće od poreza za građevinske radove na nekret-nini u vlasništvu crkve, a koja građevina je namijenjena i za djelatno-sti koje nisu isključivo vjerske, obuhvaćeno zabranom iz čl. 107 st. 1 UFEU-a.<sup>43</sup> Sud EU je ustvrdio da ovo izuzeće od porezamože biti obu-hvaćeno zabranom iz čl. 107 st. 1 UFEU-a ako se radi o gospodarskim aktivnostima (gospodarska djelatnost je svaka djelatnost koja se sastoji od ponude robe ili usluga na tržištu). Međutim, potonje treba utvrditi nacionalni sud.

U predmetu *Schwarzi Gootjes – Schwarz*, djeca njemačke obitelji Schwarz su, pohađajući obrazovnu ustanovu koja se nalazi u drugoj državi članici, koristila svoje pravo na slobodno kretanje, no nacional-no zakonodavstvo različito je tretiralo porezne obveznike čija djeca su se školovala u Njemačkoj, od poreznih obveznika čija su djeca bila na školovanju u drugoj državi članici, što se konkretno odrazilo i na obi-telj Schwarz. Roditelji Schwarz su tražili od „Finanzamt“ (poreznog ureda) da im dopusti poreznu olakšicu na školarine nastale za njihovu djecu, no isti ih je odbio, uz obrazloženje da njemačko zakonodavstvo o porezu na dohodak dozvoljava dodjeljivanje porezne olakšice onim poreznim obveznicima koji su plaćali školarine njemačkim privatnim školama. Sud je ustvrdio da su takve odredbe nacionalnog zakonodav-stva u suprotnosti s pravom EU, nedvojbeno stavljaju obitelj Schwarz u nepovoljniji položaj, isključivo iz razloga što su koristili svoje pravo na slobodu kretanja kako bi se obrazovali u drugoj državi članici.

43 Članak 107 st. 1 UFEU-a: „Osim ako je Ugovorima drukčije predviđeno, sva-ka potpora koju dodijeli država članica ili koja se dodjeljuje putem državnih sredstava u bilo kojem obliku koja narušava ili prijeti da će narušiti tržišno natjecanje stavljanjem određenih poduzetnika ili proizvodnje određene robe u povoljniji položaj, nespojiva je s unutarnjim tržištem u mjeri u kojoj utječe na trgovinu među državama članicama.“

Također, Sud EU odlučivao je i u slučajevima neizravne diskriminacije studenata temeljem državljanstva.<sup>44</sup>

U predmetu *Bragança Linares Verruga i drugi*, činjenično stanje odnosi se na studenta Sveučilišta u Belgiji koji boravi u Francuskoj sa svojim roditeljima. Njegova majka zaposlena je u Luksemburgu već duži niz godina sa samo jednim kraćim prekidom, dok je otac također zaposlen u istoj državi članici gdje radi u vlastitom poduzeću kao samozaposlena osoba. Kao student Sveučilišta u Belgiji podnio je zahtjev za dodjeljivanje državne novčane pomoći za visokoškolsko obrazovanje, no ministar visokoškolskog obrazovanja i istraživanja odlukom je odbio usvojiti zahtjev zbog neispunjavanja uvjeta propisanih nacionalnim zakonom. Sud EU je u predmetnom postupku utvrdio postojanje neizravne diskriminacije, odnosno navodi da se odredbama Uredbe (EU) br. 492/2011 Europskog parlamenta i Vijeća od 5. travnja 2011. o slobodi kretanja radnika u Uniji „...protivi nacionalno zakonodavstvo koje uvjetuje dodjelu novčane pomoći za visokoškolsko obrazovanje onim studentima koji u dotičnoj državi članici nemaju boravište (s time da je barem jedan od njihovih roditelja radio u toj državi članici u minimalnom i neprekinutom razdoblju od pet godina u trenutku podnošenja zahtjeva za novčanu pomoć), ali da ne propisuje takav uvjet kada je riječ o studentima koji imaju boravište na području te države“. Neizravna diskriminacija može biti dopuštena samo ako je objektivno opravdana; dok u predmetnom slučaju Sud zaključuje kako propisani uvjet boravišta predstavlja ograničenje koje premašuje ono što je nužno za postizanje legitimnog cilja, konkretno povećanje broja nositelja diplome o visokoškolskom obrazovanju u stanovništvu koje ima boravište u toj državi.

## 7. ZAKLJUČAK

Prethodno pitanje omogućuje sudovima država članica izravan dijalog sa Sudom EU, što vodi u efikasnu i brzu komunikaciju te djeluje kao jedino učinkovito sredstvo za postizanje ujednačene primjene prava EU u svim državama članicama, slijedom čega se za sve građane na području Unije nastoji uspostaviti jednak tretman. Iako ustavni sudovi nemaju tendenciju koristiti se mogućnošću upućivanja prethodnog

---

44 Presuda Suda od 14. prosinca 2016., C-238/15, *Bragança Linares Verruga i drugi*, EU:C:2016:94.

pitanja, njihova spremnost na suradnju može dovesti do svrsishodnog dijaloga. U svjetlu međusobne suradnje i dosadašnje sudske prakse, ustavni sudovi bi trebali uspostaviti uvjete za učinkovitim dijalogom sa Sudom EU i sve češće uspostavljati interakciju, kako zbog ujednačavanja sudske prakse, tako i zbog lakšeg i pravilnijeg donošenja odluka. U korak s europskim standardima, i Republika Hrvatska je kroz integraciju prethodnog postupka u okviru posebnih procesnih zakona stvorila relevantan pravni okvir koji doprinosi stvaranju ravnoteže u odnosu na pravo Unije.

Prvenstvena kritika u konkretnom predmetu odnosi se na stajalište Visokog upravnog suda RH da podnositeljica nije jasno naznačila diskriminacijsku osnovu na koju se pozivala. Člankom 14 st. 1 Ustava RH propisuje se zabrana diskriminacije, no bez izričitog definiranja, zbog čega autori smatraju da je zakonodavac time ostavio prostor za samostalno određenje diskriminacijskih oblika koji mogu nastati iz različitih životnih okolnosti te da je VUS u ovom slučaju trebao sam odrediti diskriminacijsku osnovu podnositeljice.

Cijeneci volju Ustavnog suda RH da uputi prethodno pitanje, te uspostavi dijalog sa Sudom EU, dvojbenom se ukazuje potreba za upućivanjem zahtjeva za prethodnu odluku od strane Ustavnog suda RH u predmetu Lenić, uzimajući u obzir sve dosadašnje primjere iz prakse Suda EU u kojoj je već ustaljena zabrana ograničenja slobode kretanja studenata u svrhu obrazovanja na inozemnim sveučilištima. Naime, imajući u vidu da je Sud EU kroz analiziranu praksu već dao svojevrstne odgovore u odnosu na prethodno pitanje Ustavnog suda RH, uključujući financijski element i element slobode kretanja, ostaje dvojbeno je li upravo u ovom predmetu Ustavni sud RH trebao testirati komunikaciju sa Sudom EU. Između ostalog, Sud EU u srodnim predmetima prvenstveno naglašava ustaljenu praksu u pogledu statusa građanina Unije koji je predodređen da bude temeljni status državljana država članica, a koji omogućuje onima koji se nađu u istoj situaciji da uživaju isti pravni tretman unutar područja primjene prava EU-a, bez obzira na njihovo državljanstvo. Povezano s navedenim, valja naglasiti da se zahtjevi nacionalnih sudova mogu odnositi i na pitanja koja su već postavljena, dakle pravilo *ne bis in idem* se ne primjenjuje na odluke Suda EU. Takvo pravilo u biti pruža Sudu EU mogućnost mijenjanja svojih prethodnih stavova, a na nacionalnim sudovima je da odluče postoji li potreba za ponovnim donošenjem odluke.

S druge strane, najvažnija svrha uspostave instituta prethodnog postupka jest postizanje harmonizacije u primjeni i tumačenju prava Unije. Postavljanjem sličnih pitanja Sudu od strane različitih država članica osigurava se dosljedno tumačenje europskih odredaba i stvaranje ujednačenog položaja građana diljem EU. Stoga će biti zanimljivo vidjeti kakvo stajalište će zauzeti Sud EU. Također, činjenica da je Ustavni sud RH po prvi put odlučio komunicirati sa Sudom EU baš po pitanju slobode kretanja i visokog obrazovanja jasno govori o važnosti ove teme, kao i njenoj aktualnosti.

*Tunjica Petrašević, PhD*

*Full professor, University J. J. Strossmayer Faculty of Law*

*Sanja Mišević, LL.M*

*Lawyer, Law office Mišević and Jarić Osijek*

## DIALOGUE BETWEEN MEMBER STATES AND THE EU COURT THROUGH PRELIMINARY REFERENCE, WITH PARTICULAR EMPHASIS ON THE PRELIMINARY QUESTION FROM THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF CROATIA REFERRED TO THE EU COURT

### *Summary*

The institute of preliminary reference is regulated by the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter: TFEU) and it serves as the sole effective mean of communication between national courts and the EU Court. In addition to its key role in unifying and harmonizing judicial practices, the preliminary reference institute guarantees the effectiveness of judicial protection, implementation of the principles of equality and security, seeking to ensure an equal legal position for all Union citizens. In this paper, the authors elucidate the role of the preliminary reference procedure in the legal order of the European Union (hereinafter: EU), emphasizing the scarce intention of national constitutional courts to refer a preliminary question and their current issues. Taking into account the fact that the Constitutional

Court of the Republic of Croatia posed a preliminary question to the EU Court for the first time in April 2023, a process that is still ongoing, the authors analyze the submitted request, problematizing the potential elements of discrimination regarding the freedom of movement of students studying at foreign universities, referring to related examples from the EU Court's case law.

Key words: *Preliminary Ruling. – Court of the EU. – Constitutional Courts. – Freedom of Movement. – Discrimination.*

## LITERATURA

- Boghirnea, I., „The Importance and Utility of the „Preliminary Ruling“ Procedure of the Court of Justice of the European Union“, *Research and Science Today* 1/2015.
- Canale, D., „Legal Interpretation and the Objectivity of Values“, *SSRN Electronic Journal*, 10/2008.
- Čapeta, T., Rodin, S., *Osnove prava Europske Unije*, Zagreb 2018
- Dederke, J., Naurin, D., „Friends of the Court? Why EU governments file observations before the Court of Justice“, *European Journal of Political Research* 57/2018.
- Drimoczi, T., Mohay, A., „The Preliminary Ruling Procedure and the Identity Review“, *EU and Comparative Law Issues and Challenges* 1/2017.
- Guastini, R., *Sintaksa prava*, Zagreb 2016.
- Lopandić, D., „Poljski izazov – načelo nadređenosti u pravu EU i praksa ustavnih sudova država članica“, *Revizija za evropsko pravo: XXIV* 24/2022.
- Petrašević, T., Kovačić Markić, L., „Položaj nacionalnih ustavnih sudova u primjeni mehanizma prethodnog postupka s posebnim osvrtom na Ustavni sud Republike Hrvatske“, *HAZU, Pravo i politika EU: stara pitanja, novi odgovori* 2020.
- Petrašević, T., „Prethodni postupak u području slobode, sigurnosti i pravde – analiza njegove primjene“, *Zbornik radova „Odnos prava u regionu i prava Evropske unije“* 2015.

- Petrašević, T., Vuletić, I., „Prethodni postupak pred Europskim sudom pravde i njegova implementacija u hrvatsko procesno pravo“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske* 5/2014.
- Petrašević, T., „Prethodni postupak pred Europskim sudom s posebnim osvrtom na njegovu implementaciju u nacionalne pravne sustave država članica“, Doktorski rad, Sveučilište u Zagrebu, 2011.
- Quesada, L., „La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más quedudosos“, *Catedrático de Derecho constitucional Universidad de Valencia* 39/2017.
- Rodin, S., „Ustavni sud i članstvo Republike Hrvatske u Europskoj uniji“, *Novi informator*, 2009.
- Stanić, M., „Ukratko o ustavnom identitetu kao mostu saradnje Evropskog suda pravde i nacionalnih ustavnih sudova država članica“, *Revizija za evropsko pravo: XXIII* 23/2021.
- Šago, D., „Postupak prethodnog odlučivanja pred Europskim sudom – problemi i moguća rješenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 39/2015.
- Tridimas, T., „Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction“, *International Journal of Constitutional Law* 9/2011.
- Schill, S., von Bogdandy, A., „Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty“, *Common Market Law Review* 48/2018.
- Wahl, N., Prete, L., „The gate keepers of article 267 TFEU: On jurisdiction and admissibility of references for preliminary rulings“, *Common Market Law Review* 55/2018.

Article history:

Received: 24. 10. 2023

Accepted: 20. 11. 2023

*Tijana Kovačević\**

## SLOBODA KRETANJA RADNIKA I OTVORENI BALKAN

*Ideja o stvaranju „Otvorenog Balkana“ javila se pre četiri godine među najvišim zvaničnicima balkanskih zemalja. Nastala je kao rezultat težnje za većom saradnjom država na tom prostoru u ekonomskim i drugim važnim oblastima. Dakle, povezivanje tri zemlje – Srbije, Severne Makedonije i Albanije u okviru tog projekta treba da omogući prevazilaženje socio-ekonomskih problema. U tom smislu, regionalna saradnja vodi boljoj integraciji država i omogućava zajedničko iskorišćavanje resursa radi prevazilaženja ekonomskih problema i problema nezaposlenosti. To je rezultiralo zaključivanjem različitih sporazuma i drugih akata koji predstavljaju pravni okvir za ostvarivanje postavljenih ciljeva. Po uzoru na Evropsku uniju i sa težnjom brisanja granica promovišu se vrednosti i slobode nesmetanog kretanja ljudi, roba, kapitala i usluga. U svetlu toga, važno mesto zauzimaju pitanja izgradnje jedinstvenog tržišta, priznavanje diploma i radnih kvalifikacija, uvođenje administrativnih olakšica prilikom zapošljavanja i jedinstvene radne dozvole. Slobodan pristup tržištu rada smanjuje emigracije i dovodi do uparivanja ponude i tražnje za radnom snagom u različitim sektorima. Preduslov za izgradnju jedinstvenog tržišta rada je uvođenje elektronskog sistema identifikacije i prijave na slobodne poslove u okviru regionalne Unije. Otuda se ova inicijativa vidi kao snažno sredstvo kontrole migracionih kretanja i rešavanja problema deficitarne radne snage u određenim profesijama.*

**Ključne reči:** *Otvoreni Balkan. – Sloboda kretanja radnika. – Radne dozvole. – Jedinstveno tržište rada.*

---

\* Autorka je doktorandkinja na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, [tijanarkovacevic@gmail.com](mailto:tijanarkovacevic@gmail.com), ORCID: 0000-0003-3555-6335 (Republika Srbija).

## 1. UVODNA RAZMATRANJA

Ideja „Otvorenog Balkana“ nije nova i konceptijski jedinstvena tvorena balkanskog podneblja. Koreni inicijative bliže saradnje i udruživanja zemalja datiraju još iz 90-ih godina prošlog veka.<sup>1</sup> Najbolji primer uspešne regionalne integracije je svakako Evropska unija koja se u kontekstu „Otvorenog Balkana“ pominje kao njegov uzor, naročito kada je reč o izgradnji jedinstvenog tržišta u kojem će sloboda kretanja radnika biti u potpunosti ostvarena.<sup>2</sup> Naime, saradnja država se načelno može odvijati na više nivoa i u različitim oblastima, pa tako može biti reči o inkluzivnoj i neinkluzivnoj, međuvladinoj, političkoj i privrednoj saradnji. Potonja saradnja se ostvaruje unapređenjem industrijske i inovacione strukture, kao i grupisanjem što većeg broja radnoaktivnih ljudi na integrisanom tržištu rada.

Ekonomska integracija povećava fleksibilnost i podstiče konkurentnost, te dovodi do opšteg prosperiteta i razvoja.<sup>3</sup> U tom smislu se svako udruživanje država može okarakterisati kao proces decentralizma osmišljen tako da podstiče zaposlenost, socijalnu koheziju i društveni napredak. S druge strane, „održivosti i napretka nema bez tehnologije i znanja, a ključni resurs koji se nalazi u tom domenu jesu ljudi, odnosno humani kapital“.<sup>4</sup> Sledstveno tome, perspektive zajednice su lakše zapošljavanje i veća pokretljivost radne snage. Tržište rada tri zemlje bi upravljalo fluktacijama u smislu priliva raspoložive radne snage iz jedne u drugu zemlju. Međutim, da bi se to obezbedilo neophodno je garantovanje određenih sloboda i uspostavljanje administrativnih olakšica. Otuda su inicijative usmerene u pravcu izgradnje regionalnog tržišta rada, dok se slobodan pristup tržištu rada ostvaruje bez

---

1 Ovo naročito ako se ima u vidu evropski projekat oličen u Paktu za stabilnost jugoistočne Evrope formiran pre više od 20 godina. Vladan Ivanović, *Regionalno tržište rada na Zapadnom Balkanu – objektivna potreba u nepovoljnim uslovima*, Fondacija Centar za demokratiju 2021, 1.

2 Privredna komora Srbije, „Put ka četiri slobode“, <https://pks.rs/open-balkan>, 20. 10. 2023.

3 Dragan Đukanović, „Transformacija Pakta za stabilnost u Jugoistočnoj Evropi – novi podsticaji regionalnoj saradnji“, *Međudržavni forumi za saradnju u Evropi – uporedni modeli* (ur. D. Đukanović), Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd 2007, 174.

4 V. Ivanović, *op. cit.*, 2.

pribavljanja radne dozvole i boravišne dozvole.<sup>5</sup> Pre prikaza i analize novina koje uvodi „Otvoreni Balkan“ valja se osvrnuti na poreklo ideje stvaranja institucionalizovane saradnje između država Zapadnog Balkana.

## 2. NASTANAK IDEJE O REGIONALNOJ SARADNJI DRŽAVA ZAPADNOG BALKANA

Prvi koraci u pravcu izgradnje regionalnog foruma balkanskih država učinjeni su u oktobru 2019. godine kada je potpisana deklaracija o izražavanju namere započinjanja izgradnje koncepta koji će okupiti tri države – Republiku Srbiju, Republiku Albaniju i Republiku Severnu Makedoniju, uz otvoren poziv ostalim država tog regiona da se priključe.<sup>6</sup> Mesec dana kasnije održan je ponovni sastanak u kojem su dublje analizirana pitanja jačanja ekonomskih veza kroz garancije slobodnog kretanja ljudi, roba, usluga i kapitala. Jednak pristup tržištu rada jedan je od imperativa inicijative neformalno nazvane „Mali Šengen“. Do promene naziva u „Otvoreni Balkan“ dolazi na samitu održanom u Skoplju 2021. godine kada su postavljeni i ozbiljniji pravni i institucionalni temelji.<sup>7</sup>

„Otvoreni Balkan“ okuplja zemlje Zapadnog Balkana koje su tokom Hladnog rata ostale izvan dva suprotstavljena vojno-politička saveza NATO i Varšavski pakt (Sporazum o prijateljstvu, saradnji i uzajamnoj pomoći).<sup>8</sup> Države smeštene u jugoistočnom delu Evrope, koje još nisu postale punopravne članice Evropske unije se označavaju jedinstvenim imenom države Zapadnog Balkana. Ovaj novoosnovani

5 Ljubinka Kovačević, „Zapošljavanje radnika migranata – pretpostavke, uslovi i ograničenja“, *Strani pravni život* 2/2020, 6.

6 Andrej Semenov, „Open Balkan: objetivos y justificaciones“, *Comillas Journal of International Relations* 24/2022, 29.

7 Ivona Ladevac, D. Đukanović, „Serbia and Regional Cooperation“, <http://re-pozitorijum.diplomacy.bg.ac.rs/473/1/14.%20Japan%20i%20Serbia%20Regional...Cooper.%20%282011%29-154-162.pdf>, 1. 11. 2023.

8 Kako je Jugoslavija jedan od istorijskih primera tampon države mnogi vide „Otvoreni Balkan“ kao inicijativu koja ima za cilj da stvori novu Jugoslaviju. Sledstveno tome, brojne su rasprave o položaju Zapadnog Balkana u okviru savremene geopolitičke slike sveta. Vid. „Dogovor o regionalnom predstavljanju i saradnji“, 24. 2. 2012, <https://www.srbija.gov.rs/kosovo-metohija/168200>, 20. 10. 2023.

region ima privremenu prirodu i predstavlja svojevrsnu „čekaonicu“ za integraciju tih država (Bosna i Hercegovina, Crna Gora, Srbija, Albanija, Severna Makedonija, Kosovo\*)<sup>9</sup> u Evropsku uniju.<sup>10</sup> Dakle, cilj navedenih pet država nije da ostanu u toj zajednici, nego da se udruže kako bi zajedničkim snagama ispunili očekivanja Evropske zajednice država i time iz jedne (manje) zajednice prešli u drugu (veću), kao što je to učinila Hrvatska. S tim u vezi, naglašava se da je uvođenje koncepta Zapadni Balkan presedan u političko-geografskoj regionalizaciji jugoistočnog dela Evrope pošto za takvo grupisanje zemalja ne postoji istorijska osnova.<sup>11</sup> Otuda, taj region Evrope prate brojne kontroverze i nedoumice, počev od toga da li je reč o političkom ili ekonomskom regionu koji je stvoren da zadovolji vlastite potrebe, interese i težnje ili je posredi organizovana saradnja na jednom geografskom prostoru radi približavanja vrednosti.

Imajući u vidu dešavanja u svetu, a i na Balkanu, u uporednoj literaturi se ukazuje na rastući trend regionalizma koji vlada na međunarodnoj (političkoj) sceni. Pritom, u pitanju je regionalizam novog ruha koji se razlikuje od starog regionalizma napuštenog 70-ih godina.<sup>12</sup> Postoje brojne teorije koje nastoje da objasne bujajući fenomen integracija država pripadnica određene regije.<sup>13</sup> „Novi regionalizam“ se rodio sa brisanjem bipolarne slike sveta, te se čak u tom kontekstu govori i o „otvorenom regionalizmu“ koji po svom nazivu umnogome podseća na regionalnu inicijativu „Otvoreni Balkan“.<sup>14</sup> Otvorenost se pre svega naznačava u smislu otvorenosti granica između država članica, te slobodnog kretanja ljudi na tom prostoru.

9 Na osnovu Dogovora o regionalnom predstavljanju i saradnji potpisanom u Briselu 2012. godine naziv autonomne pokrajine Republike Srbije Kosovo će se koristiti sa zvezdicom uz naznačavanje u fusnoti da taj naziv ne ukazuje na status.

10 Zuhail Karakoç Dora, J. Botić, „The Mini Schengen Initiative in the Western Balkans As a New Buffer Zone“, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 2/2021, 288.

11 *Ibid.*, 288.

12 Björn Hettne, Fredrik Söderbaum, „The New Regionalism Approach“, *Politeia* 3/1998, 7.

13 Primera radi, ranija Radna zajednica Alpi-Jadran a današnji Savez Alpi-Jadran je 2008. godine obeležio 30 godina svog postojanja.

14 D. Đukanović, Marko Dašić, „Modeliranje regionalne saradnje na Balkanu nakon 1999. godine: evropska iskustva i njihova primena“, *Međunarodni problemi* 4/2021, 619.

Stoga, „novi regionalizam“ je višedimenzionalan proces koji nastoji da homogenizuje određeno područje. Konvergencija ili približavanje država se najbolje ostvaruje „brisanjem granica“ odnosno eliminisanjem svih prepreka radi spajanja nacionalnih tržišta u jedinstveno tržište.<sup>15</sup> Pritom, izgradnja jedinstvenog tržišta praćena je osiguravanjem tržišnih sloboda. Ipak, primećuje se nedovoljna zatupljenost akademskih debata o ovoj inicijativi zbog čega je potrebno podstaći ozbiljnu diskusiju naročito u pogledu ostvarivanja prava na slobodno kretanje radnika na prostoru Zapadnog Balkana.

### 3. ODNOS IZMEĐU OTVORENOG BALKANA I BERLINSKOG PROCESA

„Bez Zapadnog Balkana, Evropska unija je nepotpuna“, čuvena je rečenica izrečena od strane ministara spoljnih poslova Nemačke i Austrije povodom konferencije Zapadnog Balkana održane u Beču 2015. godine.<sup>16</sup> Naime, kontinuirani naponi Nemačke usmereni ka upravljanju konfliktima na „balkanskom žarištu“, te prevazilaženju ekonomske krize dobijaju jasnu formu u okviru Procasa stabilizacije i pridruživanja balkanskih država Evropskoj uniji.<sup>17</sup> U svetlu toga, politika Zajednice evropskih država je da se uspostavi ekonomska stabilnost, te da se susedi uz jugoistočne Evrope pretvore u evropske partnere. Iz tog razloga je potrebno da se politička, ekonomska i socijalna transformacija Zapadnog Balkana uspešno okonča kako bi se doprinelo stvaranju ujedinjene Evrope.<sup>18</sup>

- 15 D. Đukanović, „Zapadnobalkanska šestorka – Evropski podsticaji regionalnoj saradnji“, *Evropsko zakonodavstvo* 12/2013, 303.
- 16 Julia Wanninger, „Der Westliche Balkan – Prüfstein deutscher und europäischer Außenpolitik“, *Notes du Cefra* 60/2016, 26. Na ovom samitu usvojena je Deklaracija čiji su osnovni principi saradnja i međusobno angažovanje u otklanjanju svih prepreka za slobodno kretanje ljudi, roba, kapitala i usluga.
- 17 Nemačka se posebno izdvaja i zbog činjenice da je upravo ona bila pokretač Berlinskog procesa. D. Đukanović, Milan Krstić, „Regionalna saradnja na Zapadnom Balkanu – dugoročno čekanje na članstvo u Evropskoj uniji i/ili „Balkanska unija“, *Srpska politička misao* 1/2021, 10.
- 18 S pravom se ukazuje da je evropska politika otvorenih granica zauvek promenila političku kartu Starog kontinenta. D. Đukanović, „Bilateral Relations Between The Western Balkan Countries – Historical Background and Contemporary Challenges“, *Conference proceedings: Regionalism and Reconciliation*

U svetlu toga, otpočeo je Berlinski proces koji treba da doprine se perspektivi proširenja Evropske unije. Pritom, sve zemlje Zapadnog Balkana koje nisu članice Evropske unije deo su Berlinskog procesa koji treba da iznedri primetna poboljšanja životnih i radnih uslova naroda Balkana. Da ne bi ostale na periferije Evrope balkanske države su počele da se povezuju, te je u tom pogledu najznačajnija inicijativa „Otvoreni Balkan“. Agenda povezivanja ima za cilj stvaranje preduslova za snažniji ekonomski rast, intenzivniju trgovinu i veću mobilnost radne snage kroz zajedničke infrastrukturne projekte.<sup>19</sup>

Formiranje Zapadnobalkanske šestorke (eng. *Western Balkan Six – WB6*) ili Grupe 6 (eng. *G6*) nije u celosti podržano od strane Evropske unije koja nastoji da očuva individualistički pristup prema državama kandidatima i potencijalnim kandidatima za članstvo.<sup>20</sup> Ipak, ostaje sporno opredeljenje Evropske unije po ovom pitanju imajući u vidu Strategiju Jugoistočne Evrope 2030 koju je pripremila Veće za regionalnu saradnju kako bi se uspostavilo zajedničko regionalno tržište koje omogućava slobodno kretanje ljudi, roba, usluga i kapitala i osnažila saradnja u oblasti obrazovanja i zapošljavanja.<sup>21</sup> Iz toga sledi da Evropska unije blagonaklono gleda na inicijativu „Otvoreni Balkan“ u smislu dobre alternative za očuvanje stabilnosti, ali bez nedvosmislene obaveze brze integracije njenih članica u Evropsku uniju. Dakle, zahtev za većim približavanjem država Zapadnog Balkana Evropska unija ističe

---

(eds. D. Dimitrijević, I. Lađevac, A. Jović-Lazić), *Global Resource Management*, Doshisha University, Japan, Institute of International Politics and Economics, Belgrade 2014, 120.

- 19 Iako je Berlinski proces postavljen na temelju ambicioznih poduhvat, implementacija postignutih sporazuma često je u zastoju. Osam godina nakon pokretanja Berlinski proces se prošle godine vratio na početnu tačku zbog nedostatka napretka država Zapadnog Balkana u sprovođenju reformi. Antonela Dhimolea, *Open Balkan: A step forward towards Common Regional Market*, Friedrich Ebert Stiftung 2022, 3.
- 20 Komparativni pregled regionalnih inicijativa pokazuje da su prema modelu regionalne kooperacije i svojim aktivnostima (unapređenje različitih oblika saradnje zarad članstva u Evropskoj uniji) najbližije Višegradska grupa poznata i kao Višegradska četvorka (V4) i Zapadnobalkanska šestorka ili jednostavnije Grupa 6 (G6). Razlika je u tome što je Višegradska četvorka ispunila svoj cilj, dok se Zapadnobalkanska šestorka pokazala neuspešnom. *Ibid.*
- 21 U delu literature se motiv regionalne saradnje ne posmatra isključivo kroz lupu perspektive razvoja ka Evropskoj uniji, već i u odnosu na svakodnevni život građana. D. Đukanović (2014), *op. cit.*, 120.

radi predstavljanja krize i uslovne politike proširenja u pozitivnom svetlu.<sup>22</sup> Naime, odsustvo strateških pristupa Evropske unije prema zemljama Zapadnog Balkana svedoči o „rekonstrukciji stvarnosti“.

U svakom slučaju, deo jugoistočne Evrope nije integrisan u Evropsku uniju, ali je zato teritorijalno potpuno okružen njenim državama članicama, što dalje znači da se Zapadni Balkan ističe svojom specifičnošću, jer predstavlja svojevrsnu zonu diskontinuiteta unutar integrisanog dela Evrope.<sup>23</sup> Postoje i autori koji smatraju da ovu regionalnu inicijativu treba posmatrati isključivo kao pripremu za dobijanje evropskog članstva jedne ili više država u okviru specifičnog „regionalnog paketa“, već i kao model za razvoj buduće jugoistočne dimenzije proširene Unije.<sup>24</sup>

U naučnoj doktrini se postavlja pitanje zašto pojedini politički akteri na Zapadnom Balkanu stvaraju negativan diskurs o inicijativi „Otvoreni Balkan“ uprkos činjenici da su regionalne integracije komplementarne proklamovanom cilju članstva u Evropskoj uniji.<sup>25</sup> Drugim rečima, da li je regionalna integracija „Otvoreni Balkan“ proizvod nezavršenog državotvornog procesa ili put ka sticanju članstva u Evropskoj uniji zemalja učesnica tog projekta? Negativno sagledavanje stvari po pitanju inicijative regionalnog udruživanja država Zapadnog Balkana ima direktne i dalekosežne posledice u vidu odbijanja formalnog

22 Maja Kovačević, „Politika proširenja Evropske unije u potrazi za reformom“, *Politička revija* 2/2020, 134.

23 D. Đukanović, *Balkan na posthladnoratovskom raskršću (1989–2016)*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Službeni glasnik, Beograd 2016, 42. Do sada su dve države Zapadnog Balkana vodile pristupne pregovore sa Evropskom unijom – Crna Gora od juna 2012. godine i Srbija od januara 2014. godine, dok je Republika Severna Makedonija priznata kao kandidat za pristupanje 2015. godine. Međutim, zbog spora oko naziva makedonske države i istoimene oblasti u Grčkoj, Savet ministara ostaje uzdržan od otvaranja pristupnih pregovora iako je Evropska komisija dala preporuku da se to učini. Pregovori nisu još uvek započeti ni sa Republikom Albanijom koja već osam godina uveliko čeka na to. Aleksandra Čavoški, „Proširenje Evropske unije u svetlu Ugovora iz Lisabona“, *Proširenje Evropske unije na Zapadni Balkan* (ur. D. Dimitrijević, I. Lađevac), Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd 2009, 16.

24 *Ibid.*

25 Stefan Surlić, Andrijana Lazarević, Ljiljana Kolarski, „Integration vs. Sovereignation. The ‘Open Balkan’ in the Framework of Status and Identity Disputes“, *Srpska politička misao* 3/2022, 58.

članstva u Evropskoj uniji zbog čega pojedini autori naglašavaju da je potrebno ideološkim sporovima i suverenizaciji suprotstaviti evropsku integraciju kao jasan i nedvosmislen cilj.<sup>26</sup>

U nizu problema i nedoumica, kao posebno relevantno polje analize zasigurno se izdvaja usklađenost Berlinskog procesa i projekta „Otvoreni Balkan“. Berlinski proces se definiše kao međuvladina inicijativa usko povezan sa politikom proširenja Evropske unije i njenim strateškim ciljevima vezanim za prostor Zapadnog Balkana.<sup>27</sup> Razlikuje se od drugih inicijativa po tome što je osnovno pitanje kojim se bavi ekonomska i regionalna saradnja. U osnovi niza konferencija i sastanaka koji se održavaju svake godine između pojedinih država članica Evropske unije i zemalja Zapadnog Balkana stoji razvojna paradigma, infrastrukturna saradnja i regionalna integracija. U organizacionom smislu serija sastanaka se održava sa najvišim vladinim i državnim predstavnicima, predstavnicima civilnog društva, relevantnim institucijama i međunarodnim telima za saradnju, dok se format saradnje prvenstveno odvija u formi preporuka i razvojnih strategija.<sup>28</sup>

Interesantno je primetiti da se Berlinski proces bavi i pitanjem kako Zapadni Balkan može imati koristi od te inicijative čak i bez sticanja punopravnog članstva u Evropskoj uniji. U vezi sa našom temom rada potrebno je navesti najvažniji sporazum postignut pre tri godine u okviru Berlinskog procesa usmeren ka stvaranju Zajedničkog regionalnog tržišta.<sup>29</sup> Štaviše, na temelju postignutog sporazuma „četiri slobode“ će biti u potpunosti ostvarene, kao i bliža integracija regiona u jedinstveno tržište Evropske unije, pre formalnog pristupanja balkanskih zemalja Evropskoj uniji. Iako Berlinski proces i „Otvoreni Balkan“ adresiraju isto polje rada, a to je stvaranje regionalnog tržišta i slobodno kretanje radnika na tom tržištu, čini se da oni ne idu ruku pod ruku imajući u vidu da „Otvoreni Balkan“ nema obavezu pridržavanja jasno

---

26 *Ibid.*, 60.

27 D. Đukanović, M. Krstić, „Berlinski proces – nemačka ‘zapadnoevropska’ inicijativa“, *Srpska politička misao* 4/2016, 169.

28 Marina Vulović, „The Berlin Process in the Western Balkans: Big Ideas, Difficult Implementation“, SWP Comment, No. 70, Stiftung Wissenschaft und Politik, German Institute for International and Security Affairs, December 2020, 2.

29 Julija Simić, „Three Countries Agree Mini Schengen in the Balkans“, <https://www.euractiv.com/section/enlargement/news/three-countries-agree-mini-schengen-in-the-balkans/>, 11. 11. 2023.

izgrađenim standardima Evropske unije, kao ni obavezu poštovanja demokratski vrednosti i tekovina evropskog društva.<sup>30</sup>

Za razliku od dostignuća Berlinskog procesa koja su postignuta pod punim kontrolnim mehanizmom Evropske unije, projekat „Otvoreni Balkan“ predstavlja viši stepen regionalnog vlasništva (*regional ownership*) zbog njegove slabije veze sa Briselom.<sup>31</sup> Prilikom tumačenja koncepta regionalnog vlasništva polazi se od teze da je to dobro osmišljen projekat podele srpske i albanske sfere uticaja koji negativno konkuriše Berlinskom procesu, jer slabi uticaj Evropske unije na Balkanu. Sledstveno tome, potrebno je konstituisanje jasne veze između Berlinskog procesa i projekta „Otvoreni Balkan“. Štaviše, „Otvoreni Balkan“ i Berlinski proces su slični po tome što su dizajnirani u periodu nedostatka jasne perspektive članstva „Zapadnobalkanske šestorke“ u Evropsku uniju.<sup>32</sup>

#### 4. SLOBODA KRETANJA RADNIKA

„Otvoreni Balkan“ zajedno sa Berlinskim procesom ima za cilj stvaranje jedinstvenog regionalnog tržišta kao ključnog elementa ekonomske agende. U poslednjih nekoliko godina se akcenat sve više stavlja na inicijative za bližom ekonomskom saradnjom radi otklanjanja barijera i omogućavanja slobodnog kretanja radnika kojim se realizuje Sporazum o uslovima za slobodan pristup tržištu rada na Zapadnom Balkanu.<sup>33</sup> Naime, da bi se to postiglo potrebno je jačanje bilateralnih veza, te formiranje tešnje regionalne ekonomske strukture kroz brojne

30 Mitko Arnaudov, Milica Ćurčić, „Inicijativa Otvoreni Balkan: mogućnost ekonomske i političke integracije bez bezbednosne komponente“, *Međunarodna politika* 1187/2023, 133.

31 D. Đukanović, „Mini Šengen – koncept, implementacija i kontroverze“, *Međunarodni problemi* 3/2020, 596.

32 Balkan Policy Research Group, „Berlinski proces za Zapadni Balkan: prednosti i izazovi za Kosovo“, [https://balkansgroup.org/wp-content/uploads/2019/11/Berlinski-Proces-za-zapadni-Balkan\\_-Prednosti-i-izazovi-za-Kosovo.pdf](https://balkansgroup.org/wp-content/uploads/2019/11/Berlinski-Proces-za-zapadni-Balkan_-Prednosti-i-izazovi-za-Kosovo.pdf), 3. 11. 2023.

33 Sporazum, odnosno Zakon o potvrđivanju sporazuma o uslovima za slobodan pristup tržištu rada na Zapadnom Balkanu („Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori“, br. 27/2021), dostupan na: [https://api.pks.rs/storage/assets/Sporazum\\_o\\_uslovima\\_za\\_slobodan\\_pristup\\_trzistu\\_rada\\_na\\_Zapadnom\\_Balkanu.pdf](https://api.pks.rs/storage/assets/Sporazum_o_uslovima_za_slobodan_pristup_trzistu_rada_na_Zapadnom_Balkanu.pdf).

programe i projekte koji doprinose saradnji. Takođe, valja istaći da je osnovni preduslov sveobuhvatnije ekonomske integracije izgradnja tržišne privrede i efikasno korišćenje ljudskih resursa kojima te privrede raspolažu. Dakle, podsticanjem mobilnosti radne snage prevazilaze se tenzije koje postoje na pojedinim tržištima rada.<sup>34</sup> Sloboda kretanja radnika je jedno od osnovnih prava koje podrazumeva pravo rada i boravka u nekoj od država članica „Otvorenog Balkana“. Bez slobode kretanja radnika, nije moguće ostvarenje ostalih garantovanih sloboda.

Stoga, od momenta nastanka inicijative „Otvoreni Balkan“ fokus saradnje zemalja učesnica bio je smešten na pružanje garantija slobodnog kretanja radnika, po uzoru na slobode izgrađene na području Evropske unije. Naime, podsticanje slobode kretanja radnika glavni je cilj evropskih integracija još od 50-ih godina prošlog veka kada su učinjeni i prvi koraci u tom pravcu.<sup>35</sup> Zapravo, početak garantije ove slobode obeležen je ekonomskom prirodom projekta koji je ukazivao na značaj kretanja radne snage koja reprezentuje ključan faktor proizvodnje za jačanje nacionalne privrede. U suštini, osnovni ekonomski cilj četiri slobode je optimalna alokacija resursa unutar Evropske unije. Ipak, pravo na slobodu kretanja lica (radnika) nije bilo sastavni deo originalnog teksta Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, već je Protokolom br. 4 uz ovaj akt Saveta Evrope, usvojenim u Strazburu 1963. godine, uvrštena, između ostalog, i sloboda kretanja lica (radnika) u krug proklamovanih sloboda i prava.<sup>36</sup> Otuda ne čudi što se sloboda kretanja ljudi, a naročito sloboda kretanja radnika grupiše u deo temeljnih vrednosti Evropske unije. Međutim, pravo na slobodno kretanje radnika nije pravo sa *per se* značenjem nego pravo koje svoju sadržinsku osnovu ima u ostvarenju privrednih aktivnosti.

Na ovom mestu valja pomenuti da su ratni sukobi na prostoru Balkana uticali na politički stabilnost tog regiona i posledično doveli do nemogućnosti približavanja tržišta rada pojedinih zemalja pripadnica Zapadnog Balkana unutrašnjem tržištu Evropske unije. Sloboda kretanja radnika iz tog dela Evropa ka centru Evrope bila je ograničena viznim režimom. U tom pogledu napravljen je veliki iskorak 2009.

34 D. Đukanović, M. Dašić, *op. cit.*, 620.

35 Goran Obradović, Milan Jevtić, *Značajni aspekti radnog prava Evropske unije*, Fondacija Fridrih Ebert, Beograd 2008, 7.

36 G. Obradović, „Sloboda kretanja radnika u Evropskoj uniji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 44/2004, 240.

godine pokretanjem procesa viznih olakšica kao dela Solunske agende, i to prvo sa Severnom Makedonijom, Srbijom i Crnom Gorom, pa zatim i sa Albanijom i Bosnom i Hercegovinom.<sup>37</sup> Vizna liberalizacija je potvrđena Odlukom uvrštenom u Regulativu 539/2001 gde su prve tri navedene balkanske zemlje prebačene sa „crne“ na „belu“ šengensku listu. Polazeći od iste težnje, da se obezbedi nesmetano kretanje ljudi uključujući i radnike, koncept „Mini Šengen“ odnosno „Otvoreni Balkan“ postaje dobar korak u pravcu približavanja Zapadnog Balkana Evropskoj uniji.<sup>38</sup>

Kritike „Otvorenog Balkana“ su uglavnom upućene zbog problema harmonizacije tog sistema sa sistemom Evropske unije. Naime, regionalna saradnja u okviru Berlinskog procesa se odvija kroz format „Zapadnobalkanske šestorke“ u smisli da uključuje svih šest država Regionalnog ekonomskog prostora,<sup>39</sup> dok „Otvoreni Balkan“ čine samo tri države Zapadnog Balkana.<sup>40</sup> Imajući to u vidu daju se predlozi da se agenda „Mini Šengen“ odnosno „Otvoreni Balkan“ integriše u agendu Evropske unije. S tim u vezi, da bi se izbegli jednostrani procesi i povećali institucionalni kapaciteti regionalnih organizacija i institucija došlo se na ideju stvaranja regionalnog tržišta zasnovanog na pravilima Evropske unije. Pored toga, Zajedničko regionalne tržište se gradi na dostignućima Regionalnog ekonomskog prostora i predstavlja most koji povezuje privrede evropskog regiona.<sup>41</sup> Naime, to pretpostavlja komplementarnost Zajedničkog regionalnog tržišta sa procesom evrointegracija, tako da razlike postoje samo po pitanju forme, ali ne i suštine. Štaviše, predsednik Srbije Aleksandar Vučić, tadašnji premijer Severne Makedonije Zoran Zaev i albanski premijer Edi Rama potpisali su Deklaraciju u Ohridu 2019. godine koja je imala za cilj da

37 Elton Tota, Gjon Culaj, „Open Balkan Initiative: A Contested Issue in the EU Membership Perspective“, *Journal of Liberty and International Affairs* 1/2023, 314.

38 Naziv „Mini-Šengen“ simbolično se odnosi na Šengensku zonu. *Ibid.*, 312.

39 M. Vulović, *op. cit.*, 3

40 Balkan Policy Research Group, „Regional Cooperation in the Western Balkans, An Overview of the Regional Economic Area and the Mini Schengen“, [https://balkansgroup.org/wp-content/uploads/2021/02/Regional-Cooperation-in-the-Western-Balkans\\_Regional-Economic-Area-the-mini\\_schengen-and-the-Common-Regional-Market-WEB-1.pdf](https://balkansgroup.org/wp-content/uploads/2021/02/Regional-Cooperation-in-the-Western-Balkans_Regional-Economic-Area-the-mini_schengen-and-the-Common-Regional-Market-WEB-1.pdf), 9. 11. 2023.

41 Dakle, inicijativa nema za cilj da zameni proces evropskih integracija nego da uspostavi isti model „EU slobode“. *Ibid.*

ubrza implementaciju Regionalnog ekonomskog prostora identifikacijom liste prioriternih mera u vezi sa četiri garantovane tržišne slobode. Budući da ima za cilj širenje tržišta roba, kapitala, usluga i radne snage regionalna saradnja na Zapadnom Balkanu je u samom srcu evropskih integracija po mišljenjima pojedinih autora.<sup>42</sup> U središtu inicijative „Otvoreni Balkan“ smeštena je izgradnja zajedničkog regionalnog tržišta koje će se integrisati sa jedinstvenim tržištem Evropske unije. Međutim, otvara se pitanje da li stvaranje zajedničkog tržišta zahteva redefinisane procesa pristupanja Evropskoj uniji.<sup>43</sup> Naime, zbog odsustva čvrstog obećanja članstva u Evropskoj uniji stiče se utisak da je „Otvoreni Balkan“ zamena za integraciju u Evropskoj uniji ili njena alternativa odnosno neka vrsta „mini-EU“.<sup>44</sup>

Pritom, kada je reč o slobodi kretanja radnika treba posebno istaći Memorandum o razumevanju o radnim dozvolama koji predstavlja osnov za stvaranje slobodnog pristupa tržištu rada u regionu.<sup>45</sup> Pisci Memoranduma su, dakle, na prvom mestu imali za cilj olakšano dobijanje i korišćenje radnih dozvola za državljane Srbije, Severne Makedonije i Albanije. Ujednačena procedura za izdavanje dozvola treba da poveća dostupnost radne snage i otkloni nedostatke koji postoje na tržištu rada. Štaviše, dizajneri tog sistema veruju da će jedinstvene procedure generisati viši ekonomski rast u budućnosti, smanjiti dugoročnu nezaposlenost i poboljšati društveno blagostanje svih građana. Na ovom mestu valja naglasiti i potrebu za uklanjanjem prepreka koje radne dozvole predstavljaju za unutarkompanijske transfere i pružaoce usluga, uključujući i odabrane profesije među ekonomijama Zapadnog Balkana.<sup>46</sup>

42 Marina Matić Bošković, „Open Balkan Initiative – What Can We Learn from the EU Area of Freedom, Security and Justice“, *Regional Law Review* 4/2022, 213.

43 Senad Jašarević, „Sloboda kretanja radnika u EU u novim okolnostima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2017, 1379.

44 D. Đukanović (2020), *op.cit.*, 597.

45 Memorandum o razumevanju o radnim dozvolama, dostupan na: [https://api.pks.rs/storage/assets/%D0%9C%D0%B5%D0%BC%D0%BE%D1%80%D0%B0%D0%BD%D0%B4%D1%83%D0%BC\\_%D0%BE\\_%D1%80%D0%B0%D0%B7%D1%83%D0%BC%D0%B5%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D1%83\\_%D0%BE\\_%D1%80%D0%B0%D0%B4%D0%BD%D0%B8%D0%BC\\_%D0%B4%D0%B0%D0%B7%D0%B2%D0%BE%D0%BB%D0%B0%D0%BC%D0%B0.pdf](https://api.pks.rs/storage/assets/%D0%9C%D0%B5%D0%BC%D0%BE%D1%80%D0%B0%D0%BD%D0%B4%D1%83%D0%BC_%D0%BE_%D1%80%D0%B0%D0%B7%D1%83%D0%BC%D0%B5%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D1%83_%D0%BE_%D1%80%D0%B0%D0%B4%D0%BD%D0%B8%D0%BC_%D0%B4%D0%B0%D0%B7%D0%B2%D0%BE%D0%BB%D0%B0%D0%BC%D0%B0.pdf).

46 D. Đukanović (2020), *op.cit.*, 597.

Načelo slobode kretanje radnika, naime, zahteva eliminisanje svih vrsta diskriminacije na osnovu državljanstva radnika država članica u vezi sa zapošljavanjem, naknadama za rad i drugim uslovima rada.<sup>47</sup> U svetlu toga, svaki državljanin države članice „Otvorenog Balkana“ ima pravo tražiti posao u drugoj državi članici bez diskriminacije na temelju državljanstva, pri čemu je postupak ostvarivanja tog prava značajno olakšan. Jednostavno rečeno, do posla se dolazi brže i jednostavnije jednim klikom na sajt eUprave koja autorizuje to jest odobrava rad u bilo kojoj državi članici „Otvorenog Balkana“. Umesto radne dozvole i boravišne dozvole, aplikantu se izdaje jedinstveni Identifikacioni broj Otvorenog Balkana koji ima funkciju da obezbedi pristup regionalnom tržištu rada svima po jednakim uslovima. Sistem je osmišljen tako da se rad u drugoj državi odobrava na period od dve godine uz mogućnost produženja.<sup>48</sup> Premda je izdavanje radnih dozvola ukinuto, države učesnice su uvele privremena ograničenja u pristupu tržištu rada odnosno razdoblje u kojem radnik ostvaruje pravo na rad u drugoj državi. U suštini, ova sloboda garantuje radno sposobnim pojedincima pravo izbora gde će raditi imajući u vidu uslove rada koji važe u određenoj zemlji. Radnici mogu tražiti zaposlenje i menjati posao prema sopstvenim željama i interesima u okviru prostora tri države koje čine „Otvoreni Balkan“. Identifikacioni broj Otvorenog Balkana je, naime, rezultat implementacije modela registracije i regulisanja privremenog boravka.

Tačnije, to je „broj koji je Ugovorna strana čije državljanstvo ima izdala državljaninu, u skladu sa Sporazumom o povezivanju šema elektronske identifikacije građana Zapadnog Balkana, u svrhu korišćenja elektronskih usluga u okviru inicijative Otvoreni Balkan“.<sup>49</sup> Mobilnost odnosno sloboda kretanja visokokvalifikovane radne snage i uzajamno

47 Ipak, sloboda kretanja radnika nije apsolutna budući da poznaje ograničenja koja se tiču javnih interesa, javne sigurnosti i bezbednosti. S druge strane, ova sloboda doprinosi boljem upoznavanju naroda, lakšem suživljenju i mirnodopskim odnosima. Vlatka Šokec, Ana Elena Troha, „Sloboda kretanja radnika“, *Paragraf* 1/2022, 134.

48 „Ovim Memorandumom ugovorne strane izražavaju svoju volju da olakšaju kretanje ljudi u cilju lakšeg i slobodnijeg pristupa tržištu rada u cilju uklanjanja radne dozvole i pojednostavljenje procedura u vezi sa privremenim boravkom“. Čl. 2 Memoranduma o razumevanju o radnim dozvola.

49 Čl. 2 Sporazuma o uslovima za slobodan pristup tržištu rada na Zapadnom Balkanu.

priznavanje diploma visokog obrazovanja i stručnih kvalifikacija se nadovezuju na prethodnu inicijativu. Kada je reč o mobilnosti rada, jedinstveno tržište omogućava transfer veština, konvergenciju troškova rada i uravnoteženiju raspodelu zaposlenosti između Zemalja članica. Osim što će popuniti nedostajuće radne kapacitete očekuje se da će jedinstveno tržište rada moći da kontroliše migraciona kretanja sa Bliskog istoka u Evropu. Dakle, „Otvoreni Balkan“ se poima i kao tampon zona u smislu zaustavljanja migracionog talasa ka Evropi prouzrokovano sirijskim građanskim ratom.<sup>50</sup> U skladu sa tim, otvara se pitanje da li će intenzivna regionalna saradnja kroz inicijativu „Otvoreni Balkan“ ubrzati ili usporiti pristupanje zemalja regiona Evropskoj uniji ili možda oblikovati Zapadni Balkan kao novu tampon zonu.<sup>51</sup> Štaviše, Evropska unija je najčešća emigraciona destinacija zbog čega intenzivirana saradnja u oblasti migracija može dovesti do političkih ustupaka u pristupnim procedurama država Zapadnog Balkana. Osim borbe protiv ilegalnih migracija zajednička inicijativa „Otvoreni Balkan“ podrazumeva veći stepen otvorenosti granica između država članica čime Zapadni Balkan postaje atraktivno privredno područje.<sup>52</sup>

## 5. ZAKLJUČAK

Integracija država u zajednicu radi lakšeg zadovoljenja ekonomski i drugih potreba nije novijeg datuma. Težnja za brisanjem razlika i približavanjem država datira još od prošlog veka i obeležena je brojnim karakteristikama. Saradnja se, načelno posmatrano, može odvijati u različitim oblastima, s tim da je glavni cilj povezivanja postizanje

50 Tampon zona se može definisati kao određena oblast koja je geografski i strateški pozicionirana na način da odvaja dve neprijateljske države smanjujući tako mogućnost izbijanja sukoba, premda se namene njenog postojanju mogu kretati u rasponu od društvenih i geopolitičkih do sanitarnih i ekonomskih. Drugim rečima, „tampon zona je državni ili mini kompleks u okviru sastava bezbednosti [...] čija je misija da razdvoji konkurentne moći“. Barry Buzan, Ole Wæver, Jaap de Wilde, *Security: A New Framework for Analysis*, Pinter Publishers, London 1998, 489. Termin se prvi put pojavio krajem 19. veka i vezuje se za Bliski istok odnosno Indiju koja je bila u samom središtu sukoba između Ruskog carstva i Velike Britanije.

51 M. M. Bošković, *op. cit.*, 214.

52 Pojedini autori u tome vide jedini put ili izlaz koji vodi od „balkanizacije“ do „evropeizacije“. *Ibid.*

ekonomskog napretka svih učesnika. Stoga su prve inicijative najrazvijenije zajednice u svetu, Evropske unije, upravo bile usmerena ka obezbeđenju nesmetanog kretanja ljudi, robe, kapitala i usluga. „Četiri slobode“ predstavljaju okosnicu svih vrednosti na kojima se temelji Evropska zajednica država. U tom kontekstu se posebno izdvaja sloboda kretanja radnika kao preduslov ekonomskog prosperiteta i društvenog napretka. Slobodno kretanja radnika se odvija na jedinstvenom tržištu koje služi kao mehanizam za postizanje ravnoteže između ponude i tražnje za radnom snagom.

Po uzoru na tržišne slobode proklamovane u okviru Evropske unije pre nekoliko godina nastaje regionalna inicijativa tri države – Srbije, Albanije i Severne Makedonije pod nazivom „Mali Šengen“ koja je kasnije preimenovana u „Otvoreni Balkan“. Nov naziv, ali stare ideje čiji koreni doseže sve do Hladnog rata, i prvih intervencija Evropske unije oličenih u Paktu za stabilnost Jugoistočne Evrope. U tom pogledu važno mesto zauzima „Otvoreni Balkan“ osobito ako se uzme u obzir činjenica da u okviru Evropske unije, preovladava stav da ekonomska saradnja može stabilizovati region. Otuda i podrška Evropske unije budući da pomenuti projekat nastoji promovisati u prvom redu društveni napredak i poboljšanje životnih i radnih uslova naroda Balkana. Štaviše, primarno sredstvo za postizanje navedenih ciljeva su programi mobilnosti i razmene, kao i uključivanje mladih u procese političkog odlučivanja. Uz to, otklanjanje administrativnih poteškoća sa kojim se radnici susreću na tržištu rada ne bi li se obezbedilo jednostavnije kretanje radne snage. Dakle, umesto radne dozvole i boravišne dozvole radnici dobijaju jedinstveni Indentifikacioni broj Otvorenog Balkana na osnovu kojeg mogu da rade u okviru jedinstvenog tržišta.

Tijana Kovačević, Ph.D Candidate  
University of Belgrade Faculty of Law

## THE FREE MOVEMENT OF WORKERS AND THE OPEN BALKAN

### *Summary*

The concept of Open Balkan emerged four years ago among high-ranking officials of Balkan countries, driven by the aspiration for increased cooperation in economic and other vital areas. The collaboration between Serbia, North Macedonia, and Albania aims to tackle socio-economic challenges, fostering regional cooperation for better state integration and the joint use of resources to combat unemployment and economic issues. This initiative has led to various agreements and acts forming the legal framework, mirroring the European Union's values of unrestricted movement of people, goods, capital, and services. Key areas include establishing a single market, recognizing diplomas and qualifications, introducing administrative benefits in employment, and streamlining work permits. Facilitating free labor market access reduces emigration and aligns labor supply and demand across sectors. The construction of a unified labor market involves implementing an electronic system for identifying and applying for freelance jobs within the regional Union, serving as a potent tool for migration control and addressing labor shortages in specific professions.

Key words: *Open Balkan. – Free movement of workers. – Work permits. – Single labor market.*

### LITERATURA

- Arnaudov M., Ćurčić M., „Inicijativa Otvoreni Balkan: mogućnost ekonomske i političke integracije bez bezbednosne komponente“, *Međunarodna politika* 1187/2023, 133–159.
- Buzan B., Wæver O., De Wilde J., *Security: A New Framework for Analysis*, Pinter Publishers, London 1998.
- Bošković Matić M., „Open Balkan Initiative – What Can We Learn from the EU Area of Freedom, Security and Justice“, *Regional Law Review* 4/2022, 118–131.

- Balkan Policy Research Group, „Regional Cooperation in the Western Balkans, An Overview of the Regional Economic Area and the Mini Schengen“, [https://balkansgroup.org/wp-content/uploads/2021/02/Regional-Cooperation-in-the-Western-Balkans\\_Regional-Economic-Area-the-mini\\_schengen-and-the-Common-Regional-Market-WEB-1.pdf](https://balkansgroup.org/wp-content/uploads/2021/02/Regional-Cooperation-in-the-Western-Balkans_Regional-Economic-Area-the-mini_schengen-and-the-Common-Regional-Market-WEB-1.pdf), 9. 11. 2023.
- Čavoški A., „Proširenje Evropske unije u svetlu Ugovora iz Lisabona“, *Proširenje Evropske unije na Zapadni Balkan* (ur. D. Dimitrijević, I. Lađevac), Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd 2009, 11–23.
- Karakoç Dora Z., Botić J., „The Mini Schengen Initiative in the Western Balkans As a New Buffer Zone“, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 2/2021, 287–307.
- Dhimolea A., *Open Balkan: A step forward towards Common Regional Market*, Friedrich Ebert Stiftung 2022.
- Đukanović D., Dašić M., „Modeliranje regionalne saradnje na Balkanu nakon 1999. godine: evropska iskustva i njihova primena“, *Međunarodni problemi* 4/2021, 617–636.
- Đukanović D., Krstić M., „Regionalna saradnja na Zapadnom Balkanu – dugoročno čekanje na članstvo u Evropskoj uniji i/ili ‘Balkanska unija’“, *Srpska politička misao* 1/2021, 9–26.
- Đukanović D., „Bilateral Relations Between The Western Balkan Countries – Historical Background and Contemporary Challenges“, *Conference proceedings: Regionalism and Reconciliation*, (eds. D. Dimitrijević, I. Lađevac, A. Jović-Lazić), Global Resource Management, Doshisha University, Kyoto, Institute of International Politics and Economics, Belgrade 2014, 111–127.
- Đukanović D., „Transformacija Pakta za stabilnost u Jugoistočnoj Evropi – novi podsticaji regionalnoj saradnji“, *Međudržavni forumi za saradnju u Evropi – uporedni modeli* (ur. D. Đukanović), Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd 2007, 173–190.
- Đukanović D., Krstić M., „Berlinski proces – nemačka ‘zapadnoevropska’ inicijativa“, *Srpska politička misao* 4/2016, 169–185.
- Đukanović D., *Balkan na posthladnoratovskom raskršću (1989–2016)*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Službeni glasnik, Beograd 2016.

- Đukanović D., „Mini Šengen’ – koncept, implementacija i kontroverze“, *Međunarodni problemi* 3/2020, 595–618.
- Hettne B., Söderbaum F., „The New Regionalism Approach“, *Politeia* 3/1998, 6–21.
- Ivanović V., *Regionalno tržište rada na Zapadnom Balkanu – objektivna potreba u nepovoljnim uslovima*, Fondacija Centar za demokratiju, 2021.
- Jašarević S., „Sloboda kretanja radnika u EU u novim okolnostima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2017, 1379–1397.
- Kovačević Lj., „Zapošljavanje radnika migranata – pretpostavke, uslovi i ograničenja“, *Strani pravni život* 2/2020, 5–25.
- Kovačević M., „Politika proširenja Evropske unije u potrazi za reformom“, *Politička revija* 2/2020, 133–150.
- Lađevac I., Đukanović D., „Serbia and Regional Cooperation“, <http://repozitorijum.diplomacy.bg.ac.rs/473/1/14.%20Japan%20i%20Serbia%20Regional...Cooper.%20%282011%29-154-162.pdf>, 1. 11. 2023.
- Obradović G., Jevtić M., *Značajni aspekti radnog prava Evropske unije*, Fondacija Fridrih Ebert, Beograd 2008.
- Obradović G., „Sloboda kretanja radnika u Evropskoj uniji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 44/2004, 237–266.
- Privredna komora Srbije, „Put ka četiri slobode“, <https://pks.rs/open-balkan>, 20. 10. 2023.
- Semenov A., „Open Balkan: objetivos y justificaciones“, *Comillas Journal of International Relations* 24/2022, 24–34.
- Simić J., „Three Countries Agree Mini Schengen in the Balkans“, <https://www.euractiv.com/section/enlargement/news/three-countries-agree-mini-schengen-in-the-balkans/>, 11. 11. 2023.
- Surlić S., Lazarević A., Kolarski Lj., „Integration vs. Sovereignation. The „Open Balkan“ in the Framework of Status and Identity Disputes“, *Srpska politička misao* 3/2022, 57–78.
- Šokec V., Troha E. A., „Sloboda kretanja radnika“, *Paragraf* 1/2022, 133–152.

Tota E., Culaj G., „Open Balkan Initiative: A Contested Issue in the EU Membership Perspective“, *Journal of Liberty and International Affairs* 1/2023, 312–324.

Vulović M., The Berlin Process in the Western Balkans: Big Ideas, Difficult Implementation, SWP Comment, No. 70, Stiftung Wissenschaft und Politik, German Institute for International and Security Affairs, December 2020.

Wanninger J., „Der Westliche Balkan – Prüfstein deutscher und europäischer Außenpolitik“, *Notes du Cefra* 60/2016, 1–32.

Article history:

Received: 15. 10. 2023

Accepted: 27. 11. 2023

Mina Kuzminac\*

## OTVORENI BALKAN – OTVARANJE NOVIH MOGUĆNOSTI ZA SEZONSKE RADNICE U POLJOPRIVREDI

*Širom sveta živi i radi između 150 i 200 miliona radnika migranata i radnica migrantkinja.<sup>1</sup> Zapošljavanje i rad migranata i migrantkinja najčešće podrazumeva nestabilnost i nesigurnost zaposlenja, suočavanje sa administrativnim, jezičkim i kulturološkim barijerama, kao i sa brojnim stereotipima i predrasudama. Sa druge strane, rad u poljoprivredi takođe podrazumeva niz specifičnih izazova koji naročito dolaze do izražaja kada je reč o migrantima i migrantkinjama kao sezonskim radnicima u poljoprivredi. Dodatnu notu složenosti u svetlu navedenog uvodi i rodna perspektiva, a s obzirom na naglašenu feminizaciju migracija, kao i feminizaciju poljoprivrede. Posebnu važnost u kontekstu prevazilaženja, barem nekih od, navedenih izazova u vezi sa sezonskim radom u poljoprivredi i migracijama na Zapadnom Balkanu ima inicijativa Otvoreni Balkan (eng. Open Balkan) koja garantuje slobodno kretanje radnika i jednak pristup tržištu rada u državama članicama.*

**Ključne reči:** Tržište rada. – Sezonske radnice. – Radnice migrantkinje. – Poljoprivreda. – Otvoreni Balkan.

### 1. UVODNA RAZMATRANJA

Inicijativa Otvoreni Balkan (eng. *Open Balkan*)<sup>2</sup>, koja je nastala pre nekoliko godina i koja podrazumeva saradnju država Zapadnog Balkana u pogledu različitih pitanja, ima veliki značaj, između ostalog,

---

\* Saradnik u nastavi Univerziteta u Beogradu – Pravnog fakulteta, *mina.kuzminac@ius.bg.ac.rs*, ORCID: 0000-0003-3209-231X (Republika Srbija).

1 International Labour Organization, *ILO Global Estimates on International Migrant Workers: Results and Methodology*, Third edition, International Labour Office, Geneva 2021.

2 Za više o kontekstu nastanka ove inicijative vid. Privredna komora Srbije, „Put ka četiri slobode“, <https://pks.rs/open-balkan>, 20. 5. 2023.

kada je reč o položaju sezonskih radnica u poljoprivredi. Ipak, da bismo stekli sveobuhvatni uvid u novine i značaj novina koje ova inicijativa uvodi, potrebno je da učinimo korak unazad i razmotrimo širi kontekst koji se odnosi na položaj radnica migrantkinja u svetu rada uopšte, a posebno kada je reč o sezonskom radu u poljoprivredi.

Sa jedne strane „migracije predstavljaju višedimenzionalnu stvarnost koja je sve izraženija u savremenom, globalizovanom društvu“<sup>3</sup>. Sa druge strane pak, tržište rada i uopšte svet rada danas, kao i decenijama unazad, biva u velikoj meri oblikovan postojanjem nejednakosti, te pored opravdanih razloga različitog tretmana, kandidati za zaposlenje i zaposleni neretko bivaju stavljeni u nepovoljniji položaj iz neopravdanih, diskriminatornih, razloga.<sup>4</sup> Nasuprot velikim naporima uloženim sa ciljem postizanja, makar formalne jednakosti, suštinski nejednak tretman je često stvarnost u sferi zapošljavanja i rada.<sup>5</sup> Ovakav raskorak garantija formalne jednakosti sa jedne strane i situacije u praksi sa druge znatno utiče na položaj onih koji migriraju širom sveta, te su tako radnici migranti često žrtve diskriminacije u svetu rada.<sup>6</sup> Pored toga, migranti i migrantkinje su često suočeni i sa složenim administrativnim procedurama, jezičkim i drugim barijerama koje predstavljaju izazov *per se*, ali isto tako doprinose izgradnji određene slike o onima koji migriraju čineći uopšte položaj ovih lica naročito otežanim. S obzirom na to, ne iznenađuje činjenica da migranti i migrantkinje najčešće rade na nestabilnim, slabo plaćenim i manje vrednovanim poslovima, te su u tom smislu posebno zastupljeni i

3 Bogdan Krasić, Bojan Stojanović, „Globalni kompakt o migracijama: pravna priroda i potencijalni uticaj na razvoj međunarodnog migracionog prava“, *Pravni zapisi* 2/2020, 645.

4 Međunarodna organizacija rada uporno upozorava na rizik diskriminacije kojoj su izloženi milioni ljudi u sferi zapošljavanja i rada, a čije postojanje dovodi do narušavanja osnovnih i ljudskih prava i dostojanstva kao osnova ljudskih prava. Janine Berg, *Labour Markets, Institutions and Inequality: Building Just Societies in the 21st Century*, International Labour Office, Geneva 2015.

5 Sandra Fredman, „Substantive Equality Revisited“, *International Journal of Constitutional Law* 3/2016, 729–735.

6 Razlozi za migracije su brojni, ali često je uzrok migracije potreba za „boljim životom“, odnosno boljim uslovima rada, većim prihodima ili neretko za bilo kakvim mogućnostima u pogledu zapošljavanja i rada, te u tom svetlu govorimo o radnicima migrantima. Jessica Hagen-Zanker, „Why Do People Migrate? A Review of the Theoretical Literature“, *Working Paper* No. 2008/WP002, Maastricht 2008.

„popularni“ sezonski poslovi (u poljoprivredi), a koji često podrazumevaju prekarni rad.<sup>7</sup> U ekstremnijim slučajevima, oni koji migriraju postaju žrtve radne eksploatacije, pa i prinudnog rada, a navedene pojave su u toj meri zastupljene da se čak govori o migraciji kao *faktoru rizika* u kontekstu radne eksploatacije.<sup>8</sup> Dakle, potrebno je prepoznati to da sezonski rad u poljoprivredi često podrazumeva naročito širok prostor za potencijalne zloupotrebe koje posebno dolaze do izražaja u pogledu radnika migranata. Naposljetku, važno je uvesti i rodnu perspektivu, a s obzirom na sve zastupljenije pitanje i rastući trend kako feminizacije migracija, tako i feminizacije poljoprivrede. Potrebno je detaljnije razmotriti ove pojave, a u svetlu izraženih rodnih i polnih nejednakosti u svetu rada.<sup>9</sup>

Navedeni izazovi su prisutni globalno posmatrano, te tako i na Zapadnom Balkanu, a priroda izazova sa kojima se migrantkinje kao sezonske radnice u poljoprivredi suočavaju je veoma složena i višedimenzionalna – od administrativnih procedura do stereotipa i predrasuda. I dok veliki značaj u borbi protiv ovih izazova imaju pravni instrumenti i institucionalni mehanizmi, potrebno je imati u vidu i to da upravo složenost ovog pitanja ukazuje i na važnost primene vanpravnih mehanizama. Svakako, značajan korak u kontekstu navedenog je inicijativa Otvoreni Balkan, čiji značaj uopšte, a posebno u pogledu migrantkinja kao sezonskih radnica u poljoprivredi, će biti detaljnije razmotren kroz rad.

## 2. NASTANAK I ZNAČAJ INICIJATIVE OTVORENI BALKAN

Pre svega, prilikom analize Otvorenog Balkana, potrebno je navesti i to da je regionalna saradnja u određenim aspektima i u izvesnoj

---

7 Cathryn Costello, „Migrants and Forced Labour: A Labour Law Response“, *The Autonomy of Labour Law* (eds. Alan Bogg *et al.*), Hart Publishing, London 2015.

8 International Labour Organization, „What Role Can International Labour Standards and the ILO Play in the Protection of Migrant Workers' Wages?“, [https://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/events-training/WCMS\\_876167/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/events-training/WCMS_876167/lang-en/index.htm), 1. 6. 2023.

9 Joyce Endendijk *et al.*, „Gender Stereotypes in the Family Context: Mothers, Fathers, and Siblings“, *Sex Roles*, 9–10/2013, 577–590.

meri postojala i u prethodnih nekoliko godina i dve decenije.<sup>10</sup> Pa ipak, isto tako, je „geneza regionalne saradnje na Zapadnom Balkanu protekle dve i po decenije imala različite etape, uz dugotrajne krize i probleme u vezi sa razvojem vlastitog koncepta“.<sup>11</sup> Nakon brojnih izazova na tom planu, 2017. godine, kada su premijeri Republike Albanije i Republike Severne Makedonije i predsednik Republike Srbije jasno prepoznali potrebu za bližom ekonomskom saradnjom, dolazi do začetka ideje koja danas predstavlja inicijativu Otvoreni Balkan.<sup>12</sup> Sama inicijativa, doduše pod nazivom Mali Šengen, je pokrenuta dve godine kasnije, 2019. godine u Novom Sadu, dok je 2021. godina trenutak od kog govorimo o pojmu i konceptu Otvorenog Balkana.<sup>13</sup> Dakle, može se reći da je ova inicijativa „pokrenuta u trenutku međunarodnih previranja na ekonomskom, bezbednosnom i zdravstvenom planu“.<sup>14</sup>

- 10 U tom pogledu, ne sme biti zanemaren značaj CEFTA sporazuma, koji je (u određenom trenutku) obuhvatao svaku od navedenih država: Hrvatsku, Bugarsku, Rumuniju, Albaniju, Bosnu i Hercegovinu, Crnu Goru, Moldaviju, Severnu Makedoniju i Srbiju. Ovaj sporazum ima veliki značaj u pogledu trgovine među državama članicama, međutim on je po svojoj prirodi privremeneog karaktera, a budući da trenutkom ulaska u Evropsku uniju, države automatski prestaju da budu članice. Za više o značaju CEFTA-e vid. [https://cefta.int/about/#:~:text=Central%20European%20Free%20Trade%20Agreement%20\(CEFTA\)%20aims%20at%20enhancing%20trade,stable%20and%20predictable%20trade%20rules](https://cefta.int/about/#:~:text=Central%20European%20Free%20Trade%20Agreement%20(CEFTA)%20aims%20at%20enhancing%20trade,stable%20and%20predictable%20trade%20rules), 1. 7. 2023.
- 11 Dragan Đukanović, Milan Krstić, „Regionalna saradnja na Zapadnom Balkanu – dugoročno čekanje na članstvo u Evropskoj uniji i/ili ‘Balkanska unija’“, *Srpska politička misao* 1/2021, 9.
- 12 Julija Simić, „Three Countries Agree Mini Schengen in the Balkans“, <https://www.euractiv.com/section/enlargement/news/three-countries-agree-mini-schengen-in-the-balkans/>, 2. 7. 2023.
- 13 Naime, 29. jula 2021. godine dolazi do potpisivanja ključnih dokumenata koji omogućavaju ekonomsku saradnju i saradnju u vanrednim situacijama, a koji čine inicijativu Otvoreni Balkan od strane predsednika Srbije Aleksandra Vučića, premijera Severne Makedonije Zorana Zaeva i premijera Albanije Edi Rame. Srbija, Severna Makedonija i Albanija potpisale tri dokumenta za bolju regionalnu saradnju, Vlada Republike Srbije, „Srbija, Severna Makedonija i Albanija potpisale tri dokumenta za bolju regionalnu saradnju“, <https://www.srbija.gov.rs/vest/565375/srbija-severna-makedonija-i-albanija-potpisale-tri-dokumenta-za-bolju-regionalnu-saradnju.php>, 20. 6. 2023.
- 14 Mitko Arnaudov, Milica Ćurčić, „Inicijativa Otvoreni Balkan: mogućnost ekonomske i političke integracije bez bezbednosne komponente“, *Međunarodna politika* 1187, 2023, 135.

Značaj ove inicijative se ogleda u tome što se regionalno tržište detaljnije razmotrilo kao okvir u kom, ali i ka kom se kreće Zapadni Balkan. Brojni sastanci, samiti i forumi koji su održani u toku ovih godina su kao rezultat imali stvaranje određenog pravnog okvira, odnosno „temelja za konkretne aktivnosti i olakšice“.<sup>15</sup> Cilj Otvorenog Balkana jeste *inkluzivna* i *dugoročna* saradnja, a kroz sporazume i memorandume koji čine sadržinu Inicijative se garantuju slobode kretanja robe, usluge, kapitala i ljudi, odnosno radnika. Ove garantije, odnosno slobode, se uvode po uzoru na Evropsku uniju (EU), te je u tom smislu posebna pažnja posvećena i pitanju *slobodnog kretanja radnika* pre svega kroz Sporazum o uslovima za slobodan pristup tržištu rada na Zapadnom Balkanu (u daljem tekstu: Sporazum)<sup>16</sup>, koji će biti detaljnije razmatran u nastavku rada.<sup>17</sup> Dakle, nastankom Otvorenog Balkana

15 Privredna komora Srbije, *op. cit.*

16 Sporazum, odnosno Zakon o potvrđivanju sporazuma o uslovima za slobodan pristup tržištu rada na Zapadnom Balkanu, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 27/2021. dostupan na: [https://api.pks.rs/storage/assets/Sporazum\\_o\\_uslovima\\_za\\_slobodan\\_pristup\\_trzistu\\_rada\\_na\\_Zapadnom\\_Balkanu.pdf](https://api.pks.rs/storage/assets/Sporazum_o_uslovima_za_slobodan_pristup_trzistu_rada_na_Zapadnom_Balkanu.pdf), 2. 7. 2023.

17 Takođe, interesantno je spomenuti i druge inicijative, koje su (bile) prisutne u različitim državama, a koje su (bile) od značaja za slobodu kretanja radnika, a posebno sezonskih radnika u poljoprivredi, što je u fokusu analize rada. Primer su ugovori u Francuskoj šezdesetih godina prošlog veka, a koji su omogućavali to da svake godine nekoliko hiljada radnika dođe u Francusku kako bi obavljali sezonski rad. Takođe, devedesetih godina je Nemačka potpisala više bilateralnih ugovora sa evropskim državama, a koji su omogućavali dolazak na period do tri meseca kako bi se obavljao sezonski rad. International Labour Organization, Decent work in Agriculture, International Workers' Symposium on Decent Work in Agriculture Geneva, 15–18 September 2003, 49–50. Takođe, u vezi sa navedenim, pored možda i najuspešnijeg primera koji se odnosi na zajedničko tržište EU, važno je primetiti da donekle sličan režim postoji u okviru MERCOSUR-a (*Mercado Común del Sur*). Države članice ovog režima su Argentina, Brazil, Paragvaj, Urugvaj i Venecuela, dok su pridružene članice Bolivija, Kolumbija, Ekvador, Peru i Čile. U pitanju je režim uspostavljen devedesetih godina prošlog veka među državama Južne Amerike koji podrazumeva slobodnu trgovinu, te i slobodno kretanje radnika među državama članicama. Dakle, kroz sporazume koji su deo ove inicijative se uspostavlja sloboda kretanja radne snage. „MERCOSUR in Brief“, <https://www.mercosur.int/en/about-mercotur/mercotur-in-brief/>, 1.7.2023. Naredni značajan korak u kontekstu saradnje u zajedničkom tržištu se ogleda u tome što je 2019. godine zaključen politički sporazum između Evropske unije i MERCOSOUR-a, a sa ciljem uspostavljanja bliže saradnje kroz zajednički trgovinski sporazum. Iako u trenutku pisanja rada ovakav sporazum još nije zaključen, veruje se da će biti

se uspostavlja ekonomska saradnja između, za sada određenog broja, država Zapadnog Balkana, ali i prevazilazi okvir „samo“ ekonomske saradnje, te prepoznaje i važnost saradnje i pomoći u vanrednim situacijama. U vezi sa svim navedenim, potrebno je napomenuti i to da je od samog nastanka, ova inicijativa praćena pitanjima i nedoumicama koje se tiču odnosa ovakve saradnje, odnosno inicijative, i evropskih integracija, a budući da je cilj država Otvorenog Balkana da postanu članice EU. Takođe, otvara se i pitanje odnosa sa berlinskim procesom prilikom razmatranja odnosa Otvorenog Balkana i Akcionog plana za uspostavljanje zajedničkog regionalnog tržišta<sup>18</sup>, a u kontekstu toga šta novo donosi Otvoreni Balkan u odnosu na Akcioni plan koji im za cilj upravo stvaranje regionalnog tržišta na temelju garantija EU. Drugim rečima, javlja se nedoumica u pogledu toga da li Otvoreni Balkan suštinski dovodi do promena i, ukoliko da, da li je potrebno redefinisati proces evropskih integracija iz ugla država Zapadnog Balkana. U svetlu ovakvih pitanja i nedoumica, potrebno je ipak imati u vidu to da „ova inicijativa ne služi kao zamena pristupanju EU, već kao element u tom procesu“.<sup>19</sup> Takođe, bez cilja umanjenja značaja nedoumice i bojazni koje se javljaju, ipak se može zaključiti da da je ova inicijativa, u najmanju ruku, korak u dobrom smeru.

### 3. KONTEKSTUALIZACIJA POLOŽAJA MIGRANTKINJA KAO SEZONSKIH RADNICA U POLJOPRIVREDI – ZAŠTO JE VAŽAN OTVORENI BALKAN?

#### 3.1. Migracije i „bolji život“

Migracije nisu pojava koja je nastala u savremenom svetu. Decenijama, pa i vekovima unazad ljudi putuju, migriraju tražeći novo

---

zaključen do kraja 2023. godine, a što bi predstavljalo značajan korak u pogledu uspostavljanja bliže saradnje. European Commission, „The EU-Mercosur Agreement Explained“, [https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mercotur/eu-mercotur-agreement/agreement-explained\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mercotur/eu-mercotur-agreement/agreement-explained_en), 1. 7. 2023.

18 CRM AP – Common Regional Market Action Plan: <https://api.pks.rs/storage/assets/Common%20Regional%20Market%20Action%20Plan%202021-2024.pdf>, 2. 7. 2023.

19 M. Arnaudov, M. Ćurčić, *op. cit.*, 133.

i bolje, stalno ili privremeno, mesto za život i svoje „mesto pod zvezdama“. Pa ipak, „širenjem globalnog poretka i digitalizacijom komunikacijskih mreža migracije dobijaju transregionalni karakter, mogućnost seoba čitavih naroda, kultura i religija“<sup>20</sup>. Štaviše, migracije postaju i sve masovnije, te tako podaci MOR-a iz 2019. godine svedoče o tome da je na svetu (bilo) 169 miliona radnika migranata, kao i 272 miliona migranata uopšte, od kojih je 245 miliona starije od 15 godina.<sup>21</sup> Takođe, preispituje se i način posmatranja migracija, te su tako međunarodne migracije „dugo posmatrane samo u svetlosti ekonomskih dobitaka i gubitaka zainteresovanih država, dok je danas jedno od centralnih pitanja koje se postavlja u vezi s ekonomskim migracijama – pitanje pravne zaštite radnika migranata i članova njihovih porodica“.<sup>22</sup> Dakle, iako sama pojava migracija nije u vezi sa savremenim svetom, sigurno je da se migracije vremenom menjaju – menja se broj (radnika) migranata, faktori koji utiču na migracije, a u izvesnoj meri i vrste izazova sa kojima migranti bivaju suočeni.<sup>23</sup> U kontekstu Zapadnog Balkana, navodi se da je fenomen migracija (seoba) prisutan već vekovima, dok se naglašava da današnje migracije u znatnoj meri utiču na dinamiku ekonomskog razvoja i političkih odnosa.<sup>24</sup> Na osnovu navedenog može se zaključiti sledeće:

- 
- 20 Zoran Jevtović, Predrag Bajić, „Slika o migrantima u diskursu dnevne štampe Srbije“, *Savremene migracije i društveni razvoj: interdisciplinarna perspektiva* (ur. Zoran Lutovac, Slobodan Mrđa), Srpsko sociološko društvo, Institut društvenih nauka, Filozofski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018, 97.
  - 21 Štaviše od 169 miliona međunarodnih radnika migranata, 63,8 miliona ili 37,7% je u Evropi i centralnoj Aziji. Još 43,3 miliona (25,6%) je u Americi [...] Procena za 2019. ukazuje na povećanje od 5 miliona radnika migranata (3,0%) u odnosu na procenu iz 2017 godine“. International Labour Organization, 2021, *op. cit.*, 11.
  - 22 Ljubinka Kovačević, „Zapošljavanje radnika migranata – pretpostavke, uslovi i ograničenja“, *Strani pravni život* 2/2020, 6.
  - 23 U teoriji je prisutno i stanovište da bi termin migrant trebalo zameniti terminom „ljudi u pokretu“, što je veoma široka i krajnje apstraktna sintagma, dok se kao ključna prednost ove sintagme navodi to što se kao polazna osnova uzimaju garantije ljudskih prava bez obzira na to da li je neko izbeglica ili migrant i koji je razlog zašto neko migrira. Annick Pijnenburg, Conny Rijken, „Moving beyond Refugees and Migrants: Reconceptualising the Rights of People on the Move“, *International Journal of Postcolonial Studies* 2/2021, 285.
  - 24 Nenad Jevtović, „Šta je budućnost Zapadnog Balkana – odlasci, dolasci ili cirkularne migracije?“, <http://www.centaronline.org/userfiles/files/preuzimanje/>

„Savremene migracije dovele su do promene u životu individue, ali i promena u celokupnom čovečanstvu [...] Savremene migracije dovele su do izvesne geopolitičke promene, ali i promena u društvima širom sveta. To je doprinelo da oni koji migriraju i stanovništvo u čiju državu migriraju, imaju potrebu da menjaju društveni sistem i paradigmu“.<sup>25</sup>

U tom svetlu, interesantno je primetiti da se dolazak migranata i migrantkinja u novu sredinu i u savremenom svetu neretko doživljava kao *sukob civilizacija* umesto *susreta civilizacija*, a što se odražava na sve sfere života, uključujući sferu zapošljavanja i rada. Stoga migranti i migrantkinje često uopšte ne uspevaju da pronađu zaposlenje na otvorenom tržištu rada, a njihov položaj ostaje otežan i posebno osetljiv i kada pronađu zaposlenje.<sup>26</sup> Razlozi za navedeno su višestruki – pre svega oni koji migriraju su često suočeni sa napornim, složenim i dugim administrativnim procedurama koje znatno otežavaju uopšte formalni pristup tržištu rada. Pored toga, potrebno je uzeti u obzir i postojanje jezičkih i kulturoloških barijera.<sup>27</sup> Konačno, uvek je neophodno imati u vidu veliku ulogu koju imaju stereotipi i predrasude, a koji upravo doprinose postojanju diskriminacije, kao i porastu ksenofobije i rasizma, po pravilu povezanog sa migracijama.<sup>28</sup> Izazovi, ili barem neki od izazova sa kojima se suočavaju migranti i migrantkinje su prepoznati na

---

*ryce/fcd-ryce-analiza-nenad-jevtovic-sta-je-buducnost-zapadnog-balkana-od-lasci-dolasci-ili-cirkularne-migracije.pdf*, 5. 7. 2023.

- 25 Gordana Lukić, „Savremene migracije i interkulturalizam u obrazovanju“, *Savremene migracije i društveni razvoj: interdisciplinarna perspektiva* (ur. Z. Lutovac, S. Mrđa), Srpsko sociološko društvo, Institut društvenih nauka, Filozofski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018, 39, 45.
- 26 Jorma Rantanen, Franklin Muchiri, Suvi Lehtinen, „Decent work, ILO's response to the Globalization of Working Life: Basic Concepts and Global Implementation with Special Reference to Occupational Health“, *International Journal of Environmental Research and Public Health* 10/2020, 1–27.
- 27 U vezi sa navedenim, posebno je važno ukazati na činjenicu da geografska blizina mesta migracije ne podrazumeva nužno i kulturološku i jezičku bliskost.
- 28 Neretko su određeni poslovi rezervisani samo za domaće državljane, dok se pak u pogledu određenih poslova uvode legitimna ograničenja u smislu zapošljavanja stranaca. Međutim, isto tako, u javnosti se često, potpuno neopravdano, stvara slika o migrantima i migrantkinjama kao nekome ko „otima“ poslove domaćem stanovništvu, a čime se dodatno grade i naglašavaju već postojeći stereotipi. Mary Kavar, „Gender and Migration: Why are Women more Vulnerable?“, *Femmes en mouvement: Genre, migrations et nouvelle division*

međunarodnom nivou, te u tom smislu poseban značaj imaju instrumenti Organizacije Ujedinjenih nacija (OUN), kao i Međunarodne organizacije rada (MOR). Kada je reč o instrumentima OUN, ključni instrument u ovom pogledu jeste Međunarodna konvencija o zaštiti prava radnika migranta i članova njihovih porodica<sup>29</sup>. I dok ova konvencija prepoznaje brojna važna pitanja, uključujući garantiju jednakosti, ona istovremeno ostaje naročit zanemaren instrument u međunarodnom pravu, o čemu svedoči to što je ovu konvenciju ratifikovao relativno mali broj država. Takođe, poseban značaj ima i Globalni kompakt o migracijama koji „predstavlja polaznu osnovu za kreiranje adekvatnih migracionih politika koje bi bile u saglasnosti sa međunarodnim pravom ljudskih prava, održivim razvojem, potrebama tržišta rada i drugim politikama“.<sup>30</sup> Kada je pak reč o instrumentima MOR-a, od posebnog značaja su Konvencija MOR-a broj 97 o migraciji u cilju zapošljavanja<sup>31</sup> i Konvencija MOR-a broj 143<sup>32</sup> o migracijama u uslovima zloupotrebe i unapređenju jednakih mogućnosti i tretmana radnika migranata. Kroz navedene standarde MOR-a se uspostavljaju obaveze država u pogledu

---

*internationale du travail* (eds. Fenneke Reysoo, Christine Verschuur), Graduate Institute Publications, Geneva 2004.

- 29 Konvencija o zaštiti migranta i članova njihovih porodica (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, adopted by General Assembly resolution 45/158 of 18 December 1990).
- 30 B. Krasić, B. Stojanović, *op. cit.*, 658.
- 31 Konvencija MOR-a broj 97 o migraciji u cilju zapošljavanja /revidirana/, *Službeni listi SFRJ*, br. 5/68. U skladu sa čl. 2 ove konvencije, termin migrant je određen kao „osoba koja migrira iz jedne zemlje u drugu s ciljem da se zaposli, a ne da radi za svoj račun, i uključuje sve osobe koje su primljene kao migranti radi zapošljavanja“. Kroz ovu konvenciju (čl. 6) se jasno zabranjuje diskriminacija na osnovu nacionalnosti, rase, religije i pola, u sferi zapošljavanja i rada, kao i u sferi socijalne sigurnosti.
- 32 Konvencija broj 143 o migracijama u uslovima zloupotrebe i unapređenju jednakih mogućnosti i tretmana radnika migranata, *Službeni list SFRJ*, br. 12/80. Već u preambuli ove konvencije koja se poziv na Ustav MOR-a se naglašava to da siromaštvo bilo gde predstavlja prepreku za prosperitet, te se kroz istu preambulu naglašava i problem diskriminacije u kontekstu radnika migranata. Kroz ovu konvenciju se prepoznaje i potreba pružanja zaštite ilegalnim radnicima migrantima, te uvođenja mehanizama kojima bi se sprečile ilegalne migracije. Takođe, posebna pažnja je posvećena pitanju garantije jednakog tretmana, a Konvencija uspostavlja obaveze za države da uvedu, kroz nacionalno pravo i politike, garantije jednakih mogućnosti u zapošljavanju i zanimanju.

pružanja potrebnih informacija i sprovođenja svih drugih mehanizama, a sa ciljem pravne zaštite i garantije jednakosti kada je reč o radnicima migrantima. Pa ipak, i nasuprot navedenim garantijama, oni koji migriraju najčešće ne dobiju podršku sistema, odnosno institucija i drugih aktera u socijalnom dijalogu i uopšte u društvu.<sup>33</sup> Stoga, migranti i migrantkinje i danas posebno često rade na manje plaćenim i manje vrednovanim poslovima, bez ikakvih radnih prava i garantija.<sup>34</sup> U tom svetlu, posebno je često to da migranti i migrantkinje obavljaju sezonske poslove, a budući da nemaju drugog izbora, dok su pak sezonski poslovi naročito zastupljeni u poljoprivredi. Upravo obavljajući ovakve, nestabilne poslove, migranti i migrantkinje su naročito često izloženi prekarnom radu, pa i radnoj eksploataciji.<sup>35</sup> Naposljetku, svi navedeni rizici i prepreke su blisko povezani i direktno uslovljavaju i socijalne rizike koji najčešće prate položaj radnika migranata.<sup>36</sup>

### 3.2. Izazovi u vezi sa sezonskim radom u poljoprivredi

Osvrt na istoriju nam ukazuje na to da je vekovima poljoprivreda bila, ako ne jedina, onda dominantna grana privrede. Iako se razli-

33 M. Kwar, *op. cit.*, 76.

34 Sylvia Chant, Carolyn Pedwell, *Women, Gender and the Informal Economy: An Assessment of ILO Research and Suggested Ways Forward*, International Labour Office, Geneva 2008, 3.

35 Kako se navodi, „poslodavci, pri tom, mogu koristiti različita sredstva za iskorišćavanje tuđeg rada (i tuđeg osetljivog položaja), uključujući i uvođenje i održavanje vrlo nepovoljnih uslova rada, bez pribegavanja nasilju ili ograničavanju kretanja radnika. Ovako shvaćen pojam radne eksploatacije vrlo je blizak radu u lošim, nestandardnim i degradirajućim uslovima rada, zbog čega valja imati u vidu da svaki slučaj rada u takvim uslovima neće pre-rasti (zapravo, izobličiti se) u radnu eksploataciju, a, tim pre ni u prinudni rad, budući da kvalifikacija prinudnog rada pretpostavlja postojanje dvaju bitnih elemenata: pretnje kaznom i izostanka dobrovoljnosti radnog angažovanja“. Ljubinka Kovačević, „Radna eksploatacija – određenje pojma, razgraničenje od drugih sličnih pojmova i njihov međusobni odnos“, *Kaznena reakcija u Srbiji, X deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018, 234–235.

36 Svakako, sve navedeno je posebno prisutno kada je reč o subjektima neregularnih migracija, odnosno onih koji su često oslovljeni kao „nepoželjni migranti“, a što predstavlja posebno važno i delikatno pitanje radnog prava. Za više o tome vid. Lj. Kovačević, „Zaštita migranata od socijalnih rizika u pravu Evropske unije“, *Strani pravni život* 3/2011, 151–171.

čiti stubovi i grane privrede vremenom menjaju i razvijaju, te dolazi do tehnološkog razvoja i strukturnih društvenih promena uslovljenih upravo ovim razvojem, značaj poljoprivrede ostaje izuzetno veliki i u današnjem svetu.<sup>37</sup> Pored toga što je poljoprivreda izvor namirnica koje su neophodne za život, ona takođe predstavlja osnovni izvor prihoda za čak *milijardu i tri stotine miliona ljudi širom sveta*, od kojih 450 miliona rade za druge (eng. *wage workers*), dok polovinu radnika predstavljaju žene.<sup>38</sup> U tom svetlu, posebno je važno naglasiti izuzetan značaj poljoprivrede za Zapadni Balkan – tako je na primer 2001. godine u Albaniji 72% ukupne zaposlenosti podrazumevalo rad u poljoprivredi<sup>39</sup>, a broj onih koji rade u poljoprivredi do danas ostaje visok na Zapadnom Balkanu. I dok je sa jedne strane upravo u ovim državama poljoprivreda grana koja ima potencijal da omogući veliki privredni rast<sup>40</sup>, isto tako je u ovim državama kao državama koje su prolazile kroz tranziciju poljoprivreda danas „usko grlo razvoja“, odnosno grana koja neretko koči privredni razvoj.<sup>41</sup>

Kada je reč o *položaju* radnika u poljoprivredi, važno je naglasiti to da radnici u poljoprivredi tek u XX veku ulaze u sferu radnopravne zaštite. Položaj ovih radnika je prepoznat kroz standarde MOR-a, te je tako od posebnog značaja činjenica da je već 1921. godine doneta Konvencija MOR-a broj 10 o minimalnom uzrastu za zasnivanje rad-

37 Potrebno je ne ispustiti iz vida današnji kontekst, odnosno činjenicu da upravo tehnološki i uopšte ekonomski razvoj na globalnom nivou donose novine i u poljoprivredu, čineći brojne poslove znatno manje fizički zahtevnim, a komunikaciju lakšom. Uwe Deichmann, Aparajita Goyal, Deepak Mishra, „Will Digital Technologies Transform Agriculture in Developing Countries?“, World Bank Policy Research Working Paper No. 7669, Washington D.C. 2016, 1–30; Luc Christiaensen, Zachariah Rutledge, Edward Taylor, „The Future of Work in Agriculture Some Reflections“, *Policy Research Working Paper* 9193, World Bank Group 2020, 2.

38 International Labour Organization, „Facts on Agriculture“, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_067555.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067555.pdf), 20. 6. 2023.

39 Sreten M. Jelić, Vukašin Ž. Kolarević, „Značaj poljoprivrede u privrednom strukturu i privrednom razvoju zemalja u tranziciji“, *Sociološki pregled* 3/2019, 1011.

40 Za više o tome vid. Jelena Stanojević, Bojan Krstić, Snežana Đekić, „Analiza produktivnosti rada sektora poljoprivrede Republike Srbije“, *Ekonomске teme* 4/2015, 479–482.

41 S. M. Jelić, V. Ž. Kolarević, *op. cit.*, 1009.

nog odnosa u poljoprivredi<sup>42</sup> i Konvenciju MOR-a broj 12 o obeštećenju nesrećnih slučajeva na radu u poljoprivredi<sup>43</sup>, dok su u narednim godinama i decenijama doneti i brojni drugi instrumenti od značaja za rad u poljoprivredi.<sup>44</sup> Pored toga, važno je napomenuti i ulogu i značaj Organizacije za hranu i poljoprivredu OUN, koja još od 1945. godine radi na poboljšanju kvaliteta hrane i uopšte standarda života, a iz rad-nopravne perspektive je od posebnog značaja činjenica da ova organi-zacije kontinuirano sarađuje sa sindikatima i drugim organizacijama radnika.<sup>45</sup> Pa ipak, radnici u poljoprivredi se često suočavaju sa od-sustvom pravnih garantija u sferi primene prava, te stoga se stvarnost rada u poljoprivredi neretko podrazumeva težak i naporan rad koji je slabo plaćen, malo vrednovan i nesiguran, a često i veoma rizičan po bezbednost i zdravlje.<sup>46</sup> U tom smislu, širi kontekst koji treba da ima-mo u vidu jeste takav da je rad u poljoprivredi „tradicionalno“ praćen konotacijom siromaštva, te se tako o radnicima u poljoprivredi često

42 C010 – Minimum Age (Agriculture) Convention, 1921 (No. 10).

43 Konvencija MOR-a broj 12 o obeštećenju nesrećnih slučajeva na radu u poljo-privredi, *Službeni list FNRJ*, br. 3/58.

44 U pitanju su: Konvencija MOR-a broj 99 o minimalnoj zaradi za rad u pol-joprivredi (C099 – Minimum Wage Fixing Machinery (Agriculture) Conven-tion, 1951 (No. 99), Konvencija MOR-a broj 101 o plaćenim praznicima (C101 – Holidays with Pay (Agriculture) Convention, 1952 (No. 101), Konvencija MOR-a broj 129 o inspekciji rada u poljoprivredi, *Službeni list SFRJ*, br. 22/75, Konvencija MOR-a broj 184 (C184 – Safety and Health in Agriculture Con-vention, 2001 (No. 184), koja se tiče garantija bezbednosti i zdravlja u pol-joprivredi. U tom smislu je važno spomenuti i Preporuku MOR-a broj 14 o noćnom radu dece u poljoprivredi (Night Work of Children and Young Per-sons /Agriculture/ Recommendation, 1921 /No. 14/), kao i Preporuku MOR-a broj 15 o profesionalnom obrazovanju u poljoprivredi (Vocational Education /Agriculture/ Recommendation, 1921 /No. 15/).

45 Food and Agriculture Organization of the United Nations, *Regulating Labour and Safety Standards in the Agriculture, forestry and Fisheries Sectors*, Food and Agriculture Organization of the United Nations 2018.

46 Hiljade radnika u poljoprivredi biva izloženo pesticidima i drugim štetnim materijama na svakodnevnom nivou, dok je rizik od smrtnosti posebno izra-žen (prema podacima MOR-a, godišnje život izgubi najmanje 170 hiljada rad-nika), te se u ovom pogledu čak uočava i trend rasta, suprotan drugim delat-nostima gde po pravilu dolazi do pada stope smrtnosti. International Labour Organization, „Agriculture: a Hazardous Work“, [https://www.ilo.org/safework/areasofwork/hazardous-work/WCMS\\_110188/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/safework/areasofwork/hazardous-work/WCMS_110188/lang--en/index.htm), 20. 6. 2023.

govori kao o siromašnim radnicima (eng. *working poor*).<sup>47</sup> Konačno, a u vezi sa navedenim, potrebno je i da razmotrimo činjenicu da je rad u poljoprivredi po pravilu obeležen nestabilnošću i nesigurnošću zaposlenja/radnog angažovanja. Sa jedne strane, izražena nestabilnost je posledica sezone prirode rada u poljoprivredi, uslovljene klimatskim i drugih prirodnim faktorima na koje čovek ne može da utiče. Sa druge strane pak, faktor koji takođe utiče na izraženu nestabilnost i nesigurnost posla jeste činjenica da su u poljoprivredi posebno izražena kršenja i zloupotrebe radnopravnih garantija. S obzirom na sve navedeno, ne začuđuje činjenica da su radnici u poljoprivredi često sezonski, a da bivaju stavljeni u znatno nepovoljniji položaj u odnosu na zaposlena, pa i radno angažovana lica, u drugim granama privrede.<sup>48</sup> Štaviše, nije retkost ni to da radnici u poljoprivredi rade „na crno“, odnosno van okvira formalne ekonomije, a sve navedeno negativno utiče na percepciju i „popularnost“ poslova u poljoprivredi. U svetlu svega navedenog, ne iznenađuje činjenica da radnici migranti često, u odsustvu drugih mogućnosti, obavljaju sezonske poslove u poljoprivredi.<sup>49</sup> Kada se uzme u obzir sabiranje, pa čak i ukrštanje izazova koje sa sobom nosi migrantski status, ali i izazova koje podrazumeva sezonski

---

47 Navedeno je postalo naročito izraženo u toku pandemije COVID-19, te tako podaci MOR-a iz 2020. godine da je čak jedna četvrtina radnika u poljoprivredi živela u ekstremnom siromaštvu. International Labour Organization, „ILO Sectoral Brief“, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---sector/documents/briefingnote/wcms\\_742023.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/briefingnote/wcms_742023.pdf), 1. 7. 2023.

48 Peter Hurst, *Agricultural Workers and Their Contribution to Sustainable Agriculture and Rural Development*, Food and Agriculture Organization International Labour Organization International Union of Food, Agricultural, Hotel, Restaurant, Catering, Tobacco and Allied Workers' Associations, Geneva 2007, 23.

49 U tom pogledu, interesantno je sagledati podatke iz 2021. godine koji svedoče o tome da na godišnjem nivou, radi obavljanja sezonskih poslova u poljoprivredi, u Nemačku migrira oko 300 hiljada radnika, u Ujedinjeno Kraljevstvo oko 75.000, dok u Švedsku godišnje dolazi tri do pet hiljada radnika radi berbe bobičastog voća. European Parliament, „Migrant Seasonal Workers in the European Agricultural Sector“, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/689347/EPRS\\_BRI\(2021\)689347\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/689347/EPRS_BRI(2021)689347_EN.pdf), 25. 6. 2023. O prisutnosti migranata i migrantkinja u poljoprivredi svedoče i podaci još iz 2000. godine koji govore o porastu stope migracija (sa 75 miliona u 1965. godini na 120 miliona u 2000. godini), a takođe o tome da sve veći broj ljudi migrira kako bi obavljali (sezonske) poslove u poljoprivredi. International Labour Organization, 2003, *op. cit.*, 48.

rad u poljoprivredi, jasno je da migranti i migrantkinje kao sezonski radnici u poljoprivredi bivaju suočeni sa nizom prepreka kada je reč o postizanju dostojanstvenog rada u praksi.<sup>50</sup>

### 3.3. *Feminizacija migracija i feminizacija poljoprivrede – potreba i važnost razmatranja rodne perspektive*

Kako pitanje migracije, tako i pitanje rada u poljoprivredi, nije moguće sveobuhvatno sagledati, a bez uzimanja u obzir (i) rodne perspektive. U tom svetlu, posebno izražen fenomen je sa jedne strane *feminizacija migracija*, dok je to sa druge strane *feminizacija poljoprivrede*. Kontekst koji moramo imati u vidu u tom smislu se odnosi na uopšte izraženo nejednak položaj muškaraca i žena u svetu rada o čemu svedoče postojanje rodno zasnovane profesionalne segregacije, rodno zasnovanog platnog jaza, staklenog plafona i drugih pojava koje ukazuju na to da je potrebno preći još brojne korake na putu ka postizanju jednakosti i ravnopravnosti.<sup>51</sup>

Iako žene decenijama, pa i vekovima unazad učestvuju u migracijama, „njihovo prisustvo međutim nije uvek bilo vidljivo niti je privlačilo toliku pažnju kao danas kada naglo i veliko interesovanje za žene i rod u migracijama čak prevazilazi okvire migracionih i rodni studija“.<sup>52</sup> Naime, žene su dugo najčešće migrirale u okviru porodičnih migracija, odnosno kao pratnja muškaraca (zavisni članovi), te je specifičnost analize njihovog položaja u kontekstu izazova sa kojima se suočavaju bila retko razmatrana.<sup>53</sup> Danas je situacija drugačija, te žene

50 Sudarat Musikawong *et al.*, *Working and Employment Conditions in the Agriculture Sector in Thailand: A Survey of Migrants Working on Thai Sugarcane, Rubber, Oil Palm and Maize Farms*, International Labour Office, Geneva 2021, 85. U tom smislu se primećuje da, kada je reč o poljoprivredi i uopšte industriji hrane, postoji veliki paradoks, odnosno disproporcija u pogledu stepena kvaliteta hrane koji se zahteva i kvaliteta rada, odnosno (ne)dostojanstvenog rada kojim se dolazi do kvalitetnih proizvoda. Wenny Pinta Litna Tarigan *et al.*, „Analysis of Mina Padi Innovation Village Based on Local Wisdom as a Learning Resource Assisted by Biological Simulation Applications“, *Agricultural and Environmental Education* 1/2023, 1.

51 Smita Das, Aphichoke Kotikula, „Gender-based Employment Segregation: Understanding Causes and Policy Interventions“, *Jobs Working Paper* 26, Washington 2019.

52 Mirjana Morokvašić, „Feminizacija migracija“, *Stanovištvo* 2/2010, 25.

53 Hania Zlotnik., „Migration and the Family: The Female Perspective“, *Asian and Pacific migration journal* 2–3/1995, 253–271.

migriraju u sve većem broju (i) samostalno, između ostalog kao radnice migrantkinje, pa se promenila celokupna paradigma posmatranja žena i migracija, odnosno tipični profil osobe koja migrira. Pa ipak, činjenica da su žene prepoznate kao samostalni subjekti migracija ne znači da se one i dalje ne suočavaju sa nizom izazova, posebno u svetu rada. Naime, duboko ukorenjena shvatanja u pogledu raspodele rodni uloga utoliko pre dolaze do izražaja kada je reč o migrantkinjama, te tako „žene moraju da se izbore sa konfliktima između različitih uloga i unutar iste uloge, a koje su ustanovljene rodnom segregacijom industrijskih društava“.<sup>54</sup> Takođe, a budući da su migrantkinje neretko žrtve diskriminacije po osnovu ukrštanja roda, kao i nacionalne pripadnosti, te i drugih svojstava poput rase, posebno je važno uočiti i mogućnost postojanja ukrštene diskriminacije.<sup>55</sup> Sve navedeno utiče na posebno otežan položaj (radnica) migrantkinja, te znatno sužava mogućnosti koje imaju na raspolaganju, a kada je reč o sferi zapošljavanja i rada.<sup>56</sup> Stoga one često rade u oblasti nege, pa se čak govori i o „odlivu sektora nege“, kao novom obliku imperijalizma u 21. veku, odnosno „trendu“ koji se nameće disproporcijom moći između zemalja „prvog“ i „trećeg“ sveta.<sup>57</sup> Takođe, migrantkinje su posebno zastupljene upravo kada je reč o obavljanju *sezonskih poslova u poljoprivredi*.

Sa druge strane, izraženo prisustvo migrantkinja kao sezonskih radnica u poljoprivredi je posebno važno razmotriti i kroz prizmu feminizacije poljoprivrede.<sup>58</sup> Naime, koreni razumevanja poljoprivrede

54 Milica Bobić, „Rodni pristup u istraživanju migracija: Rod i integracija u okviru migracija“, *Savremene migracije i društveni razvoj: interdisciplinarna perspektiva*, (ur. Z. Lutovac, S. Mrđa), Srpsko sociološko društvo, Institut društvenih nauka, Filozofski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018, 73–87.

55 Council of Europe, Intersectionality and Multiple Discrimination, <https://www.coe.int/en/web/gender-matters/intersectionality-and-multiple-discrimination>, 22. 6. 2023.

56 Laura Foley, Nicola Piper, *COVID-19 and Women Migrant Workers: Impacts and Implications*, International Organization for Migration, Geneva 2020, 3.

57 Sa druge strane, u teoriji je prisutno i stanovište da postoji isuviše pojednostavljena slika koja vezuje feminizaciju migracija samo ili makar prioritetno za poslove u sektoru nege, dok je u praksi pitanje feminizacije migracija dosta složenije. S. Dumitru, „‘Care Drain’. Explaining Bias in Theorizing Women’s Migration“, *Romanian Journal of Society and Politics* 2/2016, 100.

58 Za više o tome vid. Christine Verschuur, „From the Centre to the Margins and Back Again: Women in Agriculture at the ILO“ (*Du centre vers les marges et re-*

kao privredne grane muškaraca leže u rodnoj podeli uloga prisutnoj kroz istoriju<sup>59</sup>, te izgradnji uopšte radnog i socijalnog prava na temelju muškarca kao izdržavaoca porodice. Svakako, vremenom se ova slika menja što ima brojne reperkusije, a između ostalog istraživanja danas ukazuju na to da su žene danas u velikoj meri prisutne u poljoprivredi, odnosno da predstavljaju čak polovinu ukupnog broja radnika u poljoprivredi, te da su uključene u sve faze proizvodnje.<sup>60</sup> Upravo zastupljenost žena u poljoprivredi, zajedno sa njihovom sve većom ulogom, ukazuje na važnost preispitivanja tradicionalnih *rodno neutralnih pristupa* u pogledu regulisanja rada u poljoprivredi.<sup>61</sup> Drugim rečima, potrebno je primeniti i rodno osetljiv pristup, te prepoznati i specifične izazove sa kojima se žene u poljoprivredi suočavaju, kao i heterogenost iskustava koje žene u poljoprivredi imaju.<sup>62</sup>

#### 4. NOVINE KOJE DONOSI OTVORENI BALKAN ZA SEZONSKE RADNICE U POLJOPRIVREDI NA ZAPADNOM BALKANU

##### 4.1. Uvodna razmatranja

Prilikom nastanka Malog Šengena, odnosno Otvorenog Balkana, značajna pažnja je bila posvećena pitanju slobode kretanja radnika, a poput i drugih sloboda koje podrazumeva jedinstveno tržište, ova sloboda je zagarantovana po uzoru na EU.<sup>63</sup> U svetlu navedenog su od

*tour: les femmes, l'agriculture et l'OIT*), Part 2 – *Protecting People*, International Development Policy, Geneva Graduate Institute 2019, 152–176.

59 U tom smislu je i prisutna i teza koja se odnosi na to da upravo u društvima gde je poljoprivreda (bila) dominantna delatnost, postoji posebna naglašena nejednakost muškaraca i žena, te izraženo patrijarhalno shvatanje podele rada. Casper Worm Hansen, Peter S. Jensen, Christian Skovsgaard, „Modern Gender Roles and Agricultural History: The Neolithic Inheritance“, <https://ssrn.com/abstract=2170945>, 1. 7. 2023, 1.

60 International Labour Organization, *Facts on Agriculture*, *op. cit.*

61 Cheryl Doss, „Women and Agricultural Productivity: What Does the Evidence Tell Us?“, *Discussions Papers, Economic Growth Center, Yale University* 2015, 21.

62 Nozomi Kawarazuka *et al.*, „Myths about the Feminization of Agriculture: Implications for Global Food Security“, *Global Food Security* 33/2022, 1.

63 Kroz naredne godine će postojati mogućnost da se sagledaju i efekti Otvorenog Balkana u kontekstu emigracije ka drugim državama van regiona. U tom

ključnog značaja Sporazum, kao i Memorandum o razumevanju o radnim dozvolama<sup>64</sup>, mada je svakako sve instrumente saradnje potrebno posmatrati u celokupnom kontekstu svih novina koje donosi Otvoreni Balkan. Ono što je posebno važno naglasiti jeste to da se smatra da sloboda kretanja radne snage koja se uvodi i uopšte sve novine u vezi sa tržištem rada, mogu biti od posebnog, pa možda i najvećeg značaja upravo kada je reč o sezonskim radnicima i radnicama u poljoprivredi. Sa jedne strane, značaj Otvorenog Balkana se ogleda u olakšavanju procedura koje se tiču sezonskog rada u poljoprivredi, dok sa druge strane može biti uočen i u kontekstu borbe protiv sezonskog rada u poljoprivredi kao rada u sivoj ekonomiji, što je izazov sa kojim se suočavaju države ovog regiona. U tom smislu, kada je reč o uopšte o broju sezonskih radnika u poljoprivredi, analize ukazuju na to da je broj sezonskih radnika u ove tri države veći od 100 000.<sup>65</sup> Štaviše, podaci ukazuju i na sledeće: „dok je prosečan broj zaposlenih u poljoprivredi u članicama EU samo 4%, prosek u privredama zapadnog Balkana je skoro 20%. Tako je učešće ovog sektora u Albaniji čak 38%, dok je u Crnoj Gori ono nešto ispod 8%. U ostalim ekonomijama učešće se nalazi na približno istom nivou između 16 i 17%“.<sup>66</sup> Sa druge strane, potrebno je imati u vidu i to da je 2019. godine bilo između 300 i 400

---

svetlu je zanimljivo uočiti postojanje različitih programa, odnosno olakšanih procedura migracije, za sezonske radnike poput programa u Italiji otvorenih za sezonske radnike država Otvorenog Balkana ili programa u Grčkoj otvorenih za sezonske radnike iz Albanije. OECD, „Labour Migration in the Western Balkans: Mapping Patterns, Addressing Challenges and Reaping Benefits“, <https://www.oecd.org/south-east-europe/programme/Labour-Migration-report.pdf>, 5. 7. 2023, 127.

- 64 Memorandum o razumevanju o radnim dozvolama dostupan na: [https://api.pks.rs/storage/assets/%D0%9C%D0%B5%D0%BC%D0%BE%D1%80%D0%B0%D0%BD%D0%B4%D1%83%D0%BC\\_%D0%BE\\_%D1%80%D0%B0%D0%B7%D1%83%D0%BC%D0%B5%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D1%83\\_%D0%BE\\_%D1%80%D0%B0%D0%B4%D0%BD%D0%B8%D0%BC\\_%D0%B4%D0%BE%D0%B7%D0%B2%D0%BE%D0%BB%D0%B0%D0%BC%D0%B0.pdf](https://api.pks.rs/storage/assets/%D0%9C%D0%B5%D0%BC%D0%BE%D1%80%D0%B0%D0%BD%D0%B4%D1%83%D0%BC_%D0%BE_%D1%80%D0%B0%D0%B7%D1%83%D0%BC%D0%B5%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D1%83_%D0%BE_%D1%80%D0%B0%D0%B4%D0%BD%D0%B8%D0%BC_%D0%B4%D0%BE%D0%B7%D0%B2%D0%BE%D0%BB%D0%B0%D0%BC%D0%B0.pdf), 5. 7. 2023.
- 65 „Otvoreni Balkan će najviše značiti sezonskim radnicima u poljoprivredi“, <https://naled.rs/kliping-tv-vesti-otvoreni-balkan-ce-najvise-znaciti-sezonskim-radnicima-u-poljoprivredi-7050>, 30. 6. 2023.
- 66 Branko Radulović, Milica Anđelković Đoković, *Analiza sistema angažovanja sezonskih radnika: iskustva ekonomija Zapadnog Balkana*, NALED, Beograd 2019, 4.

stotina hiljada onih koji rade van okvira formalne ekonomije u poljoprivredi u Srbiji<sup>67</sup>, dok je slična situacija prisutna i u drugim državama regiona. Rodna perspektiva ukazuje na to da je položaj *sezonskih radnica* u poljoprivredi naročito otežan jer su one po pravilu žrtve strukturnog nasilja koje su društveno marginalizovane i stavljene u posebno težak položaj. Stoga i ne začuđuje činjenica da se žene koje obavljaju ove poslove često navodi da spadaju u kategoriju ranjive zaposlenost.<sup>68</sup> U tom svetlu, iskustva žena koje rade u poljoprivredi svedoče o tome da je naglašena zastupljenost žena posledica nedostatka izbora – „žene se pridružuju ovim poslovima jer muškarci ne žele da rade sezonski u poljoprivredi, već traže više plaćene privremene i povremene poslove“.<sup>69</sup> Štaviše, potrebno je imati u vidu da nije retkost i to da „njihov radni dan započinje sa prvim zracima sunca, a završava se kad padne noć [...] Njihov rad nije plaćen novcem, ne dobijaju platu, tako da ispada da rade za smeštaj i hranu“.<sup>70</sup> Dakle, Otvoreni Balkan uvodi novine koje su od značaja za prevazilaženje navedenih izazova, a svaki napredak u tom smislu je od naročitog značaja upravo kada je reč o ženama kao sezonskim radnicama u poljoprivredi.

67 *Ibid.*, 5.

68 Jedno svedočenje koje prikazuje i hiljade drugih iskustava žena kao sezonskih radnica u poljoprivredi glasi ovako: „Sad, kako da ti objasnim. Ti si gazda i ja sam brigadir, i ja i ti imamo naš dogovor. I, pretežno ti brigadiri, oni su ti svi povezani, svi se već znaju. I sad, ako se ide recimo na papriku, brigadir i gazda su se dogovorili 1500 dinara je dnevnic, recimo, i sad kaže brigadir: „Ja ću radnicima da kažem 1100“. Razumeš? On ima od tog gazde, ne znam, dve 'iljade, od nas ima momentalno 400 dinara ako se dogovorio za 'iljadu i po, ali nama je rečeno da mi imamo 1100. Sad, ja sam pristala na to što su oni meni rekli, on je meni rekao hiljadu i sto: 'oćeš? – 'oćeš, nećeš? – nećeš. Ali to kad gledaš s ljudske strane nije u redu, a kad gledaš ovako to je potpuno ispravno: on ti je rekao kol'ka ti je dnevnic „. Lara Končar, „O položaju i iskustvu sezonskih radnica u poljoprivredi u savremenoj Srbiji: može li se govoriti o elementima strukturnog nasilja?“, *Antropologija* 3/2020, 66.

69 *Ibid.*, 69.

70 Jovana Pantović, Sarita Bradaš, Ksenija Petovar, *Položaj žena na tržištu rada*, Friedrich Ebert Stiftung, Beograd 2017, 23.

#### 4.2. Razmatranje zakonskih režima kojima se reguliše položaj migrantkinja kao sezonskih radnica u poljoprivredi – kontekst u kom nastaje i na koji utiče Otvoreni Balkan

Kako bi se razmotrio značaj Otvorenog Balkana za sezonske radnice u poljoprivredi, potrebno je imati u vidu i režim(e) koji su (bili) na snazi u državama članicama u trenutku nastanka inicijative, ali i danas.

Kada je reč o situaciji u Srbiji, svakako treba da imamo u vidu odredbe Zakona o radu<sup>71</sup> kao matičnog zakona u pogledu zapošljavanja i rada, te činjenicu da je ovim zakonom, je između ostalog, kao vrsta rada van radnog odnosa regulisano pitanje privremenih i povremenih poslova.<sup>72</sup> Upravo ova vrsta angažmana, odnosno ugovora, se, barem do usvajanja posebnog zakona kojim se reguliše sezonski rad o kom će biti više reči u nastavku, najčešće koristila kao osnov angažovanja sezonskih radnika u poljoprivredi. Sa druge strane, uopšte kada je reč o strancima kao radnicima, potrebno je konsultovati Zakon o zapošljavanju stranaca<sup>73</sup>, kao i Zakon o strancima.<sup>74</sup> Na osnovu analize ovih zakona se zaključuje da je strancu, kako bi radio u Srbiji, potrebno da ima dva dokumenta – boravišnu dozvolu (vizu za duži boravak po osnovu zapošljavanja, odobrenje za privremeni boravak ili stalno nastanjenje) i dozvolu za rad, koja može biti lična dozvola za rad ili radna dozvola.<sup>75</sup> Takođe, bitno je napomenuti da Zakon o zapošljavanju

---

71 Zakon o radu – ZOR, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.

72 ZOR, čl. 197.

73 Zakon o zapošljavanju stranaca, *Službeni glasnik RS*, br. 128/2014, 113/2017, 50/2018 i 31/2019).

74 Zakon o strancima, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2018 i 31/2019.

75 Zakon o zapošljavanju stranaca, čl. 9 i 10. Dok lična radna dozvola podrazumeva „dozvolu za rad koja strancu u Republici omogućava slobodno zapošljavanje, samozapošljavanje i ostvarivanje prava za slučaj nezaposlenosti, u skladu sa zakonom“, radna dozvola može biti radna dozvola za zapošljavanje i radna dozvola za posebne slučajeve zapošljavanja, kada se izdaje na zahtev poslodavca, ali isto tako može biti i radna dozvola za samozapošljavanje. Izdavanje boravišne dozvole je u nadležnosti Ministarstva unutrašnjih poslova, dok je za izdavanje dozvole za rad nadležna Nacionalna služba za zapošljavanje. U svetlu navedenog, potrebno je spomenuti da je ovakav režim dosta dvostrukih dozvola (boravišne i radne) vrlo zastupljen širom sveta. Uopšte posmatrano, „dozvola za rad, kao uslov za zasnivanje radnog odnosa sa strancem, može zadobiti različite oblike, zavisno od svrhe izdavanja, odnosno zavisno

stranaca izričito prepoznaje sezonske poslove kao „poslove koji imaju sezonski karakter u oblasti poljoprivrede, šumarstva, građevinarstva ili drugih delatnosti, a koje karakteriše privremeno značajno povećanje obima posla u periodu ne dužem od šest meseci u toku 12 meseci“<sup>76</sup>. Iako su navedenim zakonima postavljena načelna pravila u pogledu regulisanja sezonskog rada u poljoprivredi uopšte, te i posebno u kontekstu stranaca, prepoznata je potreba da se ovo pitanje uredi detaljnije. Upravo iz te potrebe je usledilo donošenje Zakona o pojednostavljenom radnom angažovanju na sezonskim poslovima u određenim delatnostima<sup>77</sup> 2018. godine. Ovim zakonom se, kako je navedeno, „zbog

od kategorije licā kojima se izdaje. Određenim kategorijama stranaca se, tako, može izdati dozvola za rad s neograničenim trajanjem, kao što je to u nekim pravnim sistemima slučaj sa strancima koji na teritoriji određene države neprekidno borave duže od propisanog perioda, ili pak sa strancima koji su u braku s domaćim državljanima. Drugu vrstu dozvola čine dozvole za rad s ograničenim trajanjem, koje se, dalje, mogu razlikovati prema svrsi izdavanja dozvole. Ovaj kriterijum, naime, u stranim pravima može voditi pravljenju razlike među dozvolama koje se izdaju za bavljenje određenim zanimanjem (npr. u Australiji i Austriji), ili za rad kod tačno određenog poslodavca (npr. u Sjedinjenim Američkim Državama za radnike sa H2-B vizom), ili, pak, za rad na tačno određenom radnom mestu ili poslu u datoj radnoj sredini, kao što je to, primera radi, slučaj u Bosni i Hercegovini i na Kipru. Osim toga, dozvole za rad mogu se razlikovati i prema podnosiocu zahteva za izdavanje dozvola. U tom smislu, najpre, postoje dozvole koje se izdaju na zahtev poslodavca i koje se vezuju za tačno određeni posao, jer omogućavaju zapošljavanje samo na poslu za koji je dozvola izdata strancu“. Ljubinka Kovačević, *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2021, 855–856.

76 Čl. 2, st. 1, tač. 12.

77 Zakon o pojednostavljenom radnom angažovanju na sezonskim poslovima u određenim delatnostima, *Službeni glasnik RS*, br. 50/2018. Ovaj zakon je takođe bio praćen i podzakonskim aktima: Pravilnikom o sadržini potvrde o radnom angažovanju sezonskog radnika, *Službeni glasnik RS*, broj 67/18 i Pravilnikom o evidencionalnoj prijavi i odjavi sezonskih radnika, *Službeni glasnik RS*, br. 3/19. Takođe, navedeni zakon je praćen i uvođenjem platformi za elektronsku prijavu radnika, te se u tom svetlu navodi sledeće: „tokom prve dve godine, putem portala ili mobilne aplikacije angažovano je ukupno 44.300 radnika i za njih su plaćeni porezi i doprinosi u iznosu od 589 miliona dinara. Više od 14.000 bili su mladi od 18 do 30, slede lica od 46 do 60 godina (11.800) i radnici između 31 i 45 (9.800). Kako je reforma uvela u legalne tokove više od 60% sezonskih radnika u poljoprivredi“, „Mladi najčešći sezonski radnici u poljoprivredi“, [https://naled.rs/vesti-mladi-najcesci-sezonski-radnici-u-poljoprivredi-4922?fbclid=IwAR2t3OgwCV7pMe2ocrAqoKo9R-0njBrFQLH-NXRCvniRXcLBxvGT\\_tRLP-cs](https://naled.rs/vesti-mladi-najcesci-sezonski-radnici-u-poljoprivredi-4922?fbclid=IwAR2t3OgwCV7pMe2ocrAqoKo9R-0njBrFQLH-NXRCvniRXcLBxvGT_tRLP-cs), 6. 7. 2023.

posebnih karakteristika i uslova sezonskog rada u određenim delatnostima, uređuje pojednostavljen način radnog angažovanja lica i plaćanja poreza i doprinosa za rad na poslovima koji su sezonskog karaktera u pojedinim delatnostima određenim u skladu sa ovim zakonom u sektoru poljoprivrede, šumarstva i ribarstva<sup>78</sup>. Ono što je posebno važno podvući jeste činjenica da se donošenjem ovog zakona *suštinski menja režim koji se odnosi na sezonske radnike i radnice u poljoprivredi* – „na stranog državljanina koji se, za vreme boravka na teritoriji Republike Srbije, radno angažuje na poslovima i pod uslovima propisanim ovim zakonom, ne primenjuju se posebni uslovi za zapošljavanje stranca utvrđeni zakonom kojim se uređuje rad stranaca“<sup>79</sup>. Štaviše, jasno se navodi da ugovor može biti zaključen u usmenoj formi, a što u praksi otvara veliki prostor za zloupotrebe, te u tom smislu u izvesnoj meri zabrinjava.<sup>80</sup> Takođe, u vezi sa navedenim, posebno je interesantno to što je ovim detaljno regulisano i pitanje evidencione prijave, te se navodi da poslodavac mora izvršiti evidencionu prijavu, a ona se vrši u potpunosti elektronskim putem.<sup>81</sup> Za sve što nije detaljno regulisano, ovaj zakon, kao *lex specialis*, upućuje na ZOR, odnosno deo kojim se regulišu privremeni i povremeni poslovi.

Međutim, i nakon donošenja ovog zakona, ostala je prisutna ideja o donošenju zakona kojim bi određena pitanja bila još detaljnije regulisana, dok bi se opseg primene proširio i na sezonske poslove u drugim delatnostima. U tom svetlu je sačinjen Nacrt Zakona o radnom angažovanju zbog povećanog obima posla u određenim delatnostima, a potom je ovaj nacrt izmenjen u Nacrt Zakona o radnom angažovanju na sezonskim i drugim povremenim poslovima u određenim delatnostima.<sup>82</sup>

78 Zakon o pojednostavljenom radnom angažovanju na sezonskim poslovima u određenim delatnostima, čl. 1.

79 Zakon o pojednostavljenom radnom angažovanju na sezonskim poslovima u određenim delatnostima, čl. 3, st. 4.

80 Za više o tome i o drugim nedoumicama i bojaznima vid. Mario Reljanović, *Alternativno radno zakonodavstvo*, Rosa Luxemburg Stiftung Southeast Europe, Centar za dostojanstven rad, Beograd 2019, 75–78.

81 Čl. 11 Zakona o pojednostavljenom radnom angažovanju na sezonskim poslovima u određenim delatnostima.

82 Nacrt je dostupan na adresi: <https://www.minrzs.gov.rs/sr/dokumenti/predlozi-i-nacrti/sektor-za-rad-i-zaposljavanje/javni-poziv-za-ucesce-u-javnoj-raspravi-o-nacrtu-zakona-o-radnom-angazovanju-zbog-povecanog-obima-posla-u-odredjenim-delatnostima>, 5. 7. 2023. Naziv nacrtu je promenjen nakon sprovedene javne rasprave.

Ovim nacrtom se širi opseg delatnosti primene u odnosu na zakon iz 2018. godine, te je tako ideja da se rešenja predviđena ovim nacrtom primenjuju na radnike u sektoru poljoprivrede, građevinarstva, usluga, kao i određenih administrativnih i pomoćnih poslova. Kako je navedeno u obrazloženju ovog nacrta, „cilj proširenja zakona [iz 2018. godine – dodala M. K.] je da se povremeni radnici u sivoj zoni u ovim delatnostima uvedu u legalne tokove, da im se obezbede određena prava iz socijalnog osiguranja, bezbednost i zdravlje na radu i dostojanstveni uslovi rada“.<sup>83</sup> Kroz ovaj nacrt se detaljno uređuje pitanje evidencione prijave sezonskih radnika od strane poslodavaca kroz informacioni sistem, te znatno olakšana procedura prijave sezonskog radnika. Naposletku, posebno je interesantno to da se takođe navodi da „stranac kome u skladu sa viznim režimom za ulazak u Republiku Srbiju nije potrebna viza može da se radno angažuje na poslovima u skladu sa ovim zakonom, bez obaveze pribavljanja dozvole za rad stranaca u skladu sa zakonom kojim se uređuje rad stranaca, za vreme dok kratkotrajno boravi u Republici Srbiji u skladu sa propisima kojim se uređuje boravak stranaca“.<sup>84</sup> I dok ovaj nacrt donosi određene pozitivne novine, on je istovremeno (bio) predmet brojnih, manje ili više opravdanih, kritika i komentara i sugestija.<sup>85</sup> Svakako, ono što se nesporno može zaključiti jeste to da je u Srbiji pitanje sezonskog rada u poljoprivredi, pa i šire, prepoznato kao važno i da mu se poklanja znatna pažnja u zakonskom okviru. Ipak, bojazan ostaje pre svega u kontekstu sfere primene prava, odnosno zloupotreba koje mogu nastati u ovoj sferi.

83 Obrazloženje dostupno na: <https://www.minrzs.gov.rs/sr/dokumenti/predlozi-i-nacrta/sektor-za-rad-i-zaposljavanje/javni-poziv-za-ucesce-u-javnoj-raspravi-o-nacrtu-zakona-o-radnom-angazovanju-zbog-povecanog-obima-posla-u-odredjenim-delatnostima>, 3. 7. 2023.

84 Nacrt, čl. 6, st. 4.

85 Potrebno je spomenuti da je Poverenik za zaštitu ravnopravnosti uputio načelne primedbe koje se odnose na to da je „ovaj vid radnog angažovanja potrebno urediti ZOR-om kao krovnim zakonom, odnosno sistemskim zakonom koji uređuje, između ostalog, i rad van radnog odnosa. [...] Poverenik takođe ukazuje da imajući u vidu oblasti u kojima je predviđeno ovakvo radno angažovanje, postoji opasnost da će se donošenjem ovog zakona smanjiti broj lica koja su u radnom odnosu na uštrb povećanja broja lica koja će biti radno angažovana primenom odredaba ovog zakona“. Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Mišljenje na Nacrt zakona o radnom angažovanju na sezonskim i drugim povremenim poslovima u određenim delatnostima, <https://ravnopravnost.gov.rs/rs/misljenje-na-nacrt-zakona-o-radnom-angazovanju-na-sezonskim-i-drugim-povremenim-poslovima-u-odredjenim-delatnostima/>, 5. 7. 2023.

Kada je reč o situaciji u Severnoj Makedoniji, istraživanje Organizacije za migracije iz 2021. godine upravo ukazuje na *potrebu da se razviju odgovarajuće procedure u pogledu prijema radnika migranata, uključujući pitanja sezonskog rada*.<sup>86</sup> Kroz Izveštaj se napominje i to da je 2018. godine usvojen Zakon o strancima, a važno je imati u vidu i to da je izmene i dopune ovog zakona usledila 2021. godine.<sup>87</sup> Navedeni zakon prepoznaje i pitanje sezonskog rada migranata, te potrebu da se ovo pitanje uskladi sa direktivama Evropske unije. U skladu sa ovim zakonom se navodi da se potrebna dozvola za obavljanje sezonskog rada izdaje na osnovu odnosa potražnje i ponude za radnom snagom, što kao rezultat ima stvaranje kvota u kontekstu broja sezonskih radnika migranata na godišnjem nivou.<sup>88</sup> Ukoliko se izda saglasnost za rad stranca, neophodno je dostaviti različite dokaze koji čine zapošljavanje stranca opravdanim, uključujući obrazloženje toga zašto se zapošljava stranac, kao i dokaz o odgovarajućem stepenu i vrsti obrazovanja u određenim slučajevima.<sup>89</sup> Trajanje dozvole jeste šest meseci, dok poslodavac ima obavezu zaključenja ugovora o radu na određeno vreme sa sezonskim radnikom.<sup>90</sup> Svakako, pitanje sezonskog rada je regulisano i Zakonom o radnim odnosima koji prepoznaje i reguliše pitanje sezonskog rada uopšte.<sup>91</sup>

Kada je pak reč o situaciji u Albaniji, važno je napomenuti da je 2021. godine donet novi Zakon o strancima koji znatno pojedno-

86 Kroz isti izveštaj se prepoznaje i to da Severna Makedonija ima sklopljenih svega nekoliko bilateralnih sporazuma u pogledu sezonskog rada, te da upravo inicijativa Mali Šengen (Otvoren Balkan) ima izuzetan značaj u tom smislu. U kontekstu bilateralnih ugovora uopšte, potrebno je imati u vidu to da se neretko u savremenim pravnim sistemima uvode izuzeci u odnosu na uslov posedovanja radne dozvole, upravo u pogledu određenih delatnosti i poslova i/ili na osnovu bilateralnih sporazuma. International Organization for Migration, *Government of the Republic of the North Macedonia, Migration in North Macedonia: A country profile 2021*, International Organization for Migration, Geneva, 2022, 80.

87 Zakon o strancima Severne Makedonije (Zakon za stranci), *Službeni list RM*, br. 97/18, No. 108/19 i 294/21).

88 Zakon o strancima Severne Makedonije, čl. 88.

89 Zakon o strancima Severne Makedonije, čl. 89.

90 Zakon o strancima Severne Makedonije, čl. 90.

91 Zakon o radnim odnosima, *Službeni list RM*, br. 62/05, 106/08, 161/08, 114/09, 130/09, 50/10, 52/10, 124/10, 47/11, 11/12, 39/12, 13/13, 25/13, 170/13, 187/13, 113/14, 20/15, 33/15, 72/15, 129/15 i 27/16), čl. 47.

stavljajemo tada prisutne procedure u pogledu radnika migranata, te u znatnoj meri usklađuje pravni okvir sa pravom Evropske unije. Naime, do tada prisutna procedura izdavanja dve dozvole biva zamenjena jednom jedinstvenom dozvolom, što ima za cilj da olakša proceduru.<sup>92</sup> Svakako, dobijanje ovakve dozvole je uslovljeno ispunjenjem postavljanih uslova, te odobrenjem od strane Nacionalne agencije za zapošljavanje i veštine. Ovim zakonom se takođe uspostavljaju kvote u pogledu radnika migranata, odnosno stranaca, koje se mogu primeniti i kada je reč o sezonskim radnicima.<sup>93</sup>

#### 4.3. Novine koje uvodi Otvoreni Balkan

Tek kada imamo u vidu ovaj kontekst, možemo analizirati značaj Sporazuma i uopšte Otvorenog Balkana u pogledu slobodnog kretanja i uopšte unapređenja položaja sezonskih radnika u poljoprivredi. Naime, poseban značaj Sporazuma se ogleda u izmenama procedura u pogledu sezonskog rada u poljoprivredi kada je reč o radnicima koji migriraju među državama članicama Otvorenog Balkana. U tom smislu, već u samoj preambuli se izražava zajednička volja za jačanjem regionalne saradnje, a kako bi došlo do ekonomskog razvoja i rasta. Stoga se garantuje jednak pristup tržištu rada i olakšavanje administrativnih procedura kao mehanizam postizanja ove garantije. Da bi državljani bilo koje od strana članica ostvarili boravak sa svrhom rada u drugoj državi, potrebno je da imaju važeći lični dokument, nemaju zabranu ulaska i boravka i ne predstavljaju pretnju po javni poredak, nacionalnu bezbednost, javno zdravlje ili međunarodne odnose.<sup>94</sup> Radnik koji obavlja rad u nekoj od država članica dobija Identifikacioni broj Otvorenog Balkana (eng. *Open Balkan ID number*)<sup>95</sup>. Identifikacioni broj Otvorenog Balkana je određen kao „jedinstveni identifikacioni

92 Zakon o strancima Albanije (Law on foreigners, official gazette no. 162, dated 18 October 2021). Svakako, prilikom analize uopšte sfere zapošljavanja i rada u Albaniji, važno je imati u vidu odredbe Radnog zakonika (Labour Code of the Republic of Albania, No. 7961, dated 12.7.1995, amended by Law no. 8085, dated 13. 3. 1996, amended by Law no. 9125, dated 29. 7. 2003, amended by Law no. 10053, dated 29. 12. 2008, amended by Law no. 136/2015, dated 5. 12. 2015), čl. 39, st. 1, tač- gj) i čl. 58.

93 *Ibid.*

94 Sporazum, čl. 4.

95 Vid. Sporazum, čl. 2 i čl. 7, st. 1 i 2.

broj koji je Ugovorna strana čije državljanstvo ima izdala državljaninu, u skladu sa Sporazumom o povezivanju šema elektronske identifikacije građana Zapadnog Balkana, u svrhu korišćenja elektronskih usluga u okviru inicijative Otvoreni Balkan<sup>96</sup>. Upravo ovaj broj predstavlja svojevrsno odobrenje koje radniku omogućava radi u drugoj državi i koje važi dve godine, s tim što postoji i mogućnost obnove. Suštinski, upravo ovaj broj zamenjuje radnu dozvolu i to kroz znatno olakšanu i efikasniju proceduru. U vezi sa navedenim, bitno je naglasiti i to da se smatra da je potrebna registracija radnika uspešno izvršena dobijanjem Identifikacionog broja Otvorenog Balkana. U tom svetlu se ostvaruje slobodan pristup tržištu rada bez pribavljanja radne dozvole i boravišne dozvole. Kada je reč o primeni Sporazuma, uspostavlja i obaveza formiranja komisije koja se sastoji od najmanje po pet članova svake strane ugovornice, a ova komisija treba da svakih šest meseci izveštava strane ugovornice o primeni ovog sporazuma.<sup>97</sup> Štaviše, pitanje olakšavanja procedura je dodatno regulisano Memorandumom o razumevanju o radnim dozvolama kojim se naglašava važnost olakšanih procedura, kao i usklađivanja zakona u državama ugovornicama ukoliko za to postoji potreba<sup>98</sup>. Dakle, Otvoreni Balkan uvodi olakšane procedure koje ukidaju specijalne uslove u ovom pogledu, a što ima najveći značaj upravo za sezonske radnike u poljoprivredi koji migriraju među državama Otvorenog Balkana. U tom smislu, a posmatrano iz ugla sve tri države koje su trenutno deo inicijative Otvoreni Balkan, čini se da je ovakva procedura najmanje udaljena od već postojeće procedure u Republici Srbiji. Sa druge strane, procedure za angažovanje sezonskih radnika u poljoprivredi su, u skladu sa nacionalnom zakonodavstvom, a bez Otvorenog Balkana, u Albaniji i Severnoj Makedoniji, znatno složenije, te najčešće i duže i skuplje. U svetlu svega navedenog, može se zaključiti da je značaj Otvorenog Balkana za sezonske radnice u poljoprivredi izuzetno velik, te da se sa jedne strane ogleda u olakšanju procedura, a u svetlu intenzivnije i veće regionalne saradnje. Sa druge strane pak, nije manja značajan nije ni cilj borbe protiv neformalnih tokova, te u tom smislu i „rada na crno“, posebno prisutnog u pogledu sezonskog rada u poljoprivredi, kroz Otvoreni Balkan. Svakako, određena pitanja ostaju otvorena, a ona se tiču sa jedne strane rezultata u

---

96 Sporazum, čl. 2.

97 Sporazum, čl. 11–13.

98 Memorandum o razumevanju o radnim dozvolama, čl. 2.

sferi primene prava, a o čemu će sveobuhvatna ocena biti doneta u godinama koje dolaze. Sa druge strane otvorena pitanja se tiču i potrebe prepoznavanja i drugih izazova sa kojima se migranti i migrantkinje sreću, a koji su uslovljeni stereotipima i predrasudama, te prostora za dodatno uvođenje pravnih i vanpravnih mehanizama usmerenih ka postizanju suštinske jednakosti i ravnopravnosti.

## 5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Analiza položaja migrantkinja kao sezonskih radnica u poljoprivredi ima izuzetno veliku važnost, ali takođe podrazumeva i znatnu složenost. Važnost ovog pitanja pre svega proizilazi iz činjenice da se milioni ljudi, migranata i migrantkinja, širom sveta suočavaju sa velikim izazovima i preprekama koje migrantski status podrazumeva. Posebna složenost pak proizilazi iz višestrukosti i različite prirode faktora koje je neophodno uzeti u razmatranje prilikom analize položaja individue na tržištu i uopšte u svetu rada.

Pored brojnih objektivnih prepreka sa kojima oni koji migriraju bivaju suočeni, a koji se kreću od složenih administrativnih procedura do jezičkih i kulturoloških barijera, oni takođe često bivaju suočeni i sa brojnim stereotipima i predrasudama. Navedeno naročito dolazi do izražaja u svetu rada, te stoga oni često imaju vrlo ograničene i to ako ikakve, mogućnosti za pronalazak zaposlenja. Upravo stoga migranti i migrantkinje često rade u poljoprivredi, a najčešće su u pitanju sezonski poslovi koji ne garantuju nikakvu sigurnost niti stabilnost. Pored toga, sezonski poslovi u poljoprivredi su po pravilu i nisko plaćeni, nisko vrednovani, a neretko i rizični po bezbednost i zdravlje. Dakle, iz različitih uglova i u kontekstu različitih radnopravnih pitanja i instituta, položaj osobe koja je radnik migrant i koja obavlja sezonski rad u poljoprivredi je izuzetno nepovoljan. Međutim, situacija postaje utoliko složenija, a najčešće i nepovoljnija ukoliko analiza obuvati i rodnu perspektivu, a u kontekstu migrantkinja kao sezonskih radnica u poljoprivredi. Naime, pored onih izazova i prepreka sa kojima se suočavaju svi koji migriraju, one su takođe često i žrtve brojnih prepreka koje proizilaze iz rodne perspektive. Takođe, rodna perspektiva je posebno značajna i kada je reč o razmatranju rada u poljoprivredi, a u kontekstu prisutnog trenda feminizacije poljoprivrede i specifičnih izazova sa kojima se suočavaju žene u poljoprivredi.

Poboljšanje ovakve situacije sa kojom su suočeni milioni na globalnom nivou nije niti lako niti jednostavno, a ovi problemi i izazovi su prisutni širom sveta, pa tako i kod nas, na Zapadnom Balkanu. U tom smislu, poseban značaj, kada je reč o regionu Zapadnog Balkana, ima upravo inicijativa Otvoreni Balkan, koja je nastala i razvija se u proteklih nekoliko godina, a koja otvara nove horizonte u pogledu mogućnosti saradnje među državama članicama. Ova regionalna inicijativa, koja trenutno obuhvata Srbiju, Albaniju i Severnu Makedoniju, je od izuzetnog značaja upravo u kontekstu garantija slobodnog tržišta pristupu rada i jednakosti među državama članicama. Navedeni cilj se ostvaruje kroz znatno olakšanje, pa i unapređenje administrativnih procedura i borbu protiv rada van formalne ekonomije. Iako uvođenje ovakvih novina ima veliki značaj za radnike migrante i migrantkinje uopšte, poseban značaj ima upravo kada je reč o sezonskim radnicama u poljoprivredi i taj značaj je dvostruk. Sa jedne strane, on se ogleda u konkretnim olakšicama, a istovremeno se sa druge strane ogleda i u samom skretanju pažnje na položaj sezonskih radnica migrantkinja u poljoprivredi i, barem neke od, izazova sa kojima se suočavaju. Svakako, brojna pitanja ostaju i postoji prostor za dalje korake u kontekstu unapređenja položaja svih, a posebno migranata i migrantkinja, kao sezonskih radnika i radnica u poljoprivredi – kako kroz pravne, tako i kroz vanpravne mehanizme. Pa ipak, navedeno ne umanjuje značaj Otvorenog Balkana – kako u pogledu novina koje se uvode u kontekstu sezonskih radnika i radnica u poljoprivredi, tako i uopšte u pogledu regionalne saradnje sa ciljem ekonomskog i društvenog rasta i razvoja.

*Mina Kuzminac, LL.M.*

*Teaching Associate at the University of Belgrade – Faculty of Law*

## OPEN BALKAN – CREATING NEW OPPORTUNITIES FOR FEMALE SEASONAL WORKERS IN AGRICULTURE

### *Summary*

Between 150 and 200 million migrant workers are currently living and working around the globe. Most often, employment and work of migrant workers is accompanied by lack of stability and security of

employment, as well as administrative, but also linguistic and cultural barriers, and finally numerous stereotypes and prejudices. On the other hand, working in agriculture also involves facing a series of specific challenges that are especially emphasized when it comes to migrants as seasonal workers in agriculture. An additional layer of complexity is introduced by once we take into account the gender perspective, considering the emphasized feminization of migration, as well as the feminization of agriculture. Of particular importance in the context of overcoming at least some of the mentioned challenges related to seasonal work of migrant women in agriculture in the Western Balkans is the Open Balkan initiative, which aims, among other, to achieve the free movement of workers and equal access to the labour market in member states.

Key words: *Labour Market. – Female Seasonal Workers. – Female Migrant Workers. – Agriculture. – Open Balkan.*

## LITERATURA

- Arnaudov M., Ćurčić M., „Inicijativa Otvoreni Balkan: mogućnost ekonomske i političke integracije bez bezbednosne komponente“, *Međunarodna politika* 1187, 2023, 133–159.
- Berg, J., *Labour Markets, Institutions and Inequality: Building Just Societies in the 21st Century*, International Labour Office, Geneva 2015.
- Bobić M., „Rodni pristup u istraživanju migracija: Rod i integracija u okviru migracija“, *Savremene migracije i društveni razvoj: interdisciplinarna perspektiva*, (ur. Z. Lutovac, S. Mrđa).
- Chant S., Pedwell C., *Women, Gender and the Informal Economy: An Assessment of ILO Research and Suggested Ways Forward*, International Labour Office, Geneva 2008.
- Christiaensen, L., Rutledge Z., Taylor J. E., „The Future of Work in Agriculture Some Reflections“, Policy Research Working Paper 9193, World Bank Group 2020.
- Costello C., „Migrants and Forced Labour: A Labour Law Response“, *The Autonomy of Labour Law* (eds. A. Bogg et al.), Hart Publishing, London 2015.

- Das S., Kotikula A., „Gender-based Employment Segregation: Understanding Causes and Policy Interventions, *Jobs Working Paper* 26/2019.
- Dedieu B., „Transversal views on work in agriculture“, *Cahiers Agricultures* 8/2019, 1–9.
- Deichmann U., Goyal A., Kumar Mishra D., „Will Digital Technologies Transform Agriculture in Developing Countries?“, World Bank Policy Research Working Paper No. 7669, Washington D.C. 2016.
- Doss C., Women and Agricultural Productivity: What Does the Evidence Tell Us?, Discussions Papers, Economic Growth Center, Yale University 2015.
- Dumitru S., „‘Care Drain.’ Explaining Bias in Theorizing Women’s Migration“, *Romanian Journal of Society and Politics* 2/2016, 94–109.
- Dukanović D., Krstić M., „Regionalna saradnja na Zapadnom Balkanu – dugoročno čekanje na članstvo u Evropskoj uniji i/ili ‘Balkanska unija’“, *Srpska politička misao* 1/2021, 9–26.
- Endendijk J. *et al.*, „Gender Stereotypes in the Family Context: Mothers, Fathers, and Siblings“, *Sex Roles*, 9–10/2013, 577–590.
- Foley L., Piper N., *COVID-19 and Women Migrant Workers: Impacts and Implications*, International Organization for Migration, Geneva 2020.
- Food and Agriculture Organization of the United Nations, *Regulating Labour and Safety Standards in the Agriculture, forestry and Fisheries Sectors*, Food and Agriculture Organization of the United Nations 2018.
- Fredman, S., „Substantive Equality Revisited“, *International Journal of Constitutional Law* 3/2016, 712–738.
- Hagen-Zanker, J., Why Do People Migrate? A Review of the Theoretical Literature. Working Paper No. 2008/WP002, Maastricht 2008.
- Hansen C. W., Jensen P. S., Skovsgaard C., „Modern Gender Roles and Agricultural History: The Neolithic Inheritance“, <https://ssrn.com/abstract=2170945>, 1. 7. 2023.
- Hurst P., *Agricultural Workers and Their Contribution to Sustainable Agriculture and Rural Development*, Food and Agriculture Organization International Labour Organization International

- Union of Food, Agricultural, Hotel, Restaurant, Catering, Tobacco and Allied Workers' Associations, Geneva 2007.
- International Labour Organization, *ILO Global Estimates on International Migrant Workers: Results and Methodology*, Third edition, International Labour Office, Geneva 2021.
- International Labour Organization, Decent work in Agriculture, International Workers' Symposium on Decent Work in Agriculture Geneva, 15–18 September 2003.
- International Labour Organization, *Decent and Productive Work in Agriculture*, International Labour Office, Geneva.
- International Organization for Migration, *Government of the Republic of the North Macedonia, Migration in North Macedonia: A country profile 2021*, International Organization for Migration, Geneva 2022.
- Jelić S. M., Kolarević V. Ž., „Značaj poljoprivrede u privrednog strukturu i privrednom razvoju zemalja u tranziciji“, *Sociološki pregled* 3/2019, 999–1019.
- Jevtović N., „Šta je budućnost Zapadnog Balkana – odlasci, dolasci ili cirkularne migracije?“, <http://www.centaronline.org/userfiles/files/preuzimanje/ryce/fcd-ryce-analiza-nenad-jevtovic-sta-je-buducnost-zapadnog-balkana-odlasci-dolasci-ili-cirkularne-migracije.pdf>, 5. 7. 2023
- Jevtović Z., Bajić P., „Slika o migrantima u diskursu dnevne štampe Srbije“, *Savremene migracije i društveni razvoj: interdisciplinarna perspektiva* (ur. Z. Lutovac, S. Mrđa), Srpsko sociološko društvo, Institut društvenih nauka, Filozofski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018, 97–110.
- Kawar M., „Gender and Migration: Why are Women more Vulnerable?“, *Femmes en mouvement: Genre, migrations et nouvelle division internationale du travail* (eds. R. Fenneke, C. Verschuur), Graduate Institute Publications, Geneva 2004.
- Kawarazuka N. *et al.*, „Myths about the Feminization of Agriculture: Implications for Global Food Security“, *Global Food Security* 33/2022, 1–8.
- Končar L., „O položaju i iskustvu sezonskih radnica u poljoprivredi u savremenoj Srbiji: može li se govoriti o elementima strukturnog nasilja?“, *Antropologija* 3/2020, 47–78.

- Kovačević Lj., *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2021.
- Kovačević Lj., „Zapošljavanje radnika migranata – pretpostavke, uslovi i ograničenja“, *Strani pravni život* 2/2020, 5–25.
- Kovačević Lj., „Radna eksploatacija – određenje pojma, razgraničenje od drugih sličnih pojmova i njihov međusobni odnos“, *Kaznena reakcija u Srbiji, X deo* (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018, 228–261.
- Kovačević Lj., „Zaštita migranata od socijalnih rizika u pravu Evropske unije“, *Strani pravni život* 3/2011, 151–171.
- Krasić B., Stojanović B., „Globalni kompakt o migracijama: pravna priroda i potencijalni uticaj na razvoj međunarodnog migracionog prava“, *Pravni zapisi* 2/2020, 645–662.
- Lukić G., „Savremene migracije i interkulturalizam u obrazovanju“, *Savremene migracije i društveni razvoj: interdisciplinarna perspektiva* (ur. Z. Lutovac, S. Mrđa), Srpsko sociološko društvo, Institut društvenih nauka, Filozofski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018, 39, 37–49.
- Morokvašić M., „Feminizacija migracija“, *Stanovištvo* 2/2010, 25–52.
- Musikawong S. et al., *Working and Employment Conditions in the Agriculture Sector in Thailand: A Survey of Migrants Working on Thai Sugarcane, Rubber, Oil palm and Maize Farms*, International Labour Office, Geneva 2021.
- Pantović J., Bradaš S., Petovar K., *Položaj žena na tržištu rada*, Friedrich Ebert Stiftung, Beograd 2017.
- Pijnenburg A., Conny R., „Moving beyond Refugees and Migrants: Reconceptualising the Rights of People on the Move“, *International Journal of Postcolonial Studies* 2/2021, 273–293.
- Privredna komora Srbije, „Put ka četiri slobode“, <https://pks.rs/open-balkan>, 20. 5. 2023.
- Radulović B., Anđelković Đoković M., *Analiza sistema angažovanja sezonskih radnika: iskustva ekonomija Zapadnog Balkana*, NALED, Beograd 2019.
- Rantanen J., Muchiri F., Lehtinen S., „Decent work, ILO's Response to the Globalization of Working Life: Basic Concepts and Global Implementation with Special Reference to occupational he-

- alth“, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 10/2020, 1–27.
- Reljanović M., *Alternativno radno zakonodavstvo*, Rosa Luxemburg Stiftung Southeast Europe, Centar za dostojanstven rad, Beograd 2019.
- Stanojević J., Krstić B., Đekić S., „Analiza produktivnosti rada sektora poljoprivrede Republike Srbije“, *Ekonomске teme* 4/2015, 479–494.
- Tarigan W. P. L. *et al.*, „Analysis of Mina Padi Innovation Village based on Local Wisdom as a Learning Resource Assisted by Biological Simulation Applications“, *Agricultural and Environmental Education* 1/2023, 1–12.
- Vaidyanathan A., „Instability in Agriculture: Extent, Causes and Consequences: A Review Article“, *Indian Economic Review* 2/1992, 211–222.
- Verschuur C., „From the Centre to the Margins and back again: Women in Agriculture at the ILO“ (*Du centre vers les marges et retour: les femmes, l'agriculture et l'OIT*), Part 2 – *Protecting People*, International Development Policy, Geneva Graduate Institute 2019, 152–176.
- Zlotnik H., „Migration and the Family: The Female Perspective“, *Asian and Pacific migration journal* 2–3/1995, 253–271.
- Wang Zhiling Z., De Graaff T., Nijkamp P., „Barriers of Culture, Networks, and Language in International Migration: A Review“, *Regional, the Journal of ERSA* 2018, 73–89.

Article history:

Received: 12. 10. 2023.

Accepted: 27. 11. 2023.

Dr Boris Tučić\*

Mr Radmila Dragišić\*\*

## PRIZNAVANJE PROFESIONALNIH KVALIFIKACIJA U OKVIRU INICIJATIVE ZA REGIONALNU SARADNJU „OTVORENI BALKAN“

*Na ravni Evropske unije, baš kao i na ravni zemalja članica inicijative za regionalnu saradnju „Otvoreni Balkan“, kvalifikacije je moguće priznati iz dva bazična razloga – radi nastavka školovanja i radi obavljanja privredne djelatnosti u inostranstvu. Ovo istraživanje, u kojem koristimo analitičke i sintetičke metode, pri čemu u okviru njih centralno mjesto zauzimaju analiza sadržaja i istorijsko-komparativna analiza, pokazuje da je priznavanje profesionalnih kvalifikacija u okviru predmetne regionalne inicijative, shodno obavezama iz evropskog integracionog procesa, moguće vršiti isključivo u skladu sa mjerama predviđenim sporazumima o stabilizaciji i pridruživanju sadržanim u okviru poglavlja o poslovnom nastanjivanju, prema kojima savjeti za stabilizaciju i pridruživanje imaju posebnu ulogu kada je riječ o međusobnom priznavanju kvalifikacija između Evropske unije i zemalja kandidata za članstvo u ovoj organizaciji.*

**Ključne riječi:** *Evropska unija. – Inicijativa za regionalnu saradnju „Otvoreni Balkan“. – Profesionalne kvalifikacije. – SSP. – Pravo poslovnog nastanjivanja.*

---

\* Autor je docent na Fakultetu bezbjednosnih nauka Univerziteta u Banjoj Luci, [boris.tucic@fbn.unibl.org](mailto:boris.tucic@fbn.unibl.org), ORCID: 0009-0004-3248-2320 (Republika Srpska, BiH).

\*\* Autorka je magistar pravnih nauka i doktorand na Pravnom fakultetu Univerziteta u Banjoj Luci, zaposlena na mjestu zamjenika direktora Republičkog sekretarijata za zakonodavstvo u Vladi Republike Srpske, [strbacr73@gmail.com](mailto:strbacr73@gmail.com) i [r.dragisic@rsz.vladars.rs](mailto:r.dragisic@rsz.vladars.rs), ORCID: 0009-0007-4492-2722 (Republika Srpska, BiH).

## 1. UVODNA RAZMATRANJA

Priznavanje profesionalnih kvalifikacija u Evropskoj uniji<sup>1</sup> postalo je aktuelno još šezdesetih godina XX vijeka i svoju motivaciju je nalazilo u stvaranju novih radnih mjesta, smanjenju nezaposlenosti te potrebi promovisanja konkurentnosti među državama članicama, što implicira da je ono indukovano u bazu evropskog integracionog projekta. Zemlje koje su aplicirale za članstvo u Evropskoj uniji, sa danom pristupanja ovoj organizaciji, počinju u punom kapacitetu sprovoditi nacionalne propise o profesionalnim kvalifikacijama kojima su u svoja zakonodavstva preuzele relevantne izvore prava Evropske unije, a sve u funkciji ostvarivanja slobodnog poslovnog nastana<sup>2</sup> i slobode pružanja usluga.

U Direktivi 2005/36/EZ Evropskog parlamenta i Savjeta o priznavanju profesionalnih kvalifikacija (u daljem tekstu: Direktiva 2005/36/EZ)<sup>3</sup>, objedinjeni su mnogi raniji izvori prava Evropske unije koji garantuju licima koja su stekla profesionalne kvalifikacije u jednoj od država članica pristup istoj profesiji i ista prava prilikom obavljanja te profesije u drugoj državi članici, kao i državljanima te države članice. Jedan on nekada najinovativnijih izvora koji je „svrstan“ pod okrilje Direktive 2005/36/EZ bila je na primjer Direktiva 89/48/EEZ<sup>4</sup>.

Direktiva 2013/55/EU<sup>5</sup> predstavlja posljednje izmjene i dopune Direktive 2005/36/EZ i Regulative (EU) 1024/2012 o administrativnoj

- 1 U ovom radu koristiće se izraz „Evropska unija“, uključujući tamo gdje se odnosi na Zajednicu prije Ugovora iz Lisabona, osim tamo gdje kontekst zahtijeva drugačije.
- 2 Poslovno nastanjivanje podrazumijeva stabilan i dugotrajan smještaj u državi članici, kao i ispunjavanje uslova za bavljenje profesijom u državi članici, s tim da lice ne smije imati zabranu bavljenja profesijom. Poslovni nastan lice može imati kao zaposleno ili samozaposleno lice i ne mora se nužno zaista baviti konkretnom profesijom u vrijeme kada planira pružati svoju uslugu.
- 3 Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications, *OJ L* 255, 30. 9. 2005, 22–142.
- 4 Directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans, *OJ L* 19, 24. 1. 1989, 16–23.
- 5 Directive 2013/55/EU of the European Parliament and of the Council of 20 November 2013 amending Directive 2005/36/EC on the recognition

saradnji putem Informacionog sistema unutrašnjeg tržišta („Regulativa IMI“), a njen osnovni zadatak je da se unaprijede pravila važećih sistema priznavanja kvalifikacija u kontekstu iskustava, kao i da se održe načela i garancije slobodnog poslovnog nastanjivanja koja su ugrađena u te sisteme.<sup>6</sup> Između ostalog, Direktiva 2013/55/EU sadrži nova pravila u pogledu djelimičnog pristupa, pripravnštva i provjera poznavanja jezika. Direktiva 2005/36/EZ je na snazi, zajedno sa Direktivom 2013/55/EU,<sup>7</sup> s tim da je zadiranje u oblast profesionalnih kvalifikacija na ravni Evropske unije vršeno na početku pandemije COVID-19 kada je Komisija brzo reagovala kroz izdavanje Komunikacije o olakšavanju međusobnog priznavanja kvalifikacija zdravstvenih radnika<sup>8</sup>, koja predstavlja izvor mekog prava (eng. *soft law*). Pored toga, 30. jula 2020. godine je istekao rok u kojem su u državama članicama trebali stupiti na snagu propisi neophodni za usklađivanje sa Direktivom (EU) 2018/958 Evropskog parlamenta i Savjeta od 28. juna 2018. godine o ispitivanju proporcionalnosti prije donošenja novih propisa kojima se regulišu profesije (u daljem tekstu: Direktiva 2018/958).<sup>9</sup>

of professional qualifications and Regulation (EU) No 1024/2012 on administrative cooperation through the Internal Market Information System (‘the IMI Regulation’) Text with EEA relevance, *Directive 2013/55/EU of the European Parliament and of the Council of 20 November 2013 amending Directive 2005/36/EC on the recognition of professional qualifications and Regulation (EU) No 1024/2012 on administrative cooperation through the Internal Market Information System ( ‘the IMI Regulation’ ) Text with EEA relevance OJ L 354*, 28. 12. 2013, 132–170.

- 6 Direktiva 2013/55/EU je stupila na snagu 18. januara 2013. godine, a rok za njenu transpoziciju u nacionalne pravne sisteme država članica je bio 18. januar 2016. godine.
- 7 Kada je riječ o Direktivi 2013/55/EU, gotovo sve države članice Evropske unije, osim Litvanije, nisu izvršile njenu blagovremenu transpoziciju u nacionalne pravne sisteme. Jedan od razloga za neblagovremenu transpoziciju je to što su se decentralizovane države članice suočile s administrativnim opterećenjem pri transpoziciji. Evropska komisija je u julu 2018. godine pokrenula prvi ciklus postupaka zbog povrede prava Evropske unije, dok je u januaru 2019. godine pokrenula drugi ciklus postupaka zbog povrede prava. Većina postupaka zbog povrede su još u toku.
- 8 Communication from the Commission Guidance on free movement of health professionals and minimum harmonisation of training in relation to COVID-19 emergency measures – recommendations regarding Directive 2005/36/EC 2020/C 156/01, C/2020/3072, *OJ C 156*, 1–4.
- 9 Directive (EU) 2018/958 of the European Parliament and of the Council of 28 June 2018 on a proportionality test before adoption of new regulation of professions, *OJ L 173*, 9. 7. 2018, 25–34.

Iz navedenih izvora prava, a posebno iz sadržine Direktive 2013/55/EU proizilazi da su institucije Evropske unije činile sve kako bi se izbjegla pogrešna primjena načela uzajamnog priznavanja profesionalnih kvalifikacija, a samim tim i ugrozilo pravo na slobodu kretanja radnika i poslovnog nastanjivanja stručnjaka na tržištu usluga. U tu svrhu su komunitarne institucije inicijalno slale note u vezi sa profesionalnim kvalifikacijama i djelovale kao promoteri poslovnog nastanjivanja, te su kroz sekundarne izvore prava koje su donosile uvele logističke mehanizme kao što je Evropska profesionalna kartica (EPC),<sup>10</sup> koja zajedno sa Informacionim sistemom za unutrašnje tržište (eng. IMI – *The Internal Market Information System*) doprinosi razvoju online i lako dostupnih postupaka za pojednostavljenje priznavanja profesionalnih kvalifikacija.

Međutim, priznavanje profesionalnih kvalifikacija na ravni Evropske unije, u institucionalnom smislu, najveću podršku je dobilo kroz presude koje je donosio Sud pravde Evropske unije (Sud pravde). Naime, ovaj sud je, u službi ostvarivanja slobode poslovnog nastana, još sedamdesetih godina XX vijeka donosio presude, poput onih u predmetima *Reyners*<sup>11</sup> i *Thieffry*,<sup>12</sup> za koje se veže podrška poslovnom nastanjivanju. I naprijed pomenuta pravila u pogledu djelimičnog pristupa profesiji kodifikovana su na način što je u Direktivu 2013/55/EU preuzeta praksa Suda pravde<sup>13</sup> iz predmeta *de Cami-*

10 Izrada Evropske profesionalne kartice predviđena je Direktivom 2013/55/EU za odabrane profesije a u cilju da se stručnjacima omogući jednostavnije i brže priznavanje kvalifikacija posredstvom standardizovanog elektroničkog postupka. Sama kartica se bazira na upotrebi IMI izdaje se u obliku elektronske potvrde. U početku se izdavala za medicinske sestre opšte zdravstvene njege, fizioterapeute, farmaceute, gorske vodiče, posrednike za nekretnine. Evropska komisija je 2015. godine donijela Implementacionu regulativu 2015/983 u kojoj je utvrdila postupak za izdavanje EPC i primjenu mehanizma upozorenja uvedenog Direktivom 2005/36/EZ koji osigurava da su pacijenti i potrošači u Evropskoj uniji na odgovarajući način zaštićeni od lica kojima je zabranjeno ili ograničeno bavljenje profesijom ili su upotrebljavali falsifikovane diplome za prijavu za priznavanje svojih kvalifikacija. U 2020. godini donesena je Implementaciona regulativa 2020/1190 kojom se vrši ispravka Implementacione regulative 2015/983 i pojašnjava da će nadležno tijelo države domaćina odlučiti da li će produžiti privremene EPC izdane nakon prethodne provjere kvalifikacija shodno čl. 7(4) Direktive 2005/36/EZ.

11 Judgment of 21 June 1974, *Reyners*, C-2/74, ECLI:EU:C:1974:68.

12 Judgment of 28 April 1977, *Thieffry*, C-71/76, ECLI:EU:C:1977:65.

13 U radu se koristi oficijelni metod citiranja prakse Suda pravde Evropske unije. Dostupno na: [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P\\_126035/en/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_126035/en/), 15.10.2023.

*nos*,<sup>14</sup> dok su pravila o obavezi priznavanja stručnog pripravničkog staža obavljenog u drugoj državi članici u kojoj je obavljanje pripravništva obavezno za ostvarivanje pristupa regulisanoj profesiji, kao i pravila o izvršavanju sistemskih provjera poznavanja jezika samo kada je riječ o profesijama u kojima postoji rizik za sigurnost pacijenata, preuzeta iz predmeta *Salomone*.<sup>15</sup>

U nastavku se između ostalog sadrže ključna pojašnjenja rješenja iz sekundarnih izvora prava Evropske unije kojima je uređena oblast priznavanja profesionalnih kvalifikacija, te se daje pregled odabrane prakse Suda pravde u toj oblasti. Navedeno je neophodno u kontekstu obaveza koje proizilaze iz procesa pridruživanja i pristupanja Evropskoj uniji, pa tako i u kontekstu inicijative za regionalnu saradnju „Otvoreni Balkan“ koja kako se pokazuje ne može biti „istrgnuta“ iz evropskog integracionog puta zemalja koje učestvuju u toj regionalnoj saradnji, već treba da je u funkciji prenosnice za uređenje regionalnih ekonomskih, pravnih, političkih i inih pitanja prije pristupanja evropskoj organizaciji.

## 2. RJEŠENJA IZ SEKUNDARNIH IZVORA ACQUIS U OBLASTI PRIZNAVANJA PROFESIONALNIH KVALIFIKACIJA

Na ravni Evropske unije oduvijek se težilo ukidanju distrakcija u domenu slobodnog kretanja lica i usluga između njenih konstituenata (država članica), a jedna od tih distrakcija ticala se potrebe redefinisanja prava na obavljanje određene profesije u svojstvu samozaposlenog ili zaposlenog lica. Naime, u evropskoj organizaciji se nikada nije odustalo od cilja iz člana 53(1) Ugovora o funkcionisanju Evropske unije<sup>16</sup> (UFEU) (*ex* član 47(1) UEZ) da se osigura da državljani država članica ostvaruju pravo na obavljanje određene profesije u državi članici različitoj od one u kojoj su ostvarile svoje profesionalne kvalifikacije.

Kontemplacioni milje za donošenje Direktive 2005/36/EZ, koja je trebalo da na iskustvenoj osnovi poboljša i objedini pravila tadašnjeg

---

14 Judgment of 19 January 2006, *de Caminos*, C-330/03, ECLI:EU:C:2006:45, 26, 29.

15 Judgment of 4. July 2000, *Salomone*, C-424/97, ECLI:EU:C:2000:357, 59–61.

16 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26. 10. 2012, 47–390.

sistema priznavanja kvalifikacija koji je počivao na 15 direktiva, izgrađen je primarno na bazi sastanka Evropskog savjeta koji je 2001 godine zadužio Komisiju da u roku od godinu dana izradi i dostavi prijedloge rješenja priznavanja kvalifikacija koji bi bio ujednačeniji, transparentniji i fleksibilniji od tadašnjeg, te koji bi obezbijedio automatsko priznavanje ograničenog broja profesija na bazi usklađenih minimalnih uslova osposobljavanja (sektorske profesije), generalnog sistema prepoznavanja dokaza o osposobljenosti i automatskog priznavanja stručnog iskustva (tri sistema priznavanja kvalifikacija).<sup>17</sup>

Slijedom navedenih zaduženja, usvojena je Direktiva 2005/36/EZ koja, zajedno sa Direktivom 2013/55/EU (u daljem tekstu: Direktive),<sup>18</sup> pretenduje da licima sa ostvarenim profesionalnim kvalifikacijama u jednoj garantuje pristup istoj profesiji i jednaka prava prilikom njenog obavljanja u drugoj državi članici kao i državljanima te države članice, kao i da ukloni sve diskriminirajuće pretpostavke ili uslove obavljanja dotične profesije koje je utvrdila ta država članica, ako oni nisu objektivno opravdani i proporcionalni.<sup>19</sup> Posebno je važno ukazati na to da je riječ o izvorima prava koji su namijenjeni samo stručnjacima koji su u potpunosti kvalifikovani za vršenje nekog zanimanja u jednoj državi članici, a žele isto to zanimanje obavljati u drugoj državi članici. To znači da se ona ne primjenjuje na one koji žele da studiraju u drugoj državi članici, niti na one koji su započeli školovanje u jednoj državi članici i žele ga nastaviti u drugoj državi članici.<sup>20</sup>

Direktivama se uvode uzajamno ocjenjivanje nacionalnih propisa o profesionalnim kvalifikacijama i program transparentnosti (npr. pregled ograničenja pristupa zanimanjima i ocjena njihove nužnosti), kao i obaveza država članica da Komisiji dostavljaju obavijesti o razlozima zbog kojih smatraju da su postojeći ili novi zahtjevi iz nacionalnih propisa u oblasti regulisanih profesija u skladu s načelima nediskriminacije i proporcionalnosti.<sup>21</sup> Primjenjuju se na sve državljane

17 Uvodna izjava 1. Direktive 2013/55/EU.

18 Lavinia Kortese, „Exploring professional recognition in the EU: a legal perspective“, *Journal of international Mobility* 1/2016, 43–58.

19 20. oktobar 2007. godine je datum do kojeg su države članice Evropske unije trebale izvršiti transpoziciju Direktive u svoja zakonodavstva.

20 Oni treba da kontaktiraju Nacionalne izvještajne centre o akademskom priznavanju (NARIC) u svrhu ostvarenja školovanja.

21 Na ravni Evropske unije objavljena je i interaktivna baza regulisanih profesija a to su profesije kojima pristup, ili pravo na obavljanje, zavisi od posjedovanja

država članica Evropske unije, Evropskog ekonomskog prostora kao i Švajcarske koji žele obavljati regulisanu profesiju,<sup>22</sup> bilo u svojstvu samozaposlenog ili zaposlenog lica, u zemlji različitoj od one u kojoj su stekli svoje profesionalne kvalifikacije (prekogranični element). Ne primjenjuju se na zanimanja obuhvaćena posebnim direktivama kao što je Direktiva 2006/43/EZ o ovlaštenim revizorima.<sup>23</sup> Na primjer, u slučaju advokata, iako su njihove kvalifikacije obuhvaćene Direktivama, na njih se odnose dvije posebne direktive – Direktiva 77/249/EEZ<sup>24</sup> i Direktiva 98/5/EZ<sup>25</sup> – koje uključuju dodatne načine na koje oni mogu pružati prekogranične usluge na privremenoj osnovi ili putem trajnog poslovnog nastana u ostalim državama članicama. Čini se najispravnijim zaključiti da je riječ o „kišobran direktivama“ koje se primjenjuju na sve profesije koje nisu regulisane posebnim direktivama.

Direktivama se, u kontekstu naprijed pomenutih očekivanja Evropskog savjeta, propisuju tri sistema priznavanja kvalifikacija – automatsko priznavanje zanimanja za koje su minimalni uslovi osposobljavanja usklađeni do određene granice na ravni Evropske unije (ljekari, medicinske sestre za opštu zdravstvenu njegu, stomatolozi, veterinari, primalje, farmaceuti i arhitekti – sektorske profesije); automatsko priznavanje određenih zanimanja na osnovu stručnog iskustva (stručnjaci u preduzetničkim, trgovačkim i industrijskim zanimanjima); opšti sistem za navedena zanimanja koja nisu obuhvaćena

---

određenih kvalifikacija i ona obuhvataju i zanimanja kod kojih je zaštićena upotreba određenog naziva (npr. ovlašteni certifikovani računovođa). European Commission, „Regulated Professions Database“, <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/regprof/home>, 14. 10. 2023.

- 22 Regulisana profesija je profesija kojoj je pristup ili bavljenje njome u državi članici domaćinu propisom (zakonom ili uredbom) uslovljen posjedovanjem određene profesionalne kvalifikacije.
- 23 Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253/EEC (Text with EEA relevance), *OJ L* 157, 9. 6. 2006, 87–107.
- 24 Council Directive 77/249/EEC of 22 March 1977 to facilitate the effective exercise by lawyers of freedom to provide services, *OJ L* 78, 26. 3. 1977, 17–18.
- 25 Directive 98/5/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 to facilitate practice of the profession of lawyer on a permanent basis in a Member State other than that in which the qualification was obtained, *OJ L* 77, 14. 3. 1998, 36–43.

sistemom automatskog priznavanja zasniva se na načelu uzajamnog priznavanja kvalifikacija (profesije iz opšteg sistema). Opšti sistem primjenjuje se i na ostale regulisane profesije kojima je pristup garantovan svakom licu koje može dokazati da je u potpunosti kvalifikovano u svojoj zemlji, s tim da ako nadležna tijela pronađu značajne razlike između osposobljavanja stečenog u matičnoj zemlji i osposobljavanja koje je potrebno za istu aktivnost u njihovoj državi, mogu licu ponuditi izbor da prođe period prilagođavanja ili provjeru osposobljenosti.

Uvedeno je načelo djelimičnog pristupa profesiji kada se djelatnosti obuhvaćene regulisanom profesijom razlikuju od države do države članice a što može pogodovati stručnjacima koji rade u realnom privrednom sektoru koji kao takav ne postoji kao profesija u državi članici u koju se žele preseliti. Pored toga državama domaćinima omogućuje se sistematska provjera znanja jezika samo za profesije koje utiču na sigurnost pacijenta. Provjera znanja jezika trebalo bi da se provodi tek nakon što država domaćin prizna kvalifikaciju i trebalo bi da bude ograničena na znanje jednog službenog jezika države domaćina i da bude proporcionalna predmetnoj djelatnosti. Države članice moraju pružati sve informacije o priznavanju kvalifikacija za sve regulisane profesije putem jedinstvenih kontakt tačaka te bi stručnjaci trebali biti u mogućnosti da završe sve postupke i formalnosti iz Direktiva na internetu putem jedinstvene kontakt tačke ili tijela nadležnih za određenu profesiju.

Danas se Direktive primjenjuju na državljane 30 država – 27 država članica Evropske unije, Islanda, Norveške i Lihtenštajna<sup>26</sup> i odnose se na lica koja u trenutku traženja priznanja profesionalne kvalifikacije imaju državljanstvo jedne od tih 30 država, čak i ako su ranije imala drugo državljanstvo i čak i ako imaju dvojno državljanstvo, pa se može primjenjivati i na državljanina Bosne i Hercegovine (BiH) ili Srbije koji istovremeno imaju na primjer hrvatsko državljanstvo. Primjenjuju se i na državljane trećih zemalja<sup>27</sup> koji su članovi porodice građanina

---

26     Za Švajcarsku vrijede posebna pravila o priznavanju profesionalnih kvalifikacija.

27     S tim da se na državu članicu ova Direktiva ne primjenjuje ako je profesionalna kvalifikacija stečena u trećoj zemlji ako je ta država članica zahtjev za priznanje dobila prvi put tj. ako je riječ o priznavanju kvalifikacije prvi put u Evropskoj uniji. Svaki naredni zahtjev, nakon što je prvi uvažen, dovodi do priznavanja u različitim državama članicama.

Evropske unije i koriste svoje pravo na slobodno kretanje unutar ove organizacije,<sup>28</sup> te na državljane trećih zemalja koji imaju status izbjeglice u državi članici Evropske unije.<sup>29</sup> Nadalje, primjenjuju se na državljane trećih zemalja koji imaju status lica sa redovnim boravištem u Uniji.<sup>30</sup> Direktivom 2005/36/EZ je propisano da se od 19. juna 2011. godine primjenjuje i na državljane trećih zemalja koji imaju diplomu visokoškolske ustanove i ponudu za posao, ali samo za djelatnosti kojima se bave kao zaposleni, a ne samozaposleni, s izuzetkom Irske i Danske.<sup>31</sup> Međutim, Direktive se ne primjenjuju na privremeno pružanje usluga.

Kada je riječ o poslovnom nastanjivanju razlikujemo dvije situacije u kojima se primjenjuju Direktive. Prva se odnosi na situaciju kada lice želi da se poslovno nastani u državi članici i tada može koristiti odredbe Direktiva. Druga se odnosi na situaciju kada lice već ima zakoniti poslovni nastan u državi članici u smislu Direktiva i privremeno se želi baviti svojom profesijom u drugoj državi članici i pružati uslugu u toj državi članici te je takođe obuhvaćeno pravilima Direktiva ali onima koja se odnose na pružanje usluga. U potonjem slučaju, na primjer ako država u kojoj lice ima poslovni nastan ne reguliše profesiju za koju je lice kvalifikovano ili pripremano i osposobljavano država članica može tražiti od tog lica kao uslov prethodno bavljenje profesijom

---

28 Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC (Text with EEA relevance), *OJ L* 158, 30. 4. 2004, 77–123.

29 Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), *OJ L* 337, 20. 12. 2011, 9–26.

30 Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, *OJ L* 16, 23. 1. 2004, 44–53. Vid. i Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council concerning the status of third-country nationals who are long-term residents (recast), {SEC(2022) 200 final} – {SWD(2022) 650 final} – {SWD(2022) 651 final} of 27 April 2022.

31 Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment, *OJ L* 155, 18. 6. 2009, 17–29.

dvije godine u državi u kojoj lice ima nastan, s tim da se ovaj uslov ne mora odnositi na lice koje je arhitekt koji uživa povlasticu automatskog priznavanja ili ako se lice bavi zanimanjem iz oblasti trgovine, industrije ili preduzetništva i ispunjava uslove za korištenje automatskog priznavanja u okviru sistema poslovnog nastana. Međutim, ako lice pruža uslugu u državi članici domaćinu ne napuštajući svoju državu članicu porijekla, onda se na njega primjenjuje Direktiva 2000/31/EZ o elektronskoj trgovini<sup>32</sup> ili Direktiva 2006/123/EZ o uslugama na unutrašnjem tržištu,<sup>33</sup> a ne Direktiva 2005/36/EZ.

Kada se lice poslovno nastani u drugoj državi članici da bi se bavilo regulisanom profesijom, njegove se kvalifikacije provjeravaju i u tu svrhu se obavlja određeni broj formalnosti i procedura (dokaz o državljanstvu, dokaz o profesionalnoj kvalifikaciji ili stručnoj osposobljenosti, dokaz o stručnom iskustvu, dokaz o dobrom karakteru i ugledu, dokaz da nije objavljen stečaj, dokaz da lice nije suspendovano, dokaz da licu nije zabranjeno obavljanje profesije, zdravstvena potvrda, dokaz o finansijskom stanju, dokaz o pokriću osiguranja) za koje se lice može obratiti jedinstvenim kontakt tačkama uspostavljenim shodno Direktivi o uslugama na unutrašnjem tržištu.<sup>34</sup> Priznanjem profesionalne kvalifikacije, lice se može početi baviti profesijom pod istim uslovima koji vrijede za državljane države članice domaćina, na osnovu istih propisa koji vrijede za te državljane. Ako se lice bavi profesijom kao zaposlenik, ima pravo konkurisati za poslove koji se nude u državi članici domaćinu i učestvovati u postupcima odabira zaposlenika (intervjui, itd) na isti način kao i imalac nacionalne kvalifikacije.

Naprijed pomenuta Direktiva 2018/958 je usvojena kako bi se otklonile nejasnoće u pogledu kriterijuma koje države članice primjenjuju

- 32 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), *OJ L* 178, 17. 7. 2000, 1–16.
- 33 Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, *OJ L* 376, 27. 12. 2006, 36–68.
- 34 Radmila Dragišić, „Direktiva o uslugama na unutrašnjem tržištu“, *Moderna uprava – časopis za upravno pravnu teoriju i praksu* 7–8/2012; R. Dragišić, „Jurisprudencija Suda pravde u službi zaštite prava na slobodno pružanje usluga“, *Poslovne studije* 25–26/2021, 215–227; R. Dragišić, „Značaj jurisprudencije Suda pravde Evropske unije za dosljednu primjenu Direktive o uslugama“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka* 11/2021, 166–185.

pri ocjenjivanju proporcionalnosti zahtjeva kojima se ograničava pristup regulisanim profesijama ili njihovo obavljanje, ujednačio nivo kontrole takvih zahtjeva i izbjegla fragmentacija unutrašnjeg tržišta. Ona propisuje pravila o zajedničkom okviru za provođenje ocjena proporcionalnosti prije uvođenja novih ili izmjene postojećih odredbi zakona ili drugih propisa kojima se ograničava pristup regulisanim profesijama ili njihovo obavljanje.

### 3. ODABRANA PRAKSA SUDA PRAVDE U OBLASTI PRIZNAVANJA PROFESIONALNIH KVALIFIKACIJA

Sudu pravde je imanentno permanentno djelovanje u pravcu razvoja pravnog poretka Evropske unije, te je stoga ova pravosudna institucija, u proteklih sedam decenija, kroz svoj interpretativni autoritet<sup>35</sup> ali i kroz provođenje postupaka zbog kršenja prava organizacije, dala veliki doprinos razvoju oblasti priznavanja profesionalnih kvalifikacija. U okviru odabrane prakse Suda, pored naprijed navedena četiri predmeta, u cilju identifikacije problema u primjeni propisa Evropske unije iz navedene oblasti, u nastavku se ukazuje i na ostale značajne predmete.

Stav o tome da odredba holandskog zakonodavstva, prema kojoj samo lica sa redovnim boravištem<sup>36</sup> u Holandiji mogu pravno zastupati stranke u žalbenom postupku, nije u skladu sa komunitarnim pravom jer se uvođenjem ograničenja kojima bi građanin Zajednice zbog svog državljanstva ili redovnog boravišta mogao biti podvrgnut čini povreda člana 59 Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici (UEEZ),<sup>37</sup>

35 Boris Tučić, R. Dragišić, „Postupak o prethodnom pitanju između interpretativnog i pravnostvaralačkog delovanja Suda pravde Evropske unije“, *Zbornik radova – „Pravo između stvaranja i tumačenja“* (ur. D. Čeranić et al.), Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo 2022, 134–162.

36 R. Dragišić, „Koncept redovnog boravišta kroz odabrane izvore Međunarodnog privatnog prava i jurisprudenciju Suda pravde Evropske unije – funkcionalni pristup nasuprot striktnog tekstualizma“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 62/2022.

37 Presuda u ovom predmetu značajna je i zbog toga što je Sud pravde utvrdio da čl. 59(1) i čl. 60(3) UEEZ imaju neposredno dejstvo. O principu neposrednog dejstva vid. B. Tučić, „Suverenitet, jurisprudencija i ustavni pluralizam: ogled o pravnom poretku Evropske unije“, *Suverenitet, jurisprudencija i ustavni pluralizam: ogled o pravnom poretku Evropske unije*, Univerzitetska i narodna biblioteka Republike Srpske, Banja Luka, 117–139.

Sud je iznio u predmetu *van Binsbergen*,<sup>38</sup> dok je u presudi u predmetu *Vlassopoulou*<sup>39</sup> utvrdio na nadležno nacionalno tijelo mora uzeti u obzir svjedočanstva, potvrde i ine dokaze o kvalifikacijama koje je lice steklo radi obavljanja profesije advokata u drugoj državi članici, i to na način da se upoređi specijalističko znanje i sposobnosti koje potvrđuju ta svjedočanstva i znanje, kao i kvalifikacije koje se traže nacionalnim propisima.

Vezano za profesiju stomatologa, cijeneći odredbe člana 20 Direktive 78/686,<sup>40</sup> Sud je u presudi u predmetu *Haim*<sup>41</sup> zaključio da država članica ima pravo da od državljanina druge države članice koji ne posjeduje dokaz o osposobljenosti iz člana 3 ove direktive, kao uslov za priznavanje prava da obavlja navedenu profesiju, zatraži pripremno osposobljavanje, bez obzira što je to lice ovlašteno obavljati tu profesionalnu djelatnost na teritoriji prve države. Pored toga, odredba iz navedenog člana Direktive ne propisuje mogućnost da se državljanin države članice koji posjeduje diplomu treće zemlje oslobodi obaveze pripremnog osposobljavanja, čak i kada je druga država članica priznala tu diplomu kao jednako vrijednu nekoj od diploma iz člana 3 Direktive. Sud je utvrdio i da, prema članu 52 UEEZ, nadležna tijela države članice ne mogu državljanina druge države članice koji ne posjeduje nijedan od dokaza o osposobljenosti iz člana 3 Direktive 78/686, ali koji je ovlašten da svoju profesionalnu djelatnost obavlja i u prvoj i u drugoj državi članici, odbiti imenovati stomatologom u sistemu zdravstvenog osiguranja uz obrazloženje da nije završio pripremno osposobljavanje propisano pravom prve države, a da pritom ne provjere odgovara li, i ako da, u kojoj mjeri, iskustvo koje je već stekao onome što je tim pravom propisano.

Određujući se o uticaju Direktive 78/686/EEZ, Sud je u presudi u predmetu *Albertini*<sup>42</sup> utvrdio da ta direktiva ne utiče na nadležnost država članica za sklapanje ugovora s trećim zemljama u oblasti koju

38 Judgment of 3 December 1974, *van Binsbergen*, C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131.

39 Judgment of 7 May 1991, *Vlassopoulou*, C-340/89, ECLI:EU:C:1991:193.

40 Council Directive 78/686/EEC of 25 July 1978 concerning the mutual recognition of diplomas, certificates and other evidence of the formal qualifications of practitioners of dentistry, including measures to facilitate the effective exercise of the right of establishment and freedom to provide services, OJ L 233, 24.8.1978. Repealed by Directive 2005/36/EC.

41 Judgment of 9 February 1994, *Haim*, C-319/92, ECLI:EU:C:1994:47, 18, 22, 29.

42 Judgment of 9 February 1994, *Albertini*, C-154/93, ECLI:EU:C:1994:51, 12.

uređuje ova direktiva te je ukazao da navedeno može dovesti do toga da su kvalifikacije državljana jedne države članice priznate na državnom području treće zemlje, a da nisu priznate kvalifikacije državljana druge države članice, i to uprkos činjenici da se u Zajednici kvalifikacije jednih i drugih trebaju smatrati jednako vrijednima. Ova situacija, ocijenio je Sud, proizilazi iz podjele nadležnosti između Zajednice i država članica u predmetnoj oblasti i ne može se smatrati da je sama po sebi protivna unutrašnjem tržištu, te je dodao da ovakav stav treba *a fortiori* biti isti u pogledu mogućnosti država članica da zaključe ugovore sa trećim zemljama u području usluga u sektorima za koje nisu donesena komunitarna pravila.<sup>43</sup>

O slučaju njemačkog advokata koji je otvorio svoje poslovne jedinice u Italiji, čije prethodno iskustvo iz Njemačke nije priznato u Italiji, te je protiv njega pokrenut postupak zbog obavljanja advokatske djelatnosti u Milanu bez valjane registracije i ovlaštenja, Sud pravde oglosio se u presudi u predmetu *Gebhard*.<sup>44</sup> Gospodin Gebhard je tvrdio da ovo ograničenje nije u skladu sa pravom na slobodu poslovnog nastana iz člana 49 UFEU kojim je utvrđeno pravo neometanog obavljanja privredne djelatnosti u jednoj ili više država članica Evropske unije. Presuda u predmetu *Gebhardt* značajna je i po tome što je Sud u njoj izreci razvio kriterijume razgraničenja između slobode pružanja usluga i slobode poslovnog nastana,<sup>45</sup> od kojih ukazujemo na kriterijum prema kojem nacionalne mjere koje mogu ometati, ili koje čine manje privlačnim korištenje osnovnih sloboda garantovanih Ugovorom, moraju ispunjavati četiri uslova – moraju se primjenjivati na nediskriminirajući način, moraju biti opravdane važnim razlozima u opštem interesu, moraju biti prikladne za ostvarenje cilja kojem teže i ne smiju ići dalje od onoga što je potrebno za ostvarenje tog cilja – te na onaj prema kojem države članice moraju uzeti uobzir jednakovrijednost diploma i, ukoliko je potrebno, provesti uporedno ispitivanje znanja i kvalifikacija koje zahtijevaju nacionalne odredbe sa znanjem i kvalifikacijama dotičnog lica.<sup>46</sup>

43 Howard Davies, „Policy Briefing: Recognition of Professional Qualifications“, European University Association, Brussels 2023, [www.eua.eu](http://www.eua.eu), 4.

44 Judgment of 30 November 1995, *Gebhard*, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411.

45 Armin Cuyvers, „Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services in the EU“, *East African Community Law – Institutional, Substantive and Comparative EU Aspects* (eds. A. Cuyvers et al.), Brill Nijhoff, Leiden, Boston 2017, 380–382.

46 Preostali kriterijumi su sljedeći: privremena priroda pružanja usluge ocjenjuje se u odnosu na njeno trajanje, učestalost, periodičnost ili kontinuiranost;

U predmetu *Hocsman*,<sup>47</sup> Sud je utvrdio da član 52 UEZ treba tumačiti tako da, u situacijama koje nisu regulisane Direktivom 93/16/EEZ,<sup>48</sup> tijela države članice kojima je državljaniin Zajednice podnio zahtjev za odobrenje za obavljanje profesije kojoj pristup zavisi, prema nacionalnom pravu, od posjedovanja diplome ili profesionalne kvalifikacije ili od perioda praktičnog iskustva, moraju uzeti u obzir sve diplome, svjedočanstva i druge dokaze o formalnim kvalifikacijama dotičnog lica i njegovo relevantno iskustvo, upoređujući tako certificirana specijalizovana znanja i sposobnosti i to iskustvo sa znanjem i kvalifikacijama koje zahtijevaju nacionalna pravila.

U vezi sa pravom samozaposlenog lica da obavlja trgovačke, industrijske i preduzetničke djelatnosti Sud pravde se odredio u predmetu *Queen v Secretary*.<sup>49</sup> Riječ je o jednoj od pet presuda Suda pravde u predmetima u čijem je fokusu pravo na samozapošljavanje državljanina država potpisnica evropskih sporazuma, prije pristupanja država istočne i srednje Evrope Evropskoj uniji 2004. godine.<sup>50</sup> U tim presudama

pružalac usluge u smislu Ugovora može se u državi članici domaćinu opremiti infrastrukturom koja mu je potrebna za pružanje usluge; na državljanina jedne države članice, koji na stabilnoj i trajnoj osnovi obavlja stručnu djelatnost u drugoj državi članici, u kojoj iz svog mjesta poslovanja pruža usluge, između ostalog, i državljanima te države, primjenjuju se odredbe poglavlja o pravu poslovnog nastanjanja, a ne odredbe poglavlja o uslugama; mogućnost državljanina jedne države članice da vrši svoje pravo poslovnog nastana i uslove vršenja tog prava, valja cijeniti u odnosu na djelatnosti koje namjerava obavljati na području države članice domaćina; ukoliko u državi domaćinu ne postoje nikakva pravila koja bi uređivala pravo pokretanja posebne djelatnosti, tada državljanin svake druge države članice ima pravo poslovnog nastana i pravo obavljanja tih istih djelatnosti na području države domaćina, međutim, ukoliko su za pokretanje ili obavljanje neke posebne djelatnosti u državi članici domaćinu propisani posebni uslovi, tada ih državljaniin druge države članice koji tu djelatnost namjerava obavljati načelno mora ispunjavati.

47 Judgment of 14 September 2000, *Hocsman*, C-238/98, ECLI:EU:C:2000:440, 23.

48 Council Directive 93/16/EEC of 5 April 1993 to facilitate the free movement of doctors and the mutual recognition of their diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications, OJ L 165, 7. 7. 1993, 1–24. Repealed by: Directive 2005/36/EC.

49 Judgment of 27 September 2001, *Queen v Secretary*, C-257/99, ECLI:EU:C:2001:491, 50, 83.

50 Judgment of 27 September 2001, *Głoszczuk*, C-63/99, ECLI:EU:C:2001:488, 86; Judgment of 27 September 2001, *Kondova*, C-235/99, ECLI:EU:C:2001:489, p. 91; Judgment of 20 November 2001, *Jany*, C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616,

Sud je odlučivao o primjerenosti nacionalnih migracionih pravila država članica domaćina na navedene kategorije državljana trećih država koji su se željeli samozaposliti u pojedinim državama članicama. Pravni osnov u tim predmetima bile su relevantne odredbe evropskih sporazuma koje državljanima država potpisnica tih sporazuma garantuju određena prava koja ti državljani može bitno ne bi imali na osnovu opštih propisa o državljanima trećih država. Suštinski su ove presude korisne jer je u njima Sud razgraničio primjerena od neprimjerenih ograničenja prava navedenih kategorija državljana trećih država i boravak u državi članici domaćinu u svrhu samozapošljavanja. Sumarno prikazano, kriterijumi koje državljanima država potpisnica evropskih sporazuma moraju zadovoljiti da bi im bio odobren ulazak i boravak u državi članici domaćinu u svrhu samozapošljavanja su: pokazivanje istinske namjere, nepristupanje tržištu rada države članice, nekorištenje sredstava iz javnih fondova države članice, dovoljna finansijska sredstva od samog početka i razumne šanse za uspjeh.<sup>51</sup>

U predmetu *Burbaud*,<sup>52</sup> Sud pravde je između ostalog utvrdio dejstvo člana 1 (c) (d) Direktive 89/48/EEZ na način što je naglasio da je to dejstvo tamo gdje su uslovi za početak ili obavljanje profesionalne djelatnosti neposredno ili posredno uređeni propisima kojima se zahtjeva posjedovanje diplome i da takva aktivnost predstavlja regulisanu profesiju, dok je u predmetu *Ingeborg*<sup>53</sup>, utvrdio da se član 1 (a) alineja 2 ove direktive mora tumačiti da se kvalifikacija za zvanje učitelja, poput one koja se ranije dodjeljivala na osnovu dvogodišnjeg perioda obrazovanja i osposobljavanja u Austriji, treba tretirati na isti način kao i diploma u smislu člana 1 (a) alineja 1 prema kojoj nadležno tijelo te države članice potvrđuje da je diploma dodijeljena nakon obrazovanja i osposobljavanja u trajanju od dvije godine priznata kao nivo koji je

34,70 and verdict; Judgment of 16 November 2004, *Georgieva Panayotova*, C-327/02, ECLI:EU:C:2004:718, 39.

51 Iris Goldner Lang, „Prava ulaska i boravka državljana trećih državljana u Hrvatskoj u kontekstu približavanja Evropskoj uniji, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5/2006, 1563; Jeese Moritz, „Third-country nationals, integration and access to employment and occupation under EU law“, *Integration for Third-Country Nationals in the European Union: The Equality Challenge* (eds. G. Rikalović, D. Molnar, S. Josipović), Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2012, 145–166.

52 Judgment of 9 September 2003, *Burbaud*, ECLI:EU:C:2003:432, 45.

53 Judgment of 29 April 2004, *Ingeborg*, C-102/02, ECLI:EU:C:2004:264.

jednak diplomi koja se trenutno dodjeljuje nakon trogodišnjeg studija i daje ista prava u toj državi članici u pogledu preuzimanja i obavljanja profesije učitelja.

O tome da pristup profesiji za koju je potrebna diploma iz oblasti prava koja se stiče po završetku studija u trajanju od najmanje dvije godine predstavlja profesiju za koju se može pretpostaviti da je za bavljenje njome potrebno precizno poznavanje nacionalnog prava u smislu člana 4 (1) alineja 3 Direktive 89/48/EEZ Sud se odredio u predmetu *Harold Price*.<sup>54</sup> Da bi se ova odredba primijenila, prema shvatanju Suda, nije nužno da predmetna aktivnost uključuje pružanje savjeta i/ili pomoći u vezi sa svim nacionalnim propisima, već je dovoljno da se odnosi na specijalizovano područje i da je bitan i sadržajan element te djelatnosti.

U okviru postupka zbog kršenja prava Zajednice zbog propusta Grčke da ispuni svoje obaveze iz čl. 1, 3, 4, 8 i 10 Direktive 89/48/EEZ, u predmetu *Commission v Hellenic Republic*,<sup>55</sup> Sud pravde je utvrdio da član 1 (a) niti bilo koja druga odredba Direktive 89/48/EEZ ne sadrži ograničenje u pogledu države članice u kojoj podnosilac zahtjeva mora steći svoje profesionalne kvalifikacije, te da iz člana 1 (a) alineja 1 izričito proizilazi da je dovoljno da su obrazovanje i osposobljavanje stečeni „uglavnom u Zajednici“. Dalje je utvrdio da se, prema sistemu uspostavljenom tom direktivom, diploma ne priznaje na osnovu intrinzične vrijednosti obrazovanja i osposobljavanja koje potvrđuje, već zato što daje pravo na bavljenje regulisanom profesijom u državi članici u kojoj je bila priznata. Razlike u trajanju ili sadržaju obrazovanja i osposobljavanja stečenog u drugoj državi članici u usporedbi s onim u državi članici domaćinu nisu dovoljne da opravdaju odbijanje priznavanja određene profesionalne kvalifikacije. Opšti sistem za priznavanje diploma visokog obrazovanja utvrđen Direktivom 89/48/EEZ, prema ocjeni suda, osniva se na međusobnom povjerenju<sup>56</sup> koje države članice imaju u profesionalne kvalifikacije koje dodjeljuju, a taj sistem u osnovi uspostavlja pretpostavku da su kvalifikacije podnosioca zahtjeva

54 Judgment of 7 September 2006, *Harold Price*, C-149/05, ECLI:EU:C:2006:532, 49, 60.

55 Judgment of 23 October 2008, *Commission v Hellenic Republic*, C-274/05, ECLI:EU:C:2008:585, 28–30.

56 R. Dragišić, „Opšte pravno načelo međusobnog povjerenja u pravu Evropske unije“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka* 12/2022, 132–144.

koji ima pravo obavljati regulisanu profesiju u jednoj državi članici dovoljne za obavljanje te profesije u drugim državama članicama.<sup>57</sup>

U vezi sa brojnim pritužbama koje je Komisija primila zbog odbijanja nadležnih španskih tijela (u predmetnom slučaju Ministarstva prometa) da udovolje zahtjevima podnesenim u skladu sa španskim propisom o priznavanju profesionalnih kvalifikacija inženjera stečenih u Italiji a kako bi podnosioci zahtjeva mogli obavljati profesiju inženjera za ceste, kanale i luke u Španiji, Sud pravde je u predmetu *Commission v Spain*<sup>58</sup> utvrdio da je odbijanjem priznavanja profesionalnih kvalifikacija inženjera stečenih u Italiji na osnovu univerzitetskog obrazovanja i osposobljavanja koje je omogućeno isključivo u Španiji i omogućavanjem pristupa internim ispitima za napredovanje u predmetu državne službe u slučaju inženjera sa profesionalnim kvalifikacijama stečenim u drugoj državi članici u pogledu akademskog priznavanja tih kvalifikacija Kraljevina Španija propustila da ispuni svoje obaveze iz Direktive 89/48/EEZ, a posebno njenog člana 3. U još jednom predmetu *Commission v Spain*,<sup>59</sup> Sud pravde je utvrdio da je, propuštanjem donošenja svih mjera potrebnih za transponovanje Direktive 89/48/EEZ, što se tiče profesije bolničkog farmaceuta, Kraljevina Španija propustila da ispuni svoje obaveze iz te direktive.

U predmetu *Eleftherios-Themistoklis Nasiopoulos*,<sup>60</sup> Sud je utvrdio da se član 49 UFEU mora tumačiti na način da sa njim nije u skladu nacionalno zakonodavstvo koje isključuje djelimičan pristup regulisanoj profesiji fizioterapeuta, dok je u predmetu *Hannes Preindl*<sup>61</sup> utvrdio da kada studij ispunjava zahtjeve osposobljavanja propisane Direktivom 2005/36/EZ, a što provjerava tijelo države članice koje izdaje dokaz o formalnoj osposobljenosti, tijela države članice domaćina ne mogu odbiti da priznaju taj dokaz. Takođe, u potonjem predmetu

57 Živa Šuta, Karmen Pišek Šuta: „Professional Qualifications Recognition of Doctors in the EU: a perspective of EU Citizens and Third-Country Nationals“, *Medicine, Law & Society* 1/2023, 150–151.

58 Judgment of 13 October 2008, *Commission v Spain*, C-286/06, ECLI:EU:C:2008:586, 83.

59 Judgment of 8 May 2008, *Commission v Spain*, C-39/07, ECLI:EU:C:2008:265, Verdict.

60 Judgment of 27 June 2013, *Eleftherios-Themistoklis Nasiopoulos*, C-575/11, ECLI:EU:C:2013:430, 35.

61 Judgment of 6 December 2018, *Hannes Preindl*, C-675/17, ECLI:EU:C:2018:990, 40, 41.

je ocijenio da okolnost da je zainteresovano lice pohađalo vanredno osposobljavanje, shodno članu 22(a) Direktive, ili više istovremenih studija ili studija koji traju u periodima koji se djelimično preklapaju, ne utiče na navedeno ako su ispunjeni zahtjevi za osposobljavanje propisani tom direktivom. Sud je utvrdio da član 21 i član 22 (a) Direktive 2005/36/EZ treba tumačiti na način da sa njima nije u skladu to da država članica domaćin provjerava da li je ispunjen uslov da sveukupno trajanje, nivo i kvalitet vanrednog osposobljavanja nisu manji od redovnog osposobljavanja u punoj nastavnoj satnici.

O tome da se član 45 UFEU primjenjuje na situaciju u kojoj je državljani države članice koji boravi i radi u toj državi članici imalac diplome stečene u drugoj državi članici, na koju se poziva u svrhu prijave na konkurs za zapošljavanje sudskih savjetnika pri kasacionom sudu prve države članice, Sud pravde se odredio u predmetu *Brouillard*.<sup>62</sup> Utvrdio je i da funkcija sudskog savjetnika pri Kasacionom sudu nije regulisana profesija u smislu Direktive 2005/36. Pored toga stao je na poziciju da nije u skladu sa članom 45 UFEU situacija u kojoj komisija za zapošljavanje sudskih savjetnika pri sudu države članice, prilikom ispitivanja prijave na konkurs, koju je podnio državljani te države članice, uslovljava učešće na konkursu posjedovanjem diploma koje zahtijeva zakonodavstvo te države članice ili priznanje akademske istovjetnosti magistarske diplome koju je izdao univerzitet druge države članice, ne uzimajući u obzir sve diplome, potvrde i druge dokaze kao i relevantno profesionalno iskustvo podnosioca zahtjeva, te nastavi sa upoređivanjem njime potvrđenih profesionalnih kvalifikacija i onih koje zahtijeva to zakonodavstvo.

U predmetu *Proceedings brought by A*<sup>63</sup> Sud je utvrdio da je u suprotnosti sa čl. 45 i 49 UFEU činjenica da nadležno tijelo države članice domaćina na osnovu nacionalnog zakonodavstva priznaje pravo licu na obavljanje liječničke profesije koje je ograničeno na period od tri godine i podliježe dvostrukom uslovu, s jedne strane, da to lice svoju djelatnost obavlja pod vodstvom i nadzorom ovlaštenog liječnika i, s druge strane, da u tom periodu uspješno završi posebnu obuku iz oblasti opšte medicine u trajanju od tri godine kako bi u državi članici domaćinu moglo steći pravo na samostalno obavljanje djelatnosti

62 Judgment of 2 October 2015, *Brouillard*, C-298/14, ECLI:EU:C:2015:652.

63 Judgment of 3 March 2022, *Proceedings brought by A*, C-634/20, ECLI:EU:C:2022:149, 48.

ljekara, imajući u vidu da to lice, koje je u matičnoj državi članici završilo osnovno liječničko obrazovanje, posjeduje dokaz o obrazovnoj kvalifikaciji ali ne i potvrdu kojom se dokazuje da je obavila stručni pripravnički staž u trajanju od jedne godine koji matična država članica zahtijeva kao dodatni uslov za sticanje profesionalnih kvalifikacija.

#### 4. PERSPEKTIVA PRIZNAVANJA PROFESIONALNIH KVALIFIKACIJA UZ PODRŠKU INICIJATIVE ZA REGIONALNU SARADNJU „OTVORENI BALKAN“

Inicijativa za regionalnu saradnju „Otvoreni Balkan“ podrazumijeva stvaranje regionalnog tržišta od 12 miliona ljudi, po uzoru na jedinstveno tržište Evropske unije. Regionalno tržište<sup>64</sup> čijem uspostavljanju teži ova inicijativa ne može postojati bez uređivanja oblasti priznavanja profesionalnih kvalifikacija.<sup>65</sup> Na regionalnoj ravni trenutno paralelno egzistira mnogo inicijativa, od kojih se pored „Otvorenog Balkana“, najčešće protežiraju međuvladina inicijativa u okviru Berlinskog procesa<sup>66</sup> i CEFTA.<sup>67</sup> U okviru Berlinskog procesa potpisani su između ostalog sporazumi o međusobnom priznavanju diploma i profesionalnih kvalifikacija, dok je u kontekstu CEFTA, kada je na primjer riječ o Bosni i Hercegovini, potpisan Sporazum o priznavanju profesionalnih kvalifikacija doktora medicine, doktora dentalne medicine i arhitekata.<sup>68</sup> U okviru Inicijative „Otvoreni Balkan“ lideri Srbije, Sjeverne Makedonije i Albanije potpisali su sporazum o uzajamnom priznanju diploma i naučnih zvanja i memorandume o saradnji u nekoliko oblasti.

---

64 Antonela Dhimolea, „Open Balkan – A Step Forward Towards Common Regional Market“, Friedrich-Ebert-Stiftung – Open Balkan, <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/albanien/19888.pdf>, 1. 10. 2023.

65 Gojko Rikalović, Dejan Molnar, Sonja Josipović, „The Open Balkan as a Development Determinant of the Western Balkan Countries“, *Acta Economica* 36/2022, 31–51.

66 Western Balkans Summit, „Chair’s conclusions“, [https://www.berlinprocess.de/uploads/documents/chairs-conclusions-wb-summit-2022\\_1686662529.pdf](https://www.berlinprocess.de/uploads/documents/chairs-conclusions-wb-summit-2022_1686662529.pdf), 17. 10. 2023.

67 Central European Free Trade Agreement.

68 CEFTA, „Professional qualifications“, <https://cefta.int/what-we-do/trade-in-services/professional-qualifications/>, 10. 10. 2023.

Postoje različita viđenja odnosa između međuvladine inicijative u okviru Berlinskog procesa i inicijative za regionalnu saradnju „Otvoreni Balkan“, pri čemu se često ističe da je potonjoj cilj unapređenje slobode kretanja roba, usluga i ljudi, dok se Berlinski proces striktno vezuje za put članstva u Evropskoj uniji. Budući da bez mobilnosti radne snage nema otvorenog tržišta kakvom teže naprijed pomenute regionalne inicijative, neumitno se nameće pitanje zašto regionalne inicijative, poput u ovom radu navedenih, nisu žustrije ukazivale na potrebu priznavanja profesionalnih kvalifikacija. Za razliku od ovih inicijativa, Evropska unija, kroz zajednička tijela formirana na osnovu sporazuma o stabilizaciji i pridruživanja, od zemalja Zapadnog Balkana uporno zahtijeva da izvrše transpoziciju propisa Evropske unije u toj oblasti. O tome, kada je na primjer riječ o Bosni i Hercegovini, svjedoče i preporuke Evropske komisije sa šestog sastanka Pododbora za unutrašnje tržište i konkurenciju, uključujući zaštitu zdravlja potrošača, održanog 28. februara 2023. godine, kojima se između ostalog od kandidata za članstvo traži da: sastavi listu profesija koje su regulisane u BiH, uključujući detalje o relevantnim propisima, pritom ukazujući na značaj ovog postupka kako za domaće potrebe tako i za potrebe procesa pridruživanja; intenzivira napore na usklađivanju sa *EU acquis* o uzajamnom priznavanju profesionalnih kvalifikacija, što uključuje Direktivu 2005/36/EU, Direktivu 2018/958 i dvije direktive o slobodnom kretanju advokata.

## 5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Obaveze koje iz procesa pridruživanja i pristupanja Evropskoj uniji proizilaze za zemlje Zapadnog Balkana u oblasti priznavanja profesionalnih kvalifikacija veoma su kompleksne. Kroz tijela formirana na osnovu sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju koje su te zemlje zaključile sa Evropskom unijom, insistira se na transpoziciju ovom radu prikazanog skupa sekundarnih izvora prava Evropske unije u domaće pravne poretke. Veoma je važna i sudska praksa Suda pravde u oblasti priznavanja profesionalnih kvalifikacija, koja je u ovom radu prikazana kroz odabrane predmete.

Savjeti za stabilizaciju i pridruživanje, koji su formirani na osnovu sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju koje su zemlje Zapadnog Balkana zaključile sa Evropskom unijom, nadziru primjenu i provođenje

tih sporazuma. Članom 55 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju koji je BiH zaključila sa evropskim zajednicama i njihovim državama članicama, propisano je da će Savjet za stabilizaciju i pridruživanje, kako bi se državljanima Zajednice i državljanima BiH olakšalo pokretanje i bavljenje regulisanim profesijama u BiH ili Zajednici, ispitati potrebne korake za međusobno priznavanje kvalifikacija te da u tu svrhu može preduzeti sve potrebne mjere. Savjeti za stabilizaciju i pridruživanje nadziru i odredbe sporazuma koji se odnose na obavezu promovisanja i ostvarivanja međusobne saradnje (regionalna saradnja), kao i izvršenje obaveze obavješćavanja i konsultovanja Evropske unije o ostvarivanju takve saradnje. Iz navedenog proizilazi da regionalne inicijative treba da su u skladu sa obavezama preuzetim u procesu stabilizacije i pridruživanja, te bi bilo veoma korisno započeti sa intenzivnijim uklanjanjem preprjeka slobodnom kretanju stručnjaka na regionalnoj ravni jer bi se na taj način moglo djelovati u pravcu zadržavanja što više stručnjaka u regionu Zapadnog Balkana budući da bi tržište rada bilo konkurentnije. Sam Region bi imao više benefita jer bi došlo do smanjena odliva radne snage u zemlje Evropske unije koji se neumitno odvija, bez obzira što zemlje Regiona nisu ispunile zahtjeve iz procesa stabilizacije i pridruživanja. Ostvarivanje benefita bazirano je na osnovnoj funkciji regionalnih inicijativa koja se sadrži u otklonu višestrukih zahtjeva za kvalifikacije, dugotrajnih procedura i prekomjernih troškova prilikom širenja poslovanja. Od njih se očekuje da budu poveznica sa sistemima priznavanja koji su regulisani sekundarnim izvorima prava Evropske unije u oblasti priznavanja profesionalnih kvalifikacija. U ovom radu je ukazano na dugotrajan i ustrajan rad koji je okupio i animirao gotovo sve institucionalne i pravne kapacitete Evropske unije, ali i kapacitete država članica, u cilju ostvarenja priznanja profesionalnih kvalifikacija u okviru ove organizacije, iz čega proizilazi logičan zaključak da bi zemlje Zapadnog Balkana, kroz regionalne inicijative, pa tako i kroz inicijativu za regionalnu saradnju „Otvoreni Balkan“, trebale intenzivnije djelovati u pravcu stvaranja hipoteza za ostvarenje tog priznanja na regionalnoj ravni.

*Boris Tučić, PhD*

*Assistant professor at the Faculty of Security Science at the University of Banja Luka*

*Radmila Dragišić, LL.M*

*Deputy Director at the Legislative Secretariat of the Republic of Srpska and a PhD candidate at the Faculty of Law at the University of Banja Luka*

## RECOGNITION OF PROFESSIONAL QUALIFICATIONS WITHIN THE REGIONAL COOPERATION INITIATIVE "OPEN BALKAN"

### *Summary*

At the level of the European Union, just like at the level of the member countries of regional cooperation initiative "Open Balkan", qualifications can be recognized for two basic reasons – for continuing education and for performing economic activities abroad. This research, in which we use analytical and synthetic methods, where content analysis and historical-comparative analysis take a central place within them, shows that the recognition of professional qualifications within the subject regional initiative, in accordance with the obligations from the European integration process, can only be done in accordance with the measures foreseen by the Stabilization and Association Agreements contained in the Chapter on Establishment, according to which Stabilization and Association Councils have a special role when it comes to the mutual recognition of qualifications between the European Union and candidate countries for membership in this organization.

Key words: *European Union. – Regional cooperation initiative "Open Balkan". – Professional Qualifications. – SAA. – Right of establishment.*

## LITERATURA

- Cuyvers A., „Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services in the EU“, *East African Community Law – Institutional, Substantive and Comparative EU Aspects* (eds. A. Cuyvers et al.), Brill Nijhoff, Leiden, Boston 2017, 380–382.
- Davies H., Policy Briefing: Recognition of Professional Qualifications, European University Association, [www.eua.eu](http://www.eua.eu), 4.
- Dhimolea A., „Open Balkan – A Step Forward Towards Common Regional Market“, Friedrich-Ebert-Stiftung – Open Balkan.
- Dragišić R., „Direktiva o uslugama na unutrašnjem tržištu“, *Moderna uprava*, Banja Luka 2012.
- Dragišić R., „Jurisprudencija Suda pravde u službi zaštite prava na slobodno pružanje usluga“, *Poslovne studije* 25/26, 2021 215–227.
- Dragišić R., „Značaj jurisprudencije Suda pravde Evropske unije za dosljednu primjenu Direktive o uslugama“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, Banja Luka 2021, 166–185.
- Dragišić R., „Koncept redovnog boravišta kroz odabrane izvore Međunarodnog privatnog prava i jurisprudenciju Suda pravde Evropske unije – funkcionalni pristup nasuprot striktnog tekstualizma“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 62/2022, 137–151.
- Dragišić R., „Opšte pravno načelo međusobnog povjerenja u pravu Evropske unije“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka* 12/2022, 134–145.
- Goldner Lang I., „Prava ulaska i boravka državljana trećih državljana u Hrvatskoj u kontekstu približavanja Evropskoj uniji, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5/2006, 1531–1565.
- Kortese L., „Exploring professional recognition in the EU: a legal perspective“, *Journal of international Mobility* 1/2016, 43–58.
- Moritz J., „Third-country nationals, integration and access to employment and occupation under EU law“, *Integration for Third-Country Nationals in the European Union: The Equality Challenge* (eds. G. Rikalović, D. Molnar, S. Josipović), Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2012, 145–166.

- Rikalović G., Molnar D., Sonja Josipović, „The Open Balkan as a Development Determinant of the Western Balkan Countries“, *Acta Economica* 36/2022, 31–51.
- Šuta Ž., Pišek Š., „Professional Qualifications Recognition of Doctors in the EU: a perspective of EU Citizens and Third-Country Nationals“, *Medicine, Law & Society* 1/2023, 150–151.
- Tučić B., *Suverenitet, jurisprudencija i ustavni pluralizam: ogled o pravnom poretku Evropske unije*, Univerzitetska i narodna biblioteka Republike Srpske, Banja Luka, 117–175.
- Tučić B., Dragišić R., „Postupak o prethodnom pitanju između interpretativnog i pravnostvaralačkog delovanja Suda pravde Evropske unije“, *Zbornik radova – „Pravo između stvaranja i tumačenja“* (ur. D. Čeranić *et al.*), Tom I, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Pale 2022, 134–162.

Article history:

Received: 14. 10. 2023

Accepted: 20. 11. 2023

Dr Novak Vujičić\*

## NACIONALNO ISCRPLJENJE PRAVA INTELEKTUALNE SVOJINE KAO IZAZOV ZA INICIJATIVU „OTVORENI BALKAN“\*\*

*U predstojećem radu razmatra se jedan izazov za inicijativu „Otvoreni Balkan“ koji dolazi iz pravca prava intelektualne svojine. Reč je o mogućem nepovoljnom uticaju režima nacionalnog iscrpljenja prava intelektualne svojine koji trenutno postoje u državama članicama „Otvorenog Balkana“ na anticipirano slobodno kretanje robe u regionu. Naime, režimi nacionalnog iscrpljenja prava intelektualne svojine (koji su rasprostranjeno rešenje u državama regiona) onemogućavaju paralelnu trgovinu – uvoz robe pod zaštitom prava intelektualne svojine (to jest uvoz van „zvaničnih“ distributivnih tokova nosilaca prava) unutar regiona. Time oni idu direktno kontra uspostavljanja slobodnog regionalnog kretanja robe planiranog inicijativom „Otvoreni Balkan“. Cilj ovog rada jeste da skrene pažnju na datu problematiku, da je bliže pojasni, te da pokuša da ukaže na mogući pristup za njeno adresiranje.*

**Ključne reči:** *Iscrpljenje prava intelektualne svojine. – Pravo intelektualne svojine. – Paralelna trgovina. – Paralelni uvoz. – „Otvoreni Balkan“.*

### 1. UVOD

Krajem 2019. godine predstavnici Srbije, Severne Makedonije i Albanije pokrenuli su inicijativu „Otvoreni Balkan“ s ciljem uspostavljanja slobodnog kretanja robe, usluga, ljudi i kapitala u našem regionu po uzoru na Evropsku uniju. Od tada je preduzet i veći broj koraka na realizaciji inicijative. Potpisano je više memoranduma o razumevanju i

---

\* Autor je asistent Univerziteta u Beogradu – Pravnog fakulteta, [novak.vujicic@ius.bg.ac.rs](mailto:novak.vujicic@ius.bg.ac.rs), ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4747-7928> (Republika Srbija).

\*\* Članak je nastao kao rezultat rada na projektu Univerziteta u Beogradu – Pravnog fakulteta *Savremeni problemi pravnog sistema Srbije* za 2023. godinu.

sporazuma o saradnji u pojedinačnim oblastima (poput oblasti pristupa tržištu rada, turizma, kulture, razmene poljoprivredne robe, snabdevanja životnim namirnicama i dr.).<sup>1</sup> Ipak, ne može se reći da se daleko odmaklo. Dosadašnji razvojni put inicijative pratio je niz prepreka – izazova (od pandemije izazvane kovidom 19, pa do manjka političke saglasnosti i stabilnosti u regionu, te do nepovoljnih spoljnih političkih uticaja). Ti nemali, (ako izuzmemo pandemiju izazvanu kovidom 19) mahom politički izazovi ne samo da su usporili inicijativu „Otvoreni Balkan“, nego su i njenu realizaciju učinili neizvesnom.<sup>2</sup> Uz sve to, kako je inicijativa „Otvoreni Balkan“ još uvek na svojim počecima, tek treba da se očekuju konkretniji nepolitički izazovi njene implementacije (pravni, tehnički i dr.), koji na red za rešavanje kod ovakvih međunarodnih poduhvata dolaze tek posle „smirivanja“ političke scene.

U predstojećem radu (ostavlja se politika po strani i) pokušava da se skrene pažnja baš na jedan takav mogući nepolitički izazov za implementaciju inicijative „Otvoreni Balkan“ koji dolazi iz pravca prava intelektualne svojine. Radi se o potencijalno nepovoljnom uticaju režima nacionalnog iscrpljenja prava intelektualne svojine koji trenutno postoje u državama članicama „Otvorenog Balkana“ na anticipirano slobodno kretanje robe u regionu. Analizi tog izazova biće posvećeni naredni redovi.

Koraci analize će biti sledeći. Prvo će se uopšteno pojasniti institut iscrpljenja prava intelektualne svojine (šta je, zašto postoji, koji su njegovi oblici). Zatim, u drugom koraku biće prezentovani postojeći režimi uređenja iscrpljenja prava intelektualne svojine u državama članicama i njihov mogući (negativni) uticaj na slobodno regionalno kretanje robe kome se teži inicijativom „Otvoreni Balkan“. Takođe, pokušaćemo da se ukaže i na eventualni pristup u adresiranju date problematike.

1 Za više o razvoju inicijative „Otvoreni Balkan“ vid. Privredna komora Srbije, „Put ka četiri slobode“, 2023, <https://pks.rs/open-balkan>, 10. 8. 2023.

2 Takvo stanje dobro ilustruje jedan od novinskih naslova aktuelnih u vreme pisanja našeg teksta. Vid. Jetmira Delia-Kaci, „Rama proglasio kraj Otvorenog Balkana, Vučić ‘ne vjeruje’, Skoplje bez reakcija“, Radio Slobodna Evropa, 2023, <https://www.slobodnaevropa.org/a/otvoreni-balkan-zasto-zavrshio-edi-rama/32490131.html>, 10. 8. 2023.

## 2. ISCRPLJENJE PRAVA INTELEKTUALNE SVOJINE: OPŠTE NAPOMENE

Kod razjašnjavanja jednog pravnog instituta korisno je (bar okvirno) pružiti odgovore na sledeća pitanja: (1) šta je taj institut, (2) zašto postoji i (3) u kojim se oblicima javlja. Ta sistematika će se primeniti i ovde prilikom objašnjavanja instituta iscrpljenja prava intelektualne svojine.

### 2.1. Iscrpljenje prava intelektualne svojine: određenje

Prava intelektualne svojine ovlašćuju njihove nosioce da na isključiv način (to jest jedino oni) privredno iskorišćavaju svoja intelektualna dobra. Nosioci prava tako mogu drugima da dozvole ili zabrane privredno iskorišćavanje svojih intelektualnih dobara (proizvodnju, stavljanje u promet itd.). Ipak, nosiocima prava tu nisu potpuno „odrešene ruke“, nego za njih postoje određena ograničenja. Jedno od tih ograničenja jeste i institut iscrpljenja (konzumacije) prava (engl. *exhaustion of rights*).

Institut iscrpljenja prava je karakterističan za sva prava intelektualne svojine<sup>3</sup> i tangira – ograničava isključivo ovlašćenje nosilaca prava da kontrolišu stavljanje u promet robe u kojoj su opredmećena njihova zaštićena intelektualna dobra (ovlašćenje da jedino oni mogu da prodaju primerke autorskih dela, primerke patentiranih pronalazaka, robu obeleženu žigom zaštićenim oznakama itd.). Iscrpljenje prava deluje na sledeći način: kada nosilac prava intelektualne svojine ili drugo lice uz njegovu dozvolu prvi put stavi u promet određeni primerak robe u kojoj je opredmećeno njegovo zaštićeno intelektualno dobro<sup>4</sup> i treće lice stekne svojinu na tom primerku, tada se isključivo ovlašćenje nosioca prava na stavljanje u promet „iscrpljuje“ (više ne važi) u odnosu na taj konkretan primerak robe.<sup>5</sup> Stoga, novi vlasnik datog primerka robe, kao i svaki sledeći, mogu slobodno dalje (bez pribavljanja dodatne do-

---

3 Ipak, u radu će fokus biti na delovanju iscrpljenja prava kod tri centralna prava intelektualne svojine i to kod: autorskog prava, patenta i žiga.

4 Npr. primerak autorskog dela, primerak patentiranog pronalaska, primerak robe obeležene žigom zaštićenom oznakom itd.

5 Na ostalim primercima zaštićenog intelektualnog dobra nosilac prava zadržava isključivo ovlašćenje na stavljanje u promet (opet do njihovog prvog prometa koji za sobom povlači iscrpljenje).

zvole od nosioca prava) da stavljaju taj primerak robe u promet, a da ne dođe do povrede prava intelektualne svojine.<sup>6</sup>

Drugim rečima, institut iscrpljenja prava ograničava isključivo ovlašćenje na stavljanje u promet (koje se garantuje nosiocima prava intelektualne svojine) samo na radnju prvog stavljanja u promet – prve komercijalizacije određenog primerka zaštićenog intelektualnog dobra. Posledično, dalji promet konkretnog primerka ostaje slobodan (od prava intelektualne svojine) i za njega nije potrebno da se traži ovlašćenje od nosioca prava. U praksi to znači da su svi nivoi preprodaje, kao i tržišta korišćene – polovne robe u kojoj su materijalizovana zaštićena intelektualna dobra van domašaja nosilaca prava intelektualne svojine. Kontrola nosilaca prava se ne prostire na njih.

Tako, na primer, svako (od čitalaca ovog teksta) ko se našao u poziciji da prodaje polovni automobil ili polovni mobilni telefon<sup>7</sup> osetio je direktno delovanje instituta iscrpljenja prava u praksi. Naime, kada ne bi postojao institut iscrpljenja prava, za te prodaje bilo bi potrebno da se pribave dozvole nosilaca prava intelektualne svojine. Ovako, te dozvole nisu potrebne.

## 2.2. Iscrpljenje prava intelektualne svojine: svrha

Nakon što je pojašnjeno šta je institut iscrpljenja prava, dolazimo do pitanja zašto on postoji, koja je njegova svrha. Najuoštenije

6 Pored same radnje stavljanja u promet datog primerka, oni su ovlašćeni da čine i povezane radnje kao što su na primer nuđenje, uvoz, skladištenje radi stavljanja tog primerka u promet. A kod patenta, novi vlasnici primerka pronalaska su ovlašćeni i da ga dalje privredno upotrebljavaju (budući i da je to isključivo ovlašćenje titulara patenta ograničeno iscrpljenjem prava). U domaćoj literaturi, za detaljnije o iscrpljenju prava, vid. na primer u: Slobodan M. Marković, Dušan V. Popović, *Pravo intelektualne svojine*, Beograd 2022, 62–63, 141, 166–167; o iscrpljenju autorskog prava u: Dušan Popović, „Iscrpljenje“ autorskog prava i srodnih prava, međunarodna trgovina i poslovanje na internetu“, *Pravna riječ* 37/2013, 69–81; o iscrpljenju patenta: Sandra Fišer, „Iscrpljenje prava nosioca patenta“, *Pravo i privreda* 5–8/2007, 657–666; o iscrpljenju žiga u: Siniša Varga, „Geografski opseg iscrpljenja žiga i paralelna trgovina u pravu Republike Srbije“, *Usluge i zaštita korisnika* (ur. Miodrag Mićović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2015, 633–649.

7 U mobilnim telefonima i automobilima možemo da imamo opredmećeno više zaštićenih intelektualnih dobara poput patentiranog pronalaska, žigom zaštićene robne marke, industrijskog dizajna, autorskog dela itd.

govoreći, za institut iscrpljenja prava može da se kaže da je (značajan) deo balansne konstrukcije prava intelektualne svojine. Naime, prava intelektualne svojine su koncipirana (bar bi trebalo da budu) na liniji održivog balansa – kompromisa između interesa nosilaca prava i suprotstavljenih interesa šireg društva. S jedne strane, ona nosiocima prava daju isključivu kontrolu nad privrednim iskorišćavanjem njihovih intelektualnih dobara (kako bi im se omogućilo da ostvare odgovarajuću ekonomsku korist i time im se dao podsticaj da nastave dalje da stvaraju, odnosno da i dalje ulažu u stvaranje novih intelektualnih dobara). S druge strane, ta isključiva kontrola je ograničena na (minimalnu) meru koja ne ugrožava previše druge vitalne interese društva (kao što su slobodna konkurencija, pristup znanju, slobodan promet robe, zaštita prava svojine i dr.). Na taj način se postiže prihvatljiv balans u kome prava intelektualne svojine mogu na održiv način da se primenjuju (i uopšte postoje).

Institut iscrpljenja prava služi upravo postizanju tog balansa. On to čini time što ograničava – svodi domašaj isključivog ovlašćenja na stavljanje u promet (koje se garantuje nosiocima prava intelektualne svojine) na nivo prihvatljiv za sve. Taj prihvatljivi nivo jeste (kao što smo napred pojasnili) isključiva kontrola nosioca prava intelektualne svojine ograničena samo na prvo stavljanje u promet – prvu komercijalizaciju primerka njegovog intelektualnog dobra.

Može se reći da je takvo limitiranje domašaja isključivog ovlašćenja na stavljanje u promet (na prvu radnju stavljanja u promet) iznađeno kao održiva balansna opcija iz dva ključna razloga. Prvo, njime se nosiocima prava (ipak) ostavlja dovoljno prostora da prisvoje adekvatnu ekonomsku korist od stavljanja u promet primeraka svojih intelektualnih dobara, budući da mogu da se ponašaju kao monopolisti kod određivanja prve cene. Uzima se da je to dovoljan stimulans za nosioce prava da nastave dalje da stvaraju – ulažu u stvaranje novih intelektualnih dobara.<sup>8</sup> Drugo, tako postavljeno limitiranje, stopirajući domašaj prava intelektualne svojine kod radnje prvog stavljanja u promet, u

---

8 S. M. Marković, D. V. Popović, *op. cit.*, 63; V.K. Pathak, „Intellectual Property Rights and Parallel Trade: Debate on National Versus International Exhaustion of Rights“, *Contemporary Issues in International Law – Environment, International Trade, Information Technology and Legal Education* (eds. B.C. Nirmal, Rajnish Kumar Singh), Springer Nature Singapore Pte Ltd., Singapore 2018, 349–350.

dovoljnoj meri uvažava i interes šireg društva za obezbeđivanjem slobodnog (konkurentskog) prometa robe.<sup>9</sup> Ono za (šire) društvo „oslobađa“ dalji promet robe od prava intelektualne svojine. Njime se tako delovanje prava intelektualne svojine kao „remetilačkog faktora“ za slobodan promet robe (i u opšte za slobodnu konkurenciju) minimizuje (stavlja „pod kontrolu“).<sup>10</sup>

Dakle, da sumiramo, svrha instituta iscrpljenja prava jeste da pomaže balansu, a time i održivosti primene isključivog ovlašćenja na stavljanje u promet primeraka intelektualnih dobara garantovanog nosiocima prava intelektualne svojine. Kada on ne bi postojao prilikom svakog stavljanja u promet određenog primerka zaštićenog intelektualnog dobra bilo bi potrebno da se traži dozvola nosioca prava intelektualne svojine na tom dobru. Takva situacija bi logično bila neodrživa – preopterećujuća za slobodan promet robe i preveliko narušavanje slobodne konkurencije. Zarad zaštite privatnih interesa nosilaca prava, neopravdano bi se išlo previše kontra javnih interesa. Stoga, trebalo bi da nam je jasan značaj (svrhe) instituta iscrpljenja prava intelektualne svojine kao neophodnog „korektora“ isključivog ovlašćenja (priznatog nosiocima prava) na stavljanje u promet primeraka njihovih intelektualnih dobara.

9 Vid. recimo S. Fišer, *op. cit.*, 659–660.

10 Treba da se skrene pažnja da se institut iscrpljenja prava u pravu žiga pravda i pozivanjem na osnovnu funkciju žiga, a to je funkcija ukazivanja na poreklo robe ili usluge. Ukazuje se da je ta funkcija zadovoljena kada nosilac prava prvi put stavi u promet konkretni primerak robe obeležen žigom zaštićenom oznakom, jer kupac dobija istinitu informaciju o poreklu tog primerka robe. Stoga, nema potrebe da nosilac prava zadrži kontrolu nad stavljanjem u promet tog primerka (vid. na primer Lionel Bently, Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford 2009, 943). Takođe, treba da se ima u vidu, da se u teoriji opravdano naznačava da se institutom iscrpljenja prava rešava i konflikt prava intelektualne svojine s pravom svojine na primerku predmeta u kome je opredmećeno određeno intelektualno dobro (vid. recimo S. Varga (2015), *op. cit.*, 633–634). Dodatno o tematici (ekonomske) svrhe instituta iscrpljenja prava pogledati i: Slobodan M. Marković, „The Exhaustion of Intellectual Property Rights in the Context of International Free Trade Agreements“, *Legal Implications of Trade Liberalization Under SAAS and CEFTA* (ed. Dušan V. Popović), University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade 2018, 140–143.

### 2.3. Iscrpljenje prava intelektualne svojine: oblici

Prava intelektualne svojine važe teritorijalno – zasebno i pod drugačijim uslovima u svakoj državi.<sup>11</sup> Tako, među državama mogu da se sretanu različiti oblici (režimi, vrste, sistemi) regulisanja i primene instituta iscrpljenja prava intelektualne svojine.<sup>12</sup> Najznačajnija razlika u pristupu država kod postavljanja instituta iscrpljenja prava odnosi se tu na definisanje teritorijalnog opsega njegovog delovanja. Zbog toga će o njoj ovde biti više reči. Pri tome, ta razlika je i od ključne važnosti za centralno pitanje našeg rada (uticaja postojećih režima nacionalnog iscrpljenja prava intelektualne svojine u državama članicama na inicijativu „Otvoreni Balkan“).

U zavisnosti od teritorijalnog opsega delovanja koji države priznaju iscrpljenju prava intelektualne svojine mogu da se razlikuju tri njegova osnovna oblika – režima: (1) nacionalno, (2) regionalno i (3) međunarodno iscrpljenje prava.<sup>13</sup>

Kod nacionalnog iscrpljenja prava intelektualne svojine teritorijalni opseg delovanja iscrpljenja prava je najuže određen – vezan je za teritoriju domaće države. Iscrpljenje prava tu nastaje i deluje u okviru jedne domaće države. Zato se i zove nacionalno („domaće“) iscrpljenje prava (engl. *national exhaustion*). Naime, nacionalno iscrpljenje prava nastupa kada nosilac prava ili lice koje on ovlasti stave u promet na teritoriji domaće države primerke robe pod zaštitom prava intelektualne svojine. Da bi došlo do nacionalnog iscrpljenja prava uslov je dakle, da su nosilac prava ili lice koje je on ovlastio stavili u promet konkretnu robu pod zaštitom prava intelektualne svojine na teritoriji domaće države. Posledično, van delovanja nacionalnog iscrpljenja prava ostaje

---

11 Prava industrijske svojine se i priznaju – registruju posebno u svakoj državi (regionu), dok se na autorsko pravo i srodna prava paralelno primenjuju režimi zaštite država u kojima se iskorišćavaju autorska dela i predmeti srodnopravne zaštite.

12 Posredstvom međunarodnih konvencija uređenje prava intelektualne svojine je u velikoj meri harmonizovano, pa i unifikovano gledano na globalnom nivou. Ipak, iscrpljene prava je jedna od onih oblasti u kojoj se nije daleko odmaklo sa harmonizacijom. Pogledati Siniša Varga, „Geografski opseg iscrpljenja subjektivnih prava intelektualne svojine u međunarodnim izvorima prava i dokumentima međunarodnih organizacija“, *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava* (ur. Miodrag Mićović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2016, 185–205.

13 Vid. na primer *ibid.*, 186.

sva originalna roba pod zaštitom prava intelektualne svojine koja je legalno voljom nosioca prava stavljena u promet u inostranstvu. Ta roba stoga ne sme da se uveze i stavi u promet u domaćoj državi (koja prihvata „teritorijalno usko postavljeno“ nacionalno iscrpljenje prava) bez prethodne dozvole nosioca („domaćeg“) prava.

Širi teritorijalni opseg važenja ima regionalno iscrpljenje prava intelektualne svojine. Njegov teritorijalni opseg se prostire na određeni region – carinsku uniju ili zonu slobodne trgovine. Tako ono nastaje kada primerak robe u kome je opredmečeno neko intelektualno dobro voljom nosioca prava bude stavljen u promet na teritoriji određenog regiona i važi na teritoriji celog tog regiona. Najpoznatiji primer je tu regionalno iscrpljenje prava intelektualne svojine koje se primenjuje na teritoriji Evropskog ekonomskog prostora. Regionalno iscrpljenje prava može da se posmatra i kao prošireno nacionalno iscrpljenje prava, budući da i kod njega teritorijalni opseg važenja iscrpljenja prava ostaje limitiran – lokacijski vezan (samo sada za ekonomski povezan region, a ne za pojedinačnu državu). Ono, takođe, izuzima iz svog domašaja originalne primerke robe koji su legalno voljom nosilaca prava stavljeni u promet van determinisane teritorije država regiona.

Poslednji i najšire postavljeni režim iscrpljenja prava koji se može sresti među državama jeste međunarodno iscrpljenje prava. Za nastupanje međunarodnog iscrpljenja prava dovoljno je da voljom nosioca prava dođe do prometa robe bilo gde u svetu. Teritorijalni opseg važenja iscrpljenja prava tu nije uslovljen – vezan lokacijom stavljanja u promet robe. Međunarodno iscrpljenje prava pokriva sve primerke robe u kojoj su materijalizovana intelektualna dobra koji su legalno, voljom nosioca prava, stavljeni u promet negde u svetu (bilo da je to domaća država ili država s drugog kraja sveta). Logična posledica toga jeste da nosioci prava ne mogu da se protive uvozu i stavljanju u promet u domaćoj državi originalne robe prethodno legalno stavljene u promet u inostranstvu (jer je i ona sada pokrivena iscrpljenjem prava). Države koje prihvataju međunarodno iscrpljenje prava jasno je najviše ograničavaju isključivu kontrolu nosilaca prava nad stavljanjem u promet robe pod zaštitom prava intelektualne svojine.

Sada nakon što su pojašnjena tri osnovna režima instituta iscrpljenja prava i razlika među njima u teritorijalnom opsegu važenja, kao logično se nameće pitanje: koja je, odnosno koje su praktične posledice opisane razlike? Odgovor na to pitanje je sledeći: ključna posledica date

razlike u teritorijalnom opsegu važenja naznačenih oblika iscrpljenja prava jeste u obimu tzv. paralelne trgovine/uvoza (robe pod zaštitom prava intelektualne svojine) koji se dozvoljava.<sup>14</sup> Da bi taj odgovor bio jasniji korisno je kratko pojasniti šta se podrazumeva pod paralelnom trgovinom.<sup>15</sup>

Paralelna trgovina, uopšteno govoreći, predstavlja svaki uvoz i stavljanje u promet (preprodaju) u državi uvoznici originalne robe van distributivnih tokova proizvođača i/ili ovlašćenog prodavca, to jest paralelno s njima. Drugim rečima, kod paralelne trgovine imamo situaciju da neko legalno pribavlja originalnu robu u inostranstvu i potom je uvozi i preprodaje u domaćoj državi paralelno sa „zvaničnim“ kanalima distribucije. Do paralelne trgovine dolazi u situacijama kada proizvođači/ovlašćeni prodavci prodaju istu robu u različitim državama po različitim cenama (skuplje u jednim, a jeftinije u drugim). To stvara prostor za paralelne trgovce koji kupuju takvu robu u državama u kojima je ona jeftinija i uvoze je i prodaju u državama gde je skuplja – paralelno (konkurentno) sa kanalima distribucije proizvođača/ovlašćenih prodavaca.<sup>16</sup>

Ono što je za nas bitno jeste da paralelna trgovina po pravilu potpada pod „zonu“ delovanja prava intelektualne svojine.<sup>17</sup> Razlog za to leži u činjenici da je predmet paralelne trgovine često (ako ne i najčešće) roba koja je pod zaštitom prava intelektualne svojine. Stoga, prava intelektualne svojine na paralelnu trgovinu gledaju kao na jedan od oblika privrednog iskorišćavanja (stavljanja u promet) primeraka zaštićenih intelektualnih dobara (koji je načelno rezervisan za nosioce prava). Tu sada dolazimo do instituta iscrpljenja prava i njegove veze sa paralelnom trgovinom. Ta veza se može označiti kao veza direktne korelacije, a evo i zašto. Prava intelektne svojine (kako što smo konstatovali) garantuju nosiocima prava isključivo ovlašćenje da kontrolišu

---

14 Vid., između ostalog, S. Varga (2015), *op. cit.*, 633–635.

15 Paralelna trgovina je predmet interesovanja više pravnih oblasti, pre svega međunarodnog trgovinskog prava, prava konkurencije i prava intelektualne svojine. U našem radu se ona prevashodno posmatra iz ugla prava intelektualne svojine.

16 Vid. European Commission, *Glossary of Terms Used in EU Competition Policy – Antitrust and Control of Concentrations*, Brussels 2002, 36; Bojan Ristić, Dušan V. Popović, Boris Begović, *Glosarijum prava konkurencije*, Beograd 2021, 104.

17 Pogledati, recimo, S. Varga (2015), *op. cit.*, 635–637.

stavljanje u promet primeraka njihovih intelektualnih dobara. To njihovo ovlašćenje je pak ograničeno institutom iscrpljenja prava na prvu radnju stavljanja u promet. Po nastupanju iscrpljenja prava stavljanje u promet konkretnih primeraka intelektualnih dobara tako postaje nezavisno od kontrole nosilaca prava. Otuda, budući da paralelna trgovina podrazumeva stavljanje u promet primeraka intelektualnih dobara koje se pri tome odvija van kontrole (paralelno sa distributivnim tokovima) nosilaca prava, delovanje instituta iscrpljenja prava je neophodan uslov za njeno (legalno) odvijanje. Dodatno, kako paralelnu trgovinu karakteriše prekogranični promet robe ona je direktno uslovljena i širinom (prekograničnošću) teritorijalnog opsega delovanja instituta iscrpljenja prava. Što je širi teritorijalni opseg iscrpljenja prava intelektualne svojine priznat u nekoj državi, korelativno je širi i obim u kome je dozvoljena paralelna trgovina u toj državi, te i obrnuto.

Za paralelnu trgovinu/uvoz najpovoljniji je tako režim međunarodnog iscrpljenja prava (kao najširi), srednje rešenje je regionalno iscrpljenje prava, dok je (najuže) nacionalno iscrpljenje prava najrigoroznija opcija. Kod međunarodnog iscrpljenja prava nakon prvog stavljanja u promet robe nosilac prava gubi kontrolu nad prometovanjem date robe za ceo svet, te tako nema prepreka za paralelnu trgovinu tom robom. Paralelna trgovina je tu dozvoljena u najširem obimu (bez ograničenja iz pravca prava intelektualne svojine).<sup>18</sup> Nadalje, kod regionalnog iscrpljenja prava paralelna trgovina je takođe dozvoljena, ali je ograničena samo na region (grupu država) unutar koga deluje regionalno iscrpljenje prava. Naposljetku, kod nacionalnog iscrpljenja prava mogućnost paralelne trgovine originalnom robom koja potpada pod zaštitu prava intelektualne svojine je u potpunosti isključena. Nacionalno iscrpljenje prava (kao što je napred naznačeno) podrazumeva da iscrpljenje prava nastupa tek kada nosilac prava (ili lice koje on ovlasti) stavi u promet konkretni primerak robe u domaćoj državi. S obzirom na to, svaki uvoz (kao prvo stavljanje u promet u domaćoj državi) robe obuhvaćene zaštitom prava intelektualne svojine potpada pod kontrolu nosioca prava. Bez dozvole nosioca prava, nema uvoza takve robe. Ne ostavlja se dakle mesta za paralelnu trgovinu/uvoz – nego sav uvoz mora da se odvija preko distributivnih kanala nosilaca prava.<sup>19</sup>

18 S. M. Marković (2018), *op. cit.*, 140.

19 *Ibid.*

Predočena korelacija između teritorijalnog opsega delovanja iscrpljenja prava intelektualne svojine i obima dozvoljenosti paralelne trgovine može se prikazati i tabelarno:

*Tabela 1.*

*Korelacija različitih režima iscrpljenja prava i paralelne trgovine*

|                                                                                    | Međunarodno<br>iscrpljenje prava | Regionalno<br>iscrpljenje prava   | Nacionalno<br>iscrpljenje<br>prava |
|------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------|-----------------------------------|------------------------------------|
| Paralelna trgovina/<br>uvoz robe pod<br>zaštitom prava<br>intelektualne<br>svojine | Dozvoljena bez<br>ograničenja    | Dozvoljena samo<br>unutar regiona | Nije<br>dozvoljena                 |

Izvor: autor

Kod postavljanja teritorijalnog opsega iscrpljenja prava intelektualne svojine, države se upravo i vode svojim preferencijama za dozvoljavanjem paralelne trgovine. A kako se domaće okolnosti, a time i interesi država za omogućavanjem paralelne trgovine razlikuju, različiti su i teritorijalni opsezi iscrpljenja prava intelektualne svojine za koje one optiraju. Države koje žele da zabrane ili pak ograniče paralelnu trgovinu opredeliće se tako za nacionalno, odnosno regionalno iscrpljenje prava intelektualne svojine. Dok će države koje žele da dozvole paralelnu trgovinu birati međunarodno iscrpljenje prava.

U suštini pri definisanju teritorijalnog opsega iscrpljenja prava i time određivanja obima dozvoljenosti paralelne trgovine, države (opet) balansiraju između zaštite interesa nosilaca prava intelektualne svojine (kojima više odgovara zabrana/ograničavanje paralelne trgovine) i zaštite drugih suprotstavljenih domaćih javnih interesa, poput interesa za nesmetanim prometom robe, za zaštitom potrošača, za zaštitom konkurencije itd. (kojima liberalizovanje paralelne trgovine može da ide u prilog).<sup>20</sup> Koja će strana pri tom balansiranju da prevagne, zavisiće od domaćih okolnosti konkretne države, između ostalog: veličine i strukture njenog tržišta; stanja konkurencije na njenom tržištu; da li je reč o državi neto izvoznici ili uvoznici intelektualne svojine i drugih faktora. Načelno

20 S. Varga (2015), *op. cit.*, 637–643; S. M. Marković (2018), *op. cit.*, 143–149.

polazište je da što je domaće tržište manje, nepovoljnije strukture, konkurencije slabijeg intenziteta, usmerenije na uvoz robe pod zaštitom prava intelektualne svojine, to se proširenje teritorijalnog opsega iscrpljenja prava za konkretnu državu čini kao povoljnija opcija. Zato se ukazuje da nerazvijene države i države u razvoju (po pravilu neto uvoznice intelektualne svojine) imaju veći interes za međunarodnim iscrpljenjem prava, a razvijene države (često neto izvoznice intelektualne svojine) su naklonjenije nacionalnom ili regionalnom iscrpljenju prava.<sup>21</sup>

Dodatno, kako se u teoriji posebno ističe, nacionalno iscrpljenje prava (zabrana paralelne trgovine) ima veći legitimitet kod patenta i autorskog prava (budući da se njima štiti stvaralaštvo/ulaganje u stvaralaštvo). Kod žiga, zbog njegove drugačije osnovne funkcije – koja se ogleda u ukazivanju oznakom na poreklo robe ili usluge, manje je prostora za pravdanje zabrane/ograničavanja paralelne trgovine, a time i nacionalnog/regionalnog iscrpljenja prava. Naime, funkcija žiga na ukazivanje na poreklo robe se ostvaruje onog momenta kada nosilac prava prvi put stavi u promet robu obeleženu njegovom zaštićenom oznakom, bez obzira na državu u kojoj je to učinio.<sup>22</sup>

Naposletku, (zbog teme našeg rada) posebno treba istaći aranžmane spoljnotrgovinske saradnje država kao jedan od bitnih faktora za postavljanje teritorijalnog opsega iscrpljenja prava intelektualne svojine. Naime, države koje žele da obezbede slobodnu prekograničnu trgovinu, imaju podsticaj da optiraju za liberalniji režim iscrpljenja prava od nacionalnog. Nacionalno iscrpljenje prava deluje faktički kao necarinska barijera za slobodan uvoz<sup>23</sup> i zbog toga je nespojivo sa aranžmanima država o slobodnoj (prekograničnoj) trgovini. Potonje treba posebno da imamo u vidu u nastavku naše analize uticaja režima iscrpljenja prava intelektualne svojine država članica na inicijativu „Otvoreni Balkan“.

21 S. Varga (2015), *op. cit.*, 646–647; pogledati i V.K. Pathak, *op. cit.*, 357–358.

22 S. M. Marković (2018), *op. cit.*, 147–148; Irene Calboli, „Trademark Exhaustion in the European Union: Community-Wide or International? The Saga Continues“, *Marquette Intellectual Property Law Review* 6(1)/2002, 47–48.

23 Vid. recimo u: S. Varga (2015), *op. cit.*, 643; S. M. Marković (2018), *op. cit.*, 140.

### 3. POSTOJEĆI REŽIMI ISCRPLJENJA PRAVA INTELEKTUALNE SVOJINE U DRŽAVAMA ČLANICAMA I NJIHOV MOGUĆI UTICAJ NA INICIJATIVU „OTVORENI BALKAN“.

Nakon što smo se bliže upoznali sa institutom iscrpljenja prava intelektualne svojine, možemo sada da se upustimo u centralni deo naše analize koji treba da nam razjasni kako postojeći režimi iscrpljenja prava intelektualne svojine država članica mogu da utiču na slobodno (regionalno) kretanje robe planirano inicijativom „Otvoreni Balkan“. Centralni deo analize će biti podeljen u dva dela. U prvom delu ćemo prezentovati postojeće režime iscrpljenja prava intelektualne svojine u državama članicama, da bismo zatim u drugom delu ispitali njihovu interakciju sa inicijativom „Otvoreni Balkan“.

#### 3.1. Postojeći režimi iscrpljenja prava intelektualne svojine u državama članicama

Države članice „Otvorenog Balkana“ uređuju iscrpljenje tri centralna prava intelektualne svojine (autorskog prava, patenta i žiga) uglavnom na nivou zakona. Pri tome, kod određivanja teritorijalnog opsega iscrpljenja prava one većinski optiraju za režim nacionalnog iscrpljenja prava.

Tako, kada je u pitanju iscrpljenje autorskog prava, sve tri države, Srbija, Severna Makedonija i Albanija, prihvataju nacionalno iscrpljenje autorskog prava.<sup>24</sup> To znači da bi nastupilo iscrpljenje autorskog

---

24 Zakon o autorskom i srodnim pravima – ZASP Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – odluka US i 66/2019, čl. 21, st. 3; Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima Severne Makedonije (*Закон за авторското право и сродните права, Службен весник на Република Македонија*, бр. 115/10, 140/10, 51/11, 147/13, 154/15 и 27/16), čl. 29, st. 5; Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima Albanije (*Law No. 35/2016 on Copyright and Related Rights Act*, verzija na engleskom jeziku sa sajta Svetske organizacije za intelektualnu svojinu, <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/586134>, 24.9.2023), čl. 27, st. 3–5 (poslednje izmene zakona su bile 2022, ali odredbe o iscrpljenju prava su ostale nepromenjene). U odredbama zakona Severne Makedonije i Albanije kojima se definiše iscrpljenje autorskog prava stoji samo da ono nastupa prvim stavljanjem u promet primerka dela, a ne naznačava se lokacija na kojoj mora doći do prvog prometa. Ipak, izričito se navodi da se iscrpljenje prava ne odnosi na ovlašćenje na uvoz primeraka

prava u tim državama konkretni primerak autorskog dela mora biti u njihovom nosioca prava stavljen u promet na domaćoj teritoriji.

Slična je situacija i sa iscrpljenjem patenta. Nacionalno iscrpljenje patenta je propisano zakonom u Srbiji i u Albaniji.<sup>25</sup> Severna Makedonija je tu izuzetak, budući da ona uopšte zakonom ne uređuje iscrpljenje patenta.<sup>26</sup> Određivanje teritorijalnog opsega iscrpljenja patenta je stoga ostavljeno sudskoj praksi.<sup>27</sup>

Predloženo opredeljenje država regiona za nacionalno iscrpljenje autorskog prava i patenta, u svakom slučaju, nije iznenađujuće. Ono prati postojeće evropske tendencije koje, bar za sada, nisu naklonjene režimu međunarodnog iscrpljenja prava.

Za razliku od iscrpljenja autorskog prava i patenta, u slučaju definisanja teritorijalnog opsega iscrpljenja žiga imamo izraženije razlike među državama članicama „Otvorenog Balkana“. S jedne strane, imamo Srbiju koja prihvata međunarodno iscrpljenje žiga.<sup>28</sup> S druge strane, su Severna Makedonija<sup>29</sup> i Albanija koje prihvataju nacionalno

autorskih dela. Potonje, s obzirom na efekat (onemogućavanje paralelne trgovine/uvoza), upućuje da se radi o režimima nacionalnog iscrpljenja prava.

- 25 Zakon o patentima – ZP Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 99/2011, 113/2017 – dr. zakon, 95/2018, 66/2019 i 123/2021, čl. 22; Zakon o industrijskoj svojini Albanije (*Law No. 9947/2008 on Industrial Property* verzija na engleskom jeziku sa sajta Svetske organizacije za intelektualnu svojinu, <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/al/al069en.pdf>, 24.9.2023, sa izmenama do 2014. godine), čl. 39 (poslednje izmene zakona su bile 2021. godine, ali nisu obuhvatile odredbe o iscrpljenju prava).
- 26 Pogledati Zakon o industrijskoj svojini Severne Makedonije (mak. Закон за индустриската сопственост, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 21/2009, 24/2011, 12/2014, 41/2014, 152/2015, 53/2016, 83/2018 и 31/2020), čl. 25–126 (u pitanju su odredbe kojima se uređuje materija patenta).
- 27 Mi, u ovom trenutku, nemamo saznanja da li su sudovi u Severnoj Makedoniji zauzeli generalno primenjiv stav po pitanju iscrpljenja patenta.
- 28 Zakon o žigovima – ZŽ Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2020, čl. 53.
- 29 U slučaju iscrpljenja žiga u Severnoj Makedoniji treba dati dodatnu napomenu. Tu imamo specifičnu situaciju da uprkos tome što je zakonom izričito propisano nacionalno iscrpljenje žiga, postoje odluke tamošnjih sudova kojima je presuđeno da paralelni uvoz robe obeležene žigom zaštićenim oznakama ne predstavlja povredu žiga. Tako postoji određena diskrepanca između slova zakona i njegove primene. Jelena Petrović, „Parallel imports in Serbia: Then and Now“, *Lexology*, 2023, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=490223e5-69a1-49fe-b8f0-a599fc23f21c>, 25. 9. 2023. (pogledati deo teksta koji se odnosi na iscrpljenje žiga u Severnoj Makedoniji).

iscrpljenje žiga.<sup>30</sup> Ova neujednačenost je jedno vreme bila prekinuta i to u periodu od 2013. do 2020. godine kada je i u Srbiji važno nacionalno iscrpljenje žiga. Ipak, Srbija se vratila međunarodnom iscrpljenju žiga kao primerenijoj opciji za njeno tržište. To je učinjeno nakon više apelovanja domaće Komisije za zaštitu konkurencije da je primena nacionalnog iscrpljenja žiga u Srbiji dovela do neopravdanog narušavanja slobodne tržišne utakmice i time negativno uticala na dobrobit domaćih potrošača.<sup>31</sup>

Iscrpljenje tri centralna prava je na sličan način uređeno i u Bosni i Hercegovini i u Crnoj Gori kao potencijalnim članicama „Otvorenog Balkana“. U Bosni i Hercegovini nacionalno iscrpljenje prava važi za autorsko pravo i patent, a za žig se primenjuje (kao i u Srbiji) međunarodni režim iscrpljenja prava.<sup>32</sup> S druge strane, Crna Gora prihvata nacionalno iscrpljenje kako autorskog prava i patenta, tako i žiga.<sup>33</sup>

Dodatno, treba skrenuti pažnju da sve države regiona, kao kandidati za članstvo u Evropskoj uniji, imaju obavezu da po pristupanju u članstvo prihvate regionalno iscrpljenje prava koje važi u okviru Evropskog ekonomskog prostora. U Srbiji je, na primer, u domaćim

30 Zakon o industrijskoj svojini Severne Makedonije, čl. 209; Zakon o industrijskoj svojini Albanije, čl. 158.

31 Posebno je bilo problematično to što je zbog nacionalnog iscrpljenja žiga, odnosno zabrane paralelnog uvoza cena određene inostrane robe široke potrošnje (koja nije imala odgovarajući domaći supstitut) bila veća na domaćem tržištu u odnosu na cenu iste te robe na tržištima drugih zemalja. Više o uvođenju i primeni nacionalnog iscrpljenja žiga u Srbiji, kao i vraćanju na međunarodno iscrpljenje vid. u: Novak Vujičić, „Introduction of the Regime of National Exhaustion of Trademark Rights in Serbia: Emerging Competition Policy Concern“, *WIPO-WTO Colloquium Papers, Volume 10 (2019)* (eds. Frederick M. Abott *et al.*), World Intellectual Property Organization (WIPO), World Trade Organization (WTO), Geneva 2020, 237–254. i Vlada Republike Srbije, Predlog Zakona o žigovima – Obrazloženje, 2019, [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi\\_zakona/2019/2973-19%20-LAT.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/2019/2973-19%20-LAT.pdf), 24. 9. 2023, 45–46.

32 Zakon o autorskom i srodnim pravima, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 63/2010, čl. 71; Zakon o patentu, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 53/2010, čl. 76; Zakon o žigu, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 53/2010, čl. 51.

33 Zakon o autorskom i srodnim pravima, *Službenom listu CG*, br. 37/2011, 53/16 i 145/21, čl. 42; Zakon o patentima, *Službeni list CG*, br. 42/15, 2/17 i 146/21, čl. 46; Zakon o žigu, *Službeni list CG*, br. 72/10, 44/12, 18/14, 40/16, 2/17 i 3/23, čl. 15 i 65a.

zakonima iz oblasti prava intelektualne svojine već izričito propisana primena regionalnog iscrpljenja prava, ali pod odložnim uslovom (ako i kada Srbija pristupi Evropskoj uniji).<sup>34</sup>

Radi bolje preglednosti, prezentovani režimi iscrpljenja tri centralna prava intelektualne svojine, koji trenutno važe u državama članicama i potencijalnim članicama „Otvorenog Balkana“, prikazani su i u predstojećoj tabeli:

*Tabela 2.*  
*Postojeći režimi iscrpljenja prava intelektualne svojine*  
*u državama regiona*

|                   | Nacionalno<br>iscrpljenje prava                                             | Međunarodno<br>iscrpljenje prava |
|-------------------|-----------------------------------------------------------------------------|----------------------------------|
| Autorsko<br>pravo | Albanija, Bosna i Hercegovina,<br>Crna Gora, Severna<br>Makedonija i Srbija | /                                |
| Patent            | Albanija, Bosna i Hercegovina,<br>Crna Gora i Srbija                        | /                                |
| Žig               | Albanija, Crna Gora i Severna<br>Makedonija                                 | Bosna i Hercegovina i<br>Srbija  |

Izvor: autor

### *3.2. Mogući uticaj postojećih režima iscrpljenja prava intelektualne svojine u državama članicama na inicijativu „Otvoreni Balkan“*

Jedan od ciljeva kome se teži inicijativom „Otvoreni Balkan“ jeste uspostavljanje slobodnog kretanja robe unutar našeg regiona.<sup>35</sup> Ovde je sada zadatak da se razmotri uticaj postojećih režima iscrpljenja prava intelektualne svojine koji se primenjuju u državama regiona na

34 Samostalni članovi Zakona o izmenama i dopunama ZASP Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 66/2019, čl. 70; Samostalni članovi Zakona o izmenama i dopunama ZP Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 95/2018, čl. 61; ZŽ, čl. 112, st. 4.

35 Vid. Memorandum o razumevanju o trgovinskim olakšicama, potpisan u okviru inicijative „Otvoreni Balkan“, jul 2021, [https://api.pks.rs/storage/assets/Memorandum\\_o\\_razumevanju\\_o\\_trgovinskim\\_olaksicama1.pdf](https://api.pks.rs/storage/assets/Memorandum_o_razumevanju_o_trgovinskim_olaksicama1.pdf), 24. 9. 2023, čl. 1.

ostvarivanje tog cilja. To jest, da se ispita da li ti režimi iscrpljenja prava intelektualne svojine mogu i u kojoj meri biti izazov za realizaciju planiranog slobodnog regionalnog kretanja robe.

Kao što je u prethodnom potpoglavlju ustanovljeno, u državama regiona primat imaju režimi nacionalnog iscrpljenja prava intelektualne svojine. Takvo stanje stvari, kao što se i da naslutiti iz dosadašnjeg izlaganja, nije povoljno za slobodno regionalno kretanje robe anticipirano inicijativom „Otvoreni Balkan“. Nacionalno iscrpljenje prava (pri-setimo se) onemogućava paralelnu trgovinu robom pod zaštitom prava intelektualne svojine i zbog toga faktički deluje kao necarinska barijera slobodnoj (prekograničnoj) trgovini. U kontekstu inicijative „Otvoreni Balkan“ to znači sledeće: sve dok imamo režime nacionalnog iscrpljenja prava u državama članicama, slobodna (prekogranična) trgovina robom pod zaštitom prava intelektualne svojine može da bude ograničena. Nosioci prava će tu uvek moći, pozivajući se na nacionalno iscrpljenje prava, da segmentišu regionalno tržište i da svoju robu plasiraju isključivo putem svojih „zvaničnih“ kanala distribucije u državama regiona.

Stoga, čini se nespornim da postojeći režimi nacionalnog iscrpljenja prava država članica mogu da budu prepreka – da negativno utiču na slobodno regionalno kretanje robe kome se teži inicijativom „Otvoreni Balkan“. Zato, ako se želi, da se inicijativa „Otvoreni Balkan“ u potpunosti razvije, jasno je da se mora nekako adresirati data problematika. Samo je pitanje kako to učiniti.

Smisleno je tu uzor za rešavanje tražiti u pravu Evropske unije, budući da je i inače inicijativa „Otvoreni Balkan“ koncipirana po ugledu na nju. Evropska unija se i sama suočila sa istim problemom – potencijalnim negativnim uticajem delovanja režima nacionalnog iscrpljenja prava intelektualne svojine država članica na promet robe na njenom unutrašnjem tržištu. Taj problem je adresiran – rešen uvođenjem („čuvenog“) regionalnog iscrpljenja prava intelektualne svojine unutar Evropskog ekonomskog prostora. Regionalno iscrpljenje tu podrazumeva sledeće: kada nosilac prava stavi u promet primerak robe pod zaštitom prava intelektualne svojine na teritoriji jedne od država članica dolazi do iscrpljenja prava koje važi za teritoriju celog Evropskog ekonomskog prostora (svih članica). Na taj način se

omogućava slobodna (paralelna) trgovina robom pod zaštitom prava intelektualne svojine unutar Evropskog ekonomskog prostora.<sup>36</sup>

Dakle, ako bi se države članice „Otvorenog Balkana“ i u ovom slučaju ugledale na Evropsku uniju i one bi ovde mogle da optiraju za regionalno iscrpljenje prava intelektualne svojine.<sup>37</sup> Takvo rešenje se i čini kao suvislo. Samo upitno je koliko je realno očekivati da se jedno takvo novo (balkansko) regionalno iscrpljenje prava uspostavi u praksi, budući da bi njegovo uspostavljanje bilo kako politički, tako i pravno gledano izuzetno komplikovano. Pre svega, za realizovanje takvog novog regionalnog iscrpljenja prava neophodna je velika politička volja. A jaka politička volja je, kao što znamo, do sada poprilično manjkala kod inicijative „Otvoreni Balkan“. Pored toga, tu je i pravna problematika uvođenja, regulisanja i primene/sprovođenja takvog novog regionalnog iscrpljenja prava intelektualne svojine. Više pitanja se tu nameće za pravnike. Da li izmeniti sve nacionalne zakone u državama članicama koji regulišu iscrpljenje prava intelektualne svojine kako bi se uvelo novo regionalno iscrpljenje prava? Ili pak to učiniti na nadnacionalnom/međunarodnom nivou, recimo zajedničkim multilateralnim sporazumom država članica? Zatim, kako uklopiti – postaviti to regionalno iscrpljenje prava država „Otvorenog Balkana“ u odnosu na anticipirano regionalno iscrpljenje prava Evropske unije (ako države regiona budu različitim tempom pristupale Evropskoj uniji)? Kako ujednačiti praksu državnih organa i sudova država članica u pogledu primene novog regionalnog iscrpljenja prava?<sup>38</sup> Na nijedno od predloženih

36 Regionalno iscrpljenje prava je afirmisano kroz praksu Suda pravde Evropske unije (prvi put u predmetu *Deutsche Grammophon v Metro SB*, br. predmeta C-78/70, presuda od 8. juna 1971. godine) i Evropske komisije tumačenjem odredaba Osnivačkih ugovora o zabrani kvantitativnih ograničenja uvoza država članica. Pri tome, ono je izričito uneto i u odredbe pojedinih uredbi i direktiva Evropske unije iz oblasti prava intelektualne svojine. Dato regionalno iscrpljenje prava važi i za nadnacionalna (žig Evropske unije, komunitarni dizajn i dr.) i nacionalna prava intelektualne svojine država članica. Više o regionalnom iscrpljenju prava u Evropskom ekonomskom prostoru vid. Dušan Popović, *Isključiva prava intelektualne svojine i slobodna konkurencija*, Beograd 2012, 177–179.

37 Naravno, Srbija i Bosna i Hercegovina nemaju potrebe za tim u pravu žiga, budući da tu već primenjuju međunarodno iscrpljenje.

38 Omogućavanje regionalne paralelne trgovine robom pod zaštitom prava intelektualne svojine će doneti sa sobom i određene probleme – sporove nosilaca prava sa paralelnim trgovcima. Rešavanje tih sporova – problema bi trebalo da

pitanja (a tu pitanjima nije kraj) ne može baš lako da se odgovori. Pri tome, i kada se iznađe odgovor, još će biti teže da se postigne konsenzus država članica „Otvorenog Balkana“ povodom njega.<sup>39</sup>

Sve u svemu, nakon predočenog, za kraj možemo da konstatujemo da postojeći režimi nacionalnog iscrpljenja prava intelektualne svojine u državama članicama (i potencijalnim članicama) predstavljaju ozbiljan izazov za realizovanje željenog slobodnog kretanja robe unutar „Otvorenog Balkana“. Rešavanje tog izazova zahtevaće veće angažovanje regionalnih aktera zaduženih za realizovanje inicijative „Otvoreni Balkan“.<sup>40</sup>

---

bude ujednačeno u svim državama članicama. Ako se opet osvrnemo na primer Evropske unije možemo upravo da vidimo ozbiljnost problematike koju je regionalna paralelna trgovina donela sa sobom (posebno u sektoru trgovine farmaceutskim proizvodima). Kako ta problematika nije predmet ovog rada, više o njoj vid. u: *Ibid.*, 177–204.

- 39 Kao još jedna od mogućih opcija za adresiranje datog problema negativnog uticaja postojećih režima nacionalnog iscrpljenja prava na slobodno kretanje robe unutar regiona jeste prelazak država članica „Otvorenog Balkana“ na međunarodno iscrpljenje prava. Realizacija te opcije se u ovom trenutku čini još manje izvesnom. Mada, u pravu žiga ona bi bila sasvim opravdana (što pokazuje primer Srbije). Isto tako, i van prava žiga, međunarodno iscrpljenje prava dobija sve veći primat gledano na globalnom nivou. U tom kontekstu vid. WIPO – Standing Committee on the Law of Patents, *Draft Reference Document on the Exception Regarding the Exhaustion of Patent Rights*, SCP/34/3, Geneva 2022, [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp\\_34/scp\\_34\\_3.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_34/scp_34_3.pdf), 24. 9. 2023, 14, 18 i 24.

- 40 Treba skrenuti pažnju i na to da inicijativa „Otvoreni Balkan“ nije jedini aranžman usmeren na podsticaj slobodne trgovine u našem regionu. Već duže vreme (od 2007. godine) aktuelan je Centralnoevropski ugovor o slobodnoj trgovini (engl. *Central European Free Trade Agreement*, CEFTA). U kontekstu teme naše analize zanimljivo je da je u okviru CEFTA aranžmana u junu 2023. godine usvojena Odluka o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine. Kako je saopšteno medijima, jedan od problema koji se tom odlukom adresira, jeste upravo usklađivanje režima iscrpljenja žiga i prava zaštite industrijskog dizajna između CEFTA članica kako bi se olakšala slobodna trgovina. Navedeno dodatno ukazuje na značaj problematike kojom se bavimo u ovom radu. CEFTA, „CEFTA Agreed Two New Important Decisions“, 2023, <https://cefta.int/news/cefta-agreed-two-new-important-decisions/>, 23.9.2023; Novosadski reporter, „Zašto su prava intelektualne svojine (IPR) važna za podsticanje trgovine između CEFTA Strana?“, 2023, <https://www.nsreporter.rs/2023/03/zasto-su-prava-intelektualne-svojine-ipr-vazna-za-podsticanje-trgovine-izmedju-cefta-strana/>, 23. 9. 2023. Pogledati i S. M. Marković (2018), *op. cit.*, 152–155.

#### 4. ZAKLJUČAK

U prethodnim redovima razmotren je uticaj postojećih režima iscrpljenja prava intelektualne svojine u državama članicama (kao i potencijalnim članicama) „Otvorenog Balkana“ na slobodno regionalno kretanje robe kome se teži tom inicijativom. Predočeno je da države regiona kao dominantno rešenje prihvataju režim nacionalnog iscrpljenja prava intelektualne svojine (osim Srbije i BiH u pravu žiga) i ispita-no je šta to konkretnije može da znači za inicijativu „Otvoreni Balkan“.

Nacionalno iscrpljenje prava, kao što je pojašnjeno, predstavlja najnepovoljniju opciju iscrpljenja prava za slobodnu (prekograničnu) trgovinu robom pod zaštitom prava intelektualne svojine. Naime, ono podrazumeva da iscrpljenje prava važi samo za robu koju je nosilac prava stavio u promet u domaćoj državi, dok za originalnu robu koju je stavio u promet u inostranstvu ne važi. Tako je za uvoz i dalju preprodaju te inostrane originalne robe u domaćoj državi potrebna dodatna dozvola nosioca prava. Drugim rečima, nacionalno iscrpljenje prava intelektualne svojine onemogućava paralelnu trgovinu – uvoz originalne robe pod zaštitom prava intelektualne svojine van „zvaničnih“ distributivnih tokova nosioca prava. Ono tako faktički deluje kao necarinska barijera za slobodan uvoz robe obuhvaćene zaštitom prava intelektualne svojine i time ide direktno kontra tendencijama slobodne prekogranične trgovine – slobodnog kretanja robe između država.

Imajući u vidu navedeno, jasno je da primena nacionalnog iscrpljenja prava intelektualne svojine u državama članicama „Otvorenog Balkana“ može da podriva realizaciju anticipiranog slobodnog kretanja robe unutar našeg regiona. Zbog toga, primenu nacionalnog iscrpljenja prava intelektualne svojine u državama članicama treba posmatrati kao ozbiljan izazov za inicijativu „Otvoreni Balkan“ koji će morati da se adresira.

U radu je ukazano da bi uspostavljanje novog regionalnog – „Otvoreni Balkan“ iscrpljenja prava intelektualne svojine (opet po uzoru na Evropsku uniju) tu moglo da bude potencijalno rešenje koje bi omogućilo slobodnu regionalnu (paralelnu) trgovinu robom pod zaštitom prava intelektualne svojine. Ipak, uvođenje takvog novog regionalnog iscrpljenja prava bi zahtevalo ne samo pravničku dovrtljivost

(prilikom njegove normativne postavke i primene), nego i mnogo veću političku volju relevantnih aktera država regiona od one koju smo do sada imali prilike da vidimo kada je u pitanju inicijativa „Otvoreni Balkan“.

Novak Vujičić, PhD

Lecturer at the University of Belgrade – Faculty of Law

## NATIONAL EXHAUSTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AS A CHALLENGE FOR THE OPEN BALKAN INITIATIVE

### *Summary*

In the following paper, we will discuss the possible adverse impact that the regimes of national exhaustion of intellectual property rights, currently applied in the member states, could pose to the Open Balkan initiative. The regimes of national exhaustion of intellectual property rights (implemented in the region) block parallel imports (trade) of the protected goods within the region, i.e., the imports of the protected goods outside the official distribution channels established by the rightholders. Consequently, they impede the establishment of the regional free movement of goods anticipated by the Open Balkan initiative. The aim of our paper is to shed light on this challenge facing the Open Balkan initiative and indicate a possible approach for addressing it.

Key words: *Exhaustion of Intellectual Property Rights. – Intellectual Property Rights. – Parallel trade. – Parallel imports. – Open Balkan.*

### LITERATURA

Bently L., Sherman B., *Intellectual Property Law*, Oxford 2009.

Calboli I., „Trademark Exhaustion in the European Union: Community-Wide or International? The Saga Continues“, *Marquette Intellectual Property Law Review* 6(1)/2002, 47–86.

- European Commission, *Glossary of Terms Used in EU Competition Policy – Antitrust and Control of Concentrations*, Brussels 2002.
- Fišer S., „Iscrpljenje prava nosioca patenta“, *Pravo i privreda* 5–8/2007, 657–666.
- Marković S. M., „The Exhaustion of Intellectual Property Rights in the Context of International Free Trade Agreements“, *Legal Implications of Trade Liberalization Under SAAS and CEFTA* (ed. D. V. Popović), University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade 2018, 139–155.
- Marković S. M., Popović D. V., *Pravo intelektualne svojine*, Beograd 2022.
- Pathak V.K., „Intellectual Property Rights and Parallel Trade: Debate on National Versus International Exhaustion of Rights“, *Contemporary Issues in International Law – Environment, International Trade, Information Technology and Legal Education* (eds. B.C. Nirmal, R. K. Singh), Springer Nature Singapore Pte Ltd., Singapore 2018, 347–358.
- Petrović J., „Parallel imports in Serbia: Then and Now“, *Lexology* 2023.
- Popović D., *Isključiva prava intelektualne svojine i slobodna konkurencija*, Beograd 2012.
- Popović D., „Iscrpljenje“ autorskog prava i srodnih prava, međunarodna trgovina i poslovanje na internetu“, *Pravna riječ* 37/2013, 69–81.
- Privredna komora Srbije, „Put ka četiri slobode“, 2023, *Privredna komora Srbije – veb-sajt*, <https://pks.rs/open-balkan>, 10.8.2023.
- Ristić B., Popović D. V., Begović B., *Glosarijum prava konkurencije*, Beograd 2021.
- Varga S., „Geografski opseg iscrpljenja žiga i paralelna trgovina u pravu Republike Srbije“, *Usluge i zaštita korisnika* (ur. M. Mićović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2015, 633–649.
- Varga S., „Geografski opseg iscrpljenja subjektivnih prava intelektualne svojine u međunarodnim izvorima prava i dokumentima međunarodnih organizacija“, *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava* (ur. M. Mićović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2016, 185–205.

Vujičić N., „Introduction of the Regime of National Exhaustion of Trademark Rights in Serbia: Emerging Competition Policy Concern“, *WIPO-WTO Colloquium Papers, Volume 10 (2019)* (eds. F. M. Abott *et al.*), World Intellectual Property Organization (WIPO), World Trade Organization (WTO), Geneva 2020, 237–254.

Article history:

Received: 30. 9. 2023.

Accepted: 20. 11. 2023.

# PREGLEDNI ČLANCI



Dr Živorad Rašević\*

Dr Danijela Despotović\*\*

Dr Snežana Prelević Plavšić\*\*\*

## JAVNE NABAVKE IZMEĐU UPRAVNOG I OBLIGACIONOG PRAVA: SISTEMSKO POZICIONIRANJE

*Stanovišta pravne teorije, dogmatike i komparativistike o prirodi javnih nabavki nisu saglasna: Ugovori o javnim nabavkama se u literaturi upravnog prava smatraju upravnim ugovorima, dok im građansko pravo pristupa kao tradicionalnim građanskim ili privrednim ugovorima. U cilju cjelovitog sagledavanja prirode odnosa između javnih tijela kao naručilaca javnih nabavki i privatnih subjekata kao ponuđača roba i usluga, u ovom ogledu se ispituju nerazjašnjene sistemske veze Zakona o javnim nabavkama (ZJN) sa upravnim i obligacionim pravom. Rezultati istraživanja pokazuju da norme ZJN, iako uređuju javnopravni režim neravnopravnog odnosa između naručioca i ponuđača, ne daju tom odnosu upravnopravni karakter, jer omogućuju jedino posrednu, ograničenu i izuzetnu primjenu normi upravnog prava. Norme ZJN ne upućuju eksplicitno ni na obligaciono pravo, ali je njegova primjena kao *lex generalis* neizbježna za cjelovito regulisanje predugovornog i ugovornog odnosa naručioca i ponuđača. Sve to ukazuje na pravnosistemsko pozicioniranje prava javnih nabavki kao posebnog obligacionopravnog režima, koji se ipak ne može rigidno svrstati ni u javno ni u privatno pravo. Zato se predlaže razlikovanje upravnog odlučivanja o ugovoru i izvršenja tog ugovora prema pravilima obligacionog prava, kao i ograničavanje nadmoći javnog naručioca radi zaštite osnovnih vrijednosti građanskog prava.*

---

\* Autor je profesor na Visokoj školi za poslovnu ekonomiju i preduzetništvo, [zivorad.rasevic@vspep.edu.rs](mailto:zivorad.rasevic@vspep.edu.rs), ORCID: 0000-0002-1424-3041 (Republika Srbija).

\*\* Autorka je vanredni profesor na Pravnom fakultetu za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija, [danijela.despotovic@pravni-fakultet.info](mailto:danijela.despotovic@pravni-fakultet.info), ORCID: 0000-0001-5336-1801 (Republika Srbija).

\*\*\* Autorka je docent na Visokoj škola za poslovnu ekonomiju i preduzetništvo, [snezanaprelevic@yahoo.com](mailto:snezanaprelevic@yahoo.com), ORCID: 0009-0002-8869-9292 (Republika Srbija).

Ključne riječi: *Upravno pravo. – Ugovorno pravo. – Upravni ugovor. – Culpa in contrahendo.*

## 1. UVOD

Stupanje državnih organa u odnose sa privrednim subjektima je neizbježno zbog pribavljanja roba i usluga koje omogućuju vršenje njihovih javnih funkcija. U savremenim pravnim porecima regulisanje materije javnih nabavki redovno podrazumijeva ponovno bavljenje nerješivim problemom razgraničenja javnog i privatnog prava. Naime, brojni kriterijumi razgraničenja, od kojih su najprihvaćeniji kriterijum subjekta, odnosa, interesa koji se štiti normiranjem, su bili i ostali koliko neprecizni toliko i sporni.<sup>1</sup> Zato nema univerzalno prihvaćenih teorijskih polazišta za normiranje i tumačenje odnosa između državnog organa kao lica sa javnopravnim ovlaštenjem i naručioca, sa jedne strane, i privatnog (građanskog, preciznije privrednog) subjekta kao ponuđača roba i usluga, sa druge.

To je naročito vidljivo na primjeru nepomirljive različitosti pristupa vodećih pravnih i ekonomskih sila EU: dok se u Francuskoj ugovori o javnim nabavkama smatraju upravnim ugovorima, u Njemačkoj se svrstavaju u privatno, tačnije u privredno pravo.<sup>2</sup>

Različiti stavovi o javnoj ili privatnoj prirodi odnosa povodom javnih nabavki su prisutni i u pozitivnom pravu Srbije, praksi i nauci upravnog i građanskog prava. Ova dilema nije jasno razriješena ni odredbama važećeg Zakona o javnim nabavkama – ZJN („Službeni glasnik RS“, broj 91/19), kojim su, prema obrazloženju predlagača, implementirane novije direktive Evropske unije (EU) da bi se povećala transparentnost, fleksibilnost, smanjio administrativni teret korišćenjem elektronskih sredstava i olakšavalo dokazivanje kriterijuma za izbor najpovoljnijeg ponuđača.<sup>3</sup>

---

1 Vladimir Vodinelić, *Javno i privatno pravo*, Beograd 2016, 67–161.

2 Marko Turudić, *Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi u hrvatskom pravnom poretku*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2018, 16.

3 Prema obrazloženju predlagača, to su Direktive 2014/24/EU od 26. 2. 2014, 2014/25/EU od 26. 2. 2014, 2007/66/ EZ od 11. 12 2007. i 2009/81/EZ od 13. 7. 2009. godine. Vid. Vlada Republike Srbije, Program razvoja javnih nabavki u Republici Srbiji za period 2019–2023, <http://www.ujn.gov.rs/wpcontent/uploads/2019/11/1.-UJN-Program-UJN-2019-2023.pdf>, 5. 10. 2023, 5; Narodna

Predmet istraživanja u ovom radu je priroda odnosa javnih naručilaca i ponuđača od prvog poslovnog kontakta do prestanka ugovora u javnoj nabavci, tj. prije i poslije zaključenja ugovora. Sučeljavanjem relevantnih pravnoteorijskih i uporednopravnih saznanja sa domaćim pozitivnim pravom, norme javnih nabavki se preciznije pravnodogmatski kvalifikuju i pravnosistemske situiraju. Potpunije sagledavanje odnosa naručioca kao subjekta sa javnim ovlašćenjima i privatnopravnog ponuđača treba da doprinese razumijevanju uzroka do sada uočenih negativnih rezultata primjene novog ZJN. To su: nezadovoljavajući broj ponuda koji je najniži u regionu i duplo manji od prosjeka EU, nedovoljna konkurencija, nedostatak vjere da su postupci javnih nabavki poštjeni, zbog čega veliki broj potencijalnih ponuđača uopšte ne učestvuje u ovim postupcima.<sup>4</sup>

U prvom dijelu se ispituje pravnodogmatska osnovanost pretpostavke o pripadnosti normi javnih nabavki upravnom pravu, kao to sugeriše literatura upravnog prava koja uzor traži u francuskoj doktrini upravnih ugovora. U drugom dijelu se iznose argumenti u prilog obligacionopravne prirode i ocjenjuje njihova pozitivnopravna utemeljenost. U trećem dijelu se sumiraju rezultati istraživanja o prirodi odnosa povodom javnih nabavki i formulišu prijedlozi za poboljšanje stanja pozitivnog prava.

## 2. UGOVORI O JAVNIM NABAVKAMA KAO UPRAVNI UGOVORI

Kada se pođe od gore navedenih kriterijuma razlikovanja javnog i privatnog prava u pogledu subjekta odnosa ili interesa koji se štiti, za odnos između javnog naručioca i ponuđača se može pretpostaviti da je javnopravne, odnosno upravnopravne prirode. Prema uzornoj francuskoj pravnoj tradiciji taj se odnos reguliše ustanovom upravnih

---

skupština Republike Srbije, Predlog Zakona o javnim nabavkama, [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi\\_zakona/2019/2478-19.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/2478-19.pdf), 1. 10. 2023.

- 4 NALED, „Analiza stanja javnih nabavki, usluga savetovanja u poslovanju i upravljanju i srodnih usluga“, <https://naled.rs/htdocs/Files/09358/Analiza-stanja-javnih-nabavki-usluga-savetovanja-u-poslovanju-i-upravljanju-i-srodnih-usluga.pdf>, 1. 10. 2023, 8,71–72; Pravni portal, „Manjkavosti novog Zakona o javnim nabavkama“, <https://www.pravniportal.com/manjkavosti-novog-zakona-o-javnim-nabavkama/>, 2. 10. 2023.

ugovora, koji su pozitivnopravno etabrirani i u Srbiji. Da bi se ispitala osnovanost ove pretpostavke, u ovom dijelu se najprije iznose osnovne teorijska i pozitivnopravna obilježja upravnih ugovora, koja se zatim upoređuju sa odredbama ZJN i na kraju kritički ocjenjuju.

## 2.1. Upravni ugovori u literaturi i pozitivnom pravu

Na prvi pogled, sam pojam upravnog ugovora za domaćeg pravnika izgleda kao oksimoron, jer spaja dva antonima: izraz „upravni“ ukazuje na odnos potčinjavanja i državne prinude, dok izraz „ugovor“ na konsensualnost i ravnopravnost po paradigmi komutativne pravde. Međutim, narativ o ovakvom spajanju nespojivog je prisutan u domaćoj literaturi upravnog prava onoliko dugo koliko traje uticaj francuske pravne misli – dakle od samih početaka. Zato je i prije pozitivisanja upravnih ugovora u Srbiji, izražen stav da ova ustanova „latentno postoji“ kroz različite oblike javno-privatnog partnerstva i da je poželjna jer obezbjeđuje ustavnost i zakonitost sa jedne strane, a socijalno blagostanje s druge, te da opravdava svoju svrhu kvalitetom zadovoljavanjem javnih potreba.<sup>5</sup>

U posljednje dvije decenije ova ustanova je pozitivnopravno etabrirana u pravne poretke svih država Zapadnog Balkana, sa izuzetkom Bosne i Hercegovine. Sudeći prema dostupnoj literaturi, ova pozitivnopravna novina je složno pozdravljena kao teorijski opravdan doprinos regulisanju odnosa države i građanskih subjekata. Njihova osnovna teorijska obilježja su: javnopravni subjekt kao jedna ugovorna strana; zaštita javnog interesa kao svrha; odstupanje od opštih pravila ugovornog prava; mogućnost da sadrži unaprijed propisane standarde; dužnost izvršenja bez obzira na okolnosti koje se nisu mogle predvidjeti; ovlašćenje ugovorne strane koja je javnopravni subjekt da nadzire izvršenje i da drugoj ugovornoj strani jednostrano izmijeni ugovorne obaveze i da tako nametne odnosneravnopravnosti (tzv. derogativna klauzula).<sup>6</sup> Još jedna važna indikacija o upravnompravnoj prirodi nekog ugovora je otvorena mogućnost vođenja upravnog spora protiv njega.<sup>7</sup>

5 Milica Vukićević Petković, „Upravni ugovori“, *Ekonomski signali* 2/2015, 94, 97.

6 Dejan Milenković, „Upravni ugovori u zakonima o opštem upravnom postupku zemalja Zapadnog Balkana“ *Strani pravni život* 3/2017, 69–72.

7 Petar Kunić, *Upravno pravo*, Banja Luka 2006, 225.

Ustanova upravnih ugovora je ušla u domaći pozitivnopravni poredak prije 6 godina, donošenjem Zakona o opštem upravnom postupku – ZOUP („Sl. glasnik RS“, broj 18/16 i 95/18). Članom 22 ZOUP upravni ugovor je definisan kao „dvostrano obavezan pisani akt koji, kad je to posebnim zakonom određeno [...] zaključuju organ i stranka i kojim se stvara, menja ili ukida pravni odnos u upravnoj stvari“ čija sadržina „ne sme biti protivna javnom interesu niti pravnom interesu trećih lica“.

U odredbama ZOUP koji slijede detaljnije se uređuje ovaj ugovorni odnos između upravnog organa i stranke. Shodna primjena pravila upravnog postupka i supsidijarna primjena zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi je određena u članu 26, a odstupanja od ovih pravila u članovima 23 do 25. Tim odredbama se ovlašćuje upravni organ da jednostrano mijenja ili raskine ugovor zbog promijenjenih okolnosti, koje se u velikoj mjeri razlikuju od odredbe *rebus sic stantibus* iz člana 133 Zakona o obligacionim odnosima – ZOO („Sl. list SFRJ“, broj 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, „Sl. list SRJ“, broj 31/93, „Sl. list SCG“, broj 1/2003 i „Sl. glasnik RS“, broj 18/2020). Naime, kao razlog za izmjenu upravnog ugovora jedino se navode okolnosti koje su nisu mogle predvidjeti u vrijeme zaključenja ugovora zbog kojih je ispunjenje obaveze za jednu stranu postalo bitno otežano.<sup>8</sup> Što se tiče raskida ugovora, upravni organ se ovlašćuje da bez sudske odluke upravnim aktom raskine ugovor u jednoj od slijedeće tri situacije: ako stranka ne pristane da se ugovor izmijeni, ako stranka ne ispunjava ugovorne obaveze i ako je to u javnom interesu u skladu sa načelima neophodnosti i minimalnog posezanja u stečena prava. Pored toga, uskraćuje se pravo stranci da kao ugovorna strana jednostrano raskine ugovor, kako inače određuje član 124 ZOO, i jedino joj priznaje pravo na prigovor organu uprave kao drugoj ugovornoj strani. Ova odstupanja od opšteg režima su očigledno u funkciji pozicioniranja upravnog organa kao nadmoćne ugovorne strane, suprotno načelu ravnopravnosti iz člana 11 ZOO. Zato ih treba shvatiti kao derogacione klauzule koje je pravna nauka označila kao važan kriterijum za kvalifikaciju ugovora kao upravnog.

Međutim, zakonodavac se do sada nije propisao drugi važan teorijski kriterijum za kvalifikaciju upravnog ugovora, a to je mogućnost

---

8 Nije naveden drugi razlog iz čl. 133 ZOO: nemogućnost ostvarenja svrhe ugovora, kao ni dva kumulativno postavljena uslova: prvo, da ugovor više ne odgovara očekivanjima ugovornih strana i da bi po opštem mišljenju bilo nepravilno održati ga na snazi.

pokretanja upravnog spora za ocjenu njegove zakonitosti. Naime, ni u jednoj odredbi ZOUP nije ostavljena mogućnost vođenja upravnog spora protiv upravnih ugovora. To do danas nije učinjeno ni amandmanima na Zakon o upravnim sporovima (ZUS, „Službeni glasnik RS“, broj 111/09), kao je npr. učinjeno u Hrvatskoj.<sup>9</sup> Takva mogućnost se ne može utvrditi ni najširim tumačenjem člana 3 ZUS (rubrum „Predmet upravnog spora“), jer se pojam upravnog ugovora ne može podvesti pod pojam upravnog akta iz stava 1. Dalje, nije ispunjen uslov „da nije predviđena drugačija sudska zaštita“ jer je sasvim moguće pokrenuti parnični postupak za poništenje ugovora. Na kraju, nije ispunjen ključni uslov koji nalaže pozitivizam: „kada je to zakonom predviđeno“ iz stava 3.

U zaključku, važenje pozitivnopravne ustanove upravnog ugovora je uslovljeno izričitim zakonskim propisivanjem, a nije ni zaozvučeno zbog nemogućnosti kontrole zakonitosti u upravnom sporu. Ovako nedovršena pozitivnopravna konstrukcija je oštro kritikovana prije donošenja novog ZJN kao obesmišljavanje ove pozitivnopravne novosti.<sup>10</sup> Sa druge strane, njeno lapidarno i nepotpuno definisanje se može posmatrati kao početak čije bi se nedorečenosti u pogledu svrhe i sadržine popunile posebnim zakonima, a među kojima je i ZJN. U nastavku se analizira i ocjenjuje ova pretpostavka.

## 2.2. *Argumenti domaće i uporednopravne nauke i prakse*

Ako je odnos između naručioca i ponuđača upravnopravne prirode, to bi podrazumijevalo da je odluka naručioca o izboru ponuđača upravni akt, a sam ugovor kojim se njihov odnos reguliše upravni ugovor. U prilog ovom stanovištu su izneseni brojni teorijski, uporednopravni i pravnodogmatski argumenti koji su izneseni u nastavku.

U domaćoj literaturi, posebno onoj koja uzore nalazi u francuskoj tradiciji, preovlađuje stav da ugovori o javnim nabavkama jesu ili bi ih barem trebalo svrstati među najvažnije upravne ugovore. Iznesen je stav da se postupak javne nabavke prema ranije važećem ZJN treba

9 Vid. čl. 3 st. 1 tač. 4 Zakona o upravnim sporovima („Narodne novine“, br. 210/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17 i 110/21): „Predmet upravnog spora jesu...ocjena zakonitosti sklapanja, raskidanja i izvršavanja upravnog ugovora“.

10 Ratko Radošević, *Pravna priroda upravnog ugovora*, Doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu 2018, 234.

smatrati posebnim upravnim postupkom,<sup>11</sup> a u prilog tome može da se istakne i novija praksa Vrhovnog kasacionog i Ustavnog suda. Radi se o više odluka u predmetima kojim se usvaja ustavna žalba ponuđača zbog povrede prava na pravno sredstvo iz člana 36 stav 2 Ustava Republike Srbije („Sl. glasnik RS“, broj 98/06 i 115/21), u kojima se obrazlaže da se sve aktivnosti javnog naručioca po pravnom lijeku ponuđača mogu podvesti pod odredbe ZOUP koje uređuju rad prvo-stepenog organa po žalbi, a postupanje nadzornog tijela pod odredbe ZOUP koje uređuju rad drugostepenog organa.<sup>12</sup>

Međutim, iznesena su i suprotna mišljenja, koja izgledaju ubjedljivije. Tako se npr. zaključuje da postupci javnih nabavki toliko odstupaju od opšteg upravnog režima da se uopšte ne mogu smatrati upravnim postupkom, niti ugovori o javnim nabavkama upravnim ugovorima. Po tome, svaki upravni ugovor, pa tako i ugovor o javnim nabavkama je „običan“ ugovor kao pravni akt i činjenica, a da je ustanova kojom se zasniva ugovorni odnos „mešovita, jer je istovremeno uređena i upravnim i građanskim pravom“.<sup>13</sup>

I u susjedstvu dominiraju stavovi o upravnopravnoj prirodi odnosa, uz prateća neslaganja načinu uređenja ove materije i ignorisanja razlike između *lege lata* i *lege ferenda*. Neki od njih su izneseni u nastavku kao primjeri.

U jednoj analizi iz Sjeverne Makedonije ocjenjuje da su ugovori o javnim nabavkama, „specifičan oblik upravnih ugovora“ jer je postupak „detaljno regulisan imperativnim upravnopravnim pravilima, uz stroga pravila nadzora i kontrole“. Autori smatraju da je pozitivno-pravna odredba o rješavanju eventualnih ugovornih sporova pred redovnim osnovnim sudovima pogrešna i predlažu obezbjeđenje zaštite privatnih i javnih interesa u upravnom sporu pred specijalizovanim upravnim sudstvom.<sup>13</sup>

---

11 Vladimir Kozar, „Nevažnost ugovora o javnim nabavkama i naknada štete“, *Pravo i privreda* 7–9/2013, 488.

12 US, Odluka br. UŽ-1031/2016 od 26. 12. 2019; US, Odluka br. UŽ-10107/2017 od 15. 10. 2020; US, Odluka br. UŽ-3533/2018 od 3. 6. 2021; US, Odluka br. UŽ-12029/2018 od 24.02.2022; US, Odluka br. UŽ-2064/2020 od 7. 4. 2022, st. 3 i 5 Obrazloženja. R. Radošević, *op. cit.*, 110–111, 234, 236.

13 Borče Davitkovski, Elena Davitkovska, Dragan Gocevski, „Odnos između upravnog (javnog) prava i građanskog (privatnog) prava vs. kodifikacije građanskog prava“, *Harmonizacija građanskog prava u regionu* (ur. D. Marković Bajalović), Pale 2013, 197.

Jedan hrvatski autor predlaže tumačenje pozitivnopravne definicije ugovora o javnim nabavkama koje bi omogućilo njihovo podvođenje pod pojam upravnih ugovora, koje je u toj mjeri široko da može da izgleda *contra legem*. Predlaže da se ugovor o javnim nabavkama jasnije pozitivnopravno opredijeli kao upravni ugovor po francuskom modelu, ali za razliku od makedonskih autora smatra efikasnijim kontrolu zaključivanja ugovora u parničnom postupku, bilo pred redovnim građanskim sudovima, bilo pred jednim specijalizovanim sudom za javno-privatne sporove.<sup>14</sup> Drugi hrvatski autor takođe smatra da su ugovori o javnim nabavkama upravni ugovori i predlaže da to zakonodavac izričito i propiše. Dok se to ne desi, insistiranje na nedostatku izričite odredbe o upravnoj prirodi ugovora o javnim nabavkama ocjenjuje kao „nepotreban formalizam“ zbog ispunjenosti teoretskih kriterijuma za ovu kvalifikaciju. Za razliku od prethodnog autora, zalaže se za čist francuski model, tj. primjenu pravila upravnog postupka i sudsku kontrolu upravnog sudstva, jer „nesustavnost uređenja instituta [...] ne utječe na njegovu javnopravnu prirodu“.<sup>15</sup>

I u analizama iz Bosne i Hercegovine se javne nabavke svrstavaju u upravno pravo.<sup>16</sup>

Predlaže se pozitivisanje upravnih ugovora kao ustanove upravnog prava koja uključuje ugovore o javnim nabavkama, kao i isključenje nadležnosti redovnih sudova iz sporova koji nastaju nakon dodjele ugovora.<sup>17</sup>

Dakle, kod nas i u susjedstvu postoji saglasnost velikog broja autora o upravnompravnoj prirodi ugovora, dok su stavovi o putevima njihovog sudskog nadzora nepomirljivo različiti. Međutim, ovaj entuzijazam upravnompravne nauke nije podržan pozitivnopravnim rješenjima. O tome u nastavku.

14 Frane Staničić, „Kontrola nad sklapanjem upravnih ugovora.“ *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 1/2016, 236–237, 248–249.

15 M. Turudić, *op. cit.*, 16–17.

16 Nermin Lapandić, *Postupak ugovaranja javne nabavke*, Fakultet za upravu Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2020, 32–35.

17 Mirsad Čizmić, „Pravna priroda ugovora o javnim nabavkama u pravnom poretku BiH“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 27/2021, 182–184.

### 2.3. Tumačenje pozitivnog prava

Slijedi kratko jezičko, logičko i sistemsko tumačenje relevantnih izvora da bi se ispitalo da li upravna pravna kvalifikacija javnih nabavki može da prođe pravnodogmatsku provjeru.

Prije svega treba istaknuti da argumente za i protiv ne treba tražiti u međunarodnopravnim izvorima, jer su mehanizmi implementacije međunarodnih obaveza država po pitanju javnih nabavki prepušteni državama članicama. Da nema univerzalnih standarda u tom pogledu ukazuje član 9 stav 1 Konvencije UN protiv korupcije („Službeni list SCG-Međunarodni ugovori“, broj 12/05) kojim se obavezuje svaka država da preduzima mjere protiv korupcije u javnim nabavkama „u skladu sa osnovnim načelima svog pravnog sistema“. Ništa konkretnije u tom smislu se ne može pronaći ni u tekstu Sporazuma o vladinim nabavkama<sup>18</sup> koji je donesen pod okriljem Svjetske Trgovinske organizacije, niti u Modelu zakona o javnim nabavkama, sa Vodičem koji je razvila Komisija UN za međunarodno trgovinsko pravo.<sup>19</sup> Ni komunitarno pravo tu nije od pomoći: Direktive EU koje su *ratio* novog ZJN obavezuju na rezultat (eng. *obligation of result*), ostavljajući slobodu državama da urede primjenu evropskih smjernica u skladu sa specifičnostima svojih pravnih sistema.<sup>20</sup>

Ni u tekstu ZJN se ne mogu pronaći rezolutni odgovori, pa se u pogledu upravne pravne kvalifikacije odnosa naručioca i ponuđača više može zaključiti čitanjem između redova. Jedino se sa sigurnošću može reći da jezičko i logičko tumačenje odredbi ZJN upućuje na njihovu javnopravnu prirodu, jer se radi o materijalnim i procesnim pravilima koja ovlašćuju i obavezuju javnopravna tijela u svrhu zadovoljavanja

---

18 WTO, „Agreement on Government Procurement“, [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/tokyo\\_gpr\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/tokyo_gpr_e.pdf), 15. 10. 2023.

19 UNCITRAL, „Model Law on Public Procurement, UN New York, 2014, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2011-model-law-on-publicprocurement-e.pdf>; UNCITRAL, Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, New York, 2014, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/guideenactment-model-law-public-procurement-e.pdf>, 5. 10. 2023. Ovaj model je do sada kao vodič do sada koristilo tridesetak država, uglavnom u razvoju. Vid. [https://uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public\\_procurement/status](https://uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public_procurement/status), 20. 10. 2023.

20 Nevenko Misita, *Osnovi prava EU*, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo 2008, 500.

javnog interesa. Pri tome, ni u jednoj odredbi ZJN i ZOUP odluka javnog naručioca nije okvalifikovana kao upravni akt, a ni odnos između naručioca i ponuđača kao upravni ugovor. Zato preostaje da se odgovori traže istraživanjem pravnosistemskih implikacija, što slijedi u nastavku.

Prvo, moglo bi se tvrditi da je zakonodavac implicitno priznao aktu naručioca svojstvo upravnog akta, jer je ponuđačima dodijelio aktivnu procesnu legitimaciju za pokretanje upravnog spora u članu 228 stav 3 ZJN, u vidu, kako stoji u rubrumu, „prava na upravni spor“. Sa druge strane, ovaj argument ne djeluje uvjerljivo jer je pomenuta odredba dvosmislena: Činjenica da se ima subjektivno pravo da se u upravnom sporu pobija zakonitost akta naručioca ne znači nužno da je taj akt upravni. Naime, upravni spor se, prema članu 3 stav 3 Zakona o upravnim sporovima – ZUS („Službeni glasnik RS“, broj 111/09) može da vodi ne samo protiv konačnih upravnih akata, nego i „drugih konačnih pojedinačnih akata kada je to zakonom predviđeno“. Priznavanje aktivne legitimacije ponuđačima u upravnom sporu je svakako promišljeno rješenje, jer se time omogućuje upravnosudska kontrola konačnih akata sektorskih naručilaca iz člana 4 ZJN koji inače nisu obuhvaćeni pozitivnopravnom definicijom upravnog organa. Međutim, to isto tako može da navede na zaključak da odluke javnih naručilaca iz člana 3 ZJN nisu upravni akti, bez obzira na njihovu upravnosudsku kontrolu. Da akti naručioca nisu upravni akti *stricto sensu* ukazuje još jedno odstupajuće rješenje u vidu duplo kraćeg roka za pokretanje tužbe u upravnom sporu od onog određenog članom 18 stav 1 ZUS.

Drugo, primjena pravila upravnog postupka jeste propisana, ali je ograničena na samo određene institute i na drugostepeni postupak, i to samo kao izuzetak za popunjavanje pravnih praznina u ZJN. Da je to tako ukazuje činjenica da se ne može pronaći nijedna odredba ZJN koja obavezuje naručioca da primjenjuje pravila upravnog postupka. To se tek implicira u članu 212 ZJN, kojim se u drugostepenom postupku određuje shodna primjena *numerus clausus* pravila upravnog postupka pred Republičkom komisijom za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki (Republička komisija). Pri tome je primjena ovih pravila uslovljena formulacijom „ako drugačije nije propisano ovim zakonom...uvažavajući načela ovog zakona i specifičnosti postupaka javnih nabavki i zaštite prava“. Ovakvo ograničavanje i uslovljavanje ukazuje

na namjeru zakonodavca da udalji postupke ponuđača od upravnog prava.<sup>21</sup>

Treće, ZJN implicitno propisuje derogacione klauzule i ostavlja posrednu mogućnost upravnosudske kontrole zakonitosti ugovora o javnim nabavkama. Naime, članovima 211 stav 2 i 233 ZJN ovlašćuje se Republička komisija da jednostrano poništi ugovor o javnoj nabavci. Kako je protiv toga akta moguće pokrenuti upravni spor, njegov predmet bi posredno mogao da bude i ispitivanje zakonitosti poništavanja ugovora o javnoj nabavci.

Ipak, ne mogu se smetnuti s uma činjenice da subjektivitet Republičke komisije i naručioca nije isti i da nijedna odredba ZJN ne daje osnova za tvrdnju da su ugovori o javnim nabavkama upravni ugovori.

Dakle, ovaj pravnodogmatski uvid u odredbe ZJN jasno upućuje na namjeru zakonodavca da odnose naručioca i ponuđača svrsta u javno pravo, ali nije rezultirao ubjedljivim razlozima u prilog upravnopravne prirode tog odnosa. Zato argument pravnog pozitivizma upućuje na slijedeće zaključke. Prvo, pokazalo se da akti javnog naručioca nisu upravni akti, jer naručilac uopšte nije dužan da postupi po pravilima upravnog postupka, dok je organ koji nadzire odluke naručioca obavezan da izuzetno primjenjuje *numerus clausus* tih pravilakoje određuje ZJN. Odredbama ZJN nije ostavljena mogućnost primjene načela i opštih pravila ZOUP, pa se stoga postupak javnih nabavki ne može da smatra posebnim upravnim postupkom. Ni teorijski kriterijum mogućnosti vođenja upravnog spora protiv konačnih akata o izboru ponuđača ne opredjeljuje jasno upravnopravnu prirodu tih akata, jer je zakonodavac ostavio mogućnost vođenja upravnog spora i protiv onih konačnih akata koji nisu upravni. Drugo, ugovori o javnim nabavkama imaju određena teoretska obilježja upravnih ugovora, ali ni to nije propisao zakonodavac. Zato se može zaključiti da tekst važećeg ZJN implicira da akti naručioca spadaju u javnopravne akte, a da su ugovori o javnim nabavkama *sui generis* ugovori koji nisu direktno regulisani pravilima upravnog postupka.

---

21 Prethodno rješenje iz čl. 148 st. 5 prethodnog ZJN (*Sl. glasnik RS*, br. 124/12, 14/15 i 68/15) obavezivalo je drugostepeni organ da „u postupku zaštite prava koja nisu uređena ovim zakonom shodno [...] primenjuje odredbe zakona kojim se uređuje upravni postupak“. Time se davalo više razloga da se postupak javnih nabavki posmatra kao posebni upravni postupak u kome se pravilima ZJN regulišu odstupanja od opšteg režima upravnog postupka.

## 2.4. Javne nabavke kao javnopravno ugovaranje sui generis

U zaključku, teoretsko stanovište o upravnompravnoj prirodi javnih nabavki se kod nas ne može smatrati pozitivnopravno utemeljenim. Zakonodavac nije izričito propisao da je postupak izbora ponuđača upravni postupak, ni da je odluka o tome upravni akt, niti da je ugovor o javnoj nabavci upravni ugovor. Za ovo oklijevanje zakonodavca da prihvati prijedloge pravne nauke se mogu pronaći dobri razlozi, i to posebno u pogledu izuzimanja naručioca od dužnosti da primjenjuje pravila upravnog postupka. Naime, naručilac nije samo javno tijelo koji autoritativno odlučuje o ponuđačevim pravima i obavezama, nego je isto tako i ugovorna strana koja odlučuje o sopstvenim pravima i obavezama. Prema principu *nemo iudex in causa sua*, ova konfuzija uloga ga kompromituje kao pristrasnu instancu upravnog odlučivanja. Pored toga, moglo bi se tvrditi da je namjera zakonodavca da transplantirana rješenja iz prava EU postavi u ZJN kao jezgro jedne nove posebne javnopravne grane koja ima sopstveni predmet i metode regulisanja, i koja samo „pozajmljuje“ pravila upravnog postupka i ugovornog prava da popuni njene pravne praznine.

Bilo kako bilo, izostanak izričite odredbe u ZJN da su ugovori o javnim nabavkama upravni ugovori dovodi do pravne nesigurnosti u pogledu primjenjivosti opštih pravila ZOUP, a posebno načela ZOUP koja nemaju svoj pandan u načelima ZJN, kao što su predvidivost, istina i slobodna ocjena dokaza.<sup>22</sup> Bez primjene načela ZOUP se ne može ni zamisliti procedura efikasnog i racionalnog odlučivanja, jer uslovi forme koje propisuje zakonodavac i naručilac ponekad nisu dovoljni, ma koliko bili detaljni i precizni.<sup>23</sup> Pored toga, nepropisivanjem da su ugovori o javnim nabavkama upravni ugovori isključuje se ovlašćenje naručioca da u svrhu zaštite javnog interesa prema pravilima upravnog postupka iz članova 23–25 ZOUP jednostrano raskine ugovor sa ponuđačem zbog promijenjenih okolnosti.

---

22 Upor. čl. 5 do 15 ZOUP sa čl. 5–10 i 205–210 ZJN.

23 Tako je npr. autor ovih redova učestvovao u radu komisije za javne nabavke koja je odbila formalnopravno besprekornu ponudu koja nije bila praktično izvodiva, pozivajući se na upravno načelo istine i slobodne ocjene dokaza sa obrazloženjem da je ocijenjeno da ponuda nije ozbiljna u smislu čl. 28 st. 2 ZOO.

### 3. UGOVORNA PRIRODA JAVNIH NABAVKI

Ispitivanje sistemskih veza prava javnih nabavki i upravnog prava je možda najvažniji, ali ipak samo prvi korak u razjašnjavanju pravne prirode odnosa naručioca i ponuđača. Da bi se ovaj odnos cjelovito sagledao, potrebno je sistemski tumačiti norme ZJN sa normama koje pripadaju drugoj cjelini pravnog poretka, tj. privatnom pravu. To je neizbježno, jer se odnos koji ZJN reguliše može posmatrati kao predugovorni i ugovorni odnos, na koji se primjenjuju opšta pravila obligacionog prava. U nastavku se najprije iznose teorijske pretpostavke koje se zatim pravnodogmatski ispituju sučeljavanjem sa pozitivnim pravom.

#### 3.1. Ugovor između javnih i privatnih subjekata u civilistici

Odgovore na sva pitanja odnosa javno-privatno je svakako uputnije tražiti u građanskom pravu, jer je upravno pravo kao disciplina znatno nerazvijenije: ono se izdvojilo iz *ius civile* tek u XVII vijeku.<sup>24</sup> Od tada se razvija i poimanje države kao pravnog lica da bi se objasnila prava i obaveze pojedinaca koji imaju svojstvo njenih organa,<sup>25</sup> kao i uvjerenje da subjektivitet države, kada stupa u odnose privatnopravne prirode, ne treba da se razlikuje od subjektiviteta privatnog lica.<sup>27</sup>

Posebno u njemačkoj literaturi dominira stav da državna uprava ima slobodu izbora između privatnopravnih i javnopravnih puteva, a da se često opredjeljuje za mehanizme koje pripadaju privatnom pravu jer joj to omogućava veću slobodu kretanja.<sup>26</sup> Prema ovom stanovištu, državna uprava „bježi“ u privatno pravo u toj mjeri da se može govoriti upravnom privatnom pravu kome pripadaju privatnopravne norme kada po njima postupa javna uprava.

Ove privatnopravne norme moraju da budu upotpunjene, modifikovane ili ograničene načelima i pravilima javnog prava, jer javno

---

24 Za više o tome vid. V. Vodinelić, „Savremeni pojam građanskog prava.“ *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1–2/1989, 82–83.

25 Mišel Troper, *Pravna teorija države*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2014, 204.

<sup>27</sup> Hans Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 296.

26 Živorad Rašević, Danijela Despotović, „Public Procurement in Serbia as the Special Regime of Contract Law“, *Kultura polisa* 1/2023, 129.

pravo kao *lex superior* jače vezuje nosioca javne vlasti od privatnog prava. Neki čak smatraju da u fiskalnim djelatnostima uprava uopšte nije vezana javnopravnim normama, jer bi to omelo njenu mobilnost i efikasnost. Međutim, najmanje je sporno da je na privatnopravne odnose u koje stupa uprava i tada djeluju ustavne norme, bilo to neposrednim obavezivanjem kako države ili privatnopravnih subjekata, bilo posredstvom širokih i neodređenih pojmova privatnog prava koji se tumače u duhu ustavnih vrijednosti. Za razjašnjavanje ove konfuzije javno-privatno predlaže se jedinstvena legislativna kvalifikacija nekog odnosa kao javnog ili privatnog. Međutim, ima i stavova o nužnosti dvostepenog rješenja, koje polazi od razlikovanja upravne odluke o stupanju u privatnopravni odnos prema pravilima upravnog prava i izvršenja te upravne odluke prema pravilima građanskog prava.<sup>27</sup>

U Njemačkoj je nalaz o privatnopravnoj prirodi javnih nabavki prenesen u pozitivno pravo, jer se ono smatra sastavnim dijelom konkurencijskog i privrednog prava. Do 1993. godine pravo javnih nabavki se svrstavalo u budžetsko pravo a zaštita ponuđača je bila omogućena ustanovom predugovorne odgovornosti naručioca (*culpa in contrahendo*), tj. zahtjevom za naknadu štete pred građanskim sudom. Ova mogućnost zaštite građanskopravnim sredstvima je ostala kao sekundarni mehanizam zaštite, a implementacijom komunitarnih normi o javnim nabavkama uvedena je primarna upravnopravna zaštita prava na nediskriminirajući tretman i valjano upravno postupanje naručioca.<sup>28</sup>

I u Hrvatskoj su izneseni argumenti u prilog građanskopravne prirode ugovora o javnoj nabavi: na odgovornost ugovornih strana se osim ZJN primjenjuju načela i norme

ZOO, strane su ravnopravne i uživaju slobodu uređivanja tog odnosa, sporovi iz tog odnosa se rješavaju pred redovnim, a ne pred upravnim sudovima, za naknadu štete se primjenjuju opšta pravila odštetnog prava, ugovor o javnoj nabavi prestaje iz razloga određenih ZOO (protek vremena, nemogućnost ispunjenja, raskid) itd.<sup>29</sup>

27 V. Vodinelić (2016), *op. cit.*, 376–397.

28 Alexander Koch, *German Public Procurement – Between Tradition and Europeanization*, Grin Verlag, Nortstedt 2007, 3.

29 Anica Drmić, „Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi“, *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave* 2/2014, 502.

### 3.2. Norme ZOO kao *Lex generalis* i povezivanje sa normama ZJN

Na primjenu pravila obligacionog prava implicitno upućuju odredbe domaćeg ZJN u kojima se upotrebljavaju pojmovi i ustanove građanskog prava. Tako član 229 (rubrum Naknada štete) određuje: „Pravo na naknadu štete koje je nastala zbog povrede ovog zakona, može se ostvariti u postupku pred nadležnim sudom“. Prema ovoj odredbi, naručilac materijalno odgovara jedino za povrede odredbi ZJN, bez preciziranja u kakvom postupku, iako sam pojam štete upućuje na primjenu pravila obligacionog odštetnog prava u parničnom postupku pred građanskim sudovima. Ova odgovornost je očigledno uže postavljena u odnosu na upravnu materijalnu odgovornost iz člana 203 stav 4 i 5 ZJN i na opšti režim materijalne odgovornosti uprave iz člana 5 Zakona o državnoj upravi („Sl. glasnik RS“, broj 79/05 i 11/07). Po tim odredbama se odgovara za svaki nezakonit i nepravilan rad, dakle ne samo za kršenje ZJN nego i bilo kog drugog primjenjivog propisa. Iz ovakvog tumačenja člana 229 ZJN proizlazi i uža primjena pravila obligacionog prava od one iz već pominjanog člana 26 ZOUP, koji određuje supsidijarnu primjenu svih pravila obligacionog prava u materiji upravnih ugovora, a ne samo normi odštetnog prava.

Osim navedene upućujuće norme, na primjenjivost obligacionopravnih pravila ukazuju i podudarnosti pojmova iz člana 2 ZJN sa ustanovama ugovornog prava iz ZOO. Naime, iz definicija u članu 2 ZJN je izostavljen sam pojam ugovora, koji gradi pojam ugovora o javnoj nabavci u stavu 2, što ukazuje da značenje ovog pojma treba tražiti u obligacionom pravu. Isto tako, pojmovi „nabavke dobara, pružanja usluga i izvođenja radova“ iz stavova 2 do 6 istog člana ZJN se očigledno odnose na zaključenje ugovora o prodaji iz članova 454 – 451 ZOO, zakupu iz članova 567 – 599, djelu iz članova 600 – 629, građenju iz članova 630 – 647, prevozu iz članova 648 – 685, itd. I pojmovi subjekata javnih nabavki imaju svoj pandan u obligacionom pravu: izraz „naručilac“ iz stava 1. se nalazi i u članovima 600 – 647 ZOO koje regulišu ugovore o djelu i građenju, a izraz „ponuđač“ iz stava 8 u odredbama 26 – 45 ZOO koje se odnose na zaključenje ugovora.

Smještanje pravila ZJN u obligacionopravni kontekst ne može da se ograniči samo na upućujuće norme i podudarne pojmove. Naime, član 23 ZOO pravnosistemske postavlja ovaj zakon kao *lex generalis*

za sve obligacione odnose koji nisu uređeni drugim zakonima. To se potvrđuje u domaćoj literaturi, u kojoj se navodi odnos *lex generalis* – *lex specialis* između pravila ZOO i ZJN o ništavosti i rušljivosti ugovora: dok su ZOO sadržani su opšti razlozi, ZJN propisuje posebne razloge i posebnu nadležnost drugostepenog organa. Takođe se navodi da pitanje naknade stvarne štete i izmakle koristi nije riješeno prema odredba tada važećeg ZJN, tako da su u ovim stvarima primjenjuju opšta pravila obligacionog prava.<sup>30</sup>

Ako bi to bilo tako, svrha odredbi ZJN bi bila da dopune i modifikuju opšti režim obligacionog prava, kao što je učinjeno u ZOO za odnose između privrednih subjekata. Radi se o članu 25 ZOO, koji određuje poseban ugovorni režim u privredi i članu 18 stav 2 ZOO, koji pojačava deliktну odgovornost za privredne subjekte prema standardu pažnje dobrog stručnjaka. Ovo stanovište bi bilo na tragu teorijskog svrstavanja ugovora o javnim nabavkama u privredno pravo. Sličnosti posebnog režima odnosa između privrednih subjekata, sa jedne strane, i režima odnosa između javnog naručioca i privrednih subjekata, sa druge, bi se ogledale u faktičkoj nejednakosti ugovornih strana i pojačanoj ugovornoj odgovornosti. Međutim, postoje dvije bitne razlike između ova dva režima koje ne treba potcijeniti. Prvo, pogrešno bi bilo poistovijetiti naručioca kao javnopravnog subjekta sa privrednim subjektom, jer nadmoć jedne strane u ovom odnosu nije samo faktičke nego i pravne prirode. Drugo, statusi, motivi, način odlučivanja i rizici nisu isti: javni naručilac se ne bavi lukrativnom djelatnošću, odlučuje po strogim prinudnim procesnim pravilima i nije opterećen rizikom od propasti za neuspjeh poslovnog poduhvata, dok je ponuđač kao privredni subjekt usmjeren na sticanje dobiti, uživa autonomiju volje i snosi puni rizik za tu slobodu. Zato ne bi trebalo izjednačavati poseban režim za ugovore o privredi sa ugovorima o javnim nabavkama, nego zaključiti da odredbe ZJN konstituišu još jedan *lex specialis* obligacionih odnosa.

U nastavku su iznesene neke od karakteristika tog posebnog ugovornog režima kroz implikacije primjene pojedinih odredbi ZOO. Prije svega, javni pozivi i obavještenja naručioca iz brojnih odredbi ZJN se mogu smjestiti u kontekst opšte ponude, formularnih ugovora i njihovih opštih uslova iz članova 100, 142 i 143 ZOO. Naime, javni naručilac je, podjednako kao i privredni subjekt koji diktira uslove

---

30 V. Kozar, *op. cit.*, 488–489.

zaključenja ugovora, nadmoćna strana koja ograničava ugovornu slobodu drugoj strani. Zato bi ponuđačima trebalo priznati olakšice koje ima slabija strana u vidu tumačenja nejasnih odredbi ugovora i drugih akata naručioca u njihovu korist, ili pak mogućnosti poništenja zbog neusklađenosti sa ciljem ugovora ili dobrim poslovnim običajima. Ove odredbe ZOO su korisne i zbog stipulacija da opšti uslovi poslovanja dopunjuju ugovor, jer se mogu analogno primijeniti na dejstvo akata naručioca.

Drugo, u članu 94 ZJN naručilac se postavlja u nadmoćan položaj tako što se jedino on ovlašćuje da od ponuđača zahtijeva posebna, ovim zakonom određena sredstva obezbjeđenja ugovora, koja odstupaju od opštih pravila o kapari, odustanici i ugovornoj kazni iz članova 79–83 i 270–276 ZOO. Treće, nadmoć naručioca se izražava njegovim ovlašćenjima za jednostranu izmjenu i raskid, kao i za poništenje ugovora o javnim nabavkama u članovima 154 do 163, 187 stav 8 i 226 ZJN. Time se derogira ili mijenja opšti režim ravnopravnosti strana u pravilima nevažnosti ugovora, dvostranih ugovora i dejstava ugovora iz članova 103 do 15 ZOO, i to naročito u pogledu pravila ustupanja, izmjene i raskidanja ugovora, uključno i *rebus sic stantibus* iz člana 133 ZOO. Prema ZJN, naručilac može da jednostrano izmijeniti ugovor ako je tako bilo ugovoreno, ili ako je to neophodno radi nabavke dodatnih dobara, usluga ili radova, nepredviđenih okolnosti, promjene ugovorne strane, povećanja obima nabavke ili zamjene podizvođača. Naručilac je ovlašćen i da jednostrano raskine ugovor ako nastanu okolnosti koje bi bitno izmijenile ugovor, ako je ugovorna strana trebalo da bude isključena iz postupka nabavke ili zbog povrede komunitarnog prava. Četvrto, ZJN otvara novu mogućnost poništenja ugovora i nadležnost koja dopunjuje relevantna pravila

ZOO. Na osnovu člana 226 stav 2 ZJN, Republička komisija je ovlašćena da poništi ugovor o javnoj nabavci zbog povreda ZJN usljed kojih postupak ne može da se okonča na zakonit način. Ovakvo ovlašćenje organa uprave je uže od ovlašćenja građanskog suda da prema prema opštem pravilu iz člana 103 stav 1 ZOO poništi ugovor koji je protivan prinudnim propisima, javnom poretku i dobrim običajima. Svrha ova tri osnova poništenja ugovora nije samo sankcionisanje kršenja jednog zakona ili nezakovitosti uopšte, nego i svakog odstupanja od načela savjesnosti i poštenja u građanskopravnim odnosima.

### 3.3. Postupak javnih nabavki kao poseban režim pregovaranja i culpa in contrahendo

Ako se ZOO kao postavlja kao *lex generalis*, onda je i postupak naručioca u izboru ponuđača koji je regulisan ZJN šire uređen pravilima obligacionog prava koje uređuju pregovaranje radi zaključenja ugovora. Zato se i upravnoprocesna pravila zaključivanja ugovora o javnoj nabavci mogu sistemski tumačiti u vezi sa odredbi ZOO koje uređuju predugovorni odnos i predugovornu odgovornost (*culpa in contrahendo*). Na ovaj način se postupci javnog naručioca u izboru ponuđača izjednačuju sa pregovaranjem između privatnih subjekata, a javnopravna odluka o izboru sa saglasnom izjavom volje koja vodi zaključenju ugovora.

U tom smislu, odredbe ZJN ne izgledaju potpuno bez članova 26 do 45 ZOO koje uređuju opšti režim zaključenja ugovora, a u prilog tome se mogu iznijeti brojni argumenti. Tako npr. posebne tehnike, instrumenti i rokovi u postupku izbora ponuđača iz članova 66–84 i 85–87 ZJN uređuju samo dužnosti i ovlašćenja naručioca u pogledu forme pregovaranja, ali ne i odnos ponuđača i naručioca koji može da se okonča zaključenjem ugovora. Drugo, članom 27 stav 2 ZOO se određuje da su propisi kojima se određuje sadržina ugovora njihov sastavni dio, čime se omogućuje inkorporacija svih primjenjivih pravila ZJN u ugovor o javnim nabavkama. Treće, član 28 stav 2 ZOO određuje da izjave volje o zaključenju ugovora moraju da budu slobodne i ozbiljne, čime ocjena valjanosti određene ponude implicira njenu kritičku diskrecionu ocjenu prema načelu materijalne istine, dakle šire od formalne ocjene dokaza koje propisuje ZJN. Četvrto, član 33 ZOO (rubrum Opšta ponuda) proširuje značenje pojma ponude iz člana 32 na sve prijedloge neodređenom broju lica za zaključenje ugovora ako sadrže njegove bitne sastojke. To implicira da se pojmovi javnih poziva i obavještenja naručioca iz brojnih odredbi ZJN mogu podvesti pod pojam opšte ponude.

Na kraju, odredba o naknadi štete za kršenje odredbi ZJN iz člana 229 ZJN se može povezati sa građanskopravnom odgovornošću za nezaključenje ugovora,<sup>31</sup> odnosno sa ustanovom *culpa in contrahendo*. Ona je pozitivnopravno izražena članom 30 stav 1–3 ZOO, koji određuje izuzetak od pravila da vođenje pregovora ne obavezuje na naknadu

---

31 Upor. čl. 5 do 15 ZOUP sa čl. 5–10 i 205–210 ZJN.

eventualne štete, koji je ispunjen ako nije bilo namjere da se zaključi ugovor ili je ta namjera otpala bez osnovanog razloga. Sličan izuzetak je postavljen i u članu 35 ZOO u odnosu na slanje obavještenja putem medija u vidu neprihvatanja ponude bez osnovanog razloga. Treba imati u vidu da savremena građanskopravna teorija postavlja ovu ustanovu znatno šire, tj. kao svaku povredu načela savjesnosti i poštenja. Naime, odgovara se ne samo za inicijalno ili naknadno odsustvo namjere da se ugovor zaključi, nego za „štetne posledice onih ponašanja već od prvog poslovnog kontakta [...] koja [...] povređuju obavezu prema drugoj strani“. Radi se obavezama da se daju potrebna obavještenja, vodi računa o imovini i dobrima partnera i da se ne izigra osnovano očekivanje, odnosno stvoren pouzdan utisak da će ugovor biti zaključen.<sup>32</sup> U prilog širem shvatanju *culpa in contrahendo* se izjašnjava i literatura komunitarnog prava, prema kojoj snabdjevač i klijent imaju predugovornu obavezu da upozoravaju jedan drugog o svim rizicima o u vezi pružanja usluge.<sup>33</sup> Pored toga, ugovorom se ne može isključiti ili ograničiti dužnost savjesnog i poštenog pregovaranja,<sup>34</sup> koja obuhvata brigu o očekivanjima, povjerenju i teretu ekonomskog rizika pregovaranja druge strane.<sup>35</sup> Ovim saglasnim tumačenjem navedenih odredbi ZJN i ZOO se naziru značenja postupka javnih nabavki kao posebnog režima *culpa in contrahendo*: pored toga što postupci naručioca podliježu i kontroli zakonitosti, ponašanja kako naručioca tako i ponuđača podliježu široj kontroli poštovanja obligacionih načela i pravila. Građanskopravna literatura i praksa su u stanju da razjasne kako i šta može da postigne građanskom sudskom zaštitom, čak i kada nude kontradiktorne odgovore zbog dilema o prirodi ove ustanove. Prema objektivnoj koncepciji, za nesavjesno pregovaranje bi se odgovaralo po uzročnosti, a dominira stav o pretpostavljenoj krivici, kako za namjeru tako i za krajnju nepažnju.<sup>36</sup> Za običnu nepažnju se ne odgovara, a kod ugovora u privredi se očekuje viši stepen pažnje nego kod ugovora

---

32 V. Vodinelić (2012), *op. cit.*, 493.

33 Christian Bar *et al.* (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Selier, Munich 2009, 102.

34 *Ibid.*, 301.

35 John Cartwright, Martijin Hesselink, *Precontractual Liability in European Private Law: Conclusions*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, 458–462.

36 Jožef Salma, „Odgovornost za štetu prouzrokovanu nesavesnim vođenjem pregovora“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2010, 59.

građanskog prava.<sup>37</sup> Kako su ugovori o javnim nabavkama po prirodi najbliži ugovorima u privredi, pitanje krivice u ovoj vrsti pregovora ne bi trebalo da ima važnu ulogu, a možda uopšte ne bi ni trebalo da se postavlja jer javni organi nemaju svijest i volju. Pored toga, sigurno je da građanska zaštita u pregovaranju nema reparacioni karakter. Naime, sud ne može da obaveže naručioca da zaključi ugovor sa određenim ponuđačem. Međutim, nabavljač ili ponuđač koji je pretrpio štetu u vezi sa postupkom javnih nabavki može da traži nematerijalnu i materijalnu kompenzaciju štete, koja obuhvata ne samo troškove i izgublenu dobit,<sup>38</sup> nego i sankciju za svaki vid škoda njegovim pravima ili legitimnim interesima.<sup>39</sup> Zato zaštita u postupku ZJN ne obuhvata samo zaštitu od prouzrokovanja štete drugome, nego i zaštitu od svakog ponašanja suprotnog načelu savjesnosti i poštenja.

### 3.4. Građanskopravna zaštita kao širi okvir pravosudne kontrole javnih nabavki

Sumirajući rezultate istraživanja pravnosistemskih veza ZJN i ZOO, može se zaključiti slijedeće. Iako njihovu primjenu ZJN nije propisao, ustanove obligacionog prava su neizbježno sredstvo regulisanja kako predugovornih, tako i ugovornih odnosa naručioca i ponuđača, i to dvostruko. Prvo, odredbe ZJN sadrže brojne pojmove čije je značenje određeno ustanovama obligacionog prava, i drugo, ZOO uređuje opšti ugovorni režim koji je primjeniv i na javne nabavke. Njihovim upoređivanjem se dolazi do slijedećih saznanja. Pravila ZOO imaju širi materijalnopravni domašaj od pravila javnih nabavki, a njihovim dejstvom omogućuje širi pravosudni nadzor pred građanskim sudom od nadzora koji predviđa ZJN u vidu spora ograničene jurisdikcije kakav je upravni spor. Dalje, pravila obligacionog prava dopunjuju odredbe ZJN koje uređuju naknadu štete. ZOO omogućuje i poništenje ugovora po više osnova, tj. ako su u suprotnosti sa „prinudnim propisima, javnim poretom i dobrim običajima“, dok se ZJN ograničava samo na

37 Zlatko Stefanović, „Culpa in contrahendo – metodološki ogled“, *Pravni zapisi* 2/2020, 329.

38 Vladimir Kozar, „Zaštita prava u postupku javne nabavke“, *Pravo-teorija i praksa* 10–12/2011, 35; Radoslav Čosić, *Zakon o obligacionim odnosima sa aktuelnom sudskom praksom i registrom pojmova*, Poslovni biro Beograd 1998, 19.

39 V. Vodinelić (2012), *op. cit.*, 494.

nesaglasnost sa odredbama tog zakona. Dalje, ZOO sankcioniše svaku štetnu radnju naručioca, dok se ZJN ograničava samo na štete nastale kršenjem odredbi tog zakona. Na kraju, gore analizirane odredbe ZOO imaju i širi personalni domašaj jer podjednako ovlašćuju i obavezuju i naručioca i ponuđača, dok odredbe ZJN uglavnom ovlašćuju samo naručioca. Ova širina primjene pravila ZOO ne može da bude na štetu javnog interesa, jer odredbe ZJN imaju prednost u primjeni, bilo kao *lex superior*, bilo kao *lex specialis*.

Dejstvom obligacionih pravila uravnotežuje se odnos između ponuđača i pravno nadmoćnog naručioca koji, po prirodi svog javno-pravnog subjektiviteta, nema sopstvenu volju i ne strahuje od posljedica pogrešnog poslovnog poteza. Posljedično, naručilac bi tako pored dužnosti da obezbijedi jednak položaj svim privrednim subjektima iz člana 9 ZJN dobio još jednu: da ne koristi svoj nadmoćan položaj u skladu sa načelima ravnopravnosti subjekata iz člana 11 i savjesnosti i poštenja iz člana 12 ZOO. Pravna nadmoć naručioca je onda samo izuzetak koji ustanovljuju prinudne odredbe ZJN. Takav izuzetak je nužan u javnom interesu, a „građanskopravna norma u takvim slučajevima određuje samo granice u kojima se sme kretati naređivanje i jednostrano sprovođenje volje“.<sup>40</sup>

#### 4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA: JAVNE NABAVKE *DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA*

Ovaj ogled rezultira slijedećim saznanjima o tome kakvo pravnih nabavki jeste, a daje osnova i za prijedloge o tome kakvo bi trebalo da bude. Što se tumačenja pozitivnog prava, ona ne potvrđuju teoretsku pretpostavku o upravnopravnoj prirodi postupka javnih nabavki, iz dva razloga. Prvo, zakonodavac nije propisao da je akt javnog naručioca o izboru ponuđača upravni akt, ni da je ugovor o javnoj nabavci upravni ugovor, niti je propisao pravosudnu kontrolu njegove zakonitosti u upravnom sporu. Međutim, u ZJN se nalaze procesna i materijalna pravila koja uređuju javnopravna ovlašćenja naručilaca, pa je izvjesno da ova materija pripada javnom pravu u kome je neizbježna primjena upravnopravnih procesnih standarda, a posebno načela upravnog postupka. Drugo, pretpostavka o obligacionopravnoj prirodi

---

40 *Ibid.*, 400.

odnosa naručioca i ponuđača od prvog poslovnog kontakta pa do prestanka ugovora može da bude potvrđena, i to u vidu kvalifikacije ZJN kao izvora pravila posebnog ugovornog režima koji derogira, mijenja ili dopunjava inače uvijek primjenjive odredbe ZOO.

Ovakav zaključak o mješovitoj javnopravnoj i obligacionopravnoj prirodi javnih nabavki odgovara gore opisanoj teoriji dvostepenosti, po kojoj se u fazi odlučivanja primjenjuju upravna pravila, a privatnopravna pravila u fazi izvršenja te odluke. Ovom teorijom se pomiruju različiti pristupi upravnopravne i građanske literature i preciznije razgraničava kako javno i privatno, tako i procesno i materijalno pravo.

Domaće pozitivno pravo javnih nabavki se može okarakterisati kao parohijalno, a može se kritikovati kao primjer evidentnog nedostatka entuzijazma zakonodavca da jasnije pravnosistemske situira ZJN i zaokruži materiju upravnih ugovora. Sa druge strane, ova nedorečenost zakonodavca se može opravdati kao promišljeno prepuštanje pravnoj nauci i praksi da implementira pravne transplantate iz komunitarnog prava.

Bilo kako bilo, ovakva parohijalnost ZJN uzrokuje opasnost od tumačenja kojima se pozivanjem na javni interes neosnovano pogoduju naručioci ili opravdava njihovo nesavjesno i nepošteno postupanje prema privrednim subjektima. To ukazuje da bi jedan od uzroka uočene slabe motivacije potencijalnih ponuđača mogao da bude nedostatak povjerenja u zakon kojim se favorizuju javnopravni subjekti. Drugim riječima, privredni subjekti imaju dobre razloge za oklijevanje da stupaju u ugovorne odnose sa pravno nadmoćnim javnim tijelima, jer je lako posumnjati u *bona fides* i pouzdanost ovakvih poslovnih partnera u jednom korumpiranom društvu sa dugom istorijom neopravdanog državnog intervencionizma u privredi.

Buduća pozitivnopravna rješenja bi trebalo da uvažavaju doprinose pravne nauke i prakse u preciznijem pravnosistemskom situiranju javnih nabavki u upravno ili obligaciono pravo.

Kako se pokazalo, oba rješenja se podjednako mogu pravno-politički opravdati. Pri tome, ni jedna ni druga pravna grana nemaju potencijal da samostalno uredi ovu materiju, pa je mješovito rješenje nužno, a preciznije razgraničenje pravila jednog i drugog prava moguće. Tako bi uniformno regulisanje odnosa nabavljača i ponuđača

ustanovom upravnog ugovora moralo da uvaži načela i pravila obligacionog prava i da precizno odredi njihov domašaj, kao

i da obezbijedi poseban, širi režim upravnosudske kontrole da bi se zaštitila subjektivna građanska prava strana. Isto tako bi uniformno obligacionopravno regulisanje tog odnosa moralo da uvaži i precizno odredi granice javnopravne intervencije i supremacije u svrhu zaštite javnog interesa, te da posebnim sumarnim parničnim postupkom obezbijedi efikasniji sudski nadzor. Međutim, uniformna rješenja nisu nužna a možda nisu ni korisna. Efikasnost i zakonitost u izboru ponuđača bolje se postiže primjenom upravnih procesnih standarda i nadzire upravnim sudovanjem, dok je za regulisanje subjektivnih prava iz ugovora nužna barem supsidijarna primjena svih pravila obligacionog prava. Pri tome, pravosudna kontrola je svakako cjelovitija u parničnom postupku nego u upravnom sporu.

Kakvo god da bude opredjeljenje zakonodavca, trebalo bi da se pođe od tradicionalnih značenja vladavine prava koja se svode na zaštitu privatnih lica od arbitrarnog djelovanja javnih vlasti. I u pozitivnom pravu, nadmoć javnih vlasti u građanskopravnom prometu je ograničena odredbama o slobodi preduzetništva, jednakom položaju svih na tržištu i o jednakoj pravnoj zaštiti svih oblika svojine iz članova 83, 84 i 86 Ustava. Javna tijela koja poštuju osnovne vrijednosti građanskog prava i pažljivo koriste svoja ovlašćenja bi izgledala kao pouzdaniji poslovni partneri, pa bi na taj način bi više motivisala privredne subjekte na zajedničke poslovne poduhvate.

*Živorad Rašević, PhD*

*Professor at Faculty of Business Economics and Entrepreneurship*

*Danijela Despotović, PhD*

*Faculty of Law for Commerce and Judiciary*

*Snežana Prelević Plavšić, PhD*

*Assistant Professor at Faculty of Business Economics and Entrepreneurship*

## PUBLIC PROCUREMENT BETWEEN ADMINISTRATIVE LAW AND LAW OF OBLIGATIONS: A SYSTEMIC POSITIONING

### *Summary*

The stances of the legal theory, comparative law and jurisprudence do not concur on the nature of public procurement: The administrative law literature considers public procurement contracts to be administrative contracts, while civil law treats them as traditional civil or commercial contracts. To understand the nature of the relationship between public procurement entities and private companies that provide them with goods and services, this essay examines the undefined systemic connections of the Serbian Public Procurement Act (PPA) with administrative and obligation law. The research results reveal that the PPA norms, although regulate the public law regime of the unequal relationship between procurement entities and bidders, do not place this relationship in the realm of administrative law because they enable only indirect, limited and exceptional application of the administrative norms. Norms of the PPA do not explicitly refer to obligation law. Still, its application as a *lex generalis* is inevitable for the comprehensive regulation of the precontractual and contractual relationship between the procurement entities and bidders. These findings suggest the PPA positioning as a special regime of obligation law, which cannot be rigidly classified into public or private law. Therefore, it is proposed to distinguish administrative decision-making on the contract from its execution that is subject to the obligation law, and to restrict the superiority of procurement entity for the sake of fundamental values of civil law.

Key words: *Administrative law, – Contract law, – Administrative contract, – Culpa in contrahendo.*

## LITERATURA

- Bar C. *et al.* (eds.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Selier, Munich 2009.
- Cartwright J., Hesselink M., *Precontractual Liability in European Private Law: Conclusions*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- Čizmić M., „Pravna priroda ugovora o javnim nabavkama u pravnom poretku BiH“, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, 27, 2021, 163–185.
- Ćosić R., *Zakon o obligacionim odnosima sa aktuelnom sudskom praksom i registrom pojmova*, Poslovni biro, Beograd 1998.
- Davitkovski B., Davitkovska E., Gocevski, D. „Odnos između upravnog (javnog) prava i građanskog (privatnog) prava vs. kodifikacije građanskog prava“, *Harmonizacija građanskog prava u region* (ur. D. Marković Bajalović), Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Pale 2013.
- Drmić, A., „Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi“, *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave*, 2/2014, 493–504.
- Kelzen H., *Opšta teorija prava i države*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010.
- Koch A., *German Public Procurement – Between Tradition and Europeanization*, Grin Verlag, Nordstedt 2007.
- Kozar V., „Nevažnost ugovora o javnim nabavkama i naknada štete“, *Pravo i privreda* 7–9/2013, 477–490.
- Kozar, V., „Zaštita prava u postupku javne nabavke“, *Pravo – teorija i praksa* 10–12/2011, 27–41.
- Kunić P., *Upravno pravo*, Pravni fakultet u Banjoj Luci i Visoka škola unutrašnjih poslova u Banjoj Luci, Banja Luka 2006.
- Lapandić N., *Postupak ugovaranja javne nabavke*, Fakultet za upravu Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2020.

- Milenković D., „Upravni ugovori u zakonima o opštem upravnom postupku zemalja Zapadnog Balkana“, *Strani pravni život* 3/2017, 67–80.
- Misita, N. *Osnovi prava EU*. Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2008.
- Radošević R., *Pravna priroda upravnog ugovora*, doktorska disertacija. Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2018.
- Salma J., „Odgovornost za štetu prouzrokovanu nesavesnim vođenjem pregovora“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2010, 53–78.
- Staničić F., „Kontrola nad sklapanjem upravnih ugovora“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1/2016, 232–252.
- Stefanović Z., „Culpa in contrahendo – metodološki ogled“, *Pravni zapisi* 2/2020, 315–338.
- Troper M., *Pravna teorija države*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2014.
- Turudić M., *Pravna priroda ugovora o javnoj nabavi u hrvatskom pravnom poretku*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2018.
- Vodinelić V., *Javno i privatno pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2016.
- Vodinelić, V., *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik, Beograd, 2012.
- Vodinelić V., „Savremeni pojam građanskog prava“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1–2/1989, 71–104.
- Vukićević Petković M., „Upravni ugovori“, *Ekonomski signali* 2/2015, 85–98.

Article history:

Received: 14. 10. 2023.

Accepted: 27. 11. 2023.

Farnaz Salimi\*

## IRAN AND SAUDI ARABIA CONFLICTS CAUSES

*The Iran and Saudi Arabia as two Regional Powers, due to their Geo-economic and Geopolitical position, are the most important Regional Players in the Persian Gulf and the Middle East, which have long been known as the two main competitors in the Middle East. These two countries according to the benefit from their specific Strategic position in the region, are very vital in the Middle East. Due to the importance of these two countries in the region, relations between Iran and Saudi Arabia have a significant impact on other regional actors. Following the developments of recent years in the region, we have witnessed a serious rivalry between Iran and Saudi Arabia that was becoming more complex day by day, which above all, for the benefits of the Western Powers, especially the United States of America, and increases their influence in the region, and naturally, it is to the detriment of these two countries and other members of the Middle East. In this article, we will examine the most important causes of conflicts between these two states, Saudi Arabia's approach regarding Iran and the strategy of the Islamic Republic of Iran against the actions of the Saudis and the relations between these two powers in general.*

Key words: *Iran. – Saudi Arabia. – Conflicts. – Middle East. – Persian Gulf.*

### 1. INTRODUCTION

Regional and International developments in recent years, including Iran's influential role in the crises of Iraq and Syria, and its presence in Yemen, and on the other hand, the Nuclear Agreement between Iran and Western countries (14 July, 2015)<sup>1</sup>, have increased

\* The author is a PhD Candidate in International Law at the University of Belgrade, Faculty of Law, [farnazsalimi337@gmail.com](mailto:farnazsalimi337@gmail.com) (Islamic Republic of Iran)

1 Information collected on the following website: [https://en.m.wikipedia.org/wiki/Joint\\_Comprehensive\\_Plan\\_of\\_Action](https://en.m.wikipedia.org/wiki/Joint_Comprehensive_Plan_of_Action), accessed 23 October 2023.

Iran's regional power and caused the concern of Iran's regional rival, Saudi Arabia. Considering the realist atmosphere ruling the Middle East and the Persian Gulf region, Saudi Arabia considers any increase in Iran's power in the region to its detriment and seeks to confront Iran's Regional Power.

## 2. HISTORICAL BACKGROUND

The Middle East and Persian Gulf region, as a part of the scope of the international system, for specific Geopolitical and Geostrategic reasons, has always been an important part in different historical periods, especially in the current era when Economic and Energy issue has increased its role. The Persian Gulf is considered to be one of the regions that has always faced signs of conflict, strife and Regional Wars. According to Frederick Halliday, the contemporary Geopolitics of the Persian Gulf has been dominated by the conflict and competition between the three powerful countries in the region, Iran, Saudi Arabia, and Iraq. He identified six areas of tension in this region, centered on these three countries: Territory, Religious and Racial Minorities, Oil, Arms Race, conflict in the field of Foreign Policy and Interference in each other's Internal Affairs. But the fall of Saddam Hussein, by removing Iraq from the competition with Iran and Saudi Arabia, caused the competition between Iran and Saudi Arabia to increase in the Persian Gulf region, which was traditionally the most important field of their conflict for the development of influence.<sup>2</sup> It should be mentioned that during the eight-year Iran-Iraq war (1980–88), Saudi Arabia provided extensive Diplomatic and Economic Support to the Iraqi government,<sup>3</sup> which shows that in the best possible situation, the cooperation and relations between these two countries have almost always been associated with suspicion and betrayal. It is important to examine the relations between the two countries during the 8 years war when Iran was attacked by Iraq. In the shadow of the ideological competition between Iran and Saudi Arabia and Riyadh's concern about the spread of Shiite

---

2 Fred Halliday, *The Middle East in International Relations: Power, Politics and Ideology*, Cambridge: Cambridge University Press 2005.

3 Afshin Mottaghi, "Analysis of Incoherence Fields in Saudi-Iran Relations Based on Constructivism", *Quarterly Journal of Strategic Policy Research* 3/2015.

revolutionary ideas in the southern lands of the Persian Gulf, this country provided a huge amount of aids and large financial resources to Iraq. In fact, from Riyadh's point of view, the Iraqi government, which had one of the strongest Arab armies, was considered a great obstacle in promoting the revolutionary ideology of Shiites. Although Iran has always adopted the policy of de-escalation and improved relations in some issues, the Ideological conflicts of these two countries were not an issue that could be easily overcome.

During Sayed Mohammad Khatami's presidency and the theory of Dialogue of Civilizations, which formed the basis of his foreign policy, bilateral relations were strengthened more than in the past. Even these years of close relations were not without challenges, the bombing of the Khobar Tower in 1996, for which Iran was the primary suspect, and the attack on the Iranian consulate in Afghanistan, which resulted in the death of 8 Iranian diplomats, are among the acts of sabotage in this period; But, this improvement in relations did not continue after 2003; The year, with the US attack on Iraq, tension was created in bilateral relations. However, this era is referred to as the golden era of relations between the two countries. At a time when there was a high probability of a direct US attack on Iran, the Saudis, out of goodwill, informed the Iranian authorities about the details of the possible attack plan.<sup>4</sup>

### 3. SEVERANCE OF TIES BETWEEN IRAN AND SAUDI ARABIA

In 1987, the relations between Iran and Saudi Arabia became very tense with the killing of 275 Iranian pilgrims during the *Hajj* ceremony in Mecca, and eight months after this incident, Saudi Arabia unilaterally severed its relations with Iran and expelled Iranian diplomats from the country, and had withdrawn its diplomats from Iran. Ayatollah Khomeini, in response to this behavior of Saudi Arabia, issued an order to stop sending Iranian pilgrims for the *Hajj Tamattu*. After three years and with the end of the Iran-Iraq war and Iran's condemnation of Iraq's attack on Kuwait, diplomatic relations between the two countries were re-established by reopening their embassies.

4 Alireza Saberfard, Hassan Kabiri, "Crisis Components in Iran-Saudi Relations (2000–2017)", *The Quarterly Journal of Political Studies of Islamic World* 8(2)/2019.

On April 7, 2015, a serious challenge in the relations between the two countries began when the Jeddah airport inspection officers assaulted two Iranian pilgrims aged 14 and 15 who were planning to return to their country.

The incidents of *Hajj Tamattu* in 2015 caused the relations between the two countries to worsen. The fall of the crane in Mecca (September 11, 2015) and the Mina disaster (September 24, 2015) were two occurrences that killed hundreds of Iranians and fueled the hostility of the two countries.

The attack on the embassy and consulate of Saudi Arabia in Mashhad on Saturday, January 2–3, 2016, which took place after the execution of Sheikh Nimr Baqir al-Nimr, a cleric opposed to the Saudi Arabian government, fueled the escalation of tensions between the two countries.

Adel al-Jubeir, the Minister of Foreign Affairs of Saudi Arabia, announced on January 3, 2016, that they have severed diplomatic relations with Iran and asked the Iranian diplomatic delegation to leave the country within 48 hours. A day after the announcement of Saudi Arabia's severance of relations with Islamic Republic of Iran, he explained that this severance includes the end of all commercial relations and also the cancellation of flights between the two countries but does not include the issue of Iranians traveling to *Hajj*.

#### 4. CAUSES OF CONFLICTS

Iran and Saudi Arabia have never had a positive perception of each other due to the distinct Iranian-Arab identity and the rivalry between the two countries in the Persian Gulf and the Middle East. Before the Islamic Revolution in Iran and during the second Pahlavi (Shah) period, these two countries were forced to cooperate with each other under the influence of the prevailing discourse on the Cold War and bipolar space, and especially to prevent the influence of Soviet Union in the region.

Pirouz Mojtahedzadeh has written, "History shows that despite territorial and border disputes in the Persian Gulf and in the past decades, Iran and its Arab neighbors have had also significant cooperation with each other. The best example in this regard is the cooperation of

these countries during 1968 to 1978 that the motivation of this ten-year period of cooperation between Iran and the Arabs was the sense of urgency caused by raising the issue of withdrawing British forces from the east of Suez and handing over the responsibility and security of the Persian Gulf to its coastal powers”.<sup>5</sup> These two countries, due to the fear of gaining power of another regional competitor, namely Iraq, with the two-pillar policy of Nixon-Kissinger, were to some extent side-by-side with each other, which with the occurrence of the Islamic Revolution in Iran, this two-pillar policy lost its effectiveness.

The rise of the Islamic revolution in Iran (1979), which should have led to the convergence and interaction between Iran and the Arabs, along with the approaches of the United States, especially in fueling *Iranophobia* and *Shiaphobia*, prevented the rapprochement between Iran and the Arabs.<sup>6</sup> One of the policies that the United States took was friendship with Saudi Arabia and placing this actor in front of Iran; Obviously, one of the most important reasons for implementing this policy was the interest of energy access in this country.

Saudi Arabia and Iran, before the Islamic Revolution (in 60s and 70s) were considered as two ways of Western influence in the Middle East. The victory of Iran's Islamic Revolution represented the most severe blow to the interests of the United States of America in the Middle East. After the Islamic Revolution in Iran, the United States lost one of its special allies and one of its Strategic areas of influence in the Middle East. In this regard, Saudi Arabia was proposed as a serious alternative instead of Iran. Saudi Arabia gradually became one of America's Strategic allies in the region. This connection and coordination with the United States happens at a time when the relationship between Iran and the United States has turned dark after the Islamic Revolution. In other words, the presence and influence of one of the countries that are not aligned with the Islamic Republic of Iran in Saudi Arabia caused the common mentality and values between Iran and Saudi Arabia to disintegrate and the wall of distrust between the two became higher

5 Pirouz Mojtahedzadeh, *Security and Territoriality in the Persian Gulf. A Maritime Political Geography*, Cambridge University Press 1999.

6 Mohammad Sadeghi, “The Forms of Iranophobia and Shiitophobia in Today's World; and Cultural Approaches to Coping with It”, *Center for Strategic Studies of Cultural Relations, Organization of Islamic Culture and Communications* 5(10)/2019, 6–35.

day by day.<sup>7</sup> In addition to the factors of disagreement and conflict between Iran and the Arabs during Pahlavi's time, the victory of the Islamic Revolution and the confrontation with the United States caused Iran to enter into competition, conflict and divergence with the Arabs, especially Saudi Arabia, in various regional issues. Most of these conflicts are over the national goals and interests of the parties, including influence in areas with a power vacuum (Persian Gulf, Iraq, Lebanon), revisionism (regarding the order and systems of the region), conflict for supremacy in the Persian Gulf and West Asia, ideological conflicts (Shia and Sunni), economic competition in the issue of oil and economic relations with the countries of the region.<sup>8</sup> Political competition between Iran and Saudi Arabia is natural in terms of Geo-strategy, and both actors have often experienced healthy competition throughout history, but because the balance of power in the Persian Gulf region and its recent history has always depended on the stability of Iran, Saudi Arabia, and Iraq; and, because the role of America in changing this balance and the relative strength of these three regional countries has been extensive, Iran and Saudi Arabia have been confused in their relations.<sup>9</sup>

Persian Gulf powers; the Islamic Republic of Iran and Saudi Arabia, at least since the invasion of Iraq in 2003, have been involved in a hegemonic competition for power and influence among the countries of the region. Nationalism, revolutionary ideology, competition for regional hegemony, oil price, attitude towards the US military presence in the Persian Gulf Region and the issue of Hajj have been among the most important issues between the two countries.<sup>10</sup>

In the meantime, in order to further provoke these conflicts, the United States, by applying a new directive, induced the United States naval subordinate units to use the term "Arabian Gulf" instead of the "Persian Gulf", which provoked the mental stimulation of patriotic

---

7 A. Mottaghi, *op.cit.*

8 Alireza Azghandi, Mahdi Agha-Alikhani, "Investigating the Regional Factors of Divergence in the Relations Between Iran and Arabia (2005–2011)", *Politics Quarterly* 43(2)/2013.

9 Banafsheh Keynoush, *Saudi Arabia and Iran: Friends Or Foes?*, New York: Palgrave McMilla 1st Ed 2016.

10 Ali Fathollah-Nejad, "Brief aus Manama" [Letter from Manama], impressions from the IISS (International Institute for Strategic Studies) Manama Dialogue 2016, *WeltTrends: Das außenpolitische Journal* 125/2017.

Iranians and has led strong reactions to defend this National Honor, and fueled the Pan-Arabism incitement and the fire of disputes.

The relations between Iran and Saudi Arabia in the tension-producing Middle East regional system entered the processes of open confrontation, the signs of which were evident after the attack on the Embassy of Saudi Arabia in Tehran (January 2016) and the interruption of the Political and Economic Relations between the two States, Saudi Arabia's obstructs the issuance of Visa to Iranian pilgrims for *Hajj Umrah*, and due to the competitiveness relations at the regional level and the volume of historical differences between the two countries are in the process of intensification. In this framework and with the criticality of the disputed foci, especially in Syria and Yemen, which plays an important role in increasing or decreasing the rival's power, the existing tension can lead the process of hostilities to out-of-control processes. Although this situation is still a little far from a direct War, its destructive scope can lead bilateral relations as well as regional crises to a situation whose reconstruction requires time, cost and additional confidence-building measures.<sup>11</sup>

The most dangerous and destabilizing competition in the region, between Iran and Saudi Arabia, extends from Levant to the Persian Gulf and has trapped the region in the Shia-Sunni and Fars-Arab poles. America also benefits a lot from this current diplomacy, and although it is not present at the Negotiating table, it can provide practical support to the current diplomacy by persuading and assuring Saudi Arabia in order to achieve its Final Goals, which require the reduction of Iran's presence and power in the region,<sup>12</sup> and in this way maintain its influence and interests in the region.

Here we will examine some of the most significant crisis-causing components in the relations between Iran and Saudi Arabia.<sup>13</sup>

---

11 K. Karami, "The Role of Hashemi in the Architecture of the Relations Between Iran and Saudi Arabia", *Faratab News & Analysis Site* 1-2/2017.

12 World Economic, April 2022.

13 A. Saberfard, H. Kabiri, *op.cit.*

#### 4.1. Energy price fluctuations (*The oil price*)

The OPEC report<sup>14</sup> in 2017 indicates that Iran's oil production and OPEC's total oil production decreased in October 2017, while Saudi Arabia's oil production increased to 10 million barrels per day. OPEC announced in its report that Iran's oil production reached 3.823.000 barrels per day in October 2017, which is 11.3 thousand barrels per day less than the previous month. In the third quarter of 2017, i.e. July, August and September, Iran produced 3.833.000 barrels of oil per day. In the same months, Saudi Arabia has produced 16,900 barrels of oil more than September and the country's production has reached 10 million barrels per day (OPEC Monthly Oil Market Report, 11 October 2017).

In the case of the Iran's nuclear crisis, Saudi Arabia made an extensive effort to impose international community sanctions against Iran in order to reduce Iran's power of competition with itself in the region. While Iran's oil exports had decreased to less than one million barrels due to international sanctions, and in addition, the international financial restrictions prevented the dollars from the sale of this amount of exports from entering Iran, Saudi Arabia, with a sharp increase in its oil exports, greatly reduced the price of oil. Although this policy later caused serious damage to the Saudi Arabia's economy, but the price of oil fell sharply during those years. Saudi Arabia tried to target Iran's economy with a sharp drop in oil prices; This is while a high percentage of Iran's income comes from oil and gas, and the decrease in energy prices can cause inflation and factory closures, fuel unrest, and ultimately reduce Iran's support for Syria.

#### 4.2. Competing over the leadership of the Islamic world

The occurrence of the Islamic revolution in Iran (1979) caused this country to be ideologically opposed to the Saudi Arabia, and on the other hand, both countries claimed that they are the leader of the Islamic world and the *Umm al-Qura* of the region.<sup>15</sup> Since the 1980s, the Islamic Republic of Iran has claimed the formation of *Umm al-Qara*, which means the mother of all cities, which refers to the entire

---

14 OPEC Monthly Oil Market Report, 11 October 2017.

15 Barry Buzan, Ole Wæver, *Regions and Powers: The Structure of International Security*, Cambridge Studies in International Relations (CSIR) 2003.

Islamic world. On the other hand, in 1986, with a similar claim, the King of Saudi Arabia chose the title of *Khadim al-Haramin* as the leader of the Islamic world. The Islamic Revolution in Iran not only led to the continuation of Geopolitical competition between the two countries; Rather, with the revival of Shiites in the region, an Ideological factor was added to the competition between the two countries.

#### 4.3. *The Strait of Hormuz*

Geographically, a strait is a part of the sea that is naturally formed and separated two lands from each other; Regardless of whether those lands belong to two countries or one country. Also, sometimes the strait connects two parts of the free sea or two oceans or even two parts of the same ocean. There is no owner or ownership rights over a particle of the vastness of the seas that the strait connects them with.<sup>16</sup>

From a legal point of view, not all the straits with these geographical characteristics are considered straits, but only the straits that are important for international maritime traffic are subject to legal regulations. Therefore, straits that are used for international shipping are legally considered straits. In other words, international waterways include straits that are basically used for commercial or military shipping of countries other than neighboring countries.<sup>17</sup>

The Strait of Hormuz is used by international shipping to a relatively large extent, especially by oil tankers belonging to countries other than Iran and Oman, and it is one of the most important trade channels in the world, through which two-thirds of the sea trade of crude oil passes. More than 13 ships, mainly tankers, use the Strait of Hormuz daily. As a result, the Strait of Hormuz should be considered as an international strait since it has all the geographical elements and the legal use of the strait.<sup>18</sup>

The Strait of Hormuz, with the annual traffic of 20,000 ships, is considered as one of the most important and vital international straits

16 Abbas Pour-hashemi, Akram Nemati, Flora Heidari, "The Legal Regime of the Environmental Protection of International Waterways with an Emphasis on the Strait of Hormuz", *Encyclopedia of Law and Politics* 20/2013, 87–102, 89.

17 M. Pour-nouri, *International Law of the Seas*, Tehran, Payam Haq Publication, 2nd volume, 1st edition 2004, 46.

18 *Ibid*, 64–65.

in the world. The Persian Gulf is a semi-enclosed sea that is of particular importance in international energy equations, and the Strait of Hormuz is the entrance key to this sea. The Strait of Hormuz is a 600-mile-long waterway that is the only water exit from the Persian Gulf. Iran's six strategic islands in the entrance area of the Persian Gulf (Hormoz, Lark, Qeshm, Hengam, Greater Tunb and Abu Musi) are located on a hypothetical defense curve. This is one of the most important factors that has made Iran a major actor in the Persian Gulf and has depended on the stable security in the Strait of Hormuz to this country.<sup>19</sup> The possibility of blocking or making the Strait of Hormuz unsafe is one of the legal and political issues of interest in scientific circles. Some scholars believe that closing international straits is in conflict with the principle of freedom of navigation in the open sea in terms of international law and international customary.

Strait of Hormuz plays an important role in the world energy exchange. Every day, 2 million barrels of oil products, including oil and natural gas, are sent to other parts of the world through this strait. The gas export of one of the world's largest natural gas exporter, Qatar, is also sent to Asia and Europe through this strait. Japan and China are major buyers of Persian Gulf oil. China's imported oil is transported to China through the Strait of Hormuz through sea lanes across the Persian Gulf, the Arabian Sea, and the Indian Ocean.

The main reason of the importance of the Persian Gulf is the existence of huge gas and oil reserves in this region. The Persian Gulf holds more than 48.1% of the world's proven oil reserves and 30% of the world's oil trade. In 2009, the Persian Gulf countries produced about 28% of the world's oil. In 2011, the Persian Gulf countries exported a total of 19.1 million barrels per day, of which 17 million barrels went through the Strait of Hormuz, which is equivalent to one-fifth of global demand, and the rest went through the Turkish oil pipelines to the Mediterranean and from Saudi Arabia to the Red Sea.<sup>20</sup> Apart from the oil, the Persian Gulf region has a huge proportion of gas reserves of 2826.3 trillion cubic feet, which is 34.4% of the world's total discovered reserves, of which Iran's share is 15.9%, equivalent to 1168.6 trillion cubic feet.<sup>21</sup>

---

19 A. Pour-hashemi, A. Nemati, F. Heidari, *op.cit.*, 90–91.

20 EIA, Annual Energy Outlook 2009, DOE/EIA– 0383(2008), Washington, DC, June 2008 and 2012.

21 BP, 2012, 20.

The threats surrounding the possible closure of the Strait of Hormuz and the lack of supply of oil from this sensitive region to the international markets have caused countries bordering this region to take measures to transfer oil through pipelines. That is, based on the new measures, the importance of the Strait of Hormuz will decrease, and if relations become critical and the strait is blocked in certain circumstances, only Iran will suffer. In other words, the Persian Gulf countries' action in creating pipelines for oil transportation will reduce the role of the Strait of Hormuz as a lever of pressure and a tool of the power of the Islamic Republic of Iran, and this is something in conflict with Iran's national interests.

The special circumstances of the Persian Gulf and rising tensions caused the member states of the Persian Gulf Cooperation Council (GCC) to try to build a pipeline, as an alternative way if their crude oil could not pass through the Strait of Hormuz. This pipeline was supposed to be a joint project of the member countries of this council, which started from Kuwait and continued to the Gulf of Oman, and it was used to transport crude oil from the member countries of the Persian Gulf Cooperation Council. For this purpose, America has been working with the GCC to bypass the Strait of Hormuz by building numerous oil pipelines. Washington is also putting pressure on Iraq to find another way to export its oil by talking to Türkiye, Jordan and Saudi Arabia. The purpose of changing the route and moving oil transit away from the Persian Gulf is to separate and exclude a very important component of the strategic leverage that Iran has against Washington and its allies. This action will effectively reduce the importance of the Strait of Hormuz.

#### 4.4. *The military presence in the countries of the region*

- Saudi Arabia in Yemen: The existence of a significant number of Shiites in Yemen and their cultural and political influence from Iran, especially in the Ansarullah (Houthi) movement, is one of the concerns of Saudi Arabia. Based on this, preventing Shiites from gaining power has been one of the most important strategic priorities of Saudi Arabia in the recent crisis in Yemen. In this regard, Farid Zakaria says: "What led the Saudis to attack Yemen is that they do not want a Shiite

government in Yemen”.<sup>22</sup> The Wahhabi ideology puts Saudi Arabia in sharp conflict with the Shiites. The Saudi government believes that the Yemeni Shiites have a close relationship with the Iranian government and the Saudi Shiites in such a way that any success of the Yemeni Shiites will quickly affect the Saudi Shiites and will subsequently increase the influence and prestige of the Islamic Republic of Iran.

- Iran’s Presence in Syria, Lebanon etc.: Saudi Arabia authorities believe that Iran is seeking regional hegemony and re-establishing the Persian Empire. Saudis see Iran’s influence in Iraq, Syria, Yemen, Lebanon and beyond as a humiliation for themselves and the Arab world. On the other hand, Iran is only taking such measures in order to create security for itself, since in the past decades, Iran has been a victim of the presence and influence of regional and extra-regional powers.<sup>23</sup>

## 5. NORMALIZATION OF TIES BETWEEN IRAN AND SAUDI ARABIA

Despite the many commonalities between these two countries in the Geopolitical region of the Persian Gulf in various Economic, Cultural, Political, Military, Geographical, etc. in the past decades, what has happened in the relations between the countries in the region, especially between Iran and Saudi Arabia as the two leading and most effective powers in the region, apart from some limited bilateral and multilateral cooperation, it has not achieved anything other than competition, tension, war and conflict, and as a result, the aggravation of geopolitical crises; The conditions that have continuously brought heavy costs to the countries of the region and also destroyed the opportunity of any convergence and synergy to overcome the tensions and reach a constructive interaction.

In the 13th government of Islamic Republic of Iran, in line with the pursuit of the regional policy of interaction with the neighbors, on

---

22 Ali Nejat, Raziye Musavi, Mohammadreza Saremi, “The Strategy of Saudi Arabia and the Islamic Republic of Iran regarding the Crisis in Yemen”, *The International Relation Studies Quarterly of Azad University*, 137–179/2017, 160.

23 Sayed Hossein Mousavian, “The Widening Saudi–Iran Divide”, *The Cairo Review of Global Affairs* 2018.

March 10, 2023, the news of the agreement of the two countries to resume relations was announced in a tripartite statement in Beijing.

The agreement was reached after two years of intensive confidential negotiations between Iranian and Saudi Arabian authorities, five rounds in Baghdad, Iraq and three rounds in Oman and the mediations of these two countries and was finalized within a week of consultations in Beijing.

In order to improve relations and explore ways to increase bilateral interactions, Hossein Amir-Abdollahian and Faisal bin Farhan, the foreign ministers of the Islamic Republic of Iran and Saudi Arabia, met and talked officially in Beijing on the morning of Thursday, April 6, 2023, after seven years of Severance of diplomatic relations. The foreign ministers Islamic Republic of Iran and Saudi Arabia signed a joint statement in the presence of the Chinese foreign minister to expand bilateral relations and cooperation.

In the joint statement issued by Hossein Amir-Abdollahian and Faisal bin Farhan, it was decided that technical delegations would visit the capitals to review the process of reopening the diplomatic premises of the two countries, whose activities had been suspended since January 2014.

In this statement, Iran and Saudi Arabia agreed on the resumption of diplomatic relations and it was agreed that the embassies and consulates will be reopened within a maximum of two months and the foreign ministers of the two countries will meet each other to implement this decision and make the necessary arrangements for the exchange of ambassadors.

In this regard, delegations were exchanged and finally, the Embassy of the Islamic Republic of Iran in Riyadh and the Consulate General of the Islamic Republic of Iran in Jeddah and the Permanent Representative of Iran to the Organization of Islamic Cooperation (OIC) were officially reopened on Tuesday, June 6 and Wednesday, June 7, 2023. The embassy of Saudi Arabia in Tehran started its activities in a hotel in Tehran on August 3, 2023, and also the Consulate General of this country in Mashhad started its activities in a hotel in Mashhad, until to move to the previous premises after renewing the buildings.

On Thursday, August 17, 2023, and two months after the visit of Faisal Bin Farhan, the Minister of Foreign Affairs of Saudi Arabia, on

June 17, 2023, Hossein Amir-Abdollahian, in response to the invitation of his counterpart, and in his first official trip at the head of a delegation, traveled to Riyadh and then Jeddah, on August 18.

Now, in the shadow of the new developments in the region, whispers are heard about the reduction of tensions, which can affect the Geopolitical region of the Persian Gulf if it becomes operational and improve the future conditions of the region in terms of Economic, Security and Military bases.

## 6. THE IMPACTS OF THE RESTORATION OF IRAN AND SAUDI ARABIA TIES AND THEIR CONVERGENCE ON THE REGION OF PERSIAN GULF AND THE MIDDLE EAST<sup>24</sup>

The impacts are as follows:

1. Developing understanding in regional affairs and intensifying the feeling of Regionalism among the Persian Gulf countries, especially in Security Cooperation.
2. Reducing the tension in the relations between Iran and Saudi Arabia and its reflection on the supporters of these two countries in the Islamic world such as Pakistan and Afghanistan.
3. The increase in the price of oil in the world markets due to the cooperation of Iran and Saudi Arabia as the main producers and exporters of OPEC oil and the increase in the income of the countries of the Persian Gulf region and the improvement of the socio-economic outlook of the region.
4. Adjustment and refinement of the historical attitude of Shiites and Sunnis of the region and scholars and statesmen towards each other and facilities for pilgrimages to holy places, especially to the *Baqi* cemetery for Shiites. In general, this will improve the convergence of Shiites and Sunnis in the region and the world.
5. Expanding common interests and positions against the presence of foreigners and intervening countries in the affairs

---

24 Mohammad Hafeznia, Ebrahim Romina, "The Evolution of Relations Between Iran and Saudi Arabia and its Impact on the Geopolitics of the Persian Gulf", *Geographical Research Quarterly* 77(647)/2006.

of the Persian Gulf region, especially the United States of America.<sup>25</sup>

## 7. CONCLUSION

Iran and Saudi Arabia, considering their capacities and characteristics, are two important and determining countries in the Middle East and Persian Gulf Region, and various reasons have caused constant tension in their relations. These two states have considered each other as rivals since the 1950s. The rivalry between Iran and Saudi Arabia includes the Persian Gulf, the Middle East, the Islamic world, and the international arena.<sup>26</sup> These two powers have seen themselves as serious competitors for influence in the Middle East, in particular the Persian Gulf region, especially after the Islamic Revolution of Iran (1979) and the Iran-Iraq War. The competition between these two states is often intensified under the influence of Ideological and Geopolitical differences, which increase their enmity during regional riots and unrest.

In general, we can conclude that the Ideological and Geopolitical competitions of Iran and Saudi Arabia in Iraq, Lebanon, the Persian Gulf Region, and in the face of recent developments in Bahrain, Yemen, as well as their indirect confrontation in Syria, is a manifestation of the prevailing pattern of "Conflict". On the other hand, at the structural level of the International System, the denial of Iran's stabilizing role in the regional order and the intensification of *Iranophobia*, especially in the matter of Iran's Nuclear Program, and the highlighting of the Shia element (*Shiaphobia*) in regional policies in the process of the developments in Iraq and then Lebanon, have increased the Arab sensitivity and particularly Saudi Arabia against Iran. The pressure of Saudi Arabia and its allies on the Shia government of Iraq, the attempts to weaken the Shia and *Hezbollah* currents in Lebanon, supporting the Sunni ruler in Bahrain and preventing the establishment of Democracy and gaining power of the Shiites in Bahrain and removing Syria from the ranks of Iran's allies through by changing its regime, and by supporting Sunni-Salafi radical and Jihadist groups, the manifestation of

25 *Ibid.*, 80–81.

26 A. Mottaghi, *op. cit.*

the conflict between Iran and Saudi Arabia has been influenced by three factors: Identity, Geopolitics and Structural.<sup>27</sup>

On the other hand, the increasing military role of Iran in Iraq since 2003 and in Syria since 2011 has caused the Arab countries of the Persian Gulf to be afraid of Iran's Hegemonic Ideals. The competition for power and influence in the region between Iran and Saudi Arabia has also manifested itself in the competition for identity, especially the confrontation between Shia and Sunni, Fars (Persian or Iranian) and Arab. The concern of the Arab countries of the Persian Gulf about a possible compromise between Iran and the United States is a reflection of their sense of insecurity regarding the long-term commitment of the United States to guarantee their security, and the recent changes in the global energy market and the change in the defense strategies of the United States have added to this concern. Thus, recently we have witnessed Saudi Arabia's new approaches, particularly reducing the supply of Oil and Energy to the US, which is supported by the Arab community.

After the Islamic Revolution of Iran, a Conflict Pattern has dominated the relations between these two countries, which according to many researchers can be called a Regional Cold War that the main reason of this is the Regional, Ideological and Geopolitical competition of these two states. Currently, due to regional developments, including the crisis in Syria, Iraq and Yemen and the Nuclear Agreement between Iran and Western countries, Iran's Regional Power and Influence has increased, and this issue is considered as a threat to Saudi Arabia from its point of view. Tensions and differences in the relations between these two countries have been increasing and continuing due to the two countries' perception of each other. These tensions and conflicts are not at all in the best interests of these two countries and in the Entire Region, but only strengthen the US in advancing its Goals in the Region. These two competing countries in the Persian Gulf Region must follow a path to get out of the confrontational situation, since their new convergence is the best opportunity to return Regional Stability to the Middle East and reduce or stop the influence and dominance of Aliens.

---

27 Ahmad Saei, Mahdi Alikhani, "Investigating the Cycle of Conflict in the Relations Between the Islamic Republic of Iran and Saudi Arabia with an Emphasis on the Period 2005–2013", *Specialized Quarterly Journal of Political Science* 9th Year 22/2013.

Farnaz Salimi

Doktorantkinja Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu,  
Republika Srbija

## UZROCI SUKOBA IRANA I SAUDIJSKE ARABIJE

### *Rezime*

Iran i Saudijska Arabija, kao dve regionalne sile, zbog svog geo-ekonomskog i geopolitičkog položaja, najvažniji su regionalni igrači u Persijskom zalivu i na Bliskom istoku, koji su dugo bili poznati kao dva glavna konkurenta na Bliskom istoku. Ove dve zemlje, zahvaljujući svojoj specifičnoj strateškoj poziciji u regionu, veoma su vitalne na Bliskom istoku. Zbog značaja ove dve zemlje u regionu, odnosi Irana i Saudijske Arabije imaju značajan uticaj na druge regionalne aktere. Prateći dešavanja poslednjih godina u regionu, svedoci smo ozbiljnog rivalstva između Irana i Saudijske Arabije koje je iz dana u dan postajalo sve složenije, što je pre svega u korist zapadnih sila, posebno Sjedinjenih Američkih Država, i povećava njihov uticaj u regionu, što je, naravno, na štetu ove dve zemlje i ostalih članica Bliskog istoka. U ovom članku ćemo ispitati najvažnije uzroke sukoba između ove dve države, pristup Saudijske Arabije prema Iranu i strategiju Islamske Republike Iran protiv delovanja Saudijaca i uopšte odnose ove dve sile.

Ključne reči: *Iran. – Saudijska Arabija. – Sukobi. – Bliski istok. – Persijski zaliv.*

### LITERATURA

Azghandi A., Agha-Alikhani M., "Investigating the Regional Factors of Divergence in the Relations Between Iran and Arabia (2005–2011)", *Politics Quarterly* 43(2)/2013.

Buzan B., Wæver O., *Regions and Powers: The Structure of International Security*, Cambridge Studies in International Relations (CSIR) 2003.

Dehghani Firuzabadi J., Rostami F., Danesh-nia F., "The Perspective of Iran-Saudi Relations; Future Scenarios and Solutions", *World Politics Scientific Quarterly* 10(2)/2021.

- Fathollah-Nejad A., "Brief aus Manama" [Letter from Manama], impressions from the IISS (International Institute for Strategic Studies) Manama Dialogue 2016, *WeltTrends: Das außenpolitische Journal* 125/2017.
- Hafeznia M., Romina E., "The Evolution Relations Between Iran and Saudi Arabia and its Impact on the Geopolitics of the Persian Gulf", *Geographical Research Quarterly* 77(647)/2006.
- Halliday F., *The Middle East in International Relations: Power, Politics and Ideology*, Cambridge: Cambridge University Press 2005.
- Javidi R., Behruzi-lak Gh., "Scenarios for the Next Decade of Iran-Saudi Relations", *International Political Research Quarterly, Shahr-Reza Azad University* 32/2017, 1–30.
- Karami K., "The Role of Hashemi in the Architecture of the Relations Between Iran and Saudi Arabia", *Faratab News & Analysis Site* 2017.
- Keynoush B., *Saudi Arabia and Iran: Friends Or Foes?*, New York: Palgrave McMillan, 1st ed. 2016.
- Mojtahedzadeh P., *Security and Territoriality in the Persian Gulf. A Maritime Political Geography*, Cambridge University Press, 1999 and 2001.
- Mottaghi A., "Analysis of Incoherence Fields in Saudi-Iran Relations Based on Constructivism", *Quarterly Journal of Strategic Policy Research* 3/2015.
- Mousavian S.H., "The Widening Saudi–Iran Divide", *The Cairo Review of Global Affairs*, <https://www.thecairoreview.com/essays/the-widening> 2018.
- Nejat A., Musavi R., Saremi M., "The Strategy of Saudi Arabia and the Islamic Republic of Iran Regarding the Crisis in Yemen", *The International Relation Studies Quarterly of Azad University* 2017.
- Pour-hashemi A., Nemati A., Heidari F., "The Legal Regime of the Environmental Protection of International Waterways with an Emphasis on the Strait of Hormuz", *Encyclopedia of Law and Politics*, 20 87–102/2013.
- Pour-nouri M., *International Law of the Seas*, Tehran, Payam Haq Publication, 2nd vol., 1st ed., 2004.

- Saberfard A., Kabiri H., "Crisis Components in Iran-Saudi Relations (2000–2017)", *The Quarterly Journal of Political Studies of Islamic World* 8 (2)/2019.
- Sadeghi M., "The Forms of Iranophobia and Shiitophobia in Today's World; and Cultural Approaches to Coping with It", *Center for Strategic Studies of Cultural Relations, Organization of Islamic Culture and Communications* 5(10)/2019, 6–35.
- Saei A., Alikhani M., "Investigating the Cycle of Conflict in the Relations Between the Islamic Republic of Iran and Saudi Arabia with an Emphasis on the Period 2005–2013", *Specialized Quarterly Journal of Political Science* 99(22)/2013.
- Shafiei N., Ghanbari F., "Expressing the Relations Between Iran and Saudi Arabia in the Conceptual Framework of the Cold War", *International Political Research Quarterly, Shahr-Reza Azad University* 31/2017, 117–140.

Article history:

Received: 19. 11. 2023.

Accepted: 27. 11. 2023.

Ljubomir Tintor\*

## UTICAJ KLIMATSKIH PROMENA NA PRAVA I POLOŽAJ DECE\*\*

*Klimatske promene predstavljaju globalni izazov 21. veka s ozbiljnim posledicama po ljudska prava, posebno prava dece. Članak istražuje kako klimatske promene utiču na prava deteta prema Konvenciji o pravima deteta i drugim međunarodnim instrumentima, ističući važnost prava na zdravu životnu sredinu. Takođe se analizira praksa i naponi Komiteta o pravima deteta u zaštiti dece od klimatskih promena. Poseban naglasak stavljen je na ranjivost dece kao klimatskih migranata i njihovu ulogu u klimatskim parnicama u kojima se zahteva odgovornost država za neuspehe u smanjenju štetnih emisija gasova sa efektom staklene bašte i planova adaptacije na klimatske promene. Rad takođe razmatra uticaj klimatskih promena na položaj dece u Srbiji s obzirom da se naša država smatra jednom od najranjivijih u Evropi kada govorimo o klimatskim posledicama.*

**Ključne reči:** *Klimatske promene. – Deca. – Konvencija o pravima deteta. – Klimatske parnice. – Klimatske promene u Republici Srbiji.*

### 1. UVOD

Klimatske promene predstavljaju najveći izazov savremenog doba, a njihove negativne posledice postaju sve očiglednije širom sveta. U protekloj deceniji, prepoznato je da klimatske promene imaju značajan uticaj na ljudska prava kako pojedinaca tako i društava u celini. Savet UN za ljudska prava, doneo je niz rezolucija od 2008. godine koje jednoglasno potvrđuju da klimatske promene mogu ozbiljno narušiti ostvarivanje osnovnih ljudskih prava, uključujući prava na život, zdravlje, ishranu i pristup vodi.<sup>1</sup>

\* Autor je istraživač saradnik na Institutu za uporedno pravo i doktorand na Univerzitetu u Beogradu – Pravni fakultet, [lj.tintor@iup.rs](mailto:lj.tintor@iup.rs), ORCID 0009-0005-7565-154X (Republika Srbija).

Klimatske promene su intergeneracijski problem zbog dugoročnih posledica koje će uticati na više generacija. Postojeće generacije često iskorištavaju resurse na štetu budućih generacija, a neravnotežu u emisijama stakleničkih gasova i negativne posledice klimatskih promena najviše će osetiti budući naraštaji. Zato rešavanje problema klimatskih promena zahteva saradnju i solidarnost između različitih generacija. Ova veza između klimatskih promena i prava dece je jasno prepoznata u Pariskom sporazumu o klimatskim promenama iz 2015. godine, koji zahteva od strana ugovornica da u svojim naporima za rešavanje klimatskih problema poštuju i promovišu ljudska prava, posebno prava dece i međugeneracijsku solidarnost.<sup>2</sup>

Deca su posebno ranjiva kategorija i podložna su većem riziku od klimatskih promena. Stoga, deca bi trebala imati pravo da učestvuju u donošenju odluka u vezi sa klimatskom politikom. Štetni efekti klimatskih promena na ekonomska, socijalna i kulturna prava dece zahtevaju posebnu pažnju od strane država, iako su ta prava često zasnovana na budućim interesima dece. Ova situacija je dodatno usložnjena činjenicom da deca danas čine oko 30% svetske populacije.<sup>3</sup>

U ovom radu, prvo ćemo analizirati uticaj klimatskih promena na prava dece koja su garantovana Konvencijom o pravima deteta, kao i drugim relevantnim međunarodnim instrumentima. Poseban naglasak će biti stavljen na važnost priznavanja prava na zdravu i čistu životnu sredinu kao samostalnog ljudskog prava i njegovu povezanost sa pravima dece. Takođe, razmotrićemo praksu i napore UN Komiteta o pravima deteta o zaštiti dece od klimatskih promena.

Posebno ćemo analizirati ranjiv položaj dece kao klimatskih migranata, doprinos učešća dece u klimatskim parnicama i njihovu ulogu

\*\* Rad je nastao kao rezultat projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije za 2023. godinu“.

1 John Knox, „Climate Ethics and Human Rights“ (*Special Issue*) *Journal of Human Rights and the Environment* 2014, 25–26.

2 Paris Agreement on Climate Change, UN Doc. FCCP/CP/2015/L.9/Rev.1 2012, Preamble para. 11.

3 Pri tom se decom smatraju osobe do 18 godina. Mladi između 10 i 24 godine čine otprilike četvrtinu svetskog stanovništva. Deca i omladina zajedno čine čak i većinu stanovništva u velikom broju zemalja, uključujući 48 najnerazvijenijih zemalja sveta. UN, „10 things you didn't know about the world's population“, <https://www.un.org/youthenvoy/2015/04/10-things-didnt-know-worlds-population/>, 12. 8. 2023.

u razvoju ovih pravnih procesa. Posebna pažnja će biti posvećena uticaju klimatskih promena na položaj dece u Republici Srbiji, s obzirom da se naša država smatra jednom od najranjivijih u Evropi kada je reč o klimatskim posledicama.

## 2. UTICAJ KLIMATSKIH PROMENA NA PRAVA DETETA GARANTOVANA MEĐUNARODNIM INSTRUMENTIMA

Generalna skupština UN je 1989. godine usvojila Konvenciju o pravima deteta koja predstavlja mešavinu građanskih, političkih, socijalno-ekonomskih i kulturnih prava.<sup>4</sup> Uživanje ovog korpusa ljudskih prava može biti u manjoj ili većoj meri ugroženo negativnim delovanjem klimatskih promena. Klimatske promene mogu izazvati ekstremne vremenske uslove, poput sve češćih i intenzivnijih prirodnih katastrofa (poplave, suše, uragani itd.), što direktno ugrožava pravo dece na život. Konvencija o pravima deteta zahteva da sve države ugovornice „obezbede u najvećoj mogućoj meri opstanak i razvoj deteta.“<sup>5</sup> Ove mere treba da budu vrlo ambiciozne i sveobuhvatne, uz fokus na dugoročnu dobrobit i budućnost dece. Ovaj zahtev podrazumeva da države trebaju preformulisati i osnažiti svoje klimatske politike i akcije kako bi osigurale da deca budu zaštićena od sve ozbiljnijih efekata klimatskih promena i da im se omogući zdrav i održiv razvoj. U najmanju ruku, države bi trebalo da se pridržavaju svojih međunarodno dogovorenih ciljeva u pogledu smanjenja emisija štetnih gasova koje se u Pariskom sporazumu ogledaju kroz ispunjavanje ciljeva zacrtanim nacionalno određenim doprinosima.<sup>6</sup> Takođe, prava dece na najviši mogući standard

---

4 Treba naglasiti činjenicu da su ugovornice Konvencije o pravima deteta sve države osim SAD. Sa druge strane Okvirnu konvenciju o klimatskim promenama i Pariski sporazum ratifikovale su sve države sveta. Iako se ovi sporazumi bave različitim pitanjima zajednička nit im je da promovišu ideje o održivom razvoju i zaštiti budućih generacija, što ih povezuje u kontekstu brige o budućnosti sveta i budućih generacija uključujući i decu.

5 UN Convention on the Rights of the Child adopted by General Assembly UN 20 November 1989, čl. 6, st. 2.

6 Nacionalno utvrđeni doprinosi (NDC) predstavljaju ključni element Pariskog sporazuma, koji je postignut 2015. godine u okviru Okvirne konvencije Ujedinjenih nacija o promeni klime (UNFCCC). Oni su sredstvo kojim države članice Pariskog sporazuma obaveštavaju međunarodnu zajednicu o svojim

zdravlja (član 24) i na adekvatan životni standard (član 27) su u opasnosti od klimatskih promena, jer nivo mora i ekstremna suša mogu dovesti do nezdravih uslova života, uključujući nedostatak čiste vode i hrane. Klimatske promene negativno utiču na prava dece na adekvatan smeštaj priznatog u okviru ovog člana. Pravo na adekvatno stanovanje definisano je da uključuje „pravo da se živi negde u bezbednosti, miru i dostojanstvu“.<sup>7</sup> Promene klime mogu povećati rizik od širenja zaraznih bolesti, posebno onih koje prenose komarci, poput malarije, denga groznice.<sup>8</sup> Kako se suočavamo sa sve ozbiljnijim ekološkim izazovima, postaje važno da deca steknu znanje i veštine održivog razvoja. Ovo podrazumeva razumevanje klimatskih promena, obnovljive energije, zaštite životne sredine i sličnih tema. Međutim, klimatske promene mogu izazvati nestabilnost u obrazovnom sistemu, čime se otežava implementacija ovakvog ciljanog obrazovanja. Ovi problemi mogu uticati i na pravo dece na igru i slobodno vreme što bi predstavljalo povredu člana 31 Konvencije UN o pravima deteta.<sup>9</sup> Deca koja pripadaju nacionalnim manjinama ili autohtonim narodima postaju naročito ugrožena u mogućnosti da uživaju u sopstvenoj kulturi s obzirom na ulogu zemlje ili tradicionalnih sredstava za život.<sup>10</sup>

Klimatske promene često povećavaju konflikte i nestabilnost, posebno u već ranjivim regionima. Deca se, nažalost, često nalaze u prvim redovima takvih sukoba i suočavaju se s ozbiljnim rizicima kao

---

planovima i obećanjima u vezi smanjenja emisija gasova staklene bašte i prilagođavanja klimatskim promenama. Svaka zemlja određuje sopstvene ciljeve u skladu sa svojim specifičnim okolnostima, resursima i razvojnim ciljevima. Paris Agreement on Climate Change, *op.cit.*, čl. 4.

7 OAU Charter on the Rights and Welfare of the Child, 1990. čl. 20, st. 2, tač. a.

8 Nick Watts, *et al.* „The 2018 report of the Lancet Countdown on health and climate change: shaping the health of nations for centuries to come“ *Lancet*, 392(10163). 2018. 1861–1914. Predviđeno je da će do 2030. klimatske promene prouzrokovati dodatnih 60.000 smrtnih slučajeva od malarije među decom mlađom od 15 godina. Bolest dijareje je još jedan od vodećih uzroka smrti među decom, a takođe je projektovano da će se smrtnost povećati kao rezultat suše, poplava i promena obrazaca padavina, preteći da dovede do nedostatka snabdevanja vodom u higijenske svrhe.

9 Vid. UN Convention on the Rights of the Child *op.cit.*, čl. 31.

10 Karin Arts, „Children’s Rights and Climate Change“, in *Children’s Rights and Sustainable Development: Interpreting the UNCRC for Future Generations* (ed. C. Fenton-Lynn), Cambridge University Press, forthcoming 2019, 221.

što su nasilje, vojna regrutacija i eksploatacija, što može dovesti do kršenja člana 38. Konvencije o pravima deteta.<sup>11</sup>

Ratni konflikti koji su posledica klimatskih promena takođe povećavaju opasnost od trgovine ljudima, što je dodatna pretnja za prava dece. U slučaju prinudnih migracija prouzrokovanih klimatskim migracijama mogu se pojaviti problemi u ostvarivanju prava deteta na upis rođenja, na ime i nacionalnost. Porast nivoa mora, naročito oko ostrvskih država, može dovesti do gubitka teritorija i čak do nestanka tih država. Ovo može dovesti u pitanje nacionalnost građana i opstanak samih država. Stav 2 člana 7 Konvencije o pravima deteta obavezuje države da reše situacije u kojima bi dete moglo postati apatrid. Jedno od predloženih rešenja u akademskim krugovima jeste priznavanje „*sui generis*“ statusa „klimatski deteritorijalizovanih nacija“ za takve države, što bi moglo rešiti problem potencijalne apatridije njenih stanovnika.<sup>12</sup> Pored toga, član 10 o pravu ulaska ili izlaska iz države u cilju spajanja porodice i član 9 o pravu deteta da se ne odvaja od svog roditelja protiv svoje volje mogu igrati ključnu ulogu u situacijama ekstremnih vremenskih prilika prouzrokovanih klimatskim promenama.<sup>13</sup>

Zaštita prava deteta postaje bitna polazna tačka za kreiranje klimatske politike, a takođe i za postavljanje odgovornosti i operacionalizaciju mera prilagođavanja i ublažavanja. Član 4 Konvencije o pravima deteta zahteva preduzimanje svih odgovarajućih mera kako bi se sprovela prava deteta, uz poštovanje člana 2, koji zabranjuje diskriminaciju. Pri donošenju odluka, države treba da se rukovode principom najboljeg interesa deteta propisanim članom 3. Odluke o smanjenju emisija gasova staklene bašte, očuvanju prirodnih resursa i unapređenju održivosti direktno utiču na kvalitet života budućih generacija, stoga je ključno uzeti u obzir dugoročne interese i dobrobit dece.

Član 12 Konvencije o pravima deteta garantuje pravo deteta da izrazi svoje mišljenje o svim pitanjima koja se tiču njega, kao i da se to mišljenje ozbiljno shvati u skladu s njegovom uzrastom i zrelošću. Kada je reč o klimatskim promenama, ovaj član ima poseban značaj i

---

11 Joy, Guillemot Jazmin, Burgess (UNICEF), „Child at Risk: The Case for Joint Action on Climate Change“, <https://www.unicef-irc.org/article/928-child-rights-at-risk-the-case-for-joint-action-with-climatechange.html>, 9. 8. 2023.

12 Vid. Davorin Lapaš, „Climate Change and International Legal Personality: ‘Climate Deteritorialized Nations’ as Emerging Subjects of International Law?“, *The Canadian Yearbook of International Law* 59/2022, 1–35.

13 Vid. UN Convention on the Rights of the Child, *op.cit.*, čl. 9–10.

treba ga tumačiti tako da obuhvata i pravo dece da izraze svoje stavove o tome kako oni, njihove porodice, njihove zajednice, njihove vlade, pa čak i međunarodna zajednica treba da reaguju na klimatske promene. Da bi se ovo pravo moglo adekvatno uživati deca imaju pravo i na pristup informacijama o klimatskim rizicima i njihovim uticajima na životnu sredinu.<sup>14</sup> Ove pojave mogu direktno uticati na prava dece na opstanak i razvoj, dok su njihova prava na zaštitu indirektnije ugrožena.<sup>15</sup> Kroz član 12 Konvencije o pravima deteta, deca se podstiču da se aktivno angažuju u diskusijama i odlukama koje se tiču klimatskih promena. Pristup informacijama, posebno za decu, je vitalno sredstvo u borbi protiv klimatskih promena. To je zato što se dobro obavešteni građani i deca mogu bolje nositi sa tim štetnim posledicama klimatskih promena i može efikasno da se pozabavi pratećim rizicima od klimatskih promena.

Od usvajanja Konvencije o pravima deteta 1989. godine došlo je do usvajanja nekoliko međunarodno pravnih instrumenata koji mogu pružiti novo tumačenje Konvenciji u pogledu ekoloških pitanja i klimatskih promena, te otvaraju prostor za razmatranje kako bi mogle izgledati određene odredbe o ekološkim pravima dece. Pre svih treba naglasiti neobavezujući dokument Generalne skupštine UN „Svet po meri dece“ iz 2002. godine. U ovom dokumentu se naglašava da će države dati sve u zaštitu dece i minimiziranju uticaja prirodnih katastrofa i degradacije životne sredine“, te se naglašava da „broj ekoloških problema i trendovi, kao što su globalno zagrevanje, oštećenje ozonskog omotača i zagađenje vazduha, moraju biti minimizirani da bi se obezbedilo zdravlje i blagostanje dece“.<sup>16</sup> Drugi međunarodni instrument vredan pomena je Agenda UN za održivi razvoj do 2030. godine, jer prava garantovana Konvencijom su usko povezana sa ostvarivanjem zacrtanih ciljeva. Posebno je važno da Agenda 2030 vidi decu i mlade kao ključne aktere koji će „u novim ciljevima pronaći platformu za kanaliziranje svoje energije kroz aktivizam usmeren ka stvaranju boljeg sveta.“<sup>17</sup> Naglašava se da je hitna borba protiv klimatskih promena, te

14 *Ibid.*, čl. 12.

15 Catarine Bakker, „Climate Change and Children's Rights“, in *The Oxford Handbook of Children's Rights Law*, (eds. J. Todres & S. M. King) Oxford 2020, 452.

16 A world fit for children: resolution / adopted by the UN. General Assembly (27th special 2002, paras 7–10, 22.)

17 UN General Assembly, „Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development“ (UN Doc. A/RES/70/1, 21 October 2015) para 51.

se naglašava uticaj mladih i dece za efikasno planiranje i upravljanje klimatskim promenama u najmanje razvijenim zemljama.<sup>18</sup> Arhuska konvencija reguliše u članu 6 pravo javnosti na pristup informacijama o životnoj sredini.<sup>19</sup> Dodatno se garantuje učešće javnosti u donošenju odluka o životnoj sredini, što je bitno zbog učešća dece u odlučivanju.<sup>20</sup> Pariski sporazum o klimatskim promenama u preambuli jasno ukazuje na uticaj klimatskih promena na položaj dece.<sup>21</sup>

Uživanje dečijih prava u velikoj meri zavisi od zdravog ili adekvatnog okruženja. Iako nije zagarantovano Konvencijom jedno od ključnih prava dece je pravo na zdravu i čistu životnu sredinu. Studije su pokazale da zagađenje vode čini visok procenat smrti dece širom sveta.<sup>22</sup> Ove povezanosti klimatskih promena i životne sredine podržavaju stajalište da bi pravo čoveka na adekvatnu životnu sredinu trebalo da bude priznato na globalnom nivou.<sup>23</sup> Prema specijalnom izveštio-cu UN o ljudskim pravima i životnoj sredini „bezbedna klima je vitalni element prava na zdravo okruženje i apsolutno je neophodna za uživanje prava na život i blagostanje.“<sup>24</sup> Iz tog razloga Savet za ljudska prava Ujedinjenih nacija je 7. oktobra 2020. godine, usvojio Rezoluciju o pravima deteta na ostvarivanje prava na zdravu životnu sredinu.<sup>25</sup>

18 *Ibid.*, para. 60.

19 The Aarhus Convention The United Nations Economic Commission for Europe (UNECE) Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters was adopted on 25 June 1998. čl. 6.

20 *Ibid.* art.7.

21 Paris Agreement, *op.cit.*, Preamble.

22 United Nations Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the Implications for Human Rights of the Environmentally Sound Management and Disposal of Hazardous Substances substances and Wastes,“ U.N. Doc. A/HRC/33/41, 2016.

23 80 % država članica UN (156 od 193) priznaju pravo na životnu sredinu koja je sigurna, čista, zdrava, te održiva. Ovo pravo prepoznato je u nekoliko međunarodnih instrumenata na globalnom i regionalnom nivou. O razvoju ovog prava vid. Ljubomir Tintor, „Pravo na čistu i zdravu životnu sredinu – dometi i ograničenja ljudskog prava u nastajanju“, *Harmonius-Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 2022, 313–334.

24 UN Special Rapporteur on human rights and the environment. A/74/161, (2019) para. 13.

25 Rezolucija podseća da su države dužne da preduzmu sve mere radi suzbijanja štete po životnu sredinu, poput gubitka biodiverziteta, klimatskih promena, zagađenja i izloženosti opasnim supstancama i otpadu. Država je dužna da

Povezanost ljudskog prava na zdravu životnu sredinu i Konvencije o pravima deteta se reflektuje kroz više aspekata, pravo dece na zdravu životnu sredinu ima dubok uticaj na budućnost planete. Rezolucija Saveta za ljudska prava Ujedinjenih nacija o pravima deteta takođe prepoznaje i ističe značaj ostvarivanja prava deteta na zdravu životnu sredinu. U ovom dokumentu istaknuto je da uskraćivanje prava deteta na zdravu životnu sredinu sprečava puno ostvarivanje brojnih drugih prava deteta, kao što su pravo na život, zdravlje, životni standard i obrazovanje.<sup>26</sup> Deca će naslediti svet sa svim njegovim ekološkim izazovima, pa je osiguranje zdrave životne sredine ključno kako bi se obezbedila održiva i prosperitetna budućnost.

Komitet UN o pravima deteta ima krucijalnu ulogu u nadgledanju poštovanja prava garantovanih Konvencijom o pravima deteta tako što im države dostavljaju redovne izveštaje. Komitet o pravima deteta je na osnovu izveštaja primetio vezu između klimatskih promena, degradacije životne sredine i položaja dece.<sup>27</sup> Deca snose najveći teret rastućih problema o životnoj sredini, uticaj na njihove živote se retko tretiraju kao pitanje prava. Uticaj degradacije životne sredine na prava dece nije ispitan u dovoljnoj meri u kojoj bi trebao iz razloga što oni koji se bave pravima dece i oni koji proučavaju negativne efekte klimatskih promena često se fokusiraju na jedno uz isključenje drugog pitanja. U svojim izveštajima o poštovanjima prava deteta Komitet retko pominje uticaj klimatskih promena koji je očigledan. Ipak postoje i svetli primeri tako Zaključna zapažanja o Čileu iz 2015. godine pod opštim naslovom „Dečja prava i životna sredina“, preporučeno je

---

zaštiti prava svih, a posebno dece s obzirom na to da su oni posebno osetljivi na posledice štete po životnu sredinu. Rezolucija urgira na države da poštuju, štite i ispunjavaju prava deteta bez diskriminacije. Human Rights Council Forty-fifth session 14 September–7 October 2020 Rights of the child: realizing the rights of the child through a healthy environment, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G20/252/88/PDF/G2025288.pdf?OpenElement>, 1. 9. 2023.

26 Human Rights Council, Rights of the child: realizing the rights of the child through a healthy environment, 5. 10. 2020, A/HRC/45/L.48/Rev.1, <https://undocs.org/A/HRC/45/L.48/Rev.1>, 1. 9. 2023

27 CRC/C/GC/26: General comment No. 26 (2023) on children's rights and the environment with a special focus on climate change 22 August 2023, <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/crcgc26-general-comment-no-26-2023-childrens-rights>, 1.9.2023.

da Vlada Čilea poveća „svest i spremnost dece za klimatske promene i prirodne katastrofe uključivanjem teme u školski program i obuku nastavnika“.<sup>28</sup> Ova Zaključna zapažanja izražavaju zabrinutost zbog situacije na Mauricijusu da se politike i programi bave klimatskim promenama i rizikom od katastrofa upravljanje, kao što je slučaj sa ciklonima, ne bave se posebnim ranjivostima i potrebama dece, te su upućene preporuke za poboljšanje situacije.<sup>29</sup>

Takođe se naglašava u jednom od zaključaka Komiteta UN za prava deteta da Nemačka svoju politiku zasniva na zaštiti najboljeg interesa deteta kroz sve projekte, obezbeđujući pri tom informacije o proceni, planiranju, implementaciji projekata uključujući finansiranje i prilagođavanje klimatskim promenama. Naročito se vodi računa o smanjenju rizika i izgradnji kapaciteta otpornosti gde će mladi i deca imati ključnu ulogu.<sup>30</sup>

U junu 2021. godine, Komitet je odlučio da izradi opšti komentar o pravima deteta i životnoj sredini sa posebnim fokusom na klimatske promene.<sup>31</sup> U novembru 2022. godine, Komitet je pozvao sve zainteresovane strane da daju komentare na nacrt opšteg komentara. Devetnaest najugroženijih država pogođenih negativnim posledicama klimatskih promena dostavili su svoje komentare ukazujući na drastičnu situaciju na njihovim teritorijama, predlažući različita rešenja u prevazilaženju ovog alarmantnog problema.<sup>32</sup> Kako ostvarivanje navedenih prava deteta najviše zavisi od odraslih, Komitet je uključio globalnu zajednicu u proces stvaranja Opšteg komentara 26.<sup>33</sup> U komentaru se naglašava da klimatske promene utiču više na decu nego na odrasle, njihovo fizičko i posebno mentalno zdravlje uzrokovano degradacijom životne sredine.<sup>34</sup> Komitet je rekao da sve države imaju

28 UN Doc. CRC/C/CHL/CO/4–5, 30 October 2015, para 64(b).

29 UN Doc. CRC/C/MUS/CO/3–5, 27 February 2015, para 57.

30 Input from Government of Germany (2016) to OHCHR Analytical Study on the Impacts of Climate Change on the Rights of the Child, 11.

31 „Committee on the Rights of the Child, General comment on children’s rights and the environment with a special focus on climate change“<https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc/concept-note-general-comment-childrens-rights-and-environment-special-focus-climate-change>, 3. 9. 2023.

32 Tamara Staparski, „Climate Change in the Practice of the Committee on the Rights of the Child“, *LAW – theory and practice* 2/2023, 107.

33 *Ibid.*

34 Učesnici su pokazali neslaganje u vezi sa više pitanja, među kojima su obaveze država u vezi sa pitanjima životne sredine, međugeneracijska jednakost i

zakonsku obavezu da zaštite decu od degradacije životne sredine i da dozvole svojim maloletnim građanima da traže pravni lek.<sup>35</sup> Iako je Komitet posvetio toliko vremena i truda da pronade moguće rešenja za zaštitu prava deteta i njihovih mladih života od životne sredine opasnosti, pitanje je da li će Opšti komentar br. 26 biti dovoljno moćan da ispuni postavljene ciljeve.<sup>36</sup>

Komitet je takođe razmotrio brojne individualne pritužbe o uticaju klimatskih promena na prava deteta. U jednom slučaju, Komitet je utvrdio da su Argentina, Brazil, Francuska, Nemačka i Turska prekršile prava dece ne preduzimajući dovoljno mera da se suoče sa klimatskim promenama. Utvrđeno je da su ove zemlje doprinele klimatskim promenama svojim istorijskim emisijama gasova sa efektom staklene bašte i da je to imalo negativan uticaj na prava dece u tuženim državama kao i u drugim državama.<sup>37</sup> Zaključio je da je uspostavljena dovoljna uzročna veza između štete koju je šesnaestoro dece navelo i činjenja ili propusta pet država u svrhu utvrđivanja nadležnosti, i da su deca dokazala da je šteta koju su oni lično pretrpeli značajna. Komitet je mišljenja da zbog uticaja klimatskih promena na decu i priznavanja od strane država da deca imaju pravo na posebne garancije, države imaju pojačane obaveze da zaštite decu od predvidive štete.<sup>38</sup> Komitet, međutim, nije mogao da presudi o tome da li su države članice u ovom konkretnom slučaju prekršile svoje obaveze prema Konvenciji o pravima deteta.<sup>39</sup> Komitet je takođe zaključio da eksteritorijalne obaveze država u zaštiti

terminološko pojašnjenje „odgovarajuće zaštite“ „Committee on the Rights of the Child. General Comment No. 26 – Analysis of the online consultations and 3 thematic workshops with the global community“, 1–23. <https://child-rightsenvironment.org/wp-content/uploads/2022/10/ReportAnalysis-of-Global-Community-Questionnaire-Contributions.pdf>, 3. 9. 2023.

35 S. Sengupta, „Children Have a Right to Sue Nations Over Climate, U.N. Panel Says“, <https://www.nytimes.com/2023/08/28/climate/united-nations-children-climate-lawsuit.html>, 25. 8. 2023.

36 T. Stapski, *op. cit.*, 111.

37 Committee on the Rights of the Child Communication No. 2418/2020 (Argentina, Brazil, France, Germany, Turkey). Komitet je od maja do septembra 2021. godine održao pet usmenih saslušanja sa pravnim zastupnicima dece, predstavnicima država i trećim licima koji su intervenisali. Takođe je direktno saslušao decu. U ovoj istorijskoj presudi, Komitet je utvrdio da su dotične države vršile jurisdikciju nad tom decom.

38 *Ibid.*

39 Žalbeni postupci zahtevaju da su predstavljeni prihvatljivi tek nakon što podnosioci žalbe podnesu tužbu nacionalnim sudovima i već iscrpe pravne lekove

ljudskih prava treba restriktivno tumačiti,<sup>40</sup> što je suprotno sa praksom Evropskog suda za ljudska prava u klimatskim sporovima.<sup>41</sup> Komitet UN za prava deteta i Evropski sud za ljudska prava imaju različite nadležnosti i fokus, što dovodi do određenih razlika u praksi, uključujući i pitanje eksteritorijalnog dometa obaveza država. U praksi, ovo znači da se Komitet UN o pravima deteta bavi globalnim pitanjima prava deteta, bez obzira na teritorijalnu jurisdikciju država, dok Evropski sud za ljudska prava fokusira na kršenja prava koja se događaju unutar teritorijalnih granica država potpisnica Evropske konvencije o ljudskim pravima. Razlike u njihovim mandatima utiču na način na koji se bave eksteritorijalnim domaćajem obaveza država, diferencijacije u pristupu postaju očigledne kada su u pitanju situacije van teritorijalnih granica potpisnica Evropske konvencije o ljudskim pravima. U takvim slučajevima, Komitet može biti relevantniji jer nema teritorijalna ograničenja u svom mandatu. Komitet za prava deteta sadrži niz eksplicitnih materijalnih obaveza država u odnosu na dete, uključujući obavezu da štite i ispune njihovo pravo na život, zdravlje i obrazovanje.

Komitet je objavio izveštaj specijalnog izvestioca o pravima deteta i životnoj sredini koji pruža sveobuhvatnu analizu uticaja klimatskih promena na ljudska prava dece i daje preporuke državama članicama o tome kako da zaštite prava deteta u kontekstu klimatskih promena. Dok države uživaju određenu diskreciju u postavljanju ekoloških standarda koji poštuju ljudska prava, ova diskrecija je ograničena u pogledu dece materijalnim i proceduralnim obavezama države prema Konvenciji o pravima deteta i obavezama nediskriminacije.<sup>42</sup>

---

koji mogu biti dostupni i delotvorni u dotičnim zemljama pre nego što podnesu žalbu Komitetu, pa Komitet nije imao osnov za odlučivanje.

40 Odluka Komiteta za prava deteta doneta po Opcionom protokolu uz Konvenciju o pravima deteta o postupku komunikacije u vezi sa saopštenjem br. 104/2019.

41 Za praksu Evropskog suda za ljudska prava u pogledu klimatskih parnica vidi slučajeve *Carême v. France*

(application no. 7189/21), *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and Others* (application no. 39371/20), *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* (Application no. 53600/20). Trenutno se pred ovim Sudom vodi ukupno 7 klimatskih parnica koje se nalaze u različitim fazama.

42 Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment, J.H. Knox, on the Rights of Children and the Environment', 24 Jan. 2018, UN Doc. A/HRC/37/58, paras 39–57.

### 3. POLOŽAJ DECE KAO KLIMATSKIH MIGRANATA

Podaci UNICEF-a ukazuju da preko pola milijarde dece živi u područjima sa izuzetno visokim rizikom od poplava, 115 miliona dece živi na području sa visokom ili izuzetno visokom rizikom od tropskih ciklona, i skoro 160 miliona dece je izloženo ekstremnim sušama.<sup>43</sup> Deca su nesrazmerno ranjiva na uticaje klimatskih promena u velikoj meri zbog toga što rana faza njihovog fiziološkog i kognitivnog razvoja čini ih manje spremnim za suočavanje sa šokovima i stresovima povezanim sa klimatskim promenama. Dodatan problem je što ogroman broj država ne predviđa klimatske promene kao okidač masovnih migracija.

Usled mogućnosti da neke države ostanu bez teritorije i sve veće degradacije životne sredine prouzrokuju pojavu klimatskih migranata.<sup>44</sup> Poslednjih godina, koncept klimatskih izbeglica je dobio novu važnost jer je globalna klimatska situacija ugrozila živote miliona ljudi, što je prouzrokovalo da mnogi napuste svoje domove. Nedostatak jasne definicije klimatskih izbeglica dovešće do više prisilno raseljene dece koja će biti lišena bilo kakve odgovarajuće pravne zaštite i pomoći.<sup>45</sup> Od 2008. godine, preko 318 miliona ljudi je raseljeno usled klimatskih katastrofa.<sup>46</sup> Nedostatak bilo kakvog formalnog priznavanja dece klimatskih

43 UNICEF, „Unless We Act Now: The impact of climate change on children 2015“, <https://www.unicef.org/reports/unless-we-act-now-impact-climate-change-children>, 25. 8. 2023.

44 S obzirom da u međunarodnom pravu ne postoji jasan stav oko ove kategorije ljudi primetno je da se i termini klimatski migrant, klimatska izbeglica koriste kao sinonimi što nije baš ispravno imajući u vidu diferenciju pojmova izbeglica i migrant. Ovaj pojmovni galimatijas bi mogao biti rešen usvajanjem posebne konvencije o statusu ove ugrožene grupe ljudi ka čemu se manje ili više uspešno teži poslednjih godina. Na ovaj način bi se i pravno i pojmovno regulisao status klimatskih migranata.

45 Prema Konvenciji UN o statusu izbeglica, da bi podneo zahtev za status izbeglice, podnosilac zahteva mora dokazati progon jednim od sledećih osnova: rasa, religija, nacionalnost, pripadnost određenoj društvenoj grupi ili političko mišljenje. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, art. 1.

46 Joanna Apap, Capucine du Perron de Revel „The concept of climate refugee- Towards a possible definition“, Revel Members Research Service 1–12/2021. Samo u 2020. godini 30,7 miliona ljudi je raseljeno usled nepovoljnih životnih

migranata može dovesti do uskraćivanja osnovnih usluga za decu, kao što su pravo na obrazovanje i pristup adekvatnoj zdravstvenoj zaštiti, zbog čega deca ne bi ostvarila svoj puni potencijal.<sup>47</sup> Klimatske migracije mogu imati ozbiljan uticaj na fizičko i emocionalno zdravlje dece. Gubitak doma, porodičnog okruženja i stabilnosti može izazvati stres, anksioznost i druge probleme u ponašanju. Deca klimatski migranti često se susreću sa poteškoćama u pristupu obrazovanju, što može imati dugoročne posledice po njihov razvoj i budućnost. Samo u 2020. godini bilo je procenjenih 9,8 miliona interno raseljene dece.<sup>48</sup> Deca su posebno ranjiva na klimatske promene, jer imaju manje kapaciteta da se nose s ekstremnim uslovima i često zavise od odraslih za svoju zaštitu i negu. Bajravan (*Sujatha Byravan*) i Rajan (*Sudhir Rajan*) predlažu novu međunarodnu konvenciju koja bi osigurala poseban migranski status za klimatske izbeglice (migrante) što bi svakako olakšalo i položaj dece migranata. Prema ovom predlogu, zaštita bi bila ograničena na stanovništvo malih ostrva i priobalnih područja koja su pogođena klimatskim promenama.<sup>49</sup> Stanovnicima ovih područja koja su pod visokim rizikom da postanu nenastanjiva omogućila bi se sistematska mogućnost legalne migracije, pri čemu bi se broj migranata prilagođavao emisijama štetnih gasova one zemlje koja ih prihvata.<sup>50</sup> Prisilna migracija će zahtevati međunarodna rešenja i institucionalne aranžmane za podršku onima kojima je potrebno da se presele. Neophodno je obezbediti zaštitu i očuvanje prava dece i ugroženih porodica. Jedno od rešenja za nepovoljan položaj dece klimatskih migranata je obezbeđivanje dobro obučениh staratelja koji mogu da preuzmu neposrednu odgovornost za dete, angažovanje kulturnih posrednika i mobilisanje članova zajednice države domaćina su ključne mere koje mogu pomoći u izgradnji odno-

---

uslova, tačnije klimatskih katastrofa. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698753/EPRS\\_BRI\(2021\)698753\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698753/EPRS_BRI(2021)698753_EN.pdf), 19. 8. 2023.

47 Humanium, „Child climate refugees“, <https://www.humanium.org/en/focus-on-environment/child-climate-refugees/>, 19. 8. 2023.

48 UNICEF, „Children uprooted in a changing climate“, <https://www.unicef.org/environment-and-climate-change/migration>, 19. 8. 2023.

49 Sujatha Byravan, Sudhir Chella Rajan, „The Ethical Implications of Sea-Level Rise Due to Climate Change“, *Ethics&International Affairs*, 24 (3)/2010, 239–260.

50 UNICEF, (Refugee and migrant children in Europe. Retrieved from UNICEF Europe and Central Asia: <https://www.unicef.org/eca/emergencies/refugee-and-migrant-children-europe>, 19. 8. 2023.

sa poverenja i zaštiti dece od krijumčara i trgovaca ljudima.<sup>51</sup> Na nacionalnom nivou, partnerstva između država, međunarodnih organizacija i neprofitnih organizacija treba da zadovolje neposredne potrebe dece, kako bi se adekvatno suočile sa štetnim posledicama klimatskih promena. Siromaštvo i razvoj dodaju još veću složenost pronalaženju rešenja za decu klimatske migrante. Deca u siromašnim zemljama su posebno ranjiva i izložena klimatskim pretnjama kao što su toplotni talasi i tropske oluje i neće moći da odgovore na način sofisticiraniji način prilagođavanja dostupna deci u bogatim zemljama. Jačanje usluga i sistema za decu i mlade koji migriraju i obezbeđivanje bezbedne migracije kao opcija za decu pogođenu klimatskim promenama je od suštinskog značaja. Bezbedna i produktivna migracija može biti važna strategija u pomaganju deci da se prilagode.<sup>52</sup> Sve mere olakšavanja klimatskih migracija dece neophodno je osmisliti i sprovoditi u skladu sa principom najboljeg interesa deteta.

#### 4. UČEŠĆE DECE U KLIMATSKIM PARNICAMA

Pravni status dece i kriterijumi prihvatljivosti njihovog učešća u sudskim klimatskim slučajevima u mnogo me se razlikuju od države do države. U stvari, pravni okvir i procedure koje se odnose na učešće dece u postupcima uključujući administrativne i građanske postupake, često nisu prilagođeni pravima i potrebama dece ili čak mogu biti diskriminatorni prema deci na osnovu njihovog uzrasta i pola.<sup>53</sup> Ipak приметно je da deca kao predstavnici budućih generacija imaju sve većeg uticaja na klimatske parnice.<sup>54</sup>

51 *Ibid.*

52 UNICEF, „Migrant and displaced children“, <https://www.unicef.org/migrant-refugee-internally-displaced-children>, 20. 8. 2023.

53 OHCHR, „Access to Justice for children,“ UN Doc. A/HRC/25/35. (Dec. 16, 2013), para. 14.

54 Pojam „klimatske parnice“ opisuje sudski postupak koji pokreće pojedinac ili grupa građana sa zahtevom da se razjasni ili sprovede postojeći zakon o klimatskim promenama donet u nekoj državi, odnosno zahteva se da države ispunjavaju zacrtane ciljeve u pogledu smanjenja štetnih gasova sa efektom staklene bašte. „Climate & Development Knowledge Network. 2012. FEATURE: Climate change litigation – a rising tide?“, [https://cdkn.org/2012/05/postcard-from-londonrising-tide-of-climate-change-litigation/?loclang=en\\_gb](https://cdkn.org/2012/05/postcard-from-londonrising-tide-of-climate-change-litigation/?loclang=en_gb), 22. 8. 2023.

Prvi slučaj *Juliana* protiv Sjedinjenih Država, pokrenut je pred Okružnim sudom SAD u Oregonu. Dvadeset i jedno dete, uzrasta od devet do dvadeset godina, uz podršku NVO Our Children's Trust. U tužbi protiv SAD, deca su navela da je neadekvatno ublažavanje klimatskih promena predstavlja povredu njihovih ustavnih prava na život, slobodu i imovinu. U novembru 2016. godine, sudija okružnog suda je doneo odluku povodom prigovora vladinih advokata da bi tužba u Oregonu mogla da se nastavi, dajući status deci kao tužiocima.<sup>55</sup> Bila je to prva proceduralna pobeda.<sup>56</sup> U Sjedinjenim Američkim Državama, neki slučajevi klimatskih parnica su formulisani tako da vlada ima pravnu obavezu da štiti i upravlja prirodnim resursima, uključujući i atmosferu, u korist sadašnjih i budućih generacija.<sup>57</sup>

Kada govorimo o klimatskim parnicama neminovno je spomenuti prvu uspešnu klimatsku parnicu u svetu Fondacija *Urgenda* protiv Holandije. U ovom slučaju, sud prvostepena instanca u Hagu presudila je da Holandija nije u dovoljnoj meri ispoštovala svojim međunarodnim obavezama za suzbijanje štetnih emisija. U svojoj presudi prvostepeni sud je zaključio da je princip dužne pažnje u skladu sa međunarodnom praksom koja prerasta u običajno pravo, a može se naročito uočiti u praksi Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) koji nameće obavezu pozitivnog delovanja državama prilikom zaštite garantovanih prava Okružni sud je dosudio da je država Holandija dužna da smanji emisiju štetnih gasova za 25% do 2020. godine u odnosu na nivo iz 1990. godine.<sup>58</sup> Prvostepeni sud je u svojoj presudi naveo da

55 Vid. *Juliana v. United States* 18–36082 Court/Admin Entity: 9th Cir. [https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2016/20161110\\_docket-615-cv-1517\\_opinion-and-order-2.pdf](https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2016/20161110_docket-615-cv-1517_opinion-and-order-2.pdf), 20. 8. 2023.

56 Ibid; *Juliana and others v United States of America and others* (2020) F.3d 1159, para 947.

57 Vid. *Aji P. v. State of Washington*, 2018 [https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2021/20210310\\_docket-99564-8\\_petition.pdf](https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2021/20210310_docket-99564-8_petition.pdf), 20. 8. 2023. U ovom slučaju, tužioci, uglavnom maloletnici, tvrdili su da zagađenje koje doprinosi klimatskim promenama predstavlja pretnju njihovom osnovnom pravu na život u zdravoj i sigurnoj životnoj sredini. Oni su zahtevali od suda da naloži državi Vašington da preduzme određene mere kako bi smanjila emisije gasova sa efektom staklene bašte. Ovaj slučaj takođe ukazuje na rastuću aktivnost mladih ljudi u pravnom okviru kako bi istakli hitnost problema klimatskih promena i postavili pitanje odgovornosti vlada za zaštitu budućih generacija od negativnih posledica klimatskih promena.

58 Petra Minnerop, „Integrating the ‘duty of care’ under the European Convention on Human Rights and the science and law of climate change: the decision

Holandija nije odgovorna za štetu koju će pretrpeti buduće generacije širom sveta, ali je odgovorna za dobrobit sadašnjih i budućih generacija Holandana.<sup>59</sup> Iznoseći ovaj stav u presudi eksplicitno je priznato koliko klimatske promene mogu imati štetan uticaj po pravo na život i pravo na porodičan život budućih generacija (dece i mladih). Ova presuda je potvrđena u žalbenom postupku.<sup>60</sup>

Kolumbijski Vrhovni sud je 2018. presudio u predmetu *Future Generations* protiv Ministarstva životne sredine i da je krčenje šuma u Amazonskoj prašumi i rezultirajuće povećanje temperature narušile osnovna prava budućih generacija. Sud je u svojoj presudi primetio da obim osnovnih prava obuhvata „buduće generacije, uključujući i decu koja su podnela ovu tužbu.”<sup>61</sup>

Na kraju ove analize klimatskih parnica u kojima su značajnu ulogu imala dece neophodno je analizirati slučaj Duarte Agoštinjo koji se pojavio pred Evropskim sudom za ljudska prava. Ovaj spor pokrenula je grupa mladih iz Portugalije protiv trideset tri države članice Saveta Evrope, (Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Other States). U svojim predstavkama podnosioci su tvrdili da su tužene države odgovorne zbog uticaja koje klimatske promene imaju na njihove živote. Oni takođe tvrde da sve veći efekti koje će pretrpeti tokom svog života zbog loše klimatske politike država povlače za sobom diskriminaciju u odnosu na prethodne generacije, te prema tome dolazi do kršenja člana 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima (zabrana diskriminacije) vezi sa članovima 2 (pravo na život) i 8 (pravo na porodičan i privatan život). Ovaj slučaj je specifičan i po tome što je sam Sud pokrenuo pitanje povrede člana 3 (zabrana mučenja) kao i člana 1 Prvog protokola uz Konvenciju (pravo svojine). Prvi put je prihvaćena predstavka koja je direktno upućena Sudu bez prethodne obaveze

---

of The Hague Court of Appeal in the Urgenda case“, *Journal of Energy & Natural Resources Law* 37(2)/2019, 149–179.

59 Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands, Case No. C/09/456689/ HA ZA 13– 1396, 24 June 2015. ECLI:NL:RBDHA:2015:7196. paras. 4.80–4.82.

60 The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation, Court of Appeal of The Hague (CA), C/09/456689/ HA ZA 13–1396, 9 Oct. 2018. ECLI:NL:GH DHA:2018:2610

61 Corte Suprema de Justicia [Supreme Court], Sala de Casación Civil [Appeals Chamber] (Colombia), 5 Apr. 2018 (Amazon's Future Generations decision) (challenging deforestation in the Colombian Amazon); Moncayo e otros v. Ecuador, Protective Action No. 21201202000170, para 14.

korišćenja svih dostupnih pravnih lekova na nacionalnom nivou što predstavlja značaj presedan i za neke buduće slučajeve.<sup>62</sup> Nakon što su se sve države izjasnile o navodnim kršenjima Konvencije predmet je zbog izuzetnog značaja ustupljen Velikom veću na odlučivanje. Za razliku od slučaja Julijana, ovaj slučaj se prevashodno odnosi na propuste država da spreče očekivanu štetu.

Na nedavno održanoj usmenoj raspravi pred Velikim većem ESLJP velika pažnja je bila usmerena na pitanje jurisdikcije i da li su podnosioci predstavke obuhvaćeni članom 1 u odnosu na sve 32 države.<sup>63</sup> Podnosioci predstavke su delimično prihvatili da njihovi zahtevi za nadležnost ne potpadaju pod postojeća pravila o nadležnosti, već da bi se Veliko veće trebalo usmeriti na osnovne principe doktrine i da pronade nadležnost tamo gde postoji „dovoljna činjenična ili pravna veza“ između države i navodnog kršenja Konvencije.<sup>64</sup> Zastupnik Ujedinjenog Kraljevstva je izneo je stav da klimatske promene predstavljaju globalni problem i da već postoji globalni sporazumni režim za suočavanje sa tim izazovom oličen u Pariskom sporazumu. Pokušaj podnosilaca zahteva da nametnu paralelni režim samo za tužene države, ali bez saglasnosti tuženih država, rizikuje da potkopa taj međunarodni proces, podnosioci zahteva traže od Suda da deluje kao zakonodavac, a ne kao sudski organ.<sup>65</sup> U vezi sa ovim, moglo bi se takođe razmisliti, ako Veliko veće na kraju donese odluku o osnovanosti tužbe, da li bi sam Sud bio u stanju da ispita i obezbedi pravne lekove koji su sami po sebi delotvorni. Vlade koje su učestvovalе u raspravi pred Velikim većem istakle su da podnosioci predstavke ne ispunjavaju uslov žrtve predviđen članom 34 EKLJP, već je u konkretnom slučaju tužba *actio popularis*.<sup>66</sup> Ipak ovaj argument sa stanovišta savremenog

62 Ovakav stav predstavlja ozbiljan kamen spoticanja u raspravi pred Velikim većem ESLJP.

63 Nema spora oko toga da li podnosioci predstavke spadaju u teritorijalnu nadležnost Portugala. Države koje su odgovorile tvrde da proširenje delokruga člana 1 na eksteritorijalne efekte klimatskih promena predstavlja izgradnju potpuno novog modela eksteritorijalnosti.

64 Ole Pedersen, „Climate Change Hearings and the ECtHR Round II“, <https://www.ejiltalk.org/climate-change-hearings-and-the-ecthr-round-ii/>, 11. 11. 2023.

65 Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Others (no. 39371/20), <https://www.echr.coe.int/w/duarte-agostinho-and-others-v-portugal-and-others-no-39371/20>, 11. 11. 2023.

66 O. Pedersen, *op.cit.*

međunarodnog prava životne sredine nema osnova jer Arhuska konvencija sada omogućava opšti pristup pravdi u pitanjima životne sredine.<sup>67</sup>

Trenutno 33 klimatska slučaja širom sveta uključuju decu kao tužioce.<sup>68</sup> Pokret mladih ljudi koji koriste pravni sistem kako bi se bavili klimatskim promenama nastavlja da raste. To odražava osećaj hitnosti među mnogim mladim aktivistima koji vide klimatske promene kao fundamentalnu pretnju po svoju budućnost. Mladi ljudi (deca) danas vrše moćan politički, moralni i društveni uticaj u globalnim naporima za rešavanje klimatskih promena. Svoja prava u klimatskim parnicama oni zasnivaju na međugeneracijskoj solidarnosti. Prava budućih generacija su ključni argument za većinu uspešnih slučajeva koji su do danas pojavili u klimatskim parnicama. Sudovi su otvoreni da decu smatraju pripadnicima budućih generacija. Različiti načini učešća mladih mogu stvoriti utisak da zaista postoji prostor za mlade ljude i decu kako bi uzeli učešća u aktivnom kreiranju klimatske politike.<sup>69</sup>

## 5. UTICAJ KLIMATSKIH PROMENA NA POLOŽAJ DECE U SRBIJI

U Srbiji su ekstremni događaji sve učestaliji, a među njima poplave, požari na otvorenom, suša i ekstremne temperature predstavljaju najveći rizik. Srbija je takođe izložena trajnim opasnostima kao što su loš kvalitet vazduha i prisustvo opasnih hemikalija. U Srbiji, je velika ekonomska zavisnost od eksploatacije uglja i proizvodnje energije iz fosilnih goriva stvara prepreke za davanje prednosti zaštiti životne sredine što će u nekom momentu morati da se promeni.

67 Što se tiče pristupa pravdi, treći član Arhuske konvencije odnosi se upravo na ovu oblast. Ključni elementi tog člana su pravo pojedinaca i grupa da imaju pristup pravosudnim ili drugim organima kako bi osporili odluke ili akte vlasti koji se odnose na životnu sredinu. Konkretno, član 9. Arhuske konvencije pruža pravo pristupa pravosudnim postupcima u pitanjima životne sredine, uključujući pravo na pravnu pomoć, pravo na učešće u tim postupcima i pravo na pravnu zaštitu. Vid. The Aarhus Convention, *op.cit.*, čl. 9.

68 Elizabeth Donger, „Children and Youth in Strategic Climate Litigation: Advancing Rights through Legal Argument and Legal Mobilization“, *Transnational Environmental Law*, 11(2)/2022. 263–289.

69 Neke države poput Austrije nude mladim ljudima i deci da budu deo njihove zvanične delegacije na klimatskim skupovima.

Klimatske promene i degradacija životne sredine se polako uvode u političke planove u Srbiji, mada još uvek, ako je suditi po budžetskim izdvajanjima, ne predstavljaju prioritet, jer se vlada prvenstveno fokusira na ekonomski razvoj države.<sup>70</sup> Zbog slabe ekološke infrastrukture, uključujući infrastrukturu za preradu vode, sanitarne uslove i upravljanje otpadom, kod dece u Srbiji postoji veća verovatnoća da će biti izložena zagađujućim materijama ili patogenima koji mogu da izazovu bolest.<sup>71</sup> Ekstremni događaji poput poplava dodatno mogu doprineti širenju zaraznih bolesti. Negativni efekti klimatskih promena mogu imati naročitog uticaja na mentalno zdravlje dece i adolescenata.<sup>72</sup>

Oštećenja infrastrukture usled ekstremnih vremenskih događaja imala su za posledicu zatvaranja škola i zdravstvenih ustanova što dovodi do ograničenja ili potpunog onemogućavanja uživanja prava na zdravlje (članu 24 Konvencije o pravima deteta) i prava na obrazovanje (član 28). Ovakva situacija se dogodila u Srbiji za vreme poplava 2014. godine. Deca ponekad ne idu u školu zbog lošeg kvaliteta vazduha prouzrokovanog alternativnim grejanjem tokom zimskih meseci. Koncentracije zagađujućih materija u vazduhu, posebno *PM<sub>2,5</sub>* čestica i štetnih gasova, u Srbiji redovno prelaze preporučene nivoe, a stopa prevremene smrti usled zagađenja vazduha u Srbiji veća je nego u svim zemljama Balkana. Svi ovi ekstremni vremenski događaji dodatno su prouzrokovani. Procenjuje se da je 6600 smrtnih slučajeva prouzrokovano zagađenjem ambijentalnog vazduha i vazduha u zatvorenom u Srbiji godišnje.<sup>73</sup> Neće sva deca u Srbiji podjednako osetiti te efekte, deca sa smetnjama u razvoju i već postojećim zdravstvenim problemima, deca u seoskim područjima, deca migranti i devojčice izlože-

70 UNICEF u Srbiji, Analiza klimatske situacije i njenih uticaja na decu u Srbiji, UNICEF 2021, 3.

71 *Ibid.*, 19. Deca mogu oboleti od respiratornih bolesti prvenstveno zbog izloženosti zagađenju vazduha, kao i zbog nedostatka sanitarnih uslova, ekstremnih vremenskih događaja i promene obrazaca kretanja temperature i padavina. Deca mlađa od pet godina su najugroženija jer unose više vazduha u odnosu na svoju težinu nego odrasli.

72 *Ibid.*, Kod dece, posebno mlađe od 8 godina, postoji povećani rizik od problema sa mentalnim zdravljem povezanih sa ekstremnim vremenskim događajima, jer ona slabije razumeju, imaju manji osećaj kontrole nad situacijom i još uvek nisu razvila sposobnost prevladavanja i prilagođavanja.

73 „Health impact of ambient air pollution in Serbia, WHO (2019)“, [https://serbia.un.org/sites/default/files/2019-10/Health-impact-pollution-Serbia\\_0.pdf](https://serbia.un.org/sites/default/files/2019-10/Health-impact-pollution-Serbia_0.pdf), 28. 8. 2023.

ni su značajnijim uticajima opasnosti od degradacije životne sredine posebno poplava i zagađenja vazduha.<sup>74</sup> Zagađenje vazduha u Srbiji je među najvećim u Evropi. Ovo zagađenje može dovesti do respiratornih problema kod dece, što može otežati učenje i fizičku aktivnost, sve ovo može onemogućiti uživanje prava na obrazovanje i prava na razonodu.

Ekstremne suše i gljivične bolesti štetočina prouzrokovanih promenom obrazaca kretanja temperature i padavina, dovode do smanjenja poljoprivrednih prinosa što ugrožava pravo na pristup adekvatnoj hrani, ovaj problem dodatno dobija na značaju ako se zna da je deci za kvalitetan razvoj neophodno 3 puta više hrane nego odraslima.<sup>75</sup>

Program saradnje UNICEF-a sa Srbijom od 2021. do 2025. godine, koji je usklađen sa nacionalnim razvojnim prioritetima i Okvirom saradnje Ujedinjenih nacija za održivi razvoj, posebno skreće pažnju na decu i mlade. Moraju se preduzeti koraci kako bi se osiguralo da svi adolescenti u Srbiji budu aktivno uključeni u konsultovanje i odlučivanje kako bi. Strategije u oblasti borbe protiv klimatskih promena obično identifikuju decu kao ugroženu grupu, posebno u vezi sa uticajima na zdravlje, ali postoje ograničeni dokazi da su akcioni planovi prilagođeni tako da uzimaju u obzir tu ugroženost.<sup>76</sup> Trenutni mehanizmi za javne konsultacije ne uključuju decu. Iako postoji trenutno povoljan politički okvir za promovisanje javnih konsultacija i procene socijalnog uticaja, perspektive mladih i ranjivih grupa se ne uključuju uvek tokom faza planiranja ili procene uticaja projekata mladi i deca iz tog razloga zauzimaju stav da država ne čini dovoljno kako bi uključile mlade u donošenje odluka u vezi sa klimatskim promenama.<sup>77</sup> Samo 14% dece smatra da su potpuno informisani o pitanjima klimatskih promena.<sup>78</sup> Značajan korak napred u uključivanju mladih može predstavljati izrada Instrumenta za primenu LNOB-a, ključnog principa iz Agende

74 UNICEF u Srbiji, *op. cit.*, 3.

75 *Ibid.*

76 UNICEF, „Mladi protiv klimatskih promena: Uključivanje mladih u donošenje odluka“, <https://www.unicef.org/serbia/mladi-protiv-klimatskih-promena-ukljucivanje-mladih-u-donosenje-odluka>, 28. 8. 2023.

77 „U-Report anketa o klimatskim promenama i U-Report anketa o životnoj sredini, UNICEF (2020)“, <https://www.unicef.org/serbia/mladi-protiv-klimatskih-promena-ukljucivanje-mladih-u-donosenje-odluka>, 28. 8. 2023.

78 „Deca i klimatske promene: kako da podržimo decu da ostvare svoje pravo na zdravu životnu sredinu“, [https://www.youtube.com/watch?v=sSxhrcAG\\_LM](https://www.youtube.com/watch?v=sSxhrcAG_LM), 28. 8. 2023

2030.<sup>79</sup> U Srbiji zbog sporo rastuće svesti o potrebi zaštite životne sredine još uvek nije zaživela praksa građanskih inicijativa koje bi dovele do pokretanja klimatskih parnica kao što se to dešava širom sveta. Ovo dodatno doprinosi nedovoljnoj participaciji dece u pitanjima životne sredine. Ipak, privatni sektor u Srbiji, ponekad kroz saradnju sa organizacijama civilnog društva, podržava ekološko obrazovanje i platforme za angažovanje dece u kreiranju klimatske politike. Neophodno je napraviti obrazovne programe koji bi obrađivali teme adaptacije i mitigacije na klimatske promene.

Srbija planira Integrisanim nacionalnim energetske i klimatskim planom, koji je u pripremi, da godišnje emisije gasova s efektom staklene bašte smanji za 34 % pre kraja decenije, odnosno za 52 % do 2040. godine.<sup>80</sup> Na ovaj način Srbija bi značajno doprinela globalnim ciljevima Pariskog sporazuma, a i poboljšao bi se kvalitet životne sredine u kojoj žive deca. U narednom periodu, Srbija bi trebalo da iskoristi Opšti komentar 26 da unapredi sistem i zaštiti pravo deteta na čistu, zdravu i održivu sredinu, a nedostatak akcije značiće kršenje ovog prava. Analiza zakonodavstva Republike Srbije iz perspektive prava deteta na zdravu životnu sredinu ukazuje na činjenicu da je ova oblast nedovoljno prepoznata u zakonodavstvu naše zemlje, i da Srbija mora da učini više kako bi obezbedila da deca ostvaruju svoje pravo da rastu i razvijaju se u zdravom i bezbednom okruženju.<sup>81</sup> Trenutni zakonodavni okvir ne prepoznaje zasebno pravo deteta na zdravu životnu sredinu već se ono štiti kroz član 74 aktuelnog Ustava.<sup>82</sup> Prema sadašnjem stanju stvari Srbija je izuzetno daleko od pokretanja klimatskih parnica gde bi deca svakako mogla imati krucijalnu ulogu.

Iako je i više nego očigledno da su deca naročito pogođena klimatskim promenama u Srbiji ne izlazi u susret njihovim potrebama u dovoljnoj meri. Neophodno je zajedničko i usmereno delovanje svih

---

79 Republika Srbija je prva država koja je princip „Da niko ne bude izostavljen“ prilagodila svom normativnom okviru kako bi ranjive društvene grupe njegovom primenom bile adekvatno obuhvaćene i aktivno uključene u proces odlučivanja i izrade zakonskih i strateških dokumenata.

80 I. Todorović, „Srbija će za 2030. ciljati smanjenje emisija od barem 34 odsto“, <https://balkangreenenergynews.com/rs/srbija-ce-za-2030-ciljati-smanjenje-emisija-od-barem-34-odsto/>, 30. 8. 2023.

81 Vid. Centar za prava deteta, *Analiza zakonodavstva Republike Srbije iz perspektive prava deteta na zdravu životnu sredinu* 2021, 25–32.

82 Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021, čl. 74.

relevantnih aktera u zaštiti životne sredine. Premda je javni sektor stvorio povoljno okruženje za delovanje u oblasti klimatskih promena i životne sredine, podstaknut procesom pristupanja EU i preuzetim međunarodnim obavezama, ograničenja u pogledu finansijskih i administrativnih kapaciteta sputavaju napredak.<sup>83</sup> Nema dovoljno podataka na kojima bi se zasnivalo delovanje u ovoj oblasti koje uzima u obzir potrebe dece. Generalno gledano, podaci nisu standardizovani i poprilično su dislocirani.<sup>84</sup> Nakon procene stanja u oblasti životne sredine u Srbiji i trenutnih aktivnosti, jasno je da će deca i dalje plaćati cenu nečinjenja i neefikasnih mera u borbi protiv klimatskih promena.

## 6. ZAKLJUČAK

Nakon sveobuhvatne analize prikazano je da klimatske promene imaju vrlo negativan uticaj na prava garantovana Konvencijom o pravima deteta tako što u mnogome ograničavaju njihovo uživanje. Ranjivost dece i negativan uticaj klimatskih promena prepoznat je i u klimatskim sporazumima poput Okvirne konvencije o klimatskim promenama i Pariskom sporazumu. Komitet za prava deteta vrši krucijalnu ulogu u zaštiti prava deteta. Komitet daje veliki doprinos da se prepozna kao samostalno ljudsko pravo na zdravu i čistu životnu sredinu što bi u mnogome poboljšalo položaj dece. Za očekivati je da će se sve češće pojavljivati slučajevi pred Komitetom u kojima će se zahtevati uspostavljanje odgovornosti država za kršenje dečijih prava, usled nedovoljnog smanjenja emisija štetnih gasova i neadekvatnih mera adaptacije na klimatske promene.

Primetno je da deca imaju važnu ulogu u pokretanju klimatskih parnica i da imaju značajnog uticaja na podizanju svesti međunarodne zajednice o potrebi preduzimanja hitnih i adekvatnih mera u borbi protiv klimatskih promena. Na ovaj način se ispunjava i obaveza participacije dece u izradi klimatskih planova. Trenutno se kao najveći problem ističe neujednačena sudska na nacionalnom i regionalnom nivou kada govorimo o klimatskim parnicama.

Položaj dece u Srbiji je još ranjiviji nego u ostatku sveta, jer je naša država izložena trajnim opasnostima kao što su loš kvalitet vazduha te učestale suše i poplave. U traženju rešenja ovih problema i njihov

83 UNICEF u Srbiji, *op. cit.*, 81.

84 *Ibid.*

uticaj na decu u Srbiji, napore između ostalog treba fokusirati na smanjenje opasnosti od zagađenja. Klimatske promene i degradacija životne sredine se polako uvode u političke planove u Srbiji, mada još uvek, ako je suditi po budžetskim izdvajanjima, ne predstavljaju prioritet, jer se vlada prvenstveno fokusira na ekonomski razvoj. Iako su deca prepoznata kao ranjiva ona se ne uključuju u fazama konsultovanja, što je neophodno promeniti što pre. O problemima klimatskih promena i načinima kako poboljšati položaj dece treba raditi kroz obrazovne programe. Svakako da bi veća finansijska izdvajanja poboljšala položaj dece u Srbiji i smanjila ranjivost na klimatske promene.

*Ljubomir Tintor, LL.M.*

*Research associate at the Institute of Comparative Law and PhD  
Candidate at the University of Belgrade – Faculty of Law*

## THE IMPACT OF CLIMATE CHANGE ON THE RIGHTS AND POSITION OF CHILDREN

### *Summary*

Climate change represents the global challenge of the 21st century with significant implications for human rights, particularly those of children. This text explores how climate change affects children's rights according to the Convention on the Rights of the Child and other international instruments, emphasizing the importance of the right to a healthy environment. It also analyzes the practices and efforts of the Committee on the Rights of the Child in safeguarding children from climate change. Special emphasis is placed on the vulnerability of children as climate migrants and their role in climate lawsuits that demand state accountability for failures in reducing greenhouse gas emissions and adapting to climate change. The paper also examines the impact of climate change on the position of children in Serbia, a country considered one of the most vulnerable in Europe regarding climate consequences.

Key words: *Climate change. – Children. – Convention on the Rights of the Child climate litigation. – Climate change in the Republic of Serbia.*

## LITERATURA

- Apap, C., du Perron de Revel J., "The concept of climate refugee-Towards a possible definition", Revel Members Research Service 2021, 1–12.
- Arts, K., „Children's Rights and Climate Change“, in, *Children's Rights and Sustainable Development: Interpreting the UNCRC for Future Generations*, C. Fenton-Lynn (ed.) Cambridge University Press 2019, 216–235.
- Bakker, C., „Climate Change and Children's Rights“, in J. Todres & S. M. King (eds.) *The Oxford Handbook of Children's Rights Law* 2020, 449–476.
- Byravan, S., Rajan, S. C., "The Ethical Implications of Sea-Level Rise Due to Climate Change", *Ethics & International Affairs* 24(3)/2010, 239–260.
- Child Rights Now, "A Second Revolution: Thirty Years of Child Rights and the Unfinished Agenda" 2019, 1–60.
- Centar za prava deteta, *Analiza zakonodavstva Republike Srbije iz perspektive prava deteta na zdravu životnu sredinu* 2021.
- Donger, E., „Children and Youth in Strategic Climate Litigation: Advancing Rights through Legal Argument and Legal Mobilization“, *Transnational Environmental Law* 11(2)/ 2022, 263–289.
- Knox, J., „Climate Ethics and Human Rights“ (Special Issue) *Journal of Human Rights and the Environment* 2014, 22–34.
- Lapaš, D., „Climate Change and International Legal Personality: 'Climate Deterritorialized Nations' as Emerging Subjects of International Law?“, *The Canadian Yearbook of International Law*; London 59/2022, 1–35.
- Minnerop, P., "Integrating the 'duty of care' under the European Convention on Human Rights and the science and law of climate change: the decision of The Hague Court of Appeal in the Urgenda case", *Journal of Energy & Natural Resources Law* 37(2)/2019.149–179.
- Staparski, T., „Climate Change in the Practice of the Committee on the Rights of the Child“, *LAW – theory and practice* 2 /2023, 101–111.

Tintor, Lj., „Pravo na čistu i zdravu životnu sredinu – dometi i ograničenja ljudskog prava u nastajanju“, *Harmonius-Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2022, 313–334.

UNICEF u Srbiji, *Analiza klimatske situacije i njenih uticaja na decu u Srbiji*, UNICEF 2021.

Watts, N., et al. „The 2018 report of the Lancet Countdown on health and climate change: shaping the health of nations for centuries to come“, *Lancet*, 392(10163), 2018, 1861–1914.

Article history:

Received: 19. 11. 2023.

Accepted: 27. 11. 2023.

## UPUTSTVO ZA AUTORE

Časopis *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe* je međunarodni časopis u kojem se objavljuju radovi koje odobri Uredništvo, a na osnovu dve pozitivne recenzije anonimiziranog teksta rada. Tekstovi se predaju u elektronskom obliku urednicima na e-mail adrese: *mirjanam@ius.bg.ac.rs*, *nenad.tesic@ius.bg.ac.rs*, *milena@ius.bg.ac.rs*.

Uredništvo će, po pravilu, obavestiti autore u roku od dva meseca po prijemu teksta rada. Rad će biti prihvaćen za objavljivanje pod uslovom da nije istovremeno predat drugom časopisu na objavljivanje, odnosno da nije reč o već objavljenom delu. U pogledu ove okolnosti Autori potpisuju odgovarajuću izjavu.

Tekstovi po pravilu ne treba da budu duži od jednog tabaka, na engleskom jeziku kome se daje prednost u pogledu objavljivanja ili na regionalnom jeziku jugoistočne Evrope pisani latinicom. Izuzetno, maksimalni obim teksta je 1,5 tabak. Jedan tabak iznosi 16 strana od 28 redova sa 66 znakova u redu, odnosno 28.800 znakova.

U gornjem levom uglu navodi se akademska titula, ime i prezime autora, a u fusnoti ustanova u kojoj je autor zaposlen ili druga afilijacija, država autora, godina rođenja, elektronska adresa, Orcid broj.

Tekst namenjen za rubriku „Članci“ mora da na početku sadrži rezime s osnovnim nalazima rada, obima do 150 reči i do pet ključnih reči, a na kraju spisak korišćene literature i „Summary“ sa ključnim rečima na engleskom jeziku. Ceo rad, uključujući i „Summary“ na stranom jeziku, podležu stručnoj lekturi.

Naslov rada se piše na sredini, velikim slovima – verzalom (font 14). Podnaslovi se pišu na sredini, velikim slovima (font 12) i numerišu se arapskim brojevima. Ukoliko podnaslov sadrži više celina, one sa takođe označavaju arapskim brojevima, i to: 1.1. – kurzivom, malim slovima (font 12), 1.1.1. – običnim malim slovima (font 12), itd. sa manjim fontom.

Rad mora da sadrži listu referenci (pod naslovom: „Literatura“) koja obuhvata bibliografske izvore (poput članaka, udžbenika, monografija i sl.) i daje se isključivo u zasebnom odeljku nakon teksta i ispod rezimea na engleskom jeziku. Reference se navode na dosledan način, prema abecednom redosledu prezimena autora, zatim prvog slova imena pa rada, kako glase u originalu.

Radovi se predaju u elektronskom obliku. Redakcija zadržava pravo da prilagođava rad opštim pravilima uređivanja časopisa i standardu regionalnog jezika u jugoistočnoj Evropi.

Pristigli radovi prolaze kroz anonimnu recenziju kao i program za detekciju plagijarizma.

Urednici i članovi Uređivačkog odbora nisu odgovorni za stavove autora iznete u radovima objavljenim u ovom časopisu.

## PRAVILA CITIRANJA

1. **Knjige** se navode na sledeći način: prvo slovo imena (posle čega sledi tačka) i prezime autora, naziv kurzivom, mesto izdanja kurentom – obično, godina izdanja. **Prilikom prvog citiranja navodi se puno ime i prezime autora.** Ako se navodi i broj strane, on se piše bez ikakvih dodataka (poput str., p., pp., ff., dd. i slično). Posle mesta izdanja ne stavlja se zarez. Ukoliko se navodi i izdavač, piše se kurentom – obično, pre mesta izdanja. Navođenje naziva izdavača nije obavezno, ali je poželjno.

Primer prvog citiranja: Tatjana Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2001, 95–98.

1.1. Ukoliko knjiga ima više izdanja, može se navesti broj izdanja u superskriptu (npr. 2012<sup>5</sup>).

1.2. Ukoliko se upućuje na fusnotu, posle broja strane piše se skraćena „fn.“.

Primer: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2001, 1 fn. 1.

2. **Članci** se navode na sledeći način: prvo slovo imena (sa tačkom) i prezime autora staviti u zagradi (osim kod prvog navođenja), naziv članka kurentom – obično pod navodnicama, naziv časopisa (novina ili druge periodike) kurzivom, broj i godište, broj strane bez

ikakvih dodataka (kao i kod citiranja knjiga). **Prilikom prvog citiranja navodi se puno ime autora.**

Ukoliko je naziv časopisa dug, prilikom prvog citiranja u zagradi se navodi skraćenica pod kojom će se periodika nadalje pojavljivati.

Primer prvog citiranja: Meliha Povlakić, „Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (ZPFSR)* 1/2003, 196.

3. Ukoliko postoji **više autora knjige ili članka** (do tri), razdvajaju se zarezom.

Primer: M. Petrović, M. Popović, V. Ilić.

Ukoliko se citira knjiga ili članak sa više od tri autora, navodi se prvo slovo imena i prezime samo prvog od njih, uz dodavanje skraćene reči *et alia* (*et al.*) kurzivom. Samo prilikom prvog citiranja navodi se puno ime autora.

Primer: N. Gavella *et al.*

4. Ukoliko se u radu citira samo jedan tekst određenog autora, **kod ponovljenog citiranja** tog teksta, posle prvog slova imena i prezimena autora, sledi *op. cit.* i broj strane.

Primer: M. Povlakić, *op. cit.*, 23.

Ukoliko se citira **više radova istog autora**, bilo knjiga ili članaka, a pošto je prvi put naziv svakog rada naveden u punom obliku, posle prvog slova imena i prezimena autora, stavlja se u zagradi godina izdanja knjige ili članka. Ukoliko iste godine autor ima više objavljenih radova koji se citiraju, uz godinu se dodaju slova a, b, c, d, itd., posle čega sledi samo broj strane.

Primer: T. Josipović (2001a), *op. cit.*, 53.

5. Ukoliko se citira tekst sa više strana koje su tačno određene, one se razdvajaju crticom, posle čega sledi tačka. Ukoliko se citira više strana koje se ne određuju tačno, posle broja koji označava prvu stranu navodi se „i dalje“ s tačkom na kraju.

Primer: M. Povlakić, *op. cit.*, 23–34.

Primer: T. Josipović (2001a), *op. cit.*, 53 i dalje.

6. Ukoliko se citira podatak s iste strane iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, koristi se latinična skraćenica za *ibidem* u kurzivu, s tačkom na kraju (bez navođenja prezimena i imena autora).

Primer: *Ibid.*

Ukoliko se citira podatak iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, ali s različite strane, koristi se latinična skraćenica *ibid.*, navodi se odgovarajuća strana i stavlja tačka na kraju.

Primer: *Ibid.*, 23.

7. Kada se citira **članak u zborniku radova**, posle naziva zbornika koji je pisan italikom, u zagradi se navode imena urednika. Ukoliko ih je više stavlja se naznaka „eds.“ pre njihovih imena, a ako je samo jedan urednik, naznaka pre njegovog imena je „ed.“, odnosno odgovarajuća skraćenica u drugom jeziku (npr. u nemačkom „Hrsg.“, na srpskom ili drugom jeziku ovog govornog područja „ur.“) pre imena.

Primer: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

8. **Propisi** se navode punim nazivom u kurentu – obično, potom se kurzivom navodi glasilo u kome je propis objavljen, a posle zarez a broj i godina objavljivanja, ponovo u kurentu – obično. Ukoliko će se pomenuti zakon citirati i kasnije, prilikom prvog pominjanja posle crte navodi se skraćenica pod kojom će se propis dalje pojavljivati.

Primer: Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78 ili Zakon o izvršnom postupku – ZIP, *Službeni glasnik RS*, br. 125/04.

Ukoliko je propis izmenjivan i dopunjavan, navode se sukcesivno brojevi i godine objavljivanja izmena i dopuna.

Primer: Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, *Službeni glasnik RS*, br. 62/03, 64/03, 58/04 i 62/04.

9. **Član, stav i tačka propisa** označava se skraćenicama čl., st. i tač., a iza poslednjeg broja se ne stavlja tačka.

Primer: čl. 5, st. 2, tač. 3 ili čl. 5, 6, 9 i 10 ili čl. 4–12, itd.

10. Navođenje **sudskih odluka** treba da sadrži što potpunije podatke (vrsta i broj odluke, datum kada je donesena, publikacija u kojoj je eventualno objavljena).

11. Latinske i druge **strane reči**, internet adrese i sl. se pišu kurzivom.

12. Citiranje tekstova s **interneta** treba da sadrži naziv citiranog teksta, adresu internet stranice ispisanu kurzivom i datum pristupa stranici.

Primer: J. Basedow *et al.*, „Ein europäisches Vertragsrecht kommt – aber zu welchem Preis?“, <http://faz.net/-019m8q>, 24.5.2007.

13. Inostrana imena se transkribuju na latinici na srpskom jeziku ili drugom jeziku ovog govornog područja kako se izgovaraju, a prilikom prvog pominjanja u tekstu njihovo prezime se navodi u zagradi u izvornom obliku na stranom jeziku kurzivom, npr. Godme (*Gaudemet*).

14. Za „videti“ koristi se skraćenica „vid.“, a za „uporediti“ se koristi skraćenica „upor.“

## INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

The periodical *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe* is an international, peer-reviewed journal. All submitted articles will be evaluated by two reviewers.

Manuscripts should be submitted in electronic form to the editors: *mirjanam@ius.bg.ac.rs*, *nenad.tesic@ius.bg.ac.rs*, *milena@ius.bg.ac.rs*.

The editorship will, under normal circumstances, inform the authors of their decision within two months after the receipt of the submission. Articles are accepted for review on the understanding that they are not being considered concurrently by any other journal and that there is a serious commitment to publication. In this regard, the Authors are required to sign a corresponding statement (author's statement).

In the upper left corner, it is necessary to indicate academic title, first and last name of the Author and in the footnote the institution where the Author is employed or other affiliation, state, year of birth, e-mail address and Orcid Id.

Articles should not normally exceed 28,000 characters in length; therefore, a precise character count should be included with each article submitted.

An abstract of the article of maximum 100–150 words should be included together with 3–5 keywords suitable for indexing and on-line search purposes. Articles should also include a list of references. The whole text, including references and abstracts, should be double-spaced with margins of at least one inch on all sides. Pages should be numbered consecutively throughout the paper. Authors should also supply a shortened version of the title, not exceeding 50 character spaces, suitable for the running head.

The title should be centred, in bold caps, font size 14. Subtitles should be centred on pages, recto and numbered (for example, 1.1., 1.1.1. etc.).

The paper must contain a list of references with bibliographical sources (articles, books monographs, etc.) that is provided in a separate section after the text of the article and summary in Serbian in the end. References should be listed in alphabetical order in the following order: The author's surname, first letter of the name, title of the paper/book etc.

Authors are requested to ensure that their articles follow the editorial style and format adopted by the periodical *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe*. The Editors reserves the right to adapt texts to the law review's style and format.

Submitted papers will undergo a blind peer review process and will be controlled through an anti-plagiarism software.

The Editors and Members of the Editorial Board do not hold themselves liable for the views expressed by the contributors.

## REFERENCE STYLE

1. **Books:** first letter of the author's name (**except when referencing for the first time, full name and surname should be provided**) and the author's last name, title written in verso, place of publication in recto, year of publishing. When the author is referenced for the first time, state the author's full name and surname. If the page number is specified, it should be written without any supplements (like p., pp., f., dd. or others). The publisher's location should not be followed by a comma. If the publisher is stated, it should be written in recto, before the publisher's location.

Example of first-time reference: Tatjana Josipović, *Zemljišno-knjižno pravo*, Zagreb 2001, 75–86.

1.1. If a book has more than one edition, the number of the edition can be stated in superscript (for example: 2001<sup>2</sup>).

1.2. Any reference to a footnote should be abbreviated and numbered after the page number.

Example: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2001, 1 fn. 1.

2. **Articles:** first letter of the author's name (**except when referencing for the first time, full name and surname should be provided**) and author's last name, article's title in recto with quotation

marks, name of the journal (law review or other periodical publication) in verso, volume and year of publication, page number without any supplements (as in the book citation). If the name of a journal is longer than usual, an abbreviation should be offered in brackets when it is first mentioned and used later on.

Example of first-time reference: Meliha Povelakić, "Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2003, 196.

3. If there is **more than one author** of a book or article (three at most), their names should be separated by commas.

Example: M. Petrović, M. Popović, V. Ilić.

If there are more than three authors, only the first name should be cited, followed by the abbreviation *et alia* (*et al.*) in verso.

Example: N. Gavella *et al.*

If there is more than one place of publication, a dash is used to separate the places.

Example: H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger (Hrsg.), *Kurzkomentar zum ABGB, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz, Rom I- und Rom II-VO*, Wien – New York 2010<sup>3</sup>.

4. **Repeated citations to the same author** should include only the first letter of his or her name, the last name, *op. cit.*, and the page number.

Example: M. Povelakić, *op. cit.*, 23.

If two or more references to the same author are cited, the year of publication should be provided in brackets. If two or more references to the same author published in the same year are cited, these should be distinguished by adding a, b, c, etc. after the year:

Example: T. Josipović (2001a), *op. cit.*, 53.

5. If **more than one page is cited from a text** and the pages are specified, they should be separated by a dash, followed by a period. If more than one page is cited from a text but without specification, *et seq.* should follow the number which notes the first page.

Example: M. Povelakić, *op. cit.*, 23–34.

Example: T. Josipović (2001a), *op. cit.*, 53 *et seq.*

6. If the **same page of the same source was cited in the preceding footnote**, the Latin abbreviation for Ibidem should be used, in verso, followed by a period.

Example: *Ibid.*

If the same source (but not the same page) was cited in the preceding footnote, the Latin abbreviation for Ibidem should be used, in verso, followed by the page number and a period.

Example: *Ibid.*, 23.

7. When an article that has been published in a **collection of articles** or an edited monograph is being published after reference to the name of the author and the title of the article is being made, the title of the monograph should be written in verso and the names of the editors should follow in brackets as well as the reference to their editorship (eds., Hrsg. or ur.), publisher, place and year of publication and page numbers.

Example: A. Buchanan, "Liberalism and Group Rights", *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

8. **Statutes and other regulations** should be provided with a complete title in recto, followed by the name of the official publication (e.g. official gazette) in verso, and then the number (volume) and year of publication in recto. In case of repeated citations, an acronym should be provided on the first mention of a given statute or other regulation.

Example: Personal Data Protection Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 97/08.

If the statute has been changed and supplemented, numbers and years should be given in a successive order of publishing changes and additions.

Example: Criminal Procedure Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 58/04, 85/05 and 115/05.

9. **Articles of the cited statutes and regulations** should be denoted as follows:

Example: Art. 5 (1) (3); Arts. 4–12.

10. **Citation of court decisions** should contain the most complete information possible (category and number of decision, date of decision, the publication in which it was published).

11. **Latin and other foreign words and phrases** as well as **internet addresses** should be written in verso.

12. Citations of **webpages**, websites or e-books should include the title of the text, the source address (URL) and the date, when the website was last visited.

Example: J. Basedow *et al.*, “Ein europäisches Vertragsrecht kommt – aber zu welchem Preis?“, <http://faz.net/-019m8q>, last visited 24 May 2007.



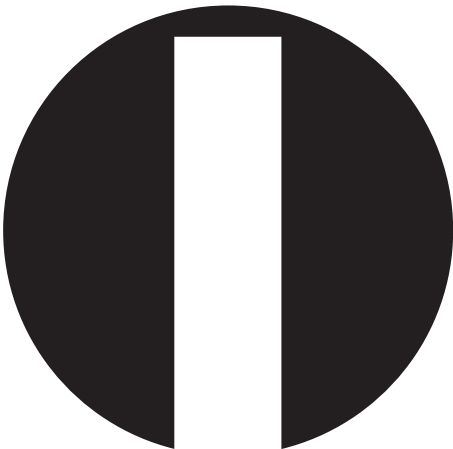
CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд  
340.137

Harmonius : Journal of Legal and Social  
Studies in South East Europe / glavni urednik  
Christa Jessel-Holst. – God. 1, br. 1 (2012)– . –  
Београд : Harmonius : Универзитет у Београду,  
Правни факултет, Центар за публикације 2012–  
(Београд : Dosije studio). – 23 cm  
Годишње.

ISSN 2334-6566 = Harmonius  
COBISS.SR-ID 195094540



[www.harmonius.org](http://www.harmonius.org)



ISSN 2334-6566



9 772334 656000