

KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

SUDSKI POSTUPAK - PRAVDA I PRAVIČNOST

Zbornik radova 35. Susreta
Kopaoničke škole prirodnog prava
Slobodan Perović

Radovi za nagradu
“Profesor Slobodan Perović”



MEĐUNARODNA NAUČNA
KONFERENCIJA

Beograd, 2022. | Tom IV

35.
godina



Projekti i publikacije Kopaoničke škole prirodnog prava predstavljaju poseban interes za UNESCO jer one nesumnjivo doprinose unapređenju ljudskih prava i jačanju Međunarodnog prava. Njihov cilj u potpunosti odgovara tekućem procesu reformi ljudskih prava u okviru sistema OUN.

(Iz obrazloženja Odluke UNESCO o dodeli pokroviteljstva Kopaoničkoj školi prirodnog prava od 6. juna 2005.)

KOPAONIČKA ŠKOLA PRIRODNOG PRAVA – SLOBODAN PEROVIĆ
KOPAONIK SCHOOL OF NATURAL LAW – SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris Naturalis Copaonici

35. Susret

35th Meeting

**SUDSKI POSTUPAK
– PRAVDA I PRAVIČNOST
COURT PROCEEDINGS
– JUSTICE AND FAIRNESS**

Zbornik radova 35. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava

– Slobodan Perović

Proceedings of the 35th Meeting of Kopaonik School of Natural Law

– Slobodan Perović

MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA
INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

Kopaonik, 13. – 17. decembar 2022

Kopaonik, 13 - 17 December 2022

Tom IV/Volume IV

RADOVI ZA NAGRADU „PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ“
PAPERS FOR THE „PROFESSOR SLOBODAN PEROVIĆ“ AWARD



Beograd, 2022

SUDSKI POSTUPAK – PRAVDA I PRAVIČNOST
COURT PROCEEDINGS – JUSTICE AND FAIRNESS

Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović
Proceedings of the 35th Meeting of Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Međunarodna naučna konferencija, 13. – 17. decembar 2022.

International Scientific Conference, 13 - 17 December 2022

Izdavač/Publisher

Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović
Patrijarha Gavrila 12, Beograd

E-mail: office@kopaonickaskola.rs

www.kopaonikschool.org

Glavni i odgovorni urednik/Editor-in-Chief

JELENA S. PEROVIĆ VUJAČIĆ

Predsednik Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović
President of the Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Sekretar/Secretary

Andrea Nikolić

Uređivački odbor/Editorial Board

Prof. dr Đorđe Đorđević, Prof. dr Nataša Delić, Dr Hajrija Mujović, Mr Gordana Petković, Prof. dr Edita Kastratović, Dr Božidar Otašević, Prof. dr Milan Škulić, Prof. dr Olga Cvejić-Jančić, Prof. dr Dobrosav Milovanović, Prof. dr Zoran Lončar, Dr Christa Jessel-Holst, Prof. dr Dragor Hiber, Akademik prof. dr Zoran Rašović, Prof. dr Nikola Mojović, Prof. dr Nina Planojević, Prof. dr Gordana Ilić-Popov, Akademik prof. dr Mirko Vasiljević, Dr Dragiša Slijepčević, Miroslav Nikolić, Jasminka Obućina, Dr Vladimir Čolović, Dr Mirjana Glintić, Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, Dr Thomas Meyer, Dr Nataša Hadžimanović, Akademik prof. dr Vitomir Popović, Prof. dr Stojan Dabić, Predrag Trifunović, Prof. dr Ljubinka Kovačević, Dimitrije Milić, Prof. dr Sanja Danković Stepanović, Dr Đorđe Krivokapić, Andrea Nikolić, Prof. dr Gordana Stanković, Prof. dr Rodoljub Etinski, Akademik prof. dr Radovan Vukadinović, Dr Jelena Vukadinović Marković, Prof. dr Gordana Vukadinović, Prof. dr Saša Bovan, Prof. dr Vladan Petrov

Međunarodni naučni odbor/International Scientific Committee

Xavier Blanc-Jouvan (Professor emeritus at the University of Paris I Panthéon-Sorbonne, France), Rajko Kuzmanović (President of the Academy of Sciences and Arts of Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina), Prof. dr Gian Antonio Benacchio (University of Trento, Italy), Prof. dr Francesca Fiorentini (University of Trieste, Italy), Zoran Rašović (Montenegrin Academy of Sciences and Arts, Montenegro), Vlado Kambovski (Macedonian Academy of Sciences and Arts, North Macedonia), Prof. dr Aleksandra Maganić (Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia), Dr Mateja Durovic (King's College London, UK).

Kompjuterska obrada/Pre-print
Miodrag Panić

Dizajn korica/Cover design
Uroš Živković

Tiraž/Number of Copies: 500

Štampa/Print

FUTURA, Novi Sad

ISBN-978-86-81956-11-3 (serija) / ISBN-978-86-81956-15-1

Radovi u ovom Zborniku podležu anonimnoj recenziji od strane dva recenzenta. Ocene iznesene u člancima objavljenim u ovom Zborniku lični su stavovi njihovih autora i ne izražavaju stavove uredništva ni institucija u kojima su autori zaposleni. Svi radovi u ovom Zborniku se objavljuju po pozivu, a njihovi autori imaju svojstvo pozvanih predavača na konferenciji.

RADOVI ZA NAGRADU „PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ“

U čast svog Osnivača, akademika prof. dr Slobodana Perovića, Kopaonička škola je 2019. godine ustanovila Nagradu „Profesor Slobodan Perović“ za tri najbolja rada mladih učesnika Škole. Nagrade za najbolje radove u prethodnim godinama uručene su dobitnicima na otvaranju decembarskih Susreta Kopaoničke škole.

Ove godine, Kopaonička škola je po četvrti put raspisala konkurs za Nagradu „Profesor Slobodan Perović“ na temu „Sudski postupak – pravda i pravičnost“.

Stručni žiri za ocenu radova činili su: predsednik: Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, Predsednik Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović i članovi: Akademik prof. dr Rajko Kuzmanović, predsednik Akademije nauka i umjetnosti Republike Srpske, Akademik prof. dr Vlado Kambovski, Makedonska Akademija nauka i umjetnosti, Akademik prof. dr Zoran Rašović, Crnogorska akademija nauka i umjetnosti, Prof. dr Gordana Vukadinović, Univerzitet u Novom Sadu, Prof. dr Nikola Mojović, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Prof. dr Nataša Delić, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Gđa Ljubica Tomić, advokat iz Beograda, Dr Thomas Meyer, rukovodilac programa GIZ, Nemačka.

Na konkurs se javio veći broj autora – mladih pravnik, studenata osnovnih, master i doktorskih studija pravnih fakulteta, koji su, u okviru opšte teme predviđene konkursom, svoje radove posvetili pitanjima iz različitih oblasti prava.

Nakon ocene svih dostavljenih radova, stručni žiri izdvojio je tri rada kao najbolja u okviru opšte teme i uslova predviđenih konkursom. Autori ovih radova dobitnici su ovogodišnje Nagrade „Profesor Slobodan Perović“.

Ovo izdanje Zbornika „Sudski postupak – pravda i pravičnost“ Kopaoničke škole prirodnog prava posvećeno je radovima za ovogodišnju Nagradu „Profesor Slobodan Perović“. U njemu publikujemo radove dostavljene na osnovu konkursa za Nagradu. Na prvom mestu objavljeni su radovi autora dobitnika prve, druge i treće Nagrade, nakon čega slede ostali radovi koji su, prema oceni stručnog žirija,

ispunili uslove za objavljivanje. Ovi radovi raspoređeni su prema katedrama i sekcijama Kopaoničke škole prirodnog prava.

Ovo specijalno i po svemu posebno izdanje, uručujemo učesnicima Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović i široj pravničkoj javnosti u čast Osnivača Kopaoničke škole prirodnog prava, akademika Profesora Slobodana Perovića.

JELENA S. PEROVIĆ VUJAČIĆ
Predsednik Kopaoničke škole
prirodnog prava – Slobodan Perović

PRVA NAGRADA
„PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ“

ANDREJ CONFALONIERI

JUSTICE AND FAIRNESS BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE - EQUITY AND *EX AEQUO ET BONO* AS SOURCES OF LAW

This article examines equity and ex aequo et bono as sources of law before the International Court of Justice (ICJ). For ruling on equitable grounds, unhampered by legal rules (ex aequo et bono), the parties have to give their consent to the ICJ, which has yet to happen, due to its uncertainty, arbitrariness and subjectivity, whereas equitable principles are deemed part of international law and are directly applicable as law. Although impractical, the traditional classification separates equity infra legem, aimed at selecting diverse interpretations of a legal rule, equity praeter legem, whose role is to fill legal gaps and prevent non liquet, and equity contra legem, aimed at refusing compliance with unjust laws. Unlike the first two, the latter type requires the permission of the parties, which the ICJ has never got. The author concludes that the usage of equity infra and praeter legem and not ex aequo et bono is positive but that equity contra legem could also be utilised. It would help to achieve the goal of the legal system, i.e., bringing the law nearer to justice while staying in the legal realm, and its use could be plausible when the judges find the outcome of a case legal, but not morally acceptable, and when the parties are particularly interested in the rationale of a judgment.

Key words: equity, ex aequo et bono, International Court of Justice, contra legem, equitable principles

INTRODUCTION

In the light of the inseparability of the law from fairness and justice, there seems to be no better approach to introduce the topic of equity and *ex aequo et bono*

Andrej Confalonieri, LL.M., student, Leiden Law School – University of Leiden, e-mail: andrej.confalonieri@gmail.com.

as sources of law before the International Court of Justice (hereinafter ICJ or the Court) than by mentioning the understanding of Academician Slobodan Perović of what the law is. Inspired by Celsus and Ulpian, who defined it as “the art of goodness and equity” (*ius est ars boni et aequi*), in his *Besede*, Academician Slobodan Perović labels the law as the science¹ or the phenomenon² of what is good and equitable.

Starting with Ancient Greece and Rome and, in general, throughout history, equity, which was deemed the sister of justice and law (*justitiae et legis soror aequitas*),³ played a significant legal (and philosophical) role in different societies of diverse cultures.⁴ As of today, numerous national and international legal sources contain either the term, the concept or ideas related to it in their texts. So does the Statute of the ICJ, whose Art. 38 sets out the various sources of law before the Court, which has the role of bringing decisions according to international law. The primary sources are international treaties, customary law and the general principles of law recognised by civilised nations, whereas the subsidiary ones are judicial findings and the legal doctrine, but the parties to a dispute can give the Court permission to judge a case *ex aequo et bono*. It is easy to note that equity is not explicitly cited as a formal source of law, contrary to *ex aequo et bono*. Nevertheless, the “principles of equity” have been regarded for a long time as general principles⁵

¹ Slobodan Perović, “Heksagon prirodnog prava”, *Besede sa Kopaonika*, Belgrade, 1994, 103; S. Perović, “Kultura u kodifikaciji i nekultura u ostvarenju prirodnih prava čoveka”, *Besede sa Kopaonika*, Belgrade, 2000, 266; S. Perović, “Budućnost prirodnog prava”, *Besede sa Kopaonika*, Belgrade, 2006, 604.

² S. Perović, “Prirodno pravo i odgovornost”, *Besede sa Kopaonika*, Belgrade, 2011, 874; S. Perović, “Prirodno pravo i dostojanstvo”, *Besede sa Kopaonika*, Belgrade, 2013, 953.

³ Ruth Lapidoth, “Equity in International Law”, *Israel Law Review*, Vol. 22, No. 2, Jerusalem, 1987, 183.

⁴ See Catharine Titi, *The Function of Equity in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, 18–28; Leon Trakman, “Ex Aequo et Bono: Demystifying an Ancient Concept”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 8, No. 2, Chicago, 2008, 629 ff; Markus Kotzur, “Ex Aequo et Bono”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Ed. Rüdiger Wolfrum), Online edition, 2009, Para. 2 ff; S. Perović (1994), op. cit., 108 ff.

⁵ Those principles have served the purpose of making abstract legal norms rules that can be applied in specific cases (Enrico Milano, “General Principles *Infra, Praeter, Contra Legem?* The Role of Equity in Determining Reparation”, *General Principles and the Coherence of International Law* (Ed. Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice, Attila Tanzi, Jan Wouters, Ludovica Chiussi), Leiden, 2019, 66. Their place in the hierarchy of sources is still disputed, but it seems correct to deem them independent but secondary sources, considering that treaties and customary law are given precedence in case they and the general principles differ. Malgosia Fitzmaurice, “The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: The Journey from the Past to the Present”, *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (Ed. Samantha Besson, Jean d’Aspremont), Oxford, 2017, Part I, Section I, 4, 10.

and “a part of international law”, and, thus, “applied by international tribunals”⁶ while also being relevant in international relations.⁷ This has also been affirmed in the 1982 *Continental Shelf* case, wherein the ICJ affirmed that it is “a general principle directly applicable as law”, which the Court is obliged to employ.⁸ Some “individual equitable principles”⁹ were affirmed by the Permanent Court of International Justice (hereinafter PCIJ), the predecessor of the ICJ, and later by the ICJ. For example, a State does not have the right to take advantage of the fact that another one has failed to fulfil an obligation or recur to redress if the second State was illegally averted from doing so by the former.¹⁰ States are also not permitted to evade international obligations they have towards other States adducing their Constitution, nor are they allowed, against other States, to rely on the Constitution of the second State, but solely on rules of international law and international obligations the latter has.¹¹

This article represents an analysis of equity and *ex aequo et bono* before the ICJ. We will first examine the terminological differences between the two terms. Thereafter, we will analyse the traditional classification and use of equity by the Court. In the subsequent paragraph, we will discuss the non-utilisation of *ex aequo et bono* by the ICJ. Finally, we will draw some concluding remarks based on our research.

EQUITY AND EX AEQUO ET BONO – TERMINOLOGY

Both *ex aequo et bono* and equity are similar in the sense that they imply a consideration of what is fair and reasonable,¹² but they are nonidentical. Even if some

⁶ *Diversion of Water from the Meuse (the Netherlands v. Belgium)*, Judgment of 28 June 1937, PCIJ (Series A/B) No. 70, Individual opinion of Judge Manley O. Hudson, 76.

⁷ C. Titi, op. cit., 6.

⁸ *Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment of 24 February 1982, ICJ Reports 1982, 18, Para. 71.

⁹ Francesco Francioni, “Equity in International Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (Ed. Rüdiger Wolfrum), Online edition, 2020, Para. 12.

¹⁰ *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Judgment of 26 July 1927, PCIJ (Series A) No. 9, Para. 87.

¹¹ *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, Advisory Opinion of 4 February 1932, PCIJ (Series A/B) No. 44, Para. 62.

¹² M. Kotzur, op. cit., Para. 11; Shai Dothan, “Ex Aequo Et Bono: The Uses of the Road Never Taken”, *Research Handbook on the International Court of Justice* (Ed. Achilles Skordas), 2019 (Forthcoming), 7.

authors hold that their differentiation is a “false” one,¹³ the majority of them, as well as judges of the Court (see below) opine that there are considerable dissimilarities between the two. We agree with the latter stance, and are of the view that the distinction between the two expressions is of extreme significance given the options the Court has when concluding a judgment: it can always be based on the latter, as opposed to the former, since the parties have to give their permission for it.

Equity, described by Academician Slobodan Perović as “concretised”¹⁴ or “individualised justice”,¹⁵ was defined in the 1982 *Continental Shelf* case¹⁶ as “a direct emanation of the idea of justice”. It alludes to fairness and reasonableness,¹⁷ and its practical result is applying “certain equitable considerations”.¹⁸ Despite the presence of different understanding of the term in different legal systems, Francioni argues that it cannot be excluded that a “common sense” of this word exists. Firstly, the prerequisites for the existence of a coherent and united international legal system are global plurality and cultural variety. Considering also how globalised the world today is, there have never been more chances for people from different areas of the planet to interact and communicate with one another. Consequently, they reciprocally learn about diverse concepts of justice, which causes the consolidation

¹³ This is the opinion of Mark W. Janis, who maintains that the ICJ is “straitjacketed” by Art. 38, Para. 2 of the Statute, and that the idea behind it was to give more discretionary power to the Court in specific situations, but it was never used. He argues that the ICJ is attempting to utilise such discretion to develop legal norms, because there are cases of the Court not being able to “find decisive” customary and conventional rules and that the main question is the amount of “leeway” given to international judges. He adds that giving some leeway is positive and that numerous judgments wherein equity was applied could be summarised by asking if “judges [have] gone too far”, with the ones answering positively to the question being “overly optimistic or (...) simplistic” about the role of international judges in relation to international law. He affirms that the Court has to utilise a “fair amount of judicial creativity” and that it is true that the law can be interpreted in many ways, but it will end up being what the judge rules. Considering that discussing equity and *ex aequo et bono* can hide these questions about the discretion judges have, he concludes by stating that there is no “bright line between equity and *ex aequo et bono*”, because the way the question is answered depends on personal points of view on the topic of “judges making up international law” (see Louis B. Sohn, “Equity in International Law”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 82, Washington D. C., 1988, 283–284).

¹⁴ S. Perović (2006), op. cit., 591; S. Perović (2011), op. cit., 867–868; S. Perović, “Prirodno pravo i stvarnost”, *Besede sa Kopanika*, Belgrade, 2017, 1075 (our translation).

¹⁵ S. Perović (2011), op. cit., 876 (our translation).

¹⁶ *Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, op. cit., Para. 71.

¹⁷ F. Francioni, op. cit., Para. 1.

¹⁸ Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6th edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 1087.

of shared ideas of what is just and equitable, with international law having the duty to reconcile distinct cultural and ethical beliefs.¹⁹

Deciding based on equitable principles signifies achieving “a result on the basis of law”,²⁰ which means that judges cannot go over the borders the lawgivers set, except for the cases when the parties agree to it, considering that the decision has to remain inside the law. Conversely, judging *ex aequo et bono* signifies doing it on just and equitable grounds, i.e., on what judges deem “fair and good”,²¹ “untramelled” by legal norms.²² Hence, ruling *ex aequo et bono* represents the capacity of judges, alone or with the help of experts, to act as arbitrators²³ or legislators²⁴ in a case if the parties give their consent. It is thus an “extra-judicial activity”²⁵ since the ICJ is liberated from the strict use of rules of international law to be able to make a judgment appropriately.²⁶ Therefore, it can be considered “result-oriented”.²⁷

¹⁹ F. Francioni, op. cit., Para. 3.

²⁰ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, Judgment of 12 October 1984, ICJ Reports 1984, Para. 59.

²¹ See *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase (Belgium v. Spain)*, Judgment of 5 February 1970, ICJ Reports 1970 (hereinafter *Barcelona Traction*), Separate opinion of Judge Fouad Ammoun, Para. 42.

²² *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, Judgment of 14 June 1993, ICJ Reports 1993, Separate opinion of Judge Christopher Gregory Weeramantry, Para. 60.

²³ *Free Zones of Upper Savoy and District of Gex (France v. Switzerland)*, Judgment of 7 June 1932, PCIJ (Series A/B) No. 46, Dissenting separate opinion of Judge M. Eugene Dreyfus, Para. 354.

²⁴ F. Francioni, op. cit., Para. 9 ff; M. W. Janis, “The Ambiguity of Equity in International Law”, *Brooklyn Journal of International Law*, No 9, Vol. I, Brooklyn, 1983, 10; Vladimir-Đuro Degan, “Pravičnost i međunarodno pravo u razgraničenjima morskih prostora”, *Poredbeno pomorsko pravo*, Vol. 49, No. 164, Zagreb, 2010, 155.

²⁵ *Barcelona Traction*, op. cit., Separate opinion of Judge F. Ammoun, Para. 42; *North Sea Continental Shelf (the Federal Republic of Germany v. Denmark; the Federal Republic of Germany v. the Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports 1969, 3, Separate opinion of Judge F. Ammoun, Para. 37.

²⁶ *Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, op. cit., Para. 71. It is worth mentioning the now outdated distinction, previously used in international commercial arbitration, between *ex aequo et bono* and “amiable composition”. The latter represents the possibility of the arbitrator, who has to remain within the limits the law set, to change the outcomes which he deems to be unjust, but only regarding non-obligatory legal norms (see Milan Lazić, Giulio Palermo, Srđan Dragičević, “*Ex Aequo et Bono* in International Arbitration”, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, No. 1, Belgrade, 2020, 49; Marko Jovanović, “The Role of *Ex Aequo et Bono* in ICSID Arbitration”, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, No. 1, Belgrade, 2021, 150; M. Kotzur, op. cit., Para. 14).

²⁷ M. Kotzur, op. cit., Para. 13.

This does not mean that the Court is prevented from utilising international law, but rather that it can choose not to make use of parts of it when it is convinced that they are not just.²⁸ In the words of the *Institut de Droit International*, in every other situation when the parties do not give a “clear and express authorisation” that the dispute can be solved purely by referring to equity, “the international judge cannot be inspired by [it] to render his decision, without being bound by the law in force”.²⁹ Ruling *ex aequo et bono* has its limits, as rights that other states have need to be respected and owing to the obligation of judges to give evidence of their impartiality, as well as not to solve cases arbitrarily³⁰ nor exceed the “norms of justice” or other equitable standards generally accepted in the international community.³¹

THE USE OF EQUITY BY THE COURT – THE CLASSIFICATION IN EQUITY *INFRA*, *PRAETER* AND *CONTRA LEGEM*

In the light of its desirable utilisation, equity has frequently been invoked in the past jurisprudence of the Court, given that referring to equitable principles strengthens decisions made on various grounds, particularly those based on “narrow technical” ones, because equity supports legal arguments.³² It also increases the likelihood of achieving the purpose of the legal system, which is to bring “the law nearer to justice”.³³

There are different theoretical and juridical opinions about the number of ways judges can make use of equity. The traditional classification, based on the extent of the judicial discretionary power, separates equity *infra*, *praeter* and *contra legem*, but it is not the only point of view. For example, whilst some authors add *ex aequo et bono* as a distinct type of equity,³⁴ others differentiate between equity as a general principle of law, as a criterion of interpretation of the law (equity *infra legem*)

²⁸ S. Dothan, op. cit., 6. See also M. Lazić, G. Palermo, S. Dragičević, op. cit., 49 ff.

²⁹ *Institut de Droit International*, Resolution II: *La compétence du juge international en équité* (Rapporteur M. Eugène Borel), Luxembourg, 1937, Para. 2 (translation ours).

³⁰ V. Đ. Degan, op. cit., 155–156; R. Lapidoth, op. cit., 172.

³¹ The International Court of Justice, *Handbook*, The Hague, 2019, 99.

³² See Vaughan Lowe, “The Role of Equity in International Law”, *Australian Year Book of International Law*, No. 12, The Hague, 1989, 69 ff.

³³ Equity has also some drawbacks. For instance, it can be deemed subjective, given that what one person sees as equitable might not be perceived the same by others, as evidenced by the great number of dissenting opinions and “critical comments” made in regards to judgments brought on equitable principles (see R. Lapidoth, op. cit., 179–182; L. B. Sohn, op. cit., 283).

³⁴ R. Lapidoth, op. cit., 172; V. Lowe, op. cit., 56; L. B. Sohn, op. cit., 278.

and the one opposed to the law (equity *praeter* and *contra legem*).³⁵ The place of equity *contra legem* is particularly disputed in the legal doctrine and between judges: some hold that it means the same as *ex aequo et bono*,³⁶ whereas others maintain that they are to be distinguished³⁷ or that equity *contra legem* does not exist at all.³⁸

As we have already defined *ex aequo et bono*, in the subsequent paragraphs we will try to explain the traditional classification in equity *infra*, *praeter* and *contra legem*, arguing that it is a theoretical and impractical construct.

*Equity infra legem – the inherent judicial power
to interpret the law*

As defined in the *Frontier Dispute* case, equity *infra legem*, also labelled as *intra* or *secundum legem*,³⁹ is the equity that “constitutes a method of interpretation of the law in force, and is one of its attributes”.⁴⁰ It has the purpose of adapting the legal norms to specific cases⁴¹ or selecting one interpretation of legal rules over another.⁴² Using the words of the *Institut de Droit International*, “equity is normally inherent to a sound application of the law, and (...) the international (...) judge is (...) called upon to take this into account to the extent compatible with the law”,⁴³ which means that judicial organs consider equity *infra legem* whenever they apply a legal rule.⁴⁴ In the 1982 *Continental Shelf* case, the ICJ

³⁵ F. Francioni, op. cit., Para. 4–9 ff. See C. Titi, op. cit., 84.

³⁶ *Barcelona Traction*, op. cit., Separate opinion of Judge F. Ammoun, Para. 42; *North Sea Continental Shelf*, op. cit., Separate opinion of Judge F. Ammoun, Para. 37. It is worth noting that, in *Judgments of the Administrative Tribunal of the I.L.O. upon complaints made against the U.N.E.S.C.O.* (Advisory Opinion of 23 October 1956, ICJ Reports 1956, 77, 100), the Court, wanting to state that it took equity into account to be able to appropriately evaluate the proper compensation, “mistakenly” made use of the expression *ex aequo et bono* (R. Lapidoth, op. cit., 170).

³⁷ See R. Lapidoth, op. cit., 172; V. Đ. Degan, op. cit., 141 ff.

³⁸ E.g., Manfred Lachs suggests that equity is “an element *infra legem*” (see C. Titi, op. cit., 91).

³⁹ R. Lapidoth, op. cit., 172.

⁴⁰ *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali)*, Judgment of 22 December 1986, ICJ Reports 1986, 554, Para. 28.

⁴¹ V. Lowe, op. cit., 56–58.

⁴² M. N. Shaw, op. cit., 106; L. B. Sohn, op. cit., 278.

⁴³ *Institut de Droit International*, Resolution II: *La compétence du juge international en équité* op. cit., Para. 1 (translation ours).

⁴⁴ V. Đ. Degan, op. cit., 140; R. Lapidoth, op. cit., 173.

affirmed that, during the application of international law, between various plausible legal interpretations, courts may opt for “the one which appears (...) to be closest to the requirements of justice”.⁴⁵ This concept has also been expressed by Academician Slobodan Perović, who maintains that, “when the judge is purely an automatic implementer of the legal norm (...) and [he] is not allowed, through interpretation, to bring such norm to an equitable solution, the role of the judge is contrary to itself”.⁴⁶

Equity *infra legem* was commonly used before the PCIJ, in cases such as the *Diversion of Water from the Meuse*⁴⁷ or the *S. S. Wimbledon*,⁴⁸ when the prevalent understanding of equity was that of a group of principles that facilitated reaching just and fair judgments while staying within the bounds of the treaties or customary rules that were to be applied. This type of equity implies an understanding that law and equity are complementary,⁴⁹ and that the matter is not solely finding an “equitable solution”, but one that derives “from the applicable law”.⁵⁰ As for the judgments of the ICJ, utilisation of equity *infra legem* was made in the *Judgments of the Administrative Tribunal of the I.L.O.* advisory opinion, when the Court had to evaluate the total sum of the compensation, after the right to the latter had been determined,⁵¹ and the *Frontier Dispute* case, wherein the ICJ had to divide the waters of the pool of Soum, subsequent to finding that it was a frontier pool.⁵² In the *North Sea Continental Shelf* case, the Court explained that its judgments have to be just, and so equitable. It also specified that “just” means that the “objective justification” of the decision lies “within the rules”,⁵³ which was later regarded by the ICJ as applying equity *infra legem*. This is, however, disputed (see below).

⁴⁵ *Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, op. cit., Para. 71.

⁴⁶ S. Perović, “Prirodno pravo i kultura mira”, *Besede sa Kopaonika*, Belgrade, 2003, 433 (our translation).

⁴⁷ *The Diversion of Water from the Meuse*, op. cit., 5 ff. See F. Francioni, op. cit., Para. 10.

⁴⁸ *The S.S. Wimbledon (United Kingdom and others v. Germany)*, Judgment of 17 August 1923, PCIJ (Series A) No. 1, para 56. In the case, equity *infra legem* is represented by the fixation of a fair rate of interest, after the right to the latter had been previously determined by a legal norm (see R. Lapidoth, op. cit., 173).

⁴⁹ F. Francioni, op. cit., Para. 10.

⁵⁰ *Frontier Dispute*, op. cit., Para. 28; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Judgment of 25 July 1974, ICJ Reports 1974, Para. 78.

⁵¹ *Judgments of the Administrative Tribunal of the I.L.O. upon complaints made against the U.N.E.S.C.O.*, op. cit., 100.

⁵² *Frontier Dispute*, op. cit., Para. 28. See R. Lapidoth, op. cit., 173.

⁵³ *North Sea Continental Shelf*, op. cit., Para. 88.

Equity praeter legem – a gap-filling method

Equity *praeter legem* acts as a correction to the international legal insufficiencies, filling in “gaps and interstices in the law”,⁵⁴ i.e., its “logical lacunae”.⁵⁵ The law cannot foresee every possible situation, and so we are left with holes, which have to be filled by judicial organs. So does the ICJ, as it cannot decide to abstain from deciding in cases wherein the “law is silent”,⁵⁶ i.e., there is no applicable law (*non liquet*). In such situations, judges rely on “considerations” of equity, which has the purpose of preventing declarations of *non liquet* by the Court.⁵⁷ However, the question is whether gaps do exist in international law, as it could be argued that there cannot be lacunae in the legal system if we consider it as a “whole”, but rather only in areas of it, such as statutory law, and that courts are inclined to fill existent gaps recurring to customary rules and general principles. If old principles cannot be used to handle a new state of affairs, new ones, based on existing ideas or concepts, will be created. Consequently, rules or general principles of law can be applied in almost all situations,⁵⁸ which is why some authors argue that equity *praeter legem* is not necessary.⁵⁹

An illustration of the application of this kind of equity is the *Corfu Channel* case, wherein the Court affirmed that the obligation of warning non-domestic ships is not based on any treaty, but on general and well-recognised principles of law, such as “elementary considerations of humanity”,⁶⁰ which is of “equitable nature”.⁶¹ In the *North Sea Continental Shelf* case, considering the unjust decision that would result from the utilisation of the equidistance method, the one usually applied when settling cases regarding borders of continental shelves, the ICJ opted for the usage of equitable principles, stating that equity signifies “applying a rule of

⁵⁴ *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, op. cit., Separate opinion of Judge C. Weeramantry, Para. 65.

⁵⁵ *Barcelona Traction*, op. cit., Separate opinion of Judge F. Ammoun, Para. 42.

⁵⁶ *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, op. cit., Separate opinion of Judge C. Weeramantry, Para. 65.

⁵⁷ C. Titi, op. cit., 88; V. Đ. Degan, op. cit., 141; S. K. Chattopadhyay, “Equity in International Law: Its Growth and Development”, *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Vol. 5, No. 2, Athens, 1975, 397.

⁵⁸ C. Titi, op. cit., 90.

⁵⁹ See V. Lowe, op. cit., 58–63.

⁶⁰ *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, Judgment of 9 April 1949, ICJ Reports 1949, 4, 22.

⁶¹ R. Lapidoth, op. cit., 173.

law which itself requires the application of equitable principles” and that it is not a “matter of abstract justice”.⁶² Some authors regard this as an application *praeter legem*, even though the Court implied a usage *infra legem* (see below).

The danger of equity *praeter legem* is that judges can get more or less creative,⁶³ substituting norms they do not deem just with equity that “lacks all general doctrine and varies from case to case” not solely according to the facts of each case, but also to “whatever the judge may choose to dub an equitable result” instead of interpreting the law, which is why equity should be “controlled” and not left to decide by each judge.⁶⁴ As Academician Perović states, courts in general “cannot award [their] own arbitrary fairness, but only the one that can be objectively expressed and established”,⁶⁵ meaning that, as affirmed by the ICJ in the 1985 *Continental Shelf* case, applying equity should be consistent and, to a certain extent, predictable.⁶⁶

Equity contra legem – a remedy to legal inadequacies

Serving as a “remedy” to “social inadequacies of the law”,⁶⁷ equity *contra legem* is utilised “in derogation of the law” for the purpose of refusing “compliance with unjust laws”.⁶⁸ It signifies that unjust legal norms should not be applied,⁶⁹ and, therefore, is not “merely an application of law”.⁷⁰ In his separate opinion regarding the *North Sea Continental Shelf* case, Judge Ammoun was of the view that the parties have to permit the ICJ to make use of equity *contra legem*, but it is disputable in which form such an agreement has to be made.⁷¹ In the *Frontier Dispute* case, the Court stated that it could utilise equity *contra legem* exclusively if the parties gave their consent for a judgment based on *ex aequo et bono*. It can be deduced that

⁶² *North Sea Continental Shelf*, op. cit., Para. 85 ff.

⁶³ F. Francioni, op. cit., Para. 16.

⁶⁴ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, op. cit., Dissenting opinion of Judge André Gros, Para. 41–42.

⁶⁵ S. Perović, op. cit., 865 (our translation).

⁶⁶ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)*, Judgment of 3 June 1985, ICJ Reports 1985, Para. 45.

⁶⁷ *North Sea Continental Shelf*, op. cit., Separate opinion of Judge F. Ammoun, Para. 37.

⁶⁸ C. Titi, op. cit., 91; R. Lapidoth, op. cit., 172; L. B. Sohn, op. cit., 279.

⁶⁹ M. N. Shaw, op. cit., 106. Sometimes, it can look like applying complex legal norms, such as the ones that can be made void on equitable bases (see V. Lowe, op. cit., 63–64).

⁷⁰ V. Lowe, op. cit., 63; C. Titi, op. cit., 91.

⁷¹ *North Sea Continental Shelf*, op. cit., Separate opinion of Judge F. Ammoun, Para. 37.

the similarity between equity *contra legem* and *ex aequo et bono* is that the parties need to give their permission for the Court to be able to rule on such basis.⁷² However, *ex aequo et bono* can “belong” to every type of equity, not only *contra legem*,⁷³ and, unlike them, there is no need for it to be “related to judicial considerations”. Judgments brought on *ex aequo et bono* basis can “disregard” legal norms “for the sake of expediency”, whilst decisions grounded on equity *contra legem* can just do it with regard to “the letter of the law and not its spirit”.⁷⁴

Contrary to equity *infra* and *praeter legem*, the Court has never judged a case on equity *contra legem* grounds, because it never got such authorisation from the parties. Recurring regularly to equity *contra legem* could be deemed “otiose”, since, in most cases, an identical result can be achieved by invoking customary rules or general principles of international law.⁷⁵ When this is not possible, equity *contra legem* could be of fundamental importance, as argued by Lowe. He holds that, at times, this type of equity is necessary. The first situation is represented by the cases in which international judges deem the results of a case to be legally, but not morally acceptable. The second occurs when the parties are particularly interested in the rationale of a judgment. For instance, this happens when they want to clearly state the rules that govern the way they have to behave in the future, which they consider as important as solving the case, or when the basis used for the judgment has high value for the parties.⁷⁶

A critique of the traditional classification

The traditional classification in equity *infra*, *praeter* and *contra legem* is theoretically comprehensible, but impractical. First, the jurisprudence of the Court shows that judges do not unanimously agree on which kind of equity has been used in specific cases, which is proved by the existence of dissenting opinions which argue that the ICJ applied a different type of equity than the one stated in the judgment. Second, giving a point of view about the utilisation of one kind of equity instead of the other is too dependent on how the person analysing a specific case interprets it, which is why the traditional classification is just theoretical and not practically viable.

⁷² *Frontier Dispute*, op. cit., Para. 28. See also C. Titi, op. cit., 91; R. Lapidoth, op. cit., 174; F. Francioni, op. cit., Para. 17.

⁷³ R. Lapidoth, op. cit., 172; L. B. Sohn, op. cit., 285.

⁷⁴ R. Lapidoth, op. cit., 172.

⁷⁵ C. Titi, op. cit., 91–92.

⁷⁶ V. Lowe, op. cit., 67–69.

An appropriate example that helps us to explain the problematic delimitation between equity *infra* and *praeter legem* is the *North Sea Continental Shelf* case, wherein the Court stated, as aforementioned, that the “objective justification” of the judgment lies “within the rules” and the usage of “equitable principles” was called by a “rule of law”,⁷⁷ which means that equity was applied by reason of a gapless norm calling for its application, and not for filling legal gaps.⁷⁸ This understanding was later regarded by the ICJ as the use of equity *infra legem*.⁷⁹ However, Judge Ammoun was of the view that there existed a lacuna in the law that required to be filled, because the principle of equidistance did not bind Germany and delimitation of the continental shelf was not contained in a treaty or a custom, and that the use of equity was, therefore, *praeter legem*.⁸⁰ Francioni deems the argumentation of the Court as a “rhetorical device permitting the Court to ‘assume’ the existence of a legal norm or principle of international law prescribing the application of equitable principles”, stating that the actions of the ICJ actually represent that a legal lacuna was present, and that it had to be filled referencing to equity.⁸¹ Hence, he agrees with Judge Morelli, who depicted, in his dissenting opinion, the reference to equity as a source of “extra-legal criteria” and principles.⁸²

Concerning the differentiation between equity *praeter* and *contra legem*, the Statute of the ICJ does not decisively separate the two, and, thus, drawing the line between them can be challenging. First, due to the generality⁸³ of norms and principles of international law, their scope can be unspecified and flexible, i.e., they could be applied in various situations, making it possible for judges to recur to equity as a group of principles inside the limits of the law. Second, owing to the fact that international courts are not obliged to adhere to precedents, determining when the utilisation of the discretionary authority of judges can be classified as equity *contra legem* is complicated. Third, the law in general, and so international law, constantly evolves. This could result in anticipating a legal norm which is *contra legem*

⁷⁷ *North Sea Continental Shelf*, op. cit., Para. 88 ff.

⁷⁸ C. Titi, op. cit., 92–93; V. Lowe, op. cit., 61.

⁷⁹ C. Titi, op. cit., 93, referring to *Frontier Dispute*, op. cit., Para. 28.

⁸⁰ *North Sea Continental Shelf*, op. cit., Separate opinion of Judge F. Ammoun, Para. 32. See C. Titi, op. cit., 93. This shows that equity *praeter legem* can often be perceived as *infra legem* (Lapidoth, op. cit., 174).

⁸¹ F. Francioni, op. cit., Para. 13.

⁸² *North Sea Continental Shelf*, op. cit., Dissenting opinion of Judge Gaetano Morelli, Para. 19. See F. Francioni, op. cit., Para. 13; C. Titi, op. cit., 93–94.

⁸³ International legal norms tend to be more general and abstract than the domestic ones, leaving greater discretionary power to the judges (see R. Lapidoth, op. cit., 165).

at the time of the judgment, but that could subsequently turn into a rule compliant with the law.⁸⁴ It is possible that rules and principles of law that were formed and elaborated many years ago become inadequate to attain justice at one point, in view of the development the world continually undergoes. Stances concerning morality and ethics transform with the evolution of the civilisation, which is often in the need of innovative regulatory requirements.⁸⁵ This is one of the roles of equity, which serves as a facilitator for the modification of the law, helping legislators to keep up with the modern understandings of justice, and so indirectly meliorating legal systems. In other words, equity sets the groundwork for future enhancements of the law.⁸⁶ For example, in the *Fisheries* case, the ICJ gave consideration to several aspects and anticipated numerous equity-related approaches that were later elaborated in the *North Sea Continental Shelf* and other cases before it.⁸⁷

EX AEQUO ET BONO BEFORE THE COURT – AN IGNORED OPTION

No cases before the PCIJ or the ICJ have been judged solely on an *ex aequo et bono* basis,⁸⁸ owing to the possible political consequences such decisions could have, which could potentially decrease the authority of the Court in bringing judgments.⁸⁹

⁸⁴ F. Francioni, *op. cit.*, Para. 17.

⁸⁵ Thomas Cottier, “Equity in International Law”, *Intergenerational Equity: Environmental and Cultural Concerns* (Ed. Thomas Cottier, Shaheez Lalani, Clarence Siziba), Leiden, Boston, 2019, 14–15.

⁸⁶ T. Cottier, *op. cit.*, 15, 29–30; S. K. Chattopadhyay, *op. cit.*, 398.

⁸⁷ *Fisheries case (United Kingdom v. Norway)*, Judgment of 18 December 1951, ICJ Reports 1951, 116; T. Cottier, *op. cit.*, 22.

⁸⁸ E.g., C. Titi, *op. cit.*, 2; ICJ, *Handbook*, *op. cit.*, 98; F. Francioni, *op. cit.*, Para. 1, 9; M. Kotzur, *op. cit.*, Para. 7, 15. *Ex aequo et bono* has been utilised before other international courts and tribunals, as well as in certain legal areas it is more suitable for. An example is constituted by alternative dispute resolution such as arbitration, because *ex aequo et bono* creates the opportunity to end a case quicker and fairer than before a court of law (Carolyn A. Dubay, “Distinguishing Equitable Principles from Ex Aequo et Bono in International Law”, *International Judicial Monitor*, Winter 2015 Iss., Washington D.C., 2015), allowing the arbitrator to prevent inflexible judgments (M. Jovanović, *op. cit.*, 148; M. Kotzur, *op. cit.*, Para. 7). However, even in disputes before arbitral tribunals the parties seldom decide to resort to it due to its uncertainty and unpredictability, in view of the fact that it is subjective, that the parties will find out their rights and duties only when the arbitral award has been brought and for other reasons (see M. Lazić, G. Palermo, S. Dragičević, *op. cit.*, 49 ff; M. Jovanović, *op. cit.*, 148). Parts of law that are emerging also represent areas where *ex aequo et bono* is far more effective than before the ICJ. Disputes related to the internet or intellectual property are an illustration of this, in view of the absence of legal norms that thoroughly regulate those branches of law (L. Trakman, *op. cit.*, 623).

⁸⁹ M. Kotzur, *op. cit.*, Para. 7; L. Trakman, *op. cit.*, 625–626.

Specifically, consent given by states is what gives “continued legitimacy” to international courts. As long as judges before those judicial organs apply universally accepted principles of law, the international legal system will remain stable and predictable. Ignoring them and deciding based on what they consider fair would result in unpredictability and in losing legitimacy as a consequence.⁹⁰ Cases before the ICJ would become ambiguous, uncertain, arbitrary and subjective,⁹¹ and creating this “atmosphere of uncertainty (...) would drive States away from a tribunal as to which they could not foresee (...) what law would be applied by it”.⁹² If legal rules have to be corrected, it is, thus, preferable if such variations are made on grounds of principles that are widely recognised in national legal systems, rather than getting a judgment concluded purely by judicial discretion.⁹³ This is why, in many cases before it, the Court was careful to underline that its decisions were not made on an *ex aequo et bono* basis.⁹⁴

At this point, the question of whether *ex aequo et bono* might ever be used before the ICJ emerges. To answer it, rather than focusing on the contentious jurisdiction of the Court, we should concentrate on the advisory one, by imagining an inter-state relation. Different states may understand that the rights and duties currently in effect between them, that were previously agreed upon, are not in harmony with the current factual situation. The first imaginable solution would be to establish, by agreement, an equitable, up-to-date legal relation. In the event that the states were unable to come to an agreement, a way-out would be the possibility of the Security Council or the General Assembly of the United Nations to request the Court to give an advisory opinion⁹⁵ that would assist the parties in determining an equitable compromise.⁹⁶ We could also envisage circumstances that cause issues that cannot be appropriately solved exclusively on a legal basis. If the parties chose to solve their dispute before the Court, so they could get an obligatory judgment brought in compliance with “equity and good conscience”, the ICJ would rule on *ex aequo et bono* grounds.⁹⁷

⁹⁰ C. A. Dubay, op. cit.; M. Kotzur, op. cit., Para. 7; C. Titi, op. cit., 2.

⁹¹ M. Kotzur, op. cit., Para. 5.

⁹² *Barcelona Traction*, op. cit., Separate opinion of Judge F. Ammoun, Para. 42.

⁹³ M. W. Janis, op. cit., 11–12.

⁹⁴ E.g., *North Sea Continental Shelf*, op. cit., Para. 88; *Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, op. cit., Para. 71; *Frontier Dispute*, op. cit., Para. 28.

⁹⁵ See Charter of the United Nations, Art. 96, Para. 1.

⁹⁶ S. K. Chattopadhyay, op. cit., 385–386.

⁹⁷ *Ibidem*.

CONCLUSION

In his 1991 *Besede*, Academician Slobodan Perović affirmed that, no matter what, jurists have to preserve the idea of justice,⁹⁸ and so they need to do with equity. As we have demonstrated, equity, an emanation, concretisation and individualisation of justice, has played a significant role as a source of law before the ICJ. Whilst it has often been applied in the case-law of the Court in the form of *infra* and *praeter legem*, this has yet to happen with regard to equity *contra legem* and *ex aequo et bono* because the ICJ has never been permitted to do so.

From our analysis, we found three situations regarding the application or non-application of a type of equity or *ex aequo et bono* to be positive. Firstly, without the inherent power of interpretation of the law by judges, i.e., the application of equity *infra legem*, the law could not be able to achieve its goal, considering that it would not be able to come nearer to justice. Secondly, if the Court did not have the right to fill legal lacunae without the permission of the parties, its judicial authority would diminish, since it would not be able to judge cases with gaps in them, often resulting in *non liquet*. Thirdly, *ex aequo et bono* judgments would also decrease the power of the Court to rule, owing to the uncertainty and unpredictability that bringing a decision on grounds that judges deem fair, but not restrained by legal norms, would cause.

However, we are of the opinion that there are cases when the ICJ could make use of equity *contra legem*, in the light of the possible positive consequences it could have. We have explained that this kind of equity may be necessary when the judges find the outcome of a case lawful, but unacceptable on moral grounds, as well as when the rationale of the judgment is of great interest to the parties. The Court would not leave the regal realm when deciding *contra legem*, considering that judging on this basis is not an extra-judicial activity. Resorting at times to this type of equity could help the ICJ to achieve the aforementioned purpose of the legal system while staying within legal norms. Therefore, we maintain that, in principle, the starting point would always have to be legal norms, but if they have to be corrected due to being inequitable, the ICJ should do so while remaining in the legal realm, or, in the words of Academician Perović, “when applying the law, court[s] should go one step further from the law”, but not outside it.⁹⁹

⁹⁸ S. Perović, “Svojinsko pitanje”, *Besede sa Kopaonika*, Belgrade, 1991, 41 (our translation).

⁹⁹ S. Perović (1994), op. cit., 117 (our translation).

ANDREJ CONFALONIERI, master prava
Student Pravnog fakulteta Univerziteta u Lajdenu

PRAVDA I PRAVIČNOST PRED MEĐUNARODNIM SUDOM PRAVDE
– PRAVIČNOST I *EX AEQUO ET BONO* KAO IZVORI PRAVA

Rezime

Ovaj rad ispituje pravičnost i *ex aequo et bono* kao izvore prava pred Međunarodnim sudom pravde (MSP). Dok za odlučivanje isključivo na osnovu pravičnosti (*ex aequo et bono*) MSP treba da dobije dozvolu stranaka, što se nikad nije desilo, usled svoje neizvesnosti, proizvoljnosti i subjektivnosti, principi pravičnosti se smatraju delom međunarodnog prava i direktno su primenljivi kao pravo. Uprkos svojoj nepraktičnosti, tradicionalna klasifikacija razdvaja pravičnost *infra legem*, čiji je cilj da sudija izabere prikladno tumačenje pravnih normi, pravičnost *praeter legem*, čija je uloga da popuni pravne praznine i spreči *non liquet*, i pravičnost *contra legem*, sa ciljem odbijanja primene nepravičnih zakona. Za razliku od prva dva tipa, za pravičnost *contra legem* je potrebna dozvola stranaka, koju MSP nikad nije dobio. Autor zaključuje da je pozitivno da MSP koristi pravičnost *infra* i *praeter legem*, odnosno da ne koristi *ex aequo et bono*, ali i da bi mogao koristiti pravičnost *contra legem*. Ona bi pomogla postizanju cilja pravnog sistema, odnosno da se pravo približi pravdi, a da pritom ne izađe iz okvira zakona, ali bi i mogla biti korisna kada sudije smatraju da je ishod slučaja zakonit, ali ne i moralno prihvatljiv, i kada su stranke posebno zainteresovane za obrazloženje presude.

Ključne reči: pravičnost, *ex aequo et bono*, Međunarodni sud pravde, *contra legem*, principi pravičnosti

Bibliography

- Chattopadhyay S. K., “Equity in International Law: Its Growth and Development”, *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Vol. 5, No. 2, Athens, 1975.
- Cottier T., “Equity in International Law”, *Intergenerational Equity: Environmental and Cultural Concerns* (Ed. Thomas Cottier, Shaheez Lalani, Clarence Siziba), Leiden, Boston, 2019.
- Degan V. Đ., “Pravičnost i međunarodno pravo u razgraničenjima morskih prostora”, *Poredbeno pomorsko pravo*, Vol. 49, No. 164, Zagreb, 2010.
- Dothan S., “Ex Aequo Et Bono: The Uses of the Road Never Taken”, *Research Handbook on the International Court of Justice* (Ed. Achilles Skordas), 2019 (Forthcoming).
- Fitzmaurice M., “The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: The Journey from the Past to the Present”, *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (Ed. Samantha Besson, Jean d’Aspremont), Oxford, 2017.
- Francioni F., “Equity in International Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Ed. Rüdiger Wolfrum), Online edition, 2020.
- Janis M. W., “The Ambiguity of Equity in International Law”, *Brooklyn Journal of International Law*, No 9, Vol. I, Brooklyn, 1983.

- Jovanović M., “The Role of Ex Aequo et Bono in ICSID Arbitration”, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, No. 1, Belgrade, 2021.
- Kotzur M., “Ex Aequo et Bono”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Ed. Rüdiger Wolfrum), Online edition, 2009.
- Lapidoth R., “Equity in International Law”, *Israel Law Review*, Vol. 22, No. 2, Jerusalem, 1987.
- Lazić M., Palermo G., Dragičević S., “Ex Aequo et Bono in International Arbitration”, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, No. 1, Belgrade, 2020.
- Lowe V., “The Role of Equity in International Law”, *Australian Year Book of International Law*, No. 12, The Hague, 1989.
- Milano E., “General Principles *Infra, Praeter, Contra Legem?* The Role of Equity in Determining Reparation”, *General Principles and the Coherence of International Law* (Ed. Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice, Attila Tanzi, Jan Wouters, Ludovica Chiussi), Leiden, 2019.
- Perović S., “Budućnost prirodnog prava”, *Besede sa Kopaonika*, Belgrade, 2006.
- Perović S., “Heksagon prirodnog prava”, *Besede sa Kopaonika*, Belgrade, 1994.
- Perović S., “Kultura u kodifikaciji i nekultura u ostvarenju prirodnih prava čoveka”, *Besede sa Kopaonika*, Belgrade, 2000.
- Perović S., “Prirodno pravo i dostojanstvo”, *Besede sa Kopaonika*, Belgrade, 2013.
- Perović S., “Prirodno pravo i kultura mira”, *Besede sa Kopaonika*, Belgrade, 2003.
- Perović S., “Prirodno pravo i odgovornost”, *Besede sa Kopaonika*, Belgrade, 2011.
- Perović S., “Prirodno pravo i stvarnost”, *Besede sa Kopaonika*, Belgrade, 2017.
- Shaw M. N., *International Law*, 6th edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- Sohn L. B., “Equity in International Law”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 82, Washington D. C., 1988.
- Titi C., *The Function of Equity in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- Trakman L., “Ex Aequo et Bono: Demystifying an Ancient Concept”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 8, No. 2, Chicago, 2008.

DRUGA NAGRADA
„PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ“

ALEKSA ŠKUNDRIĆ

ODNOS NAČELA UTVRĐIVANJA ISTINE I NAČELA PRAVIČNOG VOĐENJA KRIVIČNOG POSTUPKA

Cilj ovog rada je pokušaj rasvetljavanja odnosa između načela utvrđivanja istine i načela pravičnog vođenja krivičnog postupka. Kako bi se ovaj osnovni cilj postigao, najpre se posebno razmatra načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka, koje autor shvata u njegovom najširem mogućem smislu, odnosno kao zahtev da krivični postupak u svom totalitetu i u odnosu na sve njegove subjekte mora biti pravičan. Nakon toga, prelazi se na analizu mogućih shvatanja o vrhovnom, odnosno osnovnom načelu krivičnog postupka. Uz to, čini se i kratak osvrt na cilj krivične procedure. Zaključuje se kako ni istina, ni pravičnost sami po sebi nisu podobni da budu ciljevi postupka, već da predstavljaju nužna sredstva za dostizanje tog cilja, koji se određuje kao pravilna primena materijalnopravne krivične norme na istinu, koja je utvrđena u pravično sprovedenom krivičnom postupku. Sledstveno tome, autor iznosi svoj stav da su i načelo utvrđivanja istine i načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka, zapravo zajedno vrhovna načela krivičnog postupka, odnosno da to treba da budu u jednom savremenom krivičnom postupku kontinentalno-evropskog (mešovitog) tipa, te daje argumente u tom pravcu.

Ključne reči: krivični postupak, načelo utvrđivanja istine, načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka

U V O D

U našem prošlogodišnjem članku pisanom za Kopaoničku školu prirodnog prava bavili smo se pitanjem načela utvrđivanja istine u krivičnom postupku.¹

Aleksa Škundrić, saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: skundricaleksa5@gmail.com.

¹ Aleksa Škundrić, „Dometi načela utvrđivanja istine u krivičnom postupku“, *Primena prava i pravna sigurnost: Zbornik radova 34. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava „Slobodan Perović“* (ur. Jelena S. Perović Vujačić), tom IV, Beograd, 2021, 91–107.

U njemu smo se, između ostalog, založili za suštinsko vraćanje načela utvrđivanja istine u krivični postupak Republike Srbije, pre svega kroz propisivanje dužnosti dokaznog aktiviranja suda na glavnom pretresu radi utvrđivanja istine.² Na poslednjim stranicama tog rada, dotakli smo se odnosa načela utvrđivanja istine i načela pravičnog vođenja krivičnog postupka, te smo, između ostalog, konstatovali nešto što je, čini nam se, u savremenoj teoriji krivičnog procesnog prava nesporno, a to je da „... u skladu sa načelom pravičnog vođenja krivičnog postupka, u samim odredbama propisa kojim se uređuje krivična procedura treba da postoje ograničenja načela utvrđivanja istine u krivičnom postupku“.³

Tema našeg ovogodišnjeg rada biće upravo to – pokušaćemo da, koliko je to u jednom članku moguće – rasvetlimo odnos u kojem stoje ova dva načela krivičnog postupka. Kako bismo postigli taj cilj, najpre ćemo učiniti osvrt kako na teorijske stavove, tako i na normativne okvire načela pravičnog vođenja krivičnog postupka.⁴ Potom ćemo dati jedan sumarni prikaz stavova o cilju krivičnog postupka, uz isticanje stava po tom pitanju. Konačno, pokušaćemo da istražimo odnos između načela utvrđivanja istine u krivičnom postupku i načela pravičnog vođenja krivičnog postupka, a pre svega imajući u vidu sledeće suštinsko pitanje: da li je jedno od ta dva načela superiorno u odnosu na drugo, ili je reč o načelima koja su ravnopravna, te se kao takva međusobno prožimaju i ograničavaju.

NAČELO PRAVIČNOG VOĐENJA KRIVIČNOG POSTUPKA

Osnovna razmatranja

Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka⁵ spada među „najmlađa“ načela krivičnog postupka. Stariji autori ovo načelo nisu poznavali.⁶ Štaviše, čak i među

² *Ibidem*, 101–104.

³ *Ibidem*, 104–105.

⁴ Budući da smo se normativnim okvirima, te teorijskim stavovima o načelu utvrđivanja istine bavili našem prethodno citiranom prošlogodišnjem radu, razume se da ih ovde nećemo ponavljati.

⁵ U literaturi se ovo načelo terminološki još označava i kao načelo „fer (eng. *fair*) postupka“, te kao „načelo poštenog vođenja krivičnog postupka“. Tako na primer Škulić ta dva naziva koristi kao sinonime u odnosu na naziv načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka: Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo, Beograd, 2020, 88–90. Uz to, često se koristi i jednostavniji naziv – „načelo pravičnog/pravičnosti krivičnog postupka/suđenja“, pa tako na primer: Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, Informator, Zagreb, 2000, 83; Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union i Javno preduzeće Službeni glasnik, Beograd, 2011, 255–256. Opredelili smo se za naziv „načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka“ iz dva razloga: 1. taj naziv ukazuje na dužnost organa krivičnog postupka

novijim autorima postoje oni koji ga i dalje ne izdvajaju posebno,⁷ kao i oni koji otvoreno kritikuju mogućnost da se tu uopšte može raditi o posebnom načelu.⁸ Ipak, čini se da među savremenim pravnim piscima dominiraju oni koji pravičnom vođenju krivičnog postupka daju značaj posebnog krivičnoprocesnog načela.⁹

Međutim, među autorima koji načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka izdvajaju kao zasebno načelo krivične procedure, ne postoji saglasnost u pogledu njegove sadržine. Jasno je jedino da se radi o načelu „složene i mešovite strukture“,¹⁰ odnosno kako neki pisci kažu, „pojmu prilično složenom i neodređenom“,¹¹

da postupak vodi u skladu sa ovim načelom – iako je po nama nesporno (a o čemu će kasnije biti više reči) da se načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka u jednom širem smislu odnosi i na zakonodavca, ono se u svom operativnom smislu odnosi prvenstveno na organ postupka i 2. kompatibilnost takvog naziva sa nazivom koji koristimo za drugo krivičnoprocesno načelo o kojem pišemo u ovom radu – načelo utvrđivanja istine – gde je takođe akcenat na određenoj dužnosti organa postupka, iako je i tu po nama nesporno da se ovo načelo odnosi i na zakonodavca koji mora da stvori normativne uslove kako bi ono *in concreto* važno i primenjivalo se u samom krivičnom postupku.

⁶ Dragoljub Dimitrijević, *Krivično procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1963, 34–52; Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Naučna knjiga, Beograd, 1964. (citirani autor ne izlaže krivičnoprocesna načela na jednom mestu, već na više odgovarajućih mesta u citiranom delu, te iz tog razloga mi ovde upućujemo na celo delo, bez navođenja konkretnih strana).

⁷ Tako npr: Zagorka Jekić, *Krivično procesno pravo*, GDP Dimitrije Davidović, Beograd, 1998. (citirana autorka ne izlaže krivičnoprocesna načela na jednom mestu, već na više odgovarajućih mesta u citiranom delu, te iz tog razloga mi ovde upućujemo na celo delo, bez navođenja konkretnih strana); Stanko Bejatović, *Krivično procesno pravo*, Javno preduzeće Službeni glasnik, Beograd, 2019, 88–125. (citirani autor pored osnovnih načela koja izlaže na navedenim stranama citirano delo, na određenim mestima u citiranom delu obrađuje i još neka načela koja se odnose na pojedine krivičnoprocesne pojmove i institute, ali se ni među ovim „posebnim“ načelima ne nalazi načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka); Snežana Brkić, Tatjana Bugarski, *Krivično procesno pravo I*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad, 2020, 28–51.

⁸ U tom smislu Grubač: „Danas se sve više za glavni princip krivičnog postupka proglašava načelo pravičnog suđenja, pojam prilično složen i neodređen... Izgleda da se tu pre može govoriti o jednom složenom ljudskom pravu, nego o principu krivičnog postupka“: M. Grubač, op. cit., 255–256.

⁹ D. Krapac, op. cit., 68; Mirjan Damaška, *Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija, Predavanja na poslijediplomskom studiju kaznenopravnih znanosti na Pravnom fakultetu u Zagrebu 5, 6 i 7. lipnja 2001. (prijepis tonskog zapisa)*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2001, 2; Drago Radulović, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2015, 72; Saša Knežević, *Krivično procesno pravo: opšti deo*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2015, 89; Hajrija Sijerčić-Čolić, *Krivično procesno pravo, Knjiga I, Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2017, 113; M. Škulić (2020), op. cit., 88; Ivana Miljuš, *Načelo jednakosti „oružja“ u krivičnom postupku*, doktorska disertacija, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd, 2021, 7, 42–43.

¹⁰ I. Miljuš, op. cit., 43.

¹¹ M. Grubač, op. cit., 255.

tj. o pojmu koji je „otvoren i višeznačan“.¹² Stoga i ne čudi da su, čak i među ovim autorima, retki oni koji pokušavaju da daju definiciju ovog načela.¹³

Pravo na pravično suđenje

Prema čini nam se najčešćem pristupu, načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka se, uglavnom implicitno, suštinski poistovećuje sa pravom na pravično suđenje sadržanom u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima (EKLJP),¹⁴ ¹⁵ te vezuje za praksu Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu (ESLJP). Drugim rečima, načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka se prema tom pristupu shvata u užem smislu, tako da obuhvata niz procesnih prava i garancija koje ima okrivljeni (i eventualno oštećeni), a koje proizlaze iz njegovog složenog prava na pravično suđenje.¹⁶ Ovako shvaćeno, pomenuto načelo ne obavezuje samo sve subjekte u postupku da poštuju pravo na pravično suđenje okrivljenog, već i samog zakonodavca da prilikom donošenja zakona kojim se uređuje krivični postupak, vodi računa o tome da u njih inkorporiše minimalne međunarodne standarde prava na pravično suđenje.¹⁷

¹² D. Krapac, op. cit., 86.

¹³ Prema Škuliću, posebno i samostalno značenje načela pravičnog vođenja krivičnog postupka (pored dakle onog njegovog značenja koje podrazumeva sublimaciju većine drugih načela postupka) ogleda se u tome da „svaka stranka, a posebno odbrana, ima mogućnost da slobodno raspolaze svim pravima koja joj se u postupku inače garantuju, te da se postupak vodi tako da njegov ishod bude zasnovan jedino i isključivo na pravnim argumentima i činjeničnom stanju koje je tokom suđenja utvrđeno na temelju korektno izvedenih dokaza i uz puno poštovanje ravnopravnosti stranaka u svim fazama postupka“: M. Škulić (2020), op. cit., 90. Đurđić ukazuje da se ovo načelo poima kao „delotvorno sredstvo za uspostavljanje ekvilibrijuma između dva međusobno suprotstavljena zahteva prilikom legislativnog uređenja krivične procedure – težnje za efikasnim postupkom i težnje za većom zaštitom ljudskih prava“: V. Đurđić (2006), op. cit., 92. Krapac smatra da načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka podrazumeva: 1. zabranu diskriminacije, odnosno takvog razlikovanja između stranaka koje bi umanjivalo ili ograničavalo njihova prava bez opravdanja u razlikama između njihovih procesnih položaja, 2. da se utvrđivanje krivice učinioca krivičnog dela te eventualne kazne mora sprovesti prema autoritativnim pravnim standardima, 3. da se krivični postupak mora voditi pred telom sa prerogativima samostalne i nezavisne državne sudske vlasti i 4. da se okrivljenom u potpunosti mora omogućiti odbrana otklanjanjem (kompenzacijom) nejednakosti između njega i državne represivne vlasti: D. Krapac, op. cit., 85.

¹⁴ Ovo pravo je sadržano u članu 6 (EKLJP).

¹⁵ U tom smislu: „Teško je da se jasno i precizno odredi opseg načela pravičnosti. Pravo na pravično suđenje, pored opšteg prava okrivljenog da se protiv njega vodi pravičan postupak, obuhvata i brojna eksplicitna i implicitna prava okrivljenog“: I. Miljuš, op. cit., 43.

¹⁶ Ipak, u teoriji postoji i još uže shvatanje načela pravičnog vođenja krivičnog postupka, prema kojem je ono samo jedan od konstitutivnih elemenata prava na pravično suđenje tj. prava na sudsku zaštitu: V. Đurđić (2006), op. cit., 92.

¹⁷ Tako i Krapac: „Načelo „pravičnog postupka“ usmjereno je u prvome redu na zakonodavca, koji se pri donošenju propisa kaznenog procesnog prava mora „samoograničiti“ kako bi svoje pravo

Pravo na pravično suđenje postoji kako u međunarodnom,¹⁸ tako i u unutrašnjem pravu.¹⁹ U tom smislu, ono je zajemčeno u članu 32 Ustava Republike Srbije.²⁰ Sam Zakonik o krivičnom postupku (ZKP),²¹ pak, ne sadrži eksplicitno propisano pravo na pravično suđenje, ali već u svom prvom članu (stav 1) propisuje kako je cilj Zakonika da „niko nevin ne bude osuđen, a da se učinocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje propisuje krivični zakon, na osnovu zakonito i pravično sprovedenog postupka“.²² Međutim, i u pogledu sadržine samog prava na pravično suđenje moguća su različita tumačenja.

Prema najužem mogućem shvatanju, pravo na pravično suđenje obuhvata isključivo ona prava koja su pod tim nazivom striktno pobrojana u pozitivnopravnim aktima.²³ Nešto šire shvatanje u pravo na pravično suđenje ubraja i ostala prava i garancije okrivljenom koje se nalaze „rasute“ po drugim mestima u pozitivnopravnim aktima, dakle koje nisu propisane u odredbi koja se striktno odnosi na pravo na pravično suđenje, ali koje su u suštinskoj vezi sa tim pravom, u smislu da je opravdano smatrati da iz njega proizlaze.²⁴ Konačno, moguće je i najšire

javnog kažnjavanja doveo u ravnotežu s pravima i slobodama građana. No, ono se tim više odnosi na suca, koji prilikom primjene propisa kaznenog procesnog prava njihovim tumačenjem mora postići tu ravnotežu“: D. Krapac, op. cit., 85–86. Slično i: Marina Carić, „Pojam načela pravičnog postupka pred kaznenim sudom“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2, 2006, 57; D. Radulović, op. cit., 75.

¹⁸ Pored EKLJP, ovo pravo je sadržano i u brojnim drugim međunarodnim aktima i dokumentima, v. npr. član 10 Opšte (Univerzalne) deklaracije o ljudskim pravima, član 14 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, član 8 Američke konvencije o ljudskim pravima.

¹⁹ Istorijski posmatrano, koncept „pravičnog suđenja“ (eng. *fair trial*) nastao je u engleskom pravu. U literaturi se navodi da je pravičnost (*fair*) prvi put „spojena“ sa suđenjem u XVII veku (Ian Langford, „Fair Trial: The History of an Idea“, *Journal of Human Rights*, br. 1, 2009, 38. Citirani autor ukazuje da koncept prava na pravično suđenje nije univerzalan, već da je reč u pojmu koji je „izvezen“ država engleskog govornog područja (*ibidem*). Međutim, iako sam termin „pravično suđenje“ nije nastao u pravnoj tradiciji kontinentalne Evrope, već je u nju dospelo iz anglosaksonskog prava, a preko EKLJP, pojedini elementi prava na pravično suđenje (primera radi, jednakost „oružja“, pretpostavka nevinosti, javnost postupka itd.), bilo da ga shvatamo uže ili šire, svakako su bili dobro ukorenjeni u evrokontinentalnoj pravnoj tradiciji. U tom smislu: M. Grubač, op. cit., 176. Pravo na pravično suđenje uvršteno je i u *Deklaraciju Kopaoničke škole prirodnog prava* iz 2002. godine: Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2018, 379.

²⁰ *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.

²¹ *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.

²² Za uporednopravni prikaz načela pravičnog vođenja krivičnog postupka iscrpno v.: I. Miljuš, op. cit., 14–41.

²³ Poput, na primer, već pomenutog člana 6 EKLJP.

²⁴ U tom smislu: I. Miljuš, op. cit., 43.

tumačenje, prema kojem pravo na pravično suđenje predstavlja osnovno, najvažnije pravo okrivljenog, iz kojeg praktično izvire sva ostala njegova procesna prava.²⁵ U literaturi se takođe ukazuje i na to da subjekt prava na pravično suđenje, u izvešnim slučajevima, može pored okrivljenog biti i oštećeni u krivičnom postupku.²⁶

U vezi sa poslednje opisanim, najširim shvatanjem prava na pravično suđenje, može se postaviti pitanje odnosa tog prava i prava na odbranu, koje se tradicionalno smatralo osnovnim,²⁷ te u tom smislu i najznačajnijim pravom okrivljenog u krivičnom postupku. Nama se čini da nema smetnje da se, ukoliko prihvatimo najšire tumačenje prava na pravično suđenje, prema kojem ono dakle podrazumeva totalitet prava i procesnih garancija koje pripadaju okrivljenom i koje u svom sadejstvu njegov ukupan procesni položaj čine pravičnim, uzme i da pravo na odbranu proizlazi iz tako shvaćenog prava na pravično suđenje.²⁸ Drugim rečima, čini nam se nespornim da je pravično da okrivljeni može da se brani tokom krivičnog postupka.

²⁵ U tom smislu Grubač ističe da „u pojam pravičnog suđenja spadaju i druga prava koja Konvencija garantuje, iako nisu svrstana među odredbe koje se odnose na pravično suđenje već izložena na drugim mestima... Isto tako, u ovo pravo treba ubrojati i sva druga prava odbrane koja u Konvenciji nisu posebno pomenuta, ali koja okrivljeni mora da ima da bi mogao ostvariti ona prava koja su u njoj pomenuta...“: M. Grubač, op. cit., 175.

²⁶ Ilić, analizirajući praksu ESLJP i Ustavnog suda Republike Srbije, zaključuje da se primena člana 6 stav 1 EKLJP može protegnuti i na oštećenog, ali samo ukoliko je on u krivičnom postupku u kojem se kao ovlašćeni tužilac pojavljuje javni tužilac, istakao imovinskopravni zahtev. U slučaju, pak, da je *in concreto* ovlašćeni tužilac oštećeni, prema citiranom autoru ne bi bilo osnova za primenu elemenata prava na pravično suđenje na njega budući da je tada njegova primarna uloga zastupanje krivične optužbe. I konačno, Ilić je stava da je ipak opravdano uvek oštećenom u slučaju povrede ili ugrožavanja nekog od prava koja spadaju u tzv. „tvrdo jezgro“ ljudskih prava (poput, npr., prava na život) priznati određene garancije koje proizlaze iz prava na pravično suđenje, nezavisno od toga da li je oštećeni u konkretnom postupku istakao imovinskopravni zahtev ili ne: Goran P. Ilić, „Oštećeni i standardi ljudskih prava u krivičnom postupku“, *Anali*, br. 2, 2012, 160. U ovom poslednjem slučaju, dakle, uvek postoji dužnost države da sprovede delotvornu i nezavisnu istragu: *ibidem*, 154.

²⁷ Tako: T. Vasiljević, op. cit., 158; Z. Jekić (1998), op. cit., 159; M. Grubač, op. cit., 171; D. Radulović, op. cit., 136; S. Knežević, op. cit., 171; H. Sijerčić-Čolić (2017), op. cit., 197; S. Bejatović (2019), op. cit., 212; M. Škulić (2020), op. cit., 131.

²⁸ U tom smislu: S. Knežević, op. cit., 91. Na takav zaključak implicira i Grubač, kada kaže da se „iz opšteg prava na pravično suđenje izvode brojna prava okrivljenog da mu se pošteno sudi, što se ne svodi samo na pravo da se brani od optužbe koja je podignuta protiv njega, *iako obuhvata i to pravo* (kurziv A. Š.)“: M. Grubač, op. cit., 174. Ipak, čini nam se da citirani autori nisu sasvim dosledno prihvatili koncepciju prema kojoj je u suštinskom smislu pravo na pravično suđenje osnovno pravo okrivljenog, koje sublimira sva ostala njegova prava, pa i pravo na odbranu, budući da na drugim mestima u citiranim delima eksplicitno navode kako je pravo na odbranu osnovno pravo okrivljenog u krivičnom postupku: M. Grubač, op. cit., 171; S. Knežević, op. cit., 171.

*Ekstenzivno shvatanje načela pravičnog vođenja krivičnog postupka
kao jedino opravdano*

Mišljenja smo da pitanje koje je najvažnije, odnosno osnovno pravo okrivljenog u krivičnom postupku, nije od presudnog značaja u odnosu na glavnu dilemu ovog rada – kakav je odnos između načela utvrđivanja istine i načela pravičnog vođenja krivičnog postupka. Ovo zbog toga što smo stava da načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka treba razumeti šire od shvatanja da je ono identično pravu na pravično suđenje. Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka treba shvatiti tako da je njegov osnovni zahtev da krivični postupak u celini i u odnosu na sve njegove subjekte treba da bude pravičan. Ovako shvaćeno, ono se u prvom redu svakako odnosi na okrivljenog. Međutim, nužno se odnosi i na oštećenog, nezavisno od njegove procesne uloge i pogotovo nezavisno od toga da li je on ili nije podneo imovinskopravni zahtev.²⁹ Naime, mišljenja smo da načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka nužno dejstvuje i prema oštećenom kao tužiocu, kao i prema privatnom tužiocu, jer je neophodno da i njihov položaj bude pravičan. Na primer, pravično je konstruisati, te voditi krivični postupak tako da se i oštećenom kao tužiocu, kao pravno neukoj stranci, upućuju odgovarajuće pravne pouke.³⁰ Takođe, čak i kada je oštećeni „samo oštećeni“, odnosno kada nema ni svojstvo tužioca, niti je podneo imovinskopravni zahtev, pa čak i kada nije ni svedok, načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka bi trebalo da se na njega odnosi, u smislu da ima pravo na tzv. delotvornu istragu, odnosno da u razumnom vremenskom periodu dođe do pravnosnažnog okončanja konkretnog krivičnog postupka itd. Konačno, stava smo da se ovako ekstenzivno shvatanje načela pravičnog vođenja krivičnog postupka nužno prostire i na sve ostale subjekte krivičnog postupka. U tom smislu, primera radi, i pravilo koje zabranjuje iznuđivanje iskaza od svedoka, veštaka ili drugog učesnika u postupku mučenjem proizlazi iz ovog načela, i slično.

Prema tome, načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka treba shvatiti u njegovom najširem mogućem značenju. Ono zahteva takvu normativnu konstrukciju krivičnog postupka, te njegovu praktičnu primenu na način da on generalno bude pravičan prema svim subjektima krivičnog postupka.³¹ Ovako shvaćeno,

²⁹ Naime, oštećeni kao tužilac uopšte ne mora da se rukovodi imovinskopravnim razlozima, već osećajem zadovoljenja pravde u materijalnom ili u formalnom smislu: I. Miljuš, op. cit., 134.

³⁰ U tim smislu Miljuš, kada ističe da se „u krivičnim postupcima u kojima su ovlašćeni tužiocu oštećeni kao tužilac i privatni tužilac načelo (citirana autorka na ovom mestu misli na načelo jednakosti „oružja“, ali ne vidimo smetnju ni da se njen zaključak primeni i na načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka) se realizuje najpre kao jednakost u poukama“: I. Miljuš, op. cit., 122.

³¹ U tom smislu: „Da bi od sudije, kao živog pravедnika, zaista dobili pravdu, potrebno je, pre svega, da postoji pravедno pravo, a zatim, da takvo pravo sudija pravедno primenjuje“:

načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka ima izrazito etički, programski i deklarativni karakter. U suprotnom, kada bi se ovo načelo svelo na pravo na pravično suđenje, onda ne bi postojala ni potreba, ni opravdanje da se ono uopšte izdvaja kao posebno načelo krivičnog postupka. Na primer, ni pravo na odbranu okrivljenog u krivičnom postupku se nikada nije smatralo, odnosno nikad nije „preraslo“ u nekakvo „načelo odbrane“ u krivičnom postupku, već se određivalo isključivo kao pravo (istina, složeno) okrivljenog u postupku. Dakle, jedino je opravdano načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka shvatiti šire od prava na pravično suđenje, na način kako smo to i opisali.

Na ovom mestu nameće se pitanje: kako oceniti kada je određeni krivični postupak, kako u svom totalitetu, tako u pojedinim odredbama pravičan, a kada ne? O pravičnosti kao pojmu je u filozofiji, još od Aristotela i njegove čuvene Pete knjige Nikomahove etike, mnogo toga napisano. U suštini, može se reći da pravičnost predstavlja konkretnu, primenjivačku pravdu.³² S druge strane, za pravdu se, shvaćenu u vezi sa pravom, može reći da je „sinonim za ono što je srazmerno ili jednako“,³³ odnosno da predstavlja „vrednosno načelo raspodele koje određuje koliko dobara i koliko tereta, u vidu pravnih ovlašćenja i pravnih obaveza, treba dati subjektima pojedinih društvenih odnosa. U tom smislu, pravda predstavlja vrednosni izvor prava, na temelju koga racionalni zakonodavac donosi pravne norme odgovarajuće sadržine.“³⁴ Sledstveno tome, krivični postupak kako generalno, tako i u svojim posebnim odredbama može biti kvalifikovan kao pravičan ukoliko se zakonodavac, prilikom njegovog kreiranja, rukovodio načelom (idejom) srazmerne raspodele procesnih prava (i garancija) i procesnih dužnosti na pojedine subjekte krivičnog postupka, imajući u vidu prirodne nejednakosti koje

Slobodan Perović, *Prirodno pravo i sud*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Udruženje pravni-ka Srbije, Beograd, 1996, 8. U skladu sa ovim, „pravedno pravo“ bi bio pravično konstruisan krivični postupak, a njegova „pravedna primena“ bi predstavljala pravično vođenje krivičnog postupka u konkretnom slučaju.

³² Dragan Mitrović, *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2015, 317. Akademik Slobodan Perović pravdu i, kako on kaže, „aktivnu pravičnost“ posmatra kao „univerzalne vrednosti humanističkog izvora i karaktera“, S. Perović (2018), op. cit., 517–518.

³³ D. Mitrović, op. cit., 316. I prema akademiku Slobodanu Peroviću „Pravda kao stožerna vrlina uvek pretpostavlja neku proporciju koja znači jednakost odnosa, u smislu komutativne ili distributivne pravde“: S. Perović, *Ljudska prava i sudijska nezavisnost*, Savet projekta „Konstituisanje Srbije kao pravne države“ i Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1998, 87.

³⁴ Radomir Lukić, Budimir Košutić, *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2004, 117.

među njima *ab initio* postoje.³⁵ Uz to, ovako shvaćeno načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka obuhvatalo bi i „osnovne garancije dobrog pravosuđa, što se postiže stvaranjem normativne podloge nezavisnog i nepristrasnog sudstva, i njegovim oživotvorenjem“,³⁶ budući da bi bez toga i najpravičnije konstruisan krivični postupak u svojoj primeni nužno bio nepravičan, te da bi u tom slučaju načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka predstavljalo samo mrtvo slovo na papiru.

NAČELA UTVRĐIVANJA ISTINE I PRAVIČNOG VOĐENJA KRIVIČNOG POSTUPKA – VRHOVNA NAČELA KRIVIČNE PROCEDURE

U nauci krivičnog procesnog prava tradicionalno je prisutna tendencija klasifikacije načela krivičnog postupka po određenim kriterijumima,³⁷ iako postoje i shvatanja koja govore protiv njihove bilo kakve klasifikacije.³⁸ Stava smo kako je

³⁵ U tom smislu: „Može se reći da je težnja svakog racionalnog kaznenog postupka uređenje odnosa između počinitelja kaznenog djela i države kao nositelja monopola javnog kažnjavanja, a ona se ostvaruje na način da primjena tog monopola bude pravična prema svima. To se postiže ravnomjernom raspodjelom prava i dužnosti procesnih protivnika – države kao stranke i presuditelja s jedne strane, te počinitelja kaznenog djela s druge strane“: M. Carić, op. cit., 57; „U krivičnom postupku postoji faktička, prirodna nejednakost između stranaka i konkurencija legitimnih interesa i vrednosti, te se suština načela (citirana autorka ovde misli na načelo jednakosti „oružja“, ali smatramo da se ovaj citat može odnositi i generalno na načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka) svodi na uspostavljanje ravnoteže u krivičnom postupku“: I. Miljuš, op. cit., 52. Na primer, jasno je da je po prirodi stvari okrivljeni (pogotovo ukoliko nema branioca) u inferiornom položaju u odnosu na javnog tužioca, kome su na raspolaganju kako konkretno javno tužilaštvo, tako i drugi državni organi, pre svega policija itd. Upravo zato će krivični postupak biti pravičan samo onda kada, određenim procesnim ovlašćenjima i garancijama, položaj okrivljenog bude doveden u svojevrstnu ravnotežu sa položajem javnog tužioca. S druge strane, ta prirodna nejednakost između stranaka je manje izražena ukoliko se kao ovlašćeni tužilac pojavljuje oštećeni kao tužilac ili privatni tužilac, ali ona i tada postoji samom činjenicom da se krivični postupak vodi upravo prema okrivljenom. Naravno, kao što smo već rekli, ovde bi trebalo imati u vidu da je i tzv. prirodni položaj oštećenog kao ovlašćenog tužioca, te privatnog tužioca, a pogotovo ako nemaju punomoćnika, znatno teži nego u slučaju kada je ovlašćeni tužilac javni tužilac, te bi pravično konstruisan krivični postupak morao da kroz dodatna ovlašćenja i garancije (poput već pominjanih pravnih pouka) oštećenom kao tužiocu/privatnom tužiocu uravnoteži njihov položaj u odnosu na javnog tužioca kao ovlašćenog tužioca i sl.

³⁶ S. Knežević, op. cit., 84.

³⁷ U literaturi se s pravom ukazuje kako je svaka podela (klasifikacija) krivičnoprocesnih načela ipak relativnog karaktera: S. Brkić, T. Bugarski, op. cit., 30; M. Škulić (2020), op. cit., 52.

³⁸ Tako: „... rangiranje procesnih načela, u stvari, njihova klasifikacija za koju smo već rekli da sama po sebi ne može biti naučno opravdani cilj jer nema nikakvu svrhu ni funkciju“: Z. Jekić (1998), op. cit., 14; „... ne vršimo njihovu klasifikaciju ... jer prihvatamo stav da razvrstavanje načela

klasifikacija načela krivičnog postupka ipak opravdana i poželjna, i to pre svega u cilju što koherentnije sistematizacije normi krivičnog postupka, te njihove bolje eksplikacije i njihovog boljeg razumevanja.³⁹

*(Ne)mogućnost postavljanja načela utvrđivanja istine kao isključivog
vrhovnog načela i pokušaji promovisanja načela pravičnog vođenja
krivičnog postupka u rang vrhovnog načela*

U teoriji je često postavljano pitanje može li se neko od načela krivičnog postupka posebno izdvojiti kao njegovo vrhovno, najznačajnije, osnovno načelo, iz kojeg proizlaze sva ostala njegova načela, pa samim tim i sve ostale norme postupka.⁴⁰ Sve do pre par decenija, takav vrhovni karakter među načelima krivičnog procesnog prava pridavan je načelu utvrđivanja istine.⁴¹ U tom smislu, isticano je kako se u krivičnom postupku „istina pretpostavlja svemu drugom“,⁴² te da je načelo utvrđivanja istine „osnovno načelo krivičnog postupka, pošto su sva ostala načela

u užu kontekst procesne materije predstavlja prepreku za sagledavanje određenog procesnog sistema u cjelini, kao i razumijevanje međusobne veze između procesnih normi koje su zahvaljujući upravo određenom procesnom načelu povezane u procesni institut načelnog značaja“: H. Sijerčić-Čolić (2017), op. cit., 82.

³⁹ U tom smislu: „Klasifikacija kao osobena logička operacija omogućava sagledavanje problematike krivičnoprocesnih principa i daje svoj prilog za njeno pravilno rešenje“: D. Dimitrijević, op. cit., 35; „Brojnost krivičnoprocesnih načela zahtijeva i njihovu klasifikaciju. Klasifikacija krivičnoprocesnih načela nije sama sebi cilj, nego se vrši radi sagledavanja značaja i mjesta svakog načela u izgradnji nekog instituta, odnosno u realizaciji zadataka krivičnog postupka“: D. Radulović, op. cit., 63; „Klasifikacija krivičnoprocesnih načela nužna je ne samo zbog njihove brojnosti nego prevashodno zbog sagledavanja mesta i uloge pojedinog načela u ukupnom sistemu krivičnog postupka, odnosno njegovog uticaja na konačnu izgradnju pojmova, instituta i strukture tog postupka“: S. Bejatović (2019), op. cit., 85.

⁴⁰ U tom smislu: V. Đurđić (2006), op. cit., 68.

⁴¹ Kada ovo kažemo, pre svega u vidu imamo krivično procesno pravo kontinentalno-evropske pravne tradicije, iako se u teoriji ukazuje kako istina nikako nije nevažna ni u anglosaksonskoj krivičnoj proceduri, odnosno krivičnom procesnom pravu SAD-a kao danas tipičnog primera anglosaksonske (adverzijalne) krivične procedure. Više o tome: M. Škulić, *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu u saradnji sa Kriminološkom sekcijom Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu, Edicija Crimen, Beograd, 2021, 284–286. Za naš stav u pogledu „podobnosti“ utvrđivanja istine u klasičnom adverzijalnom krivičnoprocesnom modelu v. A. Škundrić, op. cit., 103. Za potrebe ovog rada, načelo utvrđivanja istine shvatićemo na klasičan evrokontinentalan način, čija je srž dužnost suda i drugog organa postupka da aktivno učestvuje u utvrđivanju tačnog i potpunog činjeničnog stanja (drugim rečima, istine) na koje treba da primeni materijalno krivično pravo.

⁴² D. Dimitrijević, op. cit., 39.

u funkciji utvrđivanja istine⁴³ I u novijoj krivičnoprocesnoj književnosti prisutan je stav prema kojem je utvrđivanje istine osnovno načelo krivičnog postupka.⁴⁴

Međutim, odavno je postalo jasno da načelo utvrđivanja istine, pa makar bilo shvaćeno kao njegovo vrhovno načelo, ne važi u apsolutnom smislu u krivičnom postupku, već da i ono trpi određena ograničenja. U tom smislu se kao primeri njegovih konkretnih rešenja navode zabrana torture u krivičnom postupku, dejstvo načela *ne bis in idem* u slučaju pravnosnažne oslobađajuće presude donete zbog nedostatka dokaza, zatim instituta zastarelosti krivičnog gonjenja, zabrane *reformatio in peius* prilikom korišćenja žalbe i slično.⁴⁵ Retki su autori koji su mišljenja da „ispitivanje i utvrđivanje istine nije ničim ograničeno u krivičnom postupku, jer je istina osnovno načelo koje je u interesu kako društva tako i okrivljenog“.⁴⁶

Poslednjih decenija je u uporednom evrokontinentalnom krivičnom procesnom pravu, a posebno u pravima nekadašnjih socijalističkih država, na delu opšta adverzijalizacija krivičnog postupka, te u tom smislu i, moglo bi se reći donekle i radikalno s obzirom na njihovu krivičnoprocesnu tradiciju, smanjivanje značaja načela utvrđivanja istine.⁴⁷ Kao školski primer ovakvog trenda jeste ZKP Srbije iz

⁴³ Branko Petrić, *Komentar Zakona o krivičnom postupku, I Knjiga*, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1986, 38. Ovakav Petrićev stav u potpunosti prihvataju i neki drugi autori: Zagorka Jekić, *Dokazi i istina u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za publikacije, Beograd, 1989, 77.

⁴⁴ D. Radulović, op. cit., 72.

⁴⁵ M. Škuljić (2020), op. cit., 84–85.

⁴⁶ B. Petrić, op. cit., 39. Citirani autor dalje pokušava da opovrgne tvrdnje da određeni procesni instituti (poput zabrane *reformatio in peius*, vezanosti suda za optužbu itd.) zapravo ne predstavljaju ograničenje načela utvrđivanja istine: *ibidem*, 40. Suština ovakvog mišljenja jeste da svim tim institutima utvrđivanje istine samo po sebi nije ograničeno, već da su isključeni samo određeni načini tj. sredstva da se do istine dođe. Ovakav stav podržava i Jekić: Z. Jekić (1989), op. cit., 77. Čini nam se da ovakvi stavovi, iako bi se možda u teorijskom smislu i mogli braniti, imaju jak formalistički prizvuk, te da ne objašnjavaju suštinu, a to je da je u svim tim slučajevima praktično ipak ograničena mogućnost da se utvrdi istina u konkretnom krivičnom postupku. Na primer, iako *stricto sensu* institut zastarelosti krivičnog gonjenja ne devalvira načelo utvrđivanja istine u krivičnom postupku, on to suštinski i praktično čini, budući da se kada ona nastupi krivični postupak pravnosnažno okončava, te da se onda ni istina o životnom događaju koji je bio predmet tog postupka, nikada neće moći pravnosnažno, dakle autoritetom pojedinačnog pravnog akta, utvrditi.

⁴⁷ Krivično procesna prava država na području nekadašnje SFRJ već neko vrijeme ne sadrže propise koji obavezuju sud i druge državne organe da istinito i potpuno utvrde činjenice koje su važne za donošenje zakonite odluke, a koji su preuzeti nasljeđivanjem Zakona o krivičnom postupku SFRJ...“, H. Sijerčić-Čolić, „Načelo materijalne istine u krivičnom postupku“, *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva – normativni i praktični aspekti* (ur. Ana Petrović, Ivan Jovanović), Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2012, 173.

2011. godine, koji za razliku od njegovog pravnog prethodnika, više ne propisuje suštinu načela utvrđivanja istine, odnosno dužnost suda (ili drugog organa postupka) da aktivno učestvuje u utvrđivanju istine u postupku. Zajedno sa ovakvim rešenjima u pozitivnom krivičnom procesnom pravu, i deo teorije nastoji da dodatno umanji značaj načela utvrđivanja istine, te da na taj način „opravda“ takva zakonodavna rešenja.⁴⁸

Uporedo sa ovakvim „slabljenjem“ načela utvrđivanja istine, jačalo je (ili je, tačnije rečeno, to bar tako na prvi pogled izgledalo) načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka. Već se nekoliko decenija unazad ovo načelo sve više kvalifikuje

⁴⁸ Tako se, primera radi, ističe da „... svako pravno projektovano ovlašćenje za autohtonu akciju dokazivanja *ex curia* istovremeno predstavlja i pravnu samodestrukciju jedne od ključnih pretpostavki pravične judikacije – sudijske nepristrasnosti“: Goran P. Ilić, Slobodan Beljanski, Miodrag Majić, Aleksandar Trešnjev, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Javno preduzeće Službeni glasnik, Beograd, 2022, 144. Krapac je bio mišljenja da je, shvaćeno kao vrhunsko regulatorno načelo, „načelo materijalne istine predstavljalo u kaznenom procesnom pravu represivnih država samo normativni plašt za sirovu državnu moć. Ono je, kroz pravosuđe „oslobodeno“ procesne forme, neograničeno moglo svako ljudsko ponašanje proglasiti kaznenim delom te „počinitelja“ progoniti i kazniti – dakako, prema političkim prosudbama o tome što su u konkretnom trenutku bili „državni interesi“. Stoga je načelo „materijalne istine“, zbog svoje političke instrumentalizacije, za nas neprihvatljivo“: D. Krapac, op. cit., 44. Ipak, čini nam se da Krapac na ovom mestu načelo utvrđivanja istine (ili, kako on kaže, „načelo materijalne istine“) praktično „prebacuje“ na teren materijalnog krivičnog prava, odnosno da ga poistovećuje sa tzv. načelom materijalne pravde ili načelom legitimnosti, kao opozitom suštinskog načela materijalnog krivičnog prava – načela zakonitosti. U tom smislu, Vuković ističe kako su „totalitarni režimi kroz istoriju prednost davali načelu materijalne pravde“, te navodi primer kako je u nacističkoj Nemačkoj umesto principa *nullum crimen sine lege* (načelo zakonitosti), važio princip *nullum crimen sine poena* (nema zločina bez kazne): Igor Vuković, *Krivično pravo: opšti deo*, Pravni fakultet Univerzitet u Beogradu, Centar za izdavaštvo, Beograd, 2021, 17. I sam Krapac dalje u tekstu svog dela koje smo citirali kao posebno načelo krivičnog procesnog prava izdvaja inkviziciono (istražno) načelo, koje podrazumeva da „nije dovoljno da jedino stranke prikupljaju te sudu nude dokaze i drugu procesnu građu, nego je nužno da se i sud uključi u prikupljanje dokaza u određenim situacijama“ (D. Krapac, op. cit., 55), te dalje ukazuje da savremena zakonodavstva (navodeći primer Hrvatske) nastoje kombinovati istražno sa raspravnim načelom (*ibidem*, 56–59). I pored toga što, posebno u starijoj literaturi ima i drugačijih mišljenja (tako, npr., Živanović smatra da je princip materijalne istine konsekvencija važenja principa sudijske odgovornosti/sudskog aktiviteta/inkvizicijske (istražne) maksime, čija je suština da je „sud po službenoj dužnosti obavezan da se sam postara o pribiranju činjenica i dokaza radi utvrđenja osnovanosti državnog krivičnog zahteva“: Toma Živanović, *Osnovni problemi Krivičnog i Građanskog procesnog prava (postupka)*, II odeljak, Srpska kraljevska akademija, Beograd, 1941, 56; Dimitrijević takođe, pored načela istine, kao posebno izdvaja načelo aktivnosti krivičnog suda: D. Dimitrijević, op. cit., 47), mišljenja smo da tzv. istražno načelo zapravo čini suštinu načela utvrđivanja istine na način na koji ga mi shvatamo, te da ga stoga ni ne treba izdvajati kao poseban procesni princip.

kao vrhovno načelo krivičnog postupka.⁴⁹ U tom smislu, ističe se kako „savremena nauka krivičnog procesnog prava smatra da je načelo pravičnosti najvažnije načelo krivičnog postupka“;⁵⁰ odnosno da se ono „u savremenoj nauci krivičnog procesnog prava nesporno smatra najvažnijim, odnosno praktično suštinskim načelom krivične procedure“.⁵¹ Naglašava se kako se danas značaj vrhovnog načela krivičnog postupka, umesto načela utvrđivanja istine, sve više pridaje načelu pravičnog vođenja krivičnog postupka.⁵² Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka označava se kao „stožerno načelo“ krivičnog procesnog prava.⁵³ Uz to, primećuje se da „načelo pravičnosti na svojevrsan način povezuje druga krivično procesna načela“;⁵⁴ odnosno da ono „vrlo skladno uobličava dejstvo svih drugih krivičnoprocesnih načela“.⁵⁵

Već smo rekli da je načelo utvrđivanja istine formalnopravno izbrisano iz pozitivnog krivičnog procesnog prava Srbije stupanjem na snagu ZKP-a iz 2011. godine. Ovakvo rešenje je, međutim, opravdano naišlo na veoma velike kritike u pravnoj teoriji. Ovim kritikama smo i mi dali skromni doprinos, te se založili za vraćanje načela utvrđivanja istine u srpsko krivičnoprocesno zakonodavstvo.⁵⁶ Stoga će se dalja razmatranja ticati odnosa između takvog, u *de lege ferenda* smislu predloženog načela utvrđivanja istine, i načela pravičnog vođenja krivičnog postupka, shvaćenog na način kao u prvom delu ovog rada.

Kratki osvrt na cilj(eve) krivičnog postupka

Smatramo da bi prilikom obrade odnosa ova dva načela nužno trebalo poći od cilja krivičnog postupka. U teoriji krivičnog procesnog prava je decenijama, pa i vekovima unazad ovo pitanje bilo jedno od najznačajnijih, ako ne i najznačajnije, budući da nam odgovor na njega pruža uvid u to zbog čega se krivični postupak,

⁴⁹ Svojevrsan „nagoveštaj“ ideje o vrhovnosti načela pravičnog vođenja krivičnog postupka pronalazimo kod Vasiljevića, koji i pored toga što konstatuje da „ostvarenju načela materijalne istine indirektno služe i sva ostala procesna načela“, te da bi se „sa osnovnom moglo reći da ostvarenju tog načela služi ceo postupak“, na kraju zaključuje da „to ipak ne smeta da se u sasvim izuzetnim slučajevima iz razloga višeg reda (kurziv A. Š.), od tog načela odstupi“: T. Vasiljević, op. cit., 289.

⁵⁰ I. Miljuš, op. cit., 7. U tom smislu i Grubač: „Danas se sve više za glavni princip krivičnog postupka proglašava načelo pravičnog suđenja“: M. Grubač, op. cit., 255.

⁵¹ M. Škulić (2020), op. cit., 88.

⁵² V. Đurđić (2006), op. cit., 68.

⁵³ D. Krapac, op. cit., 83; M. Carić, op. cit., 56.

⁵⁴ I. Miljuš, op. cit., 61.

⁵⁵ M. Škulić (2020), op. cit., 88

⁵⁶ Više o tome: A. Škundrić, op. cit., 101–104.

kao praktična ljudska delatnost uopšte vodi, odnosno šta je to što se njime želi postići. U najstarijoj srpskoj teoriji, isticano je da se „kao prava cel (cilj, prim. aut.) može uzeti pronalazak prave, materijalne, istine, dakle, kako ispitivanje svega onoga, što bi pravog krivca otkrilo, tako i onoga, što bi nevinog od kazne sačuvalo, te da se na taj način u prvom slučaju izbegnu nepovoljne sledi, koje bi proizišle ostavljanjem jednog krivca nekažnjenog, a u drugom slučaju opet, da se i nevin od mogućih stradanja sačuva“.⁵⁷ I nešto noviji autori su istinu prepoznavali kao cilj (zadatak) krivičnog postupka, te isticali: „Jednom rečju čitavo krivično procesno pravo postavilo je sebi za zadatak da se u svakoj krivičnoj stvari sazna istina“.⁵⁸

Čini nam se da istina, iako po našem mišljenju suštinski značajna za krivični postupak, ipak ne može biti shvaćena kao krajnji (ultimativni cilj) krivične procedure, već jedino kao jedan od njegovih međuciljeva, odnosno bolje rečeno sredstva za ostvarenje cilja krivičnog postupka.⁵⁹ Naime, ne može se reći da je utvrđivanje istine samo po sebi cilj krivičnog postupka, jer nakon što se ona u postupku utvrdi, sledi još jedan korak: pravilna primena odgovarajuće norme krivičnog materijalnog prava.⁶⁰ Može se dakle, krajnje uopšteno zaključiti da je osnovni i neposredni cilj⁶¹ krivičnog postupka pravilna primena materijalnog krivičnog prava na u krivičnom postupku utvrđenu istinu.⁶²

⁵⁷ Dimitrije Radović, *Teorija kaznenog postupka s pogledom na Zakonik o postupku u kriv. delima, za Knjaževstvo Srbiju, od 10. aprila 1865*, Državna štamparija, Beograd, 1870, 3–4. U tom smislu i Marković materijalnoj istini pridaje značaj cilja krivičnog postupka: Božidar Marković, *O dokazima u krivičnom postupku*, Policijski glasnik, Beograd, 1908, 4.

⁵⁸ D. Dimitrijević, op. cit., 41.

⁵⁹ U tom smislu: „Ne može se govoriti ... da je cilj krivičnog procesa istraživanje materijalne istine... U krivičnom postupku se ide na utvrđivanje materijalne istine ... ali to nije ni opšti ni neposredni cilj procesa, već *sredstvo* (kurziv A. Š.) da se postigne neposredni cilj, tj. pravilno raspravi postavljeni krivičnopravni zahtev tužioca“: T. Vasiljević, op. cit., 16; „Sudski postupak se za razliku od naučnog ili istorijskog istraživanja ne vodi zarad utvrđivanja istine kao takve, već u cilju donošenja odgovarajuće odluke koja, da bi bila ispravna, mora biti zasnovana na pravilno utvrđenom činjeničnom stanju... Istina se dakle ne može tumačiti u smislu rezultata, kao „cilj postupka“, već je treba tumačiti u smislu *načina ili metoda* (kurziv A. Š.) koji se koriste u cilju utvrđivanja činjenica“: Vanja Bajović, *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Edicija Crimen, Beograd, 2015, 96.

⁶⁰ U ovom pravcu je „korigovan“ i naš ranije iskazan stav, prema kojem „istina, definisana kroz načelo utvrđivanja istine, po našem mišljenju ipak treba da predstavlja jedno od najznačajnijih načela krivičnog postupka i jedan od njegovih najvažnijih ciljeva“: A. Škundrić, op. cit., 105.

⁶¹ U literaturi se, pored ovako shvaćenog neposrednog cilja krivične procedure, prepoznaje i njen posredan, opštiji, konačan cilj, koji krivično procesno pravo deli sa materijalnim krivičnim pravom – zaštita društva od kriminaliteta: M. Grubač, op. cit., 34; S. Knežević, op. cit., 23; M. Škuljić (2020), op. cit., 6.

⁶² U tom smislu: M. Grubač, op. cit., 34; D. Radulović, op. cit., 42; S. Knežević, op. cit., 22; S. Bejatović (2019), op. cit., 29. Slično i Sijerčić-Čolić, kada govori o „društveno prihvatljivom cilju

Kada je reč o pravičnosti krivičnog postupka, čini nam se jasnim već na prvi pogled da ona ne može biti smatrana ciljem krivičnog postupka, pa čak ni njegovim međuciljem, već isključivo njegovim nužnim atributom, odnosno (dodatnim) načinom putem kojeg se mora doći do istine kao međucilja, odnosno sredstva (osnovnog načina) za postizanje konačnog cilja krivične procedure – pravilne primene materijalnog krivičnog prava na utvrđenu istinu. Bilo bi besmisleno kada bi pravičan krivični postupak sam sebi bio cilj – tada bi ispalo da se takav postupak vodi radi sebe samoga, isključivo da bi bio pravičan.⁶³ Prema tome, našu maločas izrečenu definiciju cilja krivičnog postupka valja dopuniti dodatnim uslovom – to je pravilna primena materijalnog krivičnog prava na istinu, utvrđenu u pravično vođenom krivičnom postupku.

Osvrnimo se za trenutak na pozitivno krivično procesno pravo Srbije. Već smo ranije u ovom tekstu citirali član 1. stav 1 ZKP-a, prema kojem je cilj krivičnog postupka „da niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje propisuje krivični zakon, na osnovu zakonito i pravično sprovedenog postupka“. Mišljenja smo da suštinski i ova, prva norma srpskog ZKP-a, koja je izrazito programskog odnosno sistemskog karaktera, odražava naše prethodno izloženo shvatanje o cilju krivične procedure. Naime, prvi deo norme („da niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje propisuje krivični zakon“) zapravo predstavlja zahtev da se na utvrđenu istinu⁶⁴ pravilno primeni materijalno krivično pravo.

krivičnog postupka“: H. Sijerčić-Čolić (2017), op. cit., 30. U tom smislu i jedan od najvećih pravnih filozofa 20. veka, Radbruch: „Svrha procesnog prava treba da bude pomoć materijalnom pravu da se ostvari“: Gustav Radbruch (prev. Dušica Guteša), *Filozofija prava* (original: Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, K. F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1973), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2016, 221. Ovom prilikom napominjemo da nismo smeli s uma mogućnost da se krivični postupak okonča i na osnovu čisto procesnog razloga (na primer, pravnosnažnom odbijajućom presudom), već da je cilj krivičnog postupka kako smo ga odredili formulisan na jedan krajnje uopšten način, te da okončanje postupka iz čisto procesnih razloga u tom smislu i za potrebe ovog rada smatramo svojevrsnim „izuzetkom“, iako on to formalno svakako nije.

⁶³ U tom smislu: „Međutim, pravičnost postupka ne sme biti sama sebi cilj, već svrha mora biti da se u pravičnom postupku utvrdi istina o krivičnom događaju i time omogući sudu da izriče pravdu“: Vojislav Đurđić, „Unutrašnje napetosti Zakonika o krivičnom postupku Srbije“, *Pravna riječ*, br. 40, 2014, 201. Inače, Radbruch upozorava kako „na području prava sredstvo ima tendenciju da postane samo sebi svrha: i to kako pravo u odnosu na ideju prava, tako i proces u odnosu na materijalno pravo...“: G. Radbruch, op. cit., 222.

⁶⁴ Istina se ovde ogleda u rečima „nevin“ i „učinilac“, jer da bi se u krivičnom postupku utvrdilo da li je okrivljeni nevin ili kriv, neophodno je utvrditi istinu u tom pogledu. U tom smislu i Bejatović: „Da bi se postigao osnovni cilj krivičnog postupka... mora da se utvrdi istina o tome da li je

Drugi deo navedene norme (na osnovu zakonito i pravično sprovedenog postupka) propisuje dodatni način na koji se mora ispuniti proklamovani cilj krivične procedure, dakle na način koji je zakonit i pravičan.⁶⁵

Međutim, ZKP je u potonjim svojim odredbama bitno odstupio od u članu 1 stav 1 proklamovanog mu cilja, odnosno imperativnog načina dolaženja do tog cilja.⁶⁶ Najpre, već smo rekli da je zakonodavac eliminisao dužnost suda da aktivno utvrđuje istinu, čime je dezavuisan prvi deo norme sadržane u članu 1. stav 1 ZKP-a.⁶⁷ Istovremeno, zakonodavac se nizom odredaba ogrešio i o načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka. Ovakav stav može izgledati kontradiktorno, jer bi na prvi pogled možda bila logična formula prema kojoj su načelo utvrđivanja istine i načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka uvek obrnuto proporcionalna, te da uvek važi formula: „što manje istine, to više pravičnosti“. Ipak, ovakav zaključak je pogrešan. Naime, načelo utvrđivanja istine i načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka su u mnogim situacijama direktno proporcionalna, odnosno slikovito rečeno: „Što više istine, to i više pravičnosti.“⁶⁸ Drugim rečima, „načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka i načelo istine su suštinski povezani u evrokontinentalnim krivičnim postupcima i njihovo veštačko odvajanje jednostavno nije moguće“.⁶⁹

okrivljeni krivično odgovoran za određeno krivično delo ili ne“: Stanko Bejatović, „Dosadašnja iskustva u primeni novog ZKP RS kao jedan od dodatnih razloga opravdanosti njegovog preispitivanja“, *Pravna riječ*, br. 40, 2014, 162.

⁶⁵ Rekli smo da je, da bi se utvrdilo da li je okrivljeni *in concreto* nevin ili kriv, neophodno utvrditi istinu u tom pogledu. Ali, između ostalog, prilikom tog utvrđivanja, u pogledu okrivljenog važi pretpostavka nevinosti, a u postupku tog utvrđivanja pravilo *in dubio pro reo* i pravilo o tome da je teret dokazivanja na tužiocu, što sve suštinski proizlazi iz načela pravičnog vođenja krivičnog postupka.

⁶⁶ „Reč je o normi koja ima izrazito deklarativan značaj, a čitav niz drugih normi novog Zakonika o krivičnom postupku, kao i sama njegova koncepcijska suština, u velikoj meri devalviraju tu deklarativnu normu“: Milan Škulić, „Pravo na pravično suđenje u novom krivičnom postupku Srbije“, *Pravna riječ*, br. 40, 2014, 209.

⁶⁷ Sud dakle nema dužnost da utvrdi istinu, već da na činjenično stanje koje je posledica stranačkih dokaznih aktivnosti i sasvim eventualno, izuzetno ograničene i fakultativne sudske dokazne aktivnosti (v. član 15 stav 4 ZKP-a) pravilno primeni odgovarajuću normu krivičnog materijalnog prava, čak i u slučaju da je potpuno ubeđen da je to činjenično stanje neistinito.

⁶⁸ Razume se, ova „formula“ ne važi uvek u krivičnom postupku, budući da, kao što smo videli, postoje brojna ograničenja načela utvrđivanja istine proistekla upravo iz načela pravičnog vođenja krivičnog postupka (od kojih je najočiglednije apsolutna zabrana torture u postupku), te su ova dva načela u tim situacijama svakako obrnuto proporcionalna.

⁶⁹ Milan Škulić, „Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka i načelo istine“, *Pravni život*, br. 9, tom I, 2010, 608. Citirani autor takođe u tom smislu ukazuje da „iz devalvacije načela istine u

U teoriji se ističe kako bi „svakako bio pogrešan zaključak da zahtevi pravičnosti čine nužnim i neophodnim formalnopravno eliminisanje načela materijalne istine“,⁷⁰ odnosno ukazuje se da se pogrešno poistovećuje dokazna pasivnost suda sa njegovom nepristrasnošću.⁷¹ Dakle, načelo utvrđivanja istine ni u jednom svom segmentu ne obavezuje sud (ili drugi organ postupka) na pristrasnost u bilo kom pravcu, već upravo na nepristrasnost u vidu utvrđivanja istine, odnosno na izvođenje kako onih dokaza koji idu u korist, tako i onih dokaza koji su na štetu okrivljenog. Zapravo, dokazna pasivnost suda je, pogotovo u situaciji kada stručna odbrana nije obavezna, veoma nepravično rešenje, budući da „održava u životu“ prirodnu nejednakost između glavnih procesnih subjekata.⁷² U tom smislu, ističe se da je „ovakvu ulogu suda u postupku dokazivanja izuzetno teško ako ne i nemoguće pomiriti sa osnovnim ciljem krivičnog postupka iz člana 1. stav 1. Zakonika“.⁷³

Osim u prethodno objašnjenim odstupanjima od načela pravičnog vođenja krivičnog postupka do kojih u ZKP-u dolazi usled veze tog načela sa načelom utvrđivanja istine, do značajnih kršenja načela pravičnog vođenja krivičnog postupka od strane srpskog zakonodavca dolazi i u nizu drugih odredaba. Tako se, primera radi, kritikuje suviše ekstenzivno postavljene mogućnosti korišćenja na glavnom pretresu dokaza koje je javni tužilac prikupio tokom istrage (npr. čitanje zapisnika o svedočenju),⁷⁴

Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku Srbije (rad je pisan dok je danas važeći ZKP još uvek bio u formi nacrt, prim. aut.), suštinski proizlazi i upadljiva devalvacija načela pravičnog vođenja krivičnog postupka: *ibidem*, 602. Opisana „međuzavisnost“ načela utvrđivanja istine i načela pravičnog vođenja krivičnog postupka u ovom pogledu uočena je još u našoj starijoj literaturi, koja je, iako nije kao što smo videli izdvajala načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka kao posebno načelo krivične procedure, ipak „osećala“ njegovu suštinu: „Pošto je na ime krivični zahtev jedan javno-pravni zahtev, državni zahtev primene kazne ili mere bezbednosti, a ove sankcije imaju određene ciljeve opšteg interesa, i tako pretpostavljaju stvarno izvršenje krivičnog dela i postojanje krivca, bez čega one ne bi bile sankcije, već *nasilje* (kurziv A. Š.), pojavljuje se po tom osnovu... u krivičnom postupku nužnim od volje stranaka potpuno nezavisno utvrđivanje istine“: T. Živanović, op. cit., 147.

⁷⁰ I. Miljuš, op. cit., 68.

⁷¹ „Ideja da se sud učini nepristrasnim tako što će se učiniti pasivnim... počiva na pogrešnoj pretpostavci – poistovećuje se nepristrasnost sa neaktivnošću“: V. Đurđić (2014), op. cit., 197. U tom smislu i: M. Škulić (2010), op. cit., 605–606, fn. 35.

⁷² U tom smislu: „Ako ishod krivičnog postupka nije istina u smislu da je učinjeno sve što je objektivno moguće da se istina dokaže, a da pritom nije kršeno pravo na odbranu, teško se može govoriti o pravičnom krivičnom postupku“: Milan Škulić, „Osnovni oblici kršenja prava na pravično suđenje u novom Zakoniku o krivičnom postupku Srbije“, *Pravni život*, br. 9, tom I, 2013, 697.

⁷³ S. Bejatović (2014), op. cit., 161.

⁷⁴ M. Škulić (2013), op. cit., 709–710; Vojislav Đurđić, „Zakonske garancije prava na pravično suđenje u krivičnom postupku Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 70, 2015, 384.

zatim isuviše širok krug krivičnih dela u pogledu kojih ne postoji obavezna stručna odbrana u situaciji adverzijalno konstruisanog glavnog pretresa⁷⁵ i tako dalje.

*Načelo utvrđivanja istine i načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka
kao vrhovna načela krivične procedure*

Iz kratkog osvrta na problematiku cilja savremenog krivičnog postupka videli smo da se ni istina, a pogotovo ni pravičnost, ne mogu shvatiti kao njegovi krajnji, suštinski ciljevi. Međutim, ta analiza nam je pokazala nešto drugo – da je utvrđivanje istine na pravičan način,⁷⁶ zapravo imperativno sredstvo postizanja cilja krivičnog postupka onakvog kako smo ga mi odredili. Prema tome, nameće nam se zaključak da su kako načelo utvrđivanja istine, tako i načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka u suštini podjednako značajna načela u jednoj savremenoj krivičnoj proceduri⁷⁷ (odnosno da bi to trebalo da budu), jer oba suštinski određuju kako se mora ostvariti cilj krivičnog postupka. Drugim rečima, može se reći da se radi o dva vrhovna (najvažnija, osnovna) načela krivičnog postupka koja paralelno postoje, te su u konstantnoj međusobnoj interakciji.⁷⁸ Čini nam se da bi se načelo utvrđivanja istine moglo definisati kao najvažnije načelo krivičnog postupka u materijalnom smislu, budući da je njegova srž u tome da sud (ili eventualno drugi organ postupka) treba uvek da učini sve što je objektivno moguće kako bi u konkretnom slučaju utvrdio istinu (tačno i potpuno činjenično stanje), a što podrazumeva i njegovu dužnost da izvodi dokaze i *ex officio* onda kada smatra da je to radi utvrđivanja istine potrebno, nezavisno od stava i predloga stranaka povodom konkretnog pitanja. Sa druge strane, načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka bismo mogli odrediti kao najvažnije krivičnoprocesno načelo u formalnom smislu, budući da ono u sebi sublimira sva ograničenja načela utvrđivanja istine u krivičnom postupku. Ta ograničenja su u najopštijem smislu postavljena tako da bi krivični postupak kako u svojoj normativnoj

⁷⁵ M. Škulić (2010), op. cit., 608; V. Đurđić (2015), op. cit., 388.

⁷⁶ Smatramo da bi se, u jednom krajnje apstraktnom smislu, i zahtev da se krivični postupak bude „zakonito sproveden“ takođe mogao posmatrati unutar pravičnog sprovedenog postupka, pa ga stoga posebno i ne apostrofiram. Drugim rečima, zakonitost krivičnog postupka je potreban, ali ne i dovoljan uslov da bi taj postupak bio pravičan, već je uz to nužno da i sadržina zakona koji uređuju krivični postupak bude pravična.

⁷⁷ Ovde pre svega mislimo na savremene krivične procedure kontinentalnoevropske provenijencije.

⁷⁸ U tom smislu je „evoluirao“ i naš prošlogodišnji stav, prema kojem smo, iako ne eksplicitno, onda svakako implicitno dali izvesnu „prevagu“ načelu pravičnog vođenja krivičnog postupka u odnosu na načelo utvrđivanja istine. Više o tome: A. Škundrić, op. cit., 104–105.

konstrukciji, tako i u svakoj svojoj konkretnoj primeni, bio pravičan prema svim njegovim subjektima, a pogotovo prema okrivljenom. Takva ograničenja se, međutim, ne smeju kreirati na način na koji bi u potpunosti onemogućavala utvrđivanje istine u postupku.⁷⁹ Drugim rečima, neophodno je da se prilikom izrade krivičnog postupka kao sistema pronade prava mera u smislu da se u njemu pruži maksimalan obim prava i garancija subjektima u tom postupku, a da se pritom ne onemogući ili u nedogled oteža pravilna primena odgovarajuće materijalno-pravne norme na istinito utvrđeno činjenično stanje. Radi postizanja tog cilja, zakonodavac bi trebalo da se rukovodi visokim međunarodnim pravnim standardima, ali i pravnom tradicijom konkretne države u pitanju.⁸⁰

ZAKLJUČAK

Jedno od obeležja objektivnog prava kao logičkog sistema opštih pravnih normi jeste mogućnost klasifikacije tih normi, između ostalog upravo prema stepenu njihove opštosti. Analogno ovome, takva klasifikacija moguća je i u svakoj od posebnih grana prava, pa prema tome i u krivičnom procesnom pravu. U tom smislu, načela krivičnog procesnog prava predstavljala bi najapstraktnija pravna pravila ove grane prava, koja služe kao svojevrsan putokaz, najpre zakonodavcu

⁷⁹ Ovdje bismo naveli jedno veoma interesantno i po nama izuzetno tačno poređenje koje pravi Damaška. On naime kao glavne funkcije krivičnog postupka izdvaja zaštitu društva od kriminaliteta, tj. „razlučivanje krivih od nevinih“, što se prema našem mišljenju može poistovetiti sa utvrđivanjem istine i funkciju zaštite ljudskih prava (M. Damaška, op. cit., 6). Citirani autor odnos te dve funkcije krivičnog postupka poredi sa „Frojdomovom teorijom o nastanku neuroza“, te objašnjava: „...čovjek ima svoj *id*, to su nagonske potrebe. Društvo postavlja granice zadovoljavanju tih nagona, pa tako nastaje takozvani *super-ego*... Može se dogoditi da je taj *super ego* slab. Tada se nagoni zadovoljavaju bezobzirno. Metaforički: riječ je o gladi i o normi kako treba pristojno jesti. Ako se netko ne drži te norme, zadovoljavat će svoju potrebu utaženja gladi na nepristojan, estetski neugodan način. No može se dogoditi, a to je za nas posebno značajno, i obrnuto. Što će se dogoditi ako je *superego* suviše jak? Tu imamo nagon, potrebu zaštite društva od kriminaliteta, ali postavili smo mu prepreke koje su prevelike... Smatram da su se u mnogim zemljama u kaznenom postupku pojavile „neuroze“ zbog prejakog *superega*“: *ibidem*, 7–8.

⁸⁰ I prema „Zakonu XII tablica sudijske nezavisnosti“, akademika Slobodana Perovića, sudija „donosi nepristrasne odluke u zakonom predviđenom postupku na osnovu procene činjenica i razumevanja zakona u smislu ostvarenja komutativne i distributivne pravde“, ali da istovremeno „primenjuje i norme o ljudskim pravima koje proizilaze iz potvrđenih i objavljenih međunarodnih ugovora i opšteprihvaćenih međunarodnih standarda koji su sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka svake prosvetene zajednice“: S. Perović (1998), op. cit., 148. Sud, drugim rečima, treba da utvrđuje istinu, ali i da prilikom utvrđivanja te istine primenjuje odredbe koje proizilaze iz načela pravičnog vođenja krivičnog postupka.

prilikom stvaranja pravila krivičnog postupka, a zatim i primenjivačima tih pravila *in concreto*, a u prvom redu prilikom njihovog tumačenja.

Sledstveno tome, mislimo da je moguće iz korpusa krivičnoprocesnih načela izdvojiti i ona koja su najvažnijeg, programskog karaktera, te ih kao takva označiti kao „vrhovna“ ili „osnovna“. Prema nama, status vrhovnih načela u savremenom, mešovitom postupku kontinentalnoevropskog tipa podjednako zaslužuju kako načelo utvrđivanja istine, tako i načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka. I jedno i drugo načelo u suštini određuju po nama jedini legitiman način ostvarenja cilja krivične procedure, a koji je istovremeno u skladu sa samom prirodom krivičnog postupka. U prvom redu, jedino je legitimno, te u skladu sa prirodom krivičnog postupka, da se saglasno načelu utvrđivanja istine u postupku dođe do istine (tačnog i potpunog činjeničnog stanja), da bi se na tako utvrđeno činjenično stanje mogla primeniti materijalnoppravna norma. Međutim, imajući u vidu stepen razvoja ljudskih prava u pozitivnom pravu, kako međunarodnom, tako i unutrašnjem, neophodno je da se delovanje načela utvrđivanja istine u krivičnom postupku ograniči dejstvom načela pravičnog vođenja krivičnog postupka, ali na takav način da se u tom smislu postigne odgovarajuća ravnoteža između potrebe utvrđivanja istine s jedne i zaštite ljudskih prava s druge strane. Danas bi jedino takav, uravnotežen krivični postupak, bio legitiman, a da i dalje po svojoj prirodi i obeležjima nastavi da bude krivični postupak. Drugačije rečeno, jedino bi tako ustrojen krivično postupak bio pravedan.

ALEKSA ŠKUNDRIĆ
Teaching Associate, Faculty of Law
University of Belgrade

RELATION BETWEEN THE PRINCIPLE OF DETERMINING THE TRUTH AND THE PRINCIPLE OF FAIR CRIMINAL PROCEDURE

Summary

The main goal of this paper is to illuminate the relation between the two principles of criminal procedure: the principle of determining the truth and the principle of fair criminal procedure. In order to achieve that goal, in the first part of the paper, focus is set on the principle of fair procedure, which is understood in its broadest meaning, as an imperative that the criminal procedure must be fair in its totality and regarding each and every one of its subjects. Afterwards, attention is being paid to the question of possibility of a supreme principle of criminal proceedings. Simultaneously, the author makes a short excursion regarding the topic of a goal of criminal procedure, which is followed by the conclusion that neither the truth, nor the fair procedure as such are to be considered as the goals

of the proceedings. They are to be understood as essential methods in achieving the goal of proceedings, which is considered to be the correct application of a rule of substantive criminal law on the truth, which is on the other hand established as a result of fair criminal proceedings. The conclusion is that both the principle of determining the truth and the principle of fair procedure are supreme principles of criminal procedure equally, in their own right.

Key words: criminal procedure, principle of determining the truth, principle of fair criminal procedure

Literatura

- Bajović V., *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Edicija Crimen, Beograd, 2015.
- Bejatović S., „Dosadašnja iskustva u primeni novog ZKP RS kao jedan od dodatnih razloga opravdanosti njegovog preispitivanja“, *Pravna riječ*, br. 40, 2014.
- Bejatović S., *Krivično procesno pravo*, Javno preduzeće Službeni glasnik, Beograd, 2019.
- Brkić S., Bugarski T., *Krivično procesno pravo I*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad, 2020.
- Carić M., „Pojam načela pravičnog postupka pred kaznenim sudom“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2, 2006.
- Damaška M., *Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija, Predavanja na poslijediplomskom studiju kaznenopravnih znanosti na Pravnom fakultetu u Zagrebu 5. 6. i 7. lipnja 2001. (prijepis tonskog zapisa)*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2001.
- Dimitrijević D., *Krivično procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1963.
- Đurđić V., „Načelo pravičnog postupka“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3, 2006.
- Đurđić V., „Unutrašnje napetosti Zakonika o krivičnom postupku Srbije“, *Pravna riječ*, br. 40, 2014.
- Đurđić V., „Zakonske garancije prava na pravično suđenje u krivičnom postupku Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 70, 2015.
- Grubač M., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union i Javno preduzeće Službeni glasnik, Beograd, 2011.
- Ilić G. P., „Oštećeni i standardi ljudskih prava u krivičnom postupku“, *Anali*, br. 2, 2012.
- Ilić G. P., Beljanski S., Majić M., Trešnjev A., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Javno preduzeće Službeni glasnik, Beograd, 2022.
- Jekić Z., *Dokazi i istina u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za publikacije, Beograd, 1989.
- Jekić Z., *Krivično procesno pravo*, GDP Dimitrije Davidović, Beograd, 1998.
- Knežević S., *Krivično procesno pravo: opšti deo*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2015.
- Krapac D., *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, Informator, Zagreb, 2000.

- Langford I., „Fair Trial: The History of an Idea“, *Journal of Human Rights*, br. 1, 2009.
- Marković B., *O dokazima u krivičnom postupku*, Policijski glasnik, Beograd, 1908.
- Miljuš I., „Načelo jednakosti „oružja“ u krivičnom postupku“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.
- Perović S., *Prirodno pravo i sud*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Udruženje prav- nika Srbije, Beograd, 1996.
- Perović S., *Ljudska prava i sudijska nezavisnost*, Savet projekta *Konstituisanje Srbije kao pravne države* i Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Be- ograd, 1998.
- Perović S., *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2018.
- Petrić B., *Komentar Zakona o krivičnom postupku, I Knjiga*, Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1986.
- Radbruch G. (prev. Dušica Guteša), *Filozofija prava* (original: Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, K. F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1973), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2016.
- Radović, D. *Teorija kaznenog postupka s pogledom na Zakonik o postupku u kriv. delima, za Knjaževstvo Srbiju, od 10. aprila 1865*, Državna štamparija, Beograd, 1870.
- Radulović D., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2015.
- Sijerčić-Čolić H., „Načelo materijalne istine u krivičnom postupku“, *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva – nor- mativni i praktični aspekti* (ur. Ana Petrović, Ivan Jovanović), Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2012.
- Sijerčić-Čolić H., *Krivično procesno pravo, Knjiga I, Krivičnoprocesni subjekti i krivičnopro- cesne radnje*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2017.
- Škulić M., „Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka i načelo istine“, *Pravni život*, br. 9, tom I, 2010.
- Škulić M., „Osnovni oblici kršenja prava na pravično suđenje u novom Zakoniku o krivič- nom postupku Srbije“, *Pravni život*, br. 9, tom I, 2013.
- Škulić M., „Pravo na pravično suđenje u novom krivičnom postupku Srbije“, *Pravna riječ*, br. 40, 2014.
- Škulić M., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za iz- davaštvo, Beograd, 2020.
- Škulić M., *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, Pravni fakultet Univerzite- ta u Beogradu u saradnji sa Kriminološkom sekcijom Srpskog udruženja za krivično- pravnu teoriju i praksu, Edicija Crimen, Beograd, 2021.
- Škundrić A., „Dometi načela utvrđivanja istine u krivičnom postupku“, *Primena prava i pravna sigurnost: Zbornik radova 34. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava „Slobodan Perović“* (ur. Jelena S. Perović Vujačić), tom IV, Beograd, 2021.

Vasiljević T., *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Naučna knjiga, Beograd, 1964.

Vuković I., *Krivično pravo: opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo, Beograd, 2021.

Živanović T., *Osnovni problemi Krivičnog i Građanskog procesnog prava (postupka), II. Odeljak*, Srpska kraljevska akademija, Beograd, 1941.

TREĆA NAGRADA
„PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ“

KATARINA VIDANOVIĆ

UTICAJ NEZAKONITO PRIBAVLJENIH DIGITALNIH DOKAZA NA ISHOD RADNOG SPORA

Pod uticajem digitalizacije došlo je do intenzivnih globalnih promena u ekonomskom i društvenom životu, načinu poslovanja kompanija i strukturi tržišta rada. Rasprostranjena upotreba digitalnih tehnologija u nadzoru nad radom zaposlenih od strane poslodavaca uticala je na korišćenje dokaza u digitalnoj formi u utvrđivanju i dokazivanju disciplinske odgovornosti zaposlenih, kako u disciplinskom postupku koji vodi poslodavac, tako i u radnom sporu. Posebno aktuelno pitanje u ovoj oblasti jeste korišćenje softvera koji funkcionišu putem algoritama, kojima poslodavci nadziru rad zaposlenih. Ovim istraživanjem nastojali smo da utvrdimo koja vrsta dokaza bi se mogla smatrati nezakonito prikupljenim digitalnim dokazom od strane poslodavca, kao i na koji način bi upotreba navedenog dokaza mogla uticati na ishod radnog spora, odnosno da li može rezultirati poništajem rešenja o otkazu ugovora o radu od strane suda u radnom sporu, a imajući u vidu rešenja iz prava odabranih stranih država, kao i važeće propise i sudsku praksu u našoj državi.

Ključne reči: digitalizacija, dokazi, zaposleni, radni spor, algoritmi

U V O D

Pojava procesa digitalizacije i kontinuiran razvoj informacionih tehnologija doveli su do strukturnih promena u načinu poslovanja kompanija, koji za rezultat imaju transformaciju načina i uslova rada zaposlenog, ali i načina na koji poslodavac

Katarina Vidanović, master prava, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu,
e-mail: katarina.vidanovic25@gmail.com.

vrši svoja disciplinska i nadzorna ovlašćenja. O značaju i uticaju digitalizacije posebno govori podatak da je pojava računara i interneta pokrenula treću industrijsku revoluciju, dok su dalja unapređenja digitalnih tehnologija u vidu upotrebe sajber-fizičkih sistema u proizvodnji i logistici i korišćenje internet stvari tehnologije doveli do Četvrte industrijske revolucije¹. Digitalizacija, kao masovna upotreba informatičke, komunikacione i elektronske tehnologije,² utiče na sve sfere ekonomskog i društvenog razvoja, a posebno na sferu radnog odnosa i zapošljavanja, počev od upotrebe digitalnih tehnologija pri selekciji kandidata za zaposlenje, elektronskog nadzora nad radom zaposlenog i praćenjem njegovog radnog učinka, pa do dokazivanja i utvrđivanja disciplinske odgovornosti zaposlenog. Rasprostranjena upotreba inovativnih digitalnih tehnologija u sferi radnog odnosa ogleda se u korišćenju internet i mobilne tehnologije u radu zaposlenog, upotrebi različitih sistema za elektronski nadzor nad radom zaposlenog od strane poslodavca, poput video nadzora, sistema za geopozicioniranje – GPS sistema i nadzora nad telefonskom i imejl komunikacijom zaposlenog, pa sve do primene sistema veštačke inteligencije i robotike.

Propisi u oblasti radnog prava ni u zemlji ni u svetu se ne menjaju brzinom tehnoloških promena, iako postoji izražena potreba da se regulišu uslovi pod kojima se upotrebljavaju digitalne tehnologije u oblasti radnog odnosa, kao i posledice njihove prekomerne ili nezakonite upotrebe od strane poslodavca. Posebno je značajno regulisati dozvoljene načine nadzora nad radom zaposlenog, kao i uticaj upotrebe digitalnih tehnologija na utvrđivanje i dokazivanje disciplinske odgovornosti zaposlenog. Imajući u vidu da je regulativa u većini država u pogledu ovog pitanja tek u povoju, kao i da ova pitanja nisu u potrebnoj meri istražena u naučnoj i stručnoj literaturi, naročito je značajno izvršiti analizu implikacija upotrebe nezakonito prikupljenih dokaza pribavljenih putem digitalnih tehnologija na ishod radnog spora povodom otkaza zbog povrede radne obaveze ili nepoštovanja radne discipline. Primenom uporednopravnog, normativnog i sociološkog metoda u daljem tekstu ćemo analizirati relevantne propise i sudsku praksu u odabranim stranim državama i kod nas, kao i praksu Evropskog suda za ljudska prava, kako bismo sagledali i ponudili moguća rešenja za ovo pitanje.

¹ Pod pojmom Četvrte industrijske revolucije podrazumeva se doba industrijske proizvodnje koje se zasniva na upotrebi napredne informacione i komunikacione tehnologije, a njeni osnovni elementi su internet stvari tehnologija, sajber-fizički sistemi, veštačka inteligencija, kao i platforme za skladištenje velikih podataka. Sanja Stojković-Zlatanović, „Radnopravne implikacije IV industrijske revolucije i digitalizacije rada – izazovi normiranja i perspektive razvoja“, *Pravo i privreda*, br. 1, tom 59, 2021, 4.

² Senad Jašarević, „Uticaj digitalizacije na radne odnose“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, 2016, 1104.

UTICAJ DIGITALNIH DOKAZA NA ISHOD RADNOG SPORA U UPOREDNOM PRAVU

Kako su različite digitalne tehnologije sve više u primeni od strane poslodavaca, kao i različiti vidovi elektronskog nadzora³ nad radom zaposlenih, to je sve češća mogućnost da se i povrede radne obaveze i nepoštovanje radne discipline od strane zaposlenog utvrde ovim putem. O rasprostranjenosti elektronskog nadzora u poslovanju govore podaci međunacionalne studije evropskih kompanija iz 2019. godine u 27 država Evropske unije i u Ujedinjenom Kraljevstvu, prema kojoj 51% poslodavaca analizira podatke o zaposlenima sa različitih digitalnih uređaja, od čega njih 22% koristi dobijene podatke radi praćenja radnog učinka zaposlenog i unapređenja procesa rada.⁴ Imajući u vidu rasprostranjenost ovih metoda nadzora nad radom zaposlenih, a time i mogućnosti da se na ovaj način utvrde eventualni propusti na radu od strane zaposlenih, postavlja se pitanje da li je i pod kojim uslovima dozvoljeno koristiti dokaze u digitalnoj formi u utvrđivanju disciplinske odgovornosti zaposlenih u disciplinskom postupku koji vodi poslodavac, kao i u radnom sporu. Digitalni dokaz je vrsta dokaza koji se od ostalih materijalnih dokaza razlikuje po formi u kojoj su inkorporisane informacije, a to je digitalna forma, koja podrazumeva postojanje elektronskog ili magnetnog uređaja na kojem su pohranjeni podaci (podaci u operativnoj memoriji, na hard disku, fleš karticama i u transmisiji).⁵

Sagledavajući propise različitih zemalja, možemo uočiti izražene razlike među njima u pogledu toga da li uređuju uslove pod kojima poslodavci mogu koristiti digitalne tehnologije u nadzoru nad radom zaposlenih, što dalje utiče na dokaznu snagu pribavljenih dokaza. Tako možemo uočiti da u pravu Italije i Francuske postoje vrlo restriktivni propisi koji se tiču uslova pod kojim je dozvoljen elektronski nadzor nad radom zaposlenih, za razliku od prava Republike Srbije u kojem su u ovoj oblasti prisutne pravne praznine. Naročito je zanimljivo pitanje da li će sud priznati dokaznu snagu dokazu koji je poslodavac prikupio bez znanja zaposlenog ili prekoračenjem svojih nadzornih ovlašćenja na drugi način, što će biti i predmet dalje analize.

³ Elektronski nadzor rada zaposlenih podrazumeva računarsko prikupljanje, čuvanje, analiziranje i izveštavanje o informacijama u pogledu aktivnosti zaposlenih. Ivan Žarković, „Mere elektronskog nadzora zaposlenog i pravo na privatnost na radnom mestu“, *Nauka, bezbednost, policija*, br. 3, 2015, 167.

⁴ EUROFOUND, *Employee monitoring and surveillance: The challenges of digitalisation*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, 25.

⁵ Digitalni dokazi su po svojoj vrednosti izjednačeni sa materijalnim dokazima, do kojih se dolazi na već tradicionalan način, dok je za prikupljanje digitalnih dokaza potrebna specijalna oprema. Tatjana Lukić, „Digitalni dokazi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, 2012, 182.

Uticađ digitalnih dokaza na ishod radnog spora u Italiji

U pravu Italije do 2015. godine bili su na snazi vrlo restriktivni propisi koji su zabranjivali korišćenje tehnologija za nadzor nad radom zaposlenih, sa izuzetkom tehnologija i uređaja koji indirektno omogućavaju ovaj nadzor, a koji su uvedeni iz organizacionih razloga, bezbedonosnih razloga i potreba procesa proizvodnje, koji se mogu koristiti samo pod uslovom da su utvrđeni kolektivnim ugovorom zaključenim sa reprezentativnim sindikatom kod poslodavca, sporazumom sa predstavnicima zaposlenih ili, u odsustvu tog sporazuma, uz odobrenje nadležnog državnog organa.⁶ Iz navedenog je proizlazilo da nije dozvoljeno korišćenje dokaza pribavljenih putem elektronskog nadzora u svrhu utvrđivanja i dokazivanja disciplinske odgovornosti zaposlenih. Imajući u vidu da je navedeno pravilo vrlo nefleksibilnog karaktera, sudovi su razvili doktrinu pod nazivom „defanzivna kontrola“, prema kojoj je dozvoljavano korišćenje dokaza prikupljenih putem digitalnih tehnologija u slučajevima prouzrokovanja štete na imovini poslodavca ili ugrožavanja reputacije poslodavca od strane zaposlenog, pod uslovom da je zaposleni prethodno informisan o upotrebi i uslovima korišćenja ovih uređaja, kao i vrstama nadzora nad radom i ukoliko su primenjene odredbe propisa o zaštiti podataka o ličnosti.⁷ Prema ovom tumačenju suda, poslodavcima nije dozvoljen nadzor nad poštovanjem svakodnevnih radnih obaveza od strane zaposlenog.

Nakon reforme radnopravnih propisa 2015. godine i donošenja novog zakona poznatog pod nazivom *Jobs Act*, navedena zabrana elektronskog nadzora izvršenja radnih obaveza je i dalje zadržana, uz liberalizaciju određenih uslova. Naime, u slučaju korišćenja digitalnih tehnologija za evidenciju i kontrolu pristupa na radu zaposlenih i pristupa prostorijama poslodavca, kao i u slučaju kontrole korišćenja sredstava za rad, ukinut je preduslov postojanja sporazuma sa sindikatom/predstavnicima zaposlenih ili odobrenja nadležnog organa. U slučaju da se u radnom sporu utvrdi da je poslodavac prekršio zabranu elektronskog nadzora nad radom zaposlenih i uslove pod kojima su mogući izuzeci od ovog pravila, a otkaz se zasniva jedino na digitalnim dokazima pribavljenim na navedeni nezakonit način, otkaz ugovora će se smatrati neosnovanim i rešenje o otkazu poslodavca će biti poništeno.⁸

⁶ Emanuele Dagnino, „Labor impact of technological devices in Italy“, *IUSLabor*, No. 1, 2018, 35.

⁷ Aloisi Antonio, Gramano Elena, „Artificial intelligence is watching you at work. Digital surveillance, employee monitoring and regulatory issues in the EU context“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41, 2019, 124.

⁸ E. Dagnino, op. cit., 35.

Uticaj digitalnih dokaza na ishod radnog spora u Francuskoj

Zakonikom o radu Republike Francuske posvećena je posebna pažnja definisanju uslova pod kojima poslodavac može vršiti svoja nadzorna ovlašćenja putem digitalnih tehnologija. Elektronski nadzor nad radom zaposlenih je moguć isključivo ako poslodavac lično informiše svakog zaposlenog o uvođenju ovih tehnologija, kao i ukoliko prethodno informiše predstavnike zaposlenih u savetu zaposlenih. Poslodavac ima takođe obavezu da prethodno informiše i konsultuje socijalno-ekonomski savet u slučaju uvođenja novih tehnologija i automatizovanih sistema obrade podataka o zaposlenima,⁹ a do 2018. godine je imao i dužnost da navedeni tehnološki uređaj prethodno prijavi Nacionalnoj komisiji za zaštitu podataka i sloboda.¹⁰ Imajući u vidu zahtevanu transparentnost nadzora nad radom zaposlenih i učešće socijalnih partnera, postavlja se pitanje da li će sud prihvatiti dokaze poslodavca u radnom sporu povodom poništaja otkaza ugovora o radu iz disciplinskih razloga, ukoliko je disciplinska odgovornost zaposlenog prethodno utvrđena na osnovu digitalnih dokaza sa tehničkog uređaja koji nije prijavljen Nacionalnoj komisiji za zaštitu podataka i sloboda (do 2018. godine) ili ukoliko zaposleni i socijalno-ekonomski savet nisu prethodno informisani o njegovom postojanju. Nameće se pitanje da li je pravično teretiti zaposlenog za povredu radne obaveze ili nepoštovanje radne discipline ako on nije bio upoznat sa uvođenjem elektronskog nadzora ili ukoliko poslodavac nije ispunio svoju zakonsku obavezu informisanja nadležnih subjekata. Sa druge strane, predmet rasprave može biti i pitanje da li je pravično zaposlenog abolirati disciplinske odgovornosti ukoliko se uvidom u takve digitalne dokaze *prima facie* uočava povreda radne obaveze ili discipline.

Francuski Kasacioni sud je rešio gorepomenute nedoumice na sledeći način: ukoliko poslodavac otkáže ugovor o radu zaposlenom zbog povrede radne obaveze, koja se temelji isključivo na digitalnom dokazu koji nije pribavljen u skladu sa zakonom, takav otkaz ugovora o radu će biti neosnovan, budući da se navedeni dokaz ne može koristiti na sudu.¹¹ Kada poslodavac ne dokaže postojanje ozbiljnog i stvarnog razloga za otkaz ugovora o radu, zaposleni može zahtevati vraćanje na rad i naknadu štete od strane poslodavca. Ukoliko poslodavac poseduje i druge dokaze koji su pribavljeni na zakonit način i kojima se dokazuje osnov za disciplinsku odgovornost zaposlenog, rešenje o otkazu ugovora o radu neće biti poništeno.

⁹ Marie Morin, Francis Kessler, „Labor impact of technological devices in France“, *IUSLabor*, 2, 2018, 20.

¹⁰ A. Aloisi, E. Gramano, op. cit., 118.

¹¹ M. Morin, F. Kessler, op. cit., 27.

Tako je sud usvojio tužbeni zahtev zaposlenih u radnom sporu za poništaj otkaza ugovora o radu zbog nesavesnog korišćenja aparata (dozatora) za piće i hranu kod poslodavca, budući da se ovaj otkaz ugovora zasnivao samo na jednom dokazu – snimku sa video-nadzora poslodavca, o čijem postojanju zaposleni nisu bili unapred informisani. Kasacioni sud je zauzeo stav da „poslodavac ima pravo da nadzire rad zaposlenih tokom radnog vremena, ali da on ne može da vrši nadzor bez prethodnog informisanja zaposlenih o tome“.¹² Tajni video nadzor od strane poslodavca nije dozvoljen, budući da svaka vrsta elektronskog nadzora od strane poslodavca mora biti predmet obaveštenja upućenog zaposlenom i sindikatu, a u određenim slučajevima mora biti predmet socijalnog dijaloga poslodavca sa socijalno-ekonomskim savetom. Dakle, neophodan preduslov za dokazivanje disciplinske odgovornosti zaposlenih putem digitalnih dokaza sa tehničkih uređaja jeste svest zaposlenog o postojanju elektronskog nadzora putem ovih uređaja.

Još jedna naročito značajna tema za analizu jeste korišćenje dokumenata koji sadrže privatne podatke zaposlenih, poput imejllova, fotografija i snimaka, za dokazivanje disciplinske odgovornosti zaposlenih u disciplinskom postupku kod poslodavca i u radnom sporu. Možemo lako zamisliti situaciju u kojoj rukovodilac zaposlenog ima pristup računaru zaposlenog i kako uvidom u privatne fajlove zaposlenog saznaje za određene zloupotrebe od strane zaposlenog, poput odavanja poslovne tajne i nedozvoljenog korišćenja sredstava rada u privatne svrhe. Prema stavovima Kasacionog suda Francuske, dokumenta, fajlovi i imejllovi zaposlenih na tehničkim uređajima u vlasništvu poslodavca smatraju se službenim dokumentima, osim ukoliko ih zaposleni eksplicitno naslovi kao privatne. Poslodavac može otvoriti privatna dokumenta zaposlenih ukoliko je pozvao zaposlenog da prisustvuje ovoj radnji, ali ih ne može koristiti u svrhu disciplinskog sankcionisanja zaposlenog ili kao dokaz u radnom sporu ukoliko je reč o dokazima koji se tiču privatnog života zaposlenog.¹³ Potrebno je imati u vidu da Francuski Kasacioni sud smatra da SMS poruke koje zaposleni šalje sa telefona tokom radnog vremena, a koje se tiču poslovnih aktivnosti, ne mogu biti privatni podaci zaposlenog, zbog čega se dozvoljava njihovo korišćenje kao dokaza u disciplinskom postupku i radnom sporu, ukoliko njihov sadržaj ukazuje na određene povrede radne obaveze ili nepoštovanja radne discipline.¹⁴ Takođe, imejllovi razmenjeni između dva zaposlena povodom obavljanja određenih

¹² Decision de la Cour de cassation francaise, chambre sociale, Paris, no. 99-42.219 du 15. mai 2001.

¹³ M. Morin, F. Kessler, op. cit., 23–24.

¹⁴ Decision de la Cour de cassation francaise, chambre sociale, Paris, no. 05-17.818 du 23 mai 2007.

radnih dužnosti ne predstavljaju privatne podatke zaposlenih i mogu se koristiti kao dokaz prilikom utvrđivanja odgovornosti zaposlenog u disciplinskom postupku ili u radnom sporu.¹⁵

Na osnovu navedenog, može se zaključiti da zaposleni ima razumna očekivanja privatnosti na mestu rada i tokom radnog vremena, te da mora biti obavešten o elektronskom nadzoru njegovog rada.¹⁶ Smatramo da je opravdano odbijanje korišćenja digitalnih dokaza u radnom sporu pribavljenih na nezakonit način, s obzirom na to da poslodavac ne može pribirati korist od nepoštovanja svojih zakonskih obaveza. U suprotnom, poslodavac bi bio nagrađen za netransparentnost u vršenju svojih nadzornih i disciplinskih ovlašćenja, ugrožavao bi se otvoren socijalni dijalog između poslodavca i predstavnika zaposlenih, a zaposleni bi obavljali rad u atmosferi pravne nesigurnosti. Kako je radni odnos po svojim odlikama podređen rad zaposlenog, odnosno odlikuje ga izražena pravna subordinacija, neophodno je ograničiti upravljačka, nadzorna i disciplinska ovlašćenja poslodavca tako da se poštuju osnovna prava zaposlenih, poput prava na privatnost, a da se poslodavcu sa druge strane omogući neometano kontrolisanje procesa rada, pod uslovom da ta kontrola bude zakonita i transparentna.

Praksa Evropskog suda za ljudska prava

Iako rešavanje radnih sporova nije u nadležnosti Evropskog suda za ljudska prava, njegova sudska praksa povodom tumačenja člana 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda – EKLJP (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života) nam je od izuzetnog značaja za razumevanje ovog pitanja, naročito u pogledu uslova pod kojim je elektronski nadzor nad radom zaposlenog dozvoljen, što dalje utiče i na kvalifikaciju uslova pod kojim se određeni digitalni dokaz može smatrati zakonito pribavljenim i koristiti za dokazivanje disciplinske odgovornosti zaposlenog. Od presudne važnosti za određivanje parametara dozvoljenog elektronskog nadzora poslodavca nad radom zaposlenih jeste presuda

¹⁵ Decision de la Cour de cassation française, chambre sociale, Paris, no. 09-72.313 du 2 février 2011.

¹⁶ Ova koncepcija je stvorena u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava, a pod njom se podrazumeva (ne)dopuštenost mešanja poslodavca u komunikaciju i privatni život zaposlenog u svim slučajevima kada zaposleni razumno očekuje da u komunikaciji sa drugim licima uživa određeni prostor privatnosti, poput situacije kada nije obavešten o postojanju nadzora od strane poslodavca. Međutim, ukoliko je poslodavac prethodno obavestio zaposlene o postojanju, načinu i razlozima zbog kojih je nadzor neophodan, navedeno očekivanje zaposlenog može biti ograničeno. Ljubinka Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Centar za izdavaštvo Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, 519–520.

u čuvenom slučaju *Barbulescu protiv Rumunije*.¹⁷ U ovom predmetu su definisani sledeći uslovi pod kojima je elektronski nadzor dozvoljen: prethodno obaveštenje zaposlenog od strane poslodavca o mogućnosti, prirodi, svrsi i obimu nadzora (da li se nadzire i sadržaj korespondencije ili samo vreme slanja i prijema poruka), postojanje mera zaštite koje se stavljaju zaposlenom na raspolaganje kako poslodavac ne može biti upoznat sa sadržajem komunikacije zaposlenog na radu bez prethodnog obaveštenja zaposlenog, postojanje opravdanog razloga za uvođenje nadzora i da se cilj nadzora ne može ostvariti manje invanzivnim merama po privatnost zaposlenog.¹⁸ U drugom poznatom slučaju *Lopez Ribalda i drugi protiv Španije*,¹⁹ Evropski sud za ljudska prava je postavio standarde pod kojima je tajni video nadzor dozvoljen i zaključio da u pomenutom slučaju nije došlo do povrede prava iz člana 8 EKLJP, budući da je poslodavac tajno snimao zaposlene samo ograničen vremenski period (10 dana), u ograničenom prostoru u supermarketu gde je sumnjao da se vrši krađa od strane zaposlenih, kao i da je snimke koristio samo u svrhu utvrđivanja ko je odgovoran za krađu robe i da bi imao dokaz za disciplinski postupak protiv zaposlenih.²⁰ Sud je zaključio da jedino dominantan javni ili privatni interes može opravdati nedostatak obaveze obaveštavanja zaposlenog od strane poslodavca o postojanju video-nadzora, što je u konkretnom slučaju ispunjeno jer je bilo reč o značajnom finansijskom gubitku.²¹

Analizirajući odredbe EKLJP, uviđamo da ona ne sadrži pravila pod kojim uslovima bi se određeni način pribavljanja dokaza mogao smatrati nezakonitim.

¹⁷ European Court of Human Rights judgment, *Bărbulescu v. Romania*, Application no. 61496/08, Strasbourg, 5. september 2017. Predmet ovog spora je bio nadzor sadržine prepiske zaposlenog na internet servisu *Yahoo Messenger* od strane poslodavca, koja je sadržala podatke iz privatnog života zaposlenog, pri čemu zaposleni nije bio upoznat sa postojanjem ovog vida nadzora od strane poslodavca. Zaposleni je tvrdio da je poslodavac na ovaj način povredio njegovo pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života.

¹⁸ Darko Božičić, „Granice poslodavčevih nadzornih ovlašćenja u odnosu na zaštitu prava na privatnost zaposlenih“, *Radno i socijalno pravo*, god. XXII, br. 2, 2018, 100–102.

¹⁹ European Court of Human Rights judgment, *Lopez Ribalda and others v. Spain*, Application no. 1874/13 and 8567/13, Strasbourg, 17 October 2019. Reč je o slučaju otkazivanja ugovora o radu nekoliko zaposlenih u supermarketu zbog krađe robe koju je poslodavac, vlasnik supermarketa, utvrdio putem video nadzora, pri čemu zaposleni nisu bili upoznati sa postojanjem svih kamera, već samo pojeđinih.

²⁰ U pomenutom slučaju sud je konstatovao da je zaštita prava na privatnost očigledno niža na mestima koja su vidljiva ili dostupna široj javnosti i da očekivanje zaštite prava na privatnost zaposlenih na radnom mestu u supermarketu mora biti nužno ograničeno s obzirom na to da je reč o prostoru otvorenom za javnost.

²¹ Fidan Abdurrahimli, *Big boss is watching you! The right to privacy of employees in the context of workplace surveillance*, Master Thesis (published), Lund University, Lund, 2020.

Evropski sud za ljudska prava ispituje da li je narušena „pravičnost sudskog postupka“ u svetlu člana 6 Konvencije, odnosno da li je omogućeno pravo zaposlenog na odbranu i da li je povređeno drugo pravo iz Konvencije (poput prava na poštovanje privatnog i porodičnog života). Evropski sud za ljudska prava utvrđuje da li je nacionalni organ pri pribavljanju ili upotrebi dokaza povredio određeno pravo iz Konvencije, ali ne ustanovljava da se tako nezakonito pribavljeni dokaz ne sme upotrebiti kod donošenja presude, jer prema stanovištu suda nacionalno pravo mora da reši to pitanje.²² Sagledavajući okolnosti postupka *Lopez Ribalda i drugi protiv Španije*, možemo zaključiti da, iako je u redovnim okolnostima potrebno da zaposleni bude prethodno upoznat o postojanju, svrsi, prirodi i obimu nadzora nad njegovim radom, postoje mogućnosti odstupanja od ovih pravila ukoliko to nalaže ozbiljan javni i privatni interes. Ove razloge možemo uporediti sa razlozima zbog kojih sudovi u Italiji primenjuju doktrinu defanzivne kontrole, kada to nalaže interes javnog poretka.

SOFTVERI ZA PRAĆENJE RADA I RADNOG UČINKA ZAPOSLENOG

Primetno je da poslodavci u svetu sve više upotrebljavaju softvere koji funkcionišu pomoću algoritama i drugih sistema veštačke inteligencije za praćenje rada i radnog učinka zaposlenog, što dalje otvara pitanje korišćenja podataka dobijenih pomoću ovih softvera za evaluaciju radnog učinka zaposlenih i za utvrđivanje povrede radne obaveze ili nepoštovanja radne discipline. Razlikujemo softvere koji mere vreme koje je potrebno zaposlenima za izvršenje radnih zadataka (*time tracking software*) i softvere koji prikupljaju podatke o tome koliko puta i kada zaposleni pristupaju softverima za izvršavanje radnih zadataka.²³ Imajući u vidu uticaj koji evaluacija podataka dobijenih ovim putem može imati na radni odnos zaposlenog, osnovano se nameće pitanje u stručnoj javnosti da li je opravdano da poslodavci koriste ove parametre pri dokazivanju disciplinske odgovornosti zaposlenih (poput podatka da zaposleni koji radi na daljinu nije pristupio radu u određenom softveru), naročito ako poslodavac nije ni učestvovao u oceni ovih dokaza dobijenih primenom sistema veštačke inteligencije, već ih je uzeo kao apsolutno tačne bez provere i kritičke procene. Primer korišćenja ovakvih digitalnih dokaza zarad otkazivanja ugovora o radu zaposlenih iz disciplinskih razloga imamo u skladištima kompanije Amazon u Sjedinjenim

²² Natalija Živković, „Dokazni značaj snimaka koji nisu proizašli iz dokaznih radnji“, *CRIMEN*, br. 2, tom 11, 2020, 189.

²³ Darko Božićić, „Upotreba softvera za praćenje rezultata rada zaposlenih i otkaz ugovora o radu“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, , br. 2, tom 94, 2022, 385.

Američkim Državama, u saveznoj državi Baltimor. Zaposleni u skladištu su imali posebne nosive uređaje koji funkcionišu po osnovu posebnih algoritama i prate ispunjenje radnih zadataka i ciljeva generisanih u aplikaciji, a koja upozorava zaposlene u slučaju da ih ne ispune. Ukoliko zaposleni primi određeni broj navedenih upozorenja, poslodavac će mu automatski otkazati ugovor o radu, time što će zaposleni dobiti obaveštenje o prestanku radnog odnosa putem te aplikacije.²⁴

Ukoliko na navedenom primeru sagledamo posledice koje primena digitalnih tehnologija može imati po radni odnos zaposlenog kada se donošenje odluke o prestanku radnog odnosa zaposlenog prepusti softverima i algoritmima bez kritičke ocene i prikupljanja ostalih dokaza od strane poslodavca, možemo zaključiti da se na ovaj način ugrožava ostvarivanje prava zaposlenog na dostojanstven rad. Upravo iz navedenog razloga, smatramo da bi jedino opravdan bio *human in command* pristup – pristup obavezne uključenosti ljudi u donošenje odluka koje su rezultat korišćenja algoritamskog upravljanja i nadzora nad radom zaposlenog.²⁵ On je proklamovan i kroz rad nezavisne komisije Međunarodne organizacije rada o budućnosti rada, koja se zalaže za to da sve konačne odluke koje utiču na rad zaposlenog budu donete od strane ljudi, a ne od strane algoritama.²⁶ Propisi koji su na snazi u Evropskoj uniji i Savetu Evrope su takođe na istom stanovištu, te je tako članom 22 Opšte uredbe o zaštiti podataka o ličnosti Evropske unije,²⁷ i članom 11 Protokola o izmenama i dopunama Konvencije o zaštiti lica u odnosu na automatsku

²⁴ Jeremias Adams-Prassl, „What if your boss was an algorithm? Economic incentives, legal challenges, and the rise of artificial intelligence at work“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41. No. 1, 2019, 18. Za pravo Sjedinjenih Američkih Država karakteristična je primena *employment at will* pravila prilikom otkazivanja ugovora o radu zaposlenih, reč je o opštem pravilu da poslodavac može otpustiti zaposlenog po svojoj volji u bilo koje vreme, iz bilo kog razloga ili bez navođenja razloga, bez neophodnosti poštovanja određenih procesnih pravila. Ovo pravilo je vremenom ograničeno propisima, stavovima sudske prakse i zakonodavnim okvirom, te se prema stavu sudske prakse zaštita od neopravdanog otkaza zaposlenima obezbeđuje u slučajevima kršenja javnog poretka, kao i implicitnih uslova iz ugovora o radu, a prema odredbama posebnih zakona ona se obezbeđuje u slučajevima diskriminacije i uzbunjivanja. Lj. Kovačević, *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 330–331.

²⁵ Valerio De Stefano, „Negotiating the algorithm: automation, artificial intelligence and labour protection“, *The Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41, No. 1, 2019, 30.

²⁶ International Labour Organization (ILO), *World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, ILO, Geneva, 2021, 26–27.

²⁷ European Union, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), *Official Journal of the European Union*, L 119, 4 May 2016.

obradu ličnih podataka,²⁸ propisano da svaki pojedinac ima pravo da ne bude subjekt odluke koja značajno utiče na njega ili nju, koja je doneta samo na osnovu automatizovane obrade podataka, bez saglasnosti tog lica (prema odredbama Opšte uredbe) ili bez uzimanja u obzir stavova tog lica (prema odredbama Protokola). Shodno tome, dokaz u vidu podataka iz softvera za praćenje rada zaposlenog je pravno nevaljan dokaz, ukoliko zaposleni nije dao saglasnost na ovaj način nadzora ili ukoliko se bar nije izjasnio o navedenom. U suprotnom, kada ljudi ne bi učestvovali u donošenju odluka koje se tiču prava i obaveza zaposlenog, već kada bi to činile isključivo mašine i algoritmi, isključila bi se lična odgovornost, pravo na odbranu zaposlenog i ugrozilo bi se pravo na dostojanstven rad. Smatramo da je *humman in command* pristup jedini pravedan, jer kako je profesor Perović navodio, razvoj tehničke civilizacije nosi neslućene razmere prouzrokovane štete, a pravo po svojoj vokaciji je dužno da reaguje na ovu pojavu u meri bar delimične reparacije,²⁹ te smatramo da moć algoritamskog upravljanja radom zaposlenih ne sme biti neograničena, već se mora sprovoditi uz učešće samih zaposlenih.

Kako je rad na daljinu postao sve rasprostranjeniji način rada, poslodavci pokušavaju da iznađu različite metode nadzora nad radom zaposlenih na daljinu preko računara, koristeći različite softvere za nadzor nad radom zaposlenih, poput snimanja ili slikanja ekrana računara i brojanja otkucaja na tastaturi. U datoj tematici je 15. marta 2021. godine doneta presuda Ustavnog suda Španije,³⁰ koja je od izuzetnog značaja za analizu uticaja nezakonito pribavljenih digitalnih dokaza na ishod radnog spora. U konkretnom slučaju, zaposlenoj je otkazan ugovor o radu usled povrede radne obaveze zbog korišćenja sredstava rada u privatne svrhe, nakon što je nesrazmernim praćenjem njenog rada na računaru poslodavac utvrdio da je zaposlena oko 70% svog radnog dana posvećivala privatnim aktivnostima, a samo 30% vremena izvršavanju radnih obaveza. Iako je opštim aktima poslodavca dozvoljena upotreba sredstava rada u privatne svrhe kada je neophodno, minimalno i razumno, i u prvostepenom i u drugostepenom sudskom postupku je bilo nesumnjivo utvrđeno da je elektronski nadzor poslodavca bio prekomeran, budući da je poslodavac snimao ekran zaposlene sve vreme korišćenja službenog računara, uključujući i lični sadržaj. Iako je Prvostepeni sud u Madridu utvrdio da nezakonitost pribavljenog dokaza ima za posledicu poništaj otkaza ugovora o radu i pravo na nematerijalnu štetu zbog povrede prava na privatnost, drugostepeni sud je imao

²⁸ Zakon o potvrđivanju Protokola o izmenama i dopunama Konvencije o zaštiti lica u odnosu na automatsku obradu ličnih podataka, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 4/2020.

²⁹ Slobodan Perović, „Prirodno pravo i društveni imperativi“, *Besede sa Kopaonika*, 2016, 1050.

³⁰ Presuda Ustavnog suda Španije br. 6838-2019 od 15. 3. 2021. godine, https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_032/2019-6838STC.pdf, 18. 9. 2022.

drugačije stanovište, smatrajući da je nedozvoljeni dokaz potrebno samo zanemariti u radnom sporu, ali da on ne dovodi automatski do poništaja rešenja o otkazu, već da je potrebno sagledati i druge dokaze. Takođe, drugostepeni sud je zaključio da prekomernim elektronskim nadzorom nije došlo do kršenja osnovnih prava zaposlene, te da zaposlena nema pravo na naknadu nematerijalne štete. Ustavni sud je konačno doneo presudu kojom je utvrdio da nije povređeno pravo zaposlene na delotvornu sudsku zaštitu time što je drugostepeni sud zaključio da nedozvoljeno pribavljeni dokaz ne dovodi automatski do poništaja rešenja o otkazu ugovora o radu, budući da je takav stav suda „pozitivno ukorenjen u našem pravu, a da se ne može opisati kao proizvoljan ili očigledno nerazuman“³¹. Sa druge, strane Ustavni sud smatra da je povređeno navedeno pravo u odnosu na zahtevanu naknadu nematerijalne štete, budući da je prekomernim nadzorom nad radom zaposlenog povređeno osnovno pravo zaposlenog na privatnost i tajnost komunikacije, te je ukinuo drugostepenu presudu u ovom delu i vratio je na ponovni postupak.

Analizom navedene presude se može zaključiti da Ustavni sud Španije jasno pravi distinkciju u pogledu uticaja nezakonito pribavljenog dokaza na poništaj rešenja o otkazu i na pravo na naknadu štete. Činjenica da je prekomernim elektronskim nadzorom nad radom zaposlene povređeno pravo na privatnost, kao osnovno ljudsko pravo, daje zaposlenom pravo na naknadu štete, ali to ne znači i da je samo rešenje o otkazu automatski neosnovano, već je potrebno razmotriti i druge dokaze u predmetu spora. Upoređujući stav španskih i francuskih sudova, možemo izvući jednoobrazan zaključak: ukoliko je nezakonito pribavljen digitalni dokaz jedini dokaz u radnom sporu rešenje o otkazu ugovora o radu će biti poništeno. Ukoliko su, međutim, prisutni i drugi zakonito pribavljeni dokazi, navedeno rešenje neće biti automatski poništeno, već će ishod radnog spora zavisiti od drugih izvedenih dokaza.

UTICAJ DIGITALNIH DOKAZA NA ISHOD RADNOG SPORA U REPUBLICI SRBIJI

U procesnim pravilima Republike Srbije u delu regulisanja pravila parničnog postupka, kao i pravila postupka u parnicama iz radnih odnosa, kao posebnog parničnog postupka, Zakonom o parničnom postupku – ZPP³² nisu predviđena posebna pravila koja se tiču pitanja da li se presude u radnim sporovima mogu zasnivati na dokazima koji su pribavljeni na pravno nevaljan način. Fotografije, audio i video-snimci

³¹ Presuda Ustavnog suda Španije br. 6838-2019 od 15. 3. 2021. godine, https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_032/2019-6838STC.pdf, 18. 9. 2022.

³² Zakon o parničnom postupku – ZPP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020.

se kao dokazi mogu svrstati pod isprave i na njih bi se primenjivala opšta pravila ZPP-a o dokazivanju putem isprava. Za razliku od ZPP-a, Zakon o krivičnom postupku Republike Srbije – ZKP³³ utvrđuje da se sudske odluke ne mogu zasnivati na dokazima koji su, neposredno ili posredno, sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa Ustavom, ZKP-om, drugim zakonom ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, osim u postupku koji se vodi zbog pribavljanja takvih dokaza, kao i da dokazi koji su pribavljeni protivno ovom članu (nezakoniti dokazi) ne mogu biti korišćeni u krivičnom postupku. Iako je reč o dve različite vrste postupka, sa različitim predmetom, svrhom i procesnim pravilima, smatramo da ovakav način rezonovanja može biti primenjiv i u radnim sporovima, imajući u vidu hijerarhiju opštih pravnih akata i činjenicu da garantovana prava i načela ustanovljena Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima moraju biti poštovana i pri proceni zakonitosti i upotrebi dokaza u sudskom postupku.

Iako Ustav Republike Srbije od 2006. godine³⁴ ne garantuje više pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, on ipak u članovima 40–42. garantuje određene njegove aspekte, poput prava na nepovredivost tajne pisama i drugih sredstava opštenja (u koje bi se mogle svrstati i prepiska putem SMS poruka i imejlova) i zaštitu podataka o ličnosti, koji su nam od značaja za procenu zakonitosti pribavljanja dokaza. Zakon o zaštiti podataka o ličnosti,³⁵ ne uređuje eksplicitno da li je i pod kojim uslovima dozvoljen video-nadzor, nadzor imejl komunikacije, telefonskih razgovora i SMS poruka zaposlenog od strane poslodavca radi disciplinskog sankcionisanja zaposlenih, a na ovu vrstu obrade podataka od strane poslodavca, primenjivala bi se opšta načela obrade podataka o ličnosti iz člana 5 ovog zakona, a to su načela zakonitosti, poštenja i transparentnosti, ograničenja u odnosu na svrhu obrade, minimizacije podataka, tačnosti, ograničenja čuvanja, integriteta i poverljivosti i odgovornosti za postupanje, kao i druge relevantne odredbe o osnovima i načinima obrade podataka. Od značaja je i to što, iako samo sumarno, Zakon o radu³⁶ u članu 83 garantuje zaštitu ličnih podataka zaposlenih, te u stavu 2 navodi da ne mogu biti trećem licu dostupni lični podaci zaposlenog, osim u slučajevima i pod uslovima utvrđenim zakonom ili ako je to potrebno radi dokazivanja

³³ Zakonik o krivičnom postupku – ZKP, *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, čl. 16. st. 1 i čl. 84. st. 1.

³⁴ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 i 115/2021.

³⁵ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.

³⁶ Zakon o radu, *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.

prava i obaveza iz radnog odnosa ili u vezi sa radom. Tumačeći navedenu odredbu zaključujemo da bi poslodavac pri prikupljanju digitalnih dokaza za utvrđivanje disciplinske odgovornosti zaposlenih, trebalo da poštuje odredbe Zakona o zaštiti podataka o ličnosti i da unapred informiše zaposlene o prikupljanju ovih podataka, osnovu, svrsi i obimu njihove upotrebe i drugim pravima. U slučaju da sud done-se presudu samo na osnovu dokaza koji je pribavljen protivno ovim odredbama, smatramo da bi zaposleni imao osnov za žalbu. Kada su pored nezakonito pribavljenog digitalnog dokaza prisutni i drugi zakoniti dokazi u bilo kojoj formi, sud bi odlučivao po svom uverenju koje će činjenice da uzme kao dokazane, na osnovu savesne i brižljive ocene svakog dokaza zasebno, svih dokaza kao celine i na osnovu rezultata celog postupka.³⁷ Prema našem mišljenju, nezakonitost jednog dokaza ne bi trebalo da utiče na automatski poništaj rešenja o otkazu ugovora o radu, već bi njegova pravna sudbina trebalo da zavisi od ocene svih dokaza.

Posebno zanimljivo pitanje jeste zakonitost upotrebe dokaza u Republici Srbiji u radnom sporu, koje je poslodavac pribavio putem softvera za praćenje rada zaposlenih koji rade pomoću algoritama. Ukoliko bi poslodavac doneo odluku o postojanju disciplinske odgovornosti zaposlenog za povredu radne obaveze utvrđene isključivo putem podataka, odnosno dokaza iz navedenih softvera, smatramo da bi se rešenje o otkazu ugovora o radu zaposlenog moralo poništiti od strane suda u radnom sporu, imajući u vidu član 38 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti,³⁸ koji propisuje da bi lice na koje se podaci odnose imalo pravo da se na njega ne primenjuje odluka doneta isključivo na osnovu automatizovane obrade, ukoliko se njom proizvode pravne posledice ili se značajno utiče na položaj ovog lica.³⁹ Reč je o potvrdi pomenutog *human in command* pristupa. Iako sudska praksa u pogledu ovog pitanja nije bogata, od značaja za analizu ovog pitanja je presuda Apelacionog suda u Nišu Gž 6458/2016 od 17. 3. 2016. godine,⁴⁰ povodom radnog spora koji je pokrenuo zaposleni kome je poslodavac otkazao ugovor o radu na poslovima

³⁷ Zakon o parničnom postupku – ZPP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020, čl. 8.

³⁸ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87/2018.

³⁹ Čl. 38. Zakona o zaštiti podataka o ličnosti predviđa i izuzetke od ovog pravila, tako da se isti ne primenjuje se ako je odluka:

1) neophodna za zaključenje ili izvršenje ugovora između lica na koje se podaci odnose i rukovaoca;

2) zasnovana na zakonu, ako su tim zakonom propisane odgovarajuće mere zaštite prava, sloboda i legitimnih interesa lica na koje se podaci odnose; 3) zasnovana na izričitom pristanku lica na koje se podaci odnose.

⁴⁰ Presuda Apelacionog suda u Nišu br. Gž 6458/2016 od 17. 3. 2016. godine, preuzeta iz pravne baze Paragraf Lex.

zamenika poslovođe zbog povrede radne obaveze iz razloga nesavesnog vršenja radnih obaveza koje je za posledicu imalo nastanak štete ili mogućnost nastanka štete. U konkretnom slučaju, poslodavac je tvrdio da je zaposleni video da je kassirka u maloprodajnom objektu odštampala račun iako kupac nije bio prisutan i tako evidentirala promet bez kupovine robe, a da je zaposleni morao sprečiti takvo postupanje budući da je zamenik poslovođe, kome je u opisu posla kontrola rada poslovanja i zaposlenih. Jedini dokaz koji je poslodavac posedovao bio je snimak sa video-nadzora maloprodajnog objekta. Prema odredbama Zakona o zaštiti podataka o ličnosti,⁴¹ koji je u vreme otkazivanja ugovora o radu zaposlenog bio na snazi, odluka poslodavca koja proizvodi pravne posledice za zaposlenog i pogoršava njegov položaj, ne može biti zasnovana isključivo na podacima koji se obrađuju automatizovano i koji služe oceni nekog njegovog svojstva (radne sposobnosti, pouzdanosti, kreditne sposobnosti i sl.). Budući da se osporeno rešenje o otkazu zasnivalo samo na snimku sa video-nadzora, a da poslodavac nije dokazao da su zaposleni obavesteni o svrsi nadzora, te kako osporeno rešenje ne sadrži činjenični osnov u pogledu nastale štete kao kumulativnog uslova za nastajanje otkaznog razloga uz nesavesno vršenje radnih obaveza, sud je utvrdio da je osporeno rešenje nezakonito. Zaključuje se da se snimak sa video-nadzora može koristiti kao dokaz na sudu pod uslovom da je pribavljen u skladu sa Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti, s tim što odluka poslodavca koja pogoršava pravni položaj zaposlenog, ne može biti zasnovana isključivo na tom dokazu.⁴²

ZAKLJUČAK

Pod uticajem nezaustavljivih promena na tržištu rada i u poslovanju koje su produkt digitalizacije, radno pravo se mora menjati i kontinuirano usklađivati sa pojavom novih tehnologija i digitalnih inovacija. Te promene treba da uvažavaju nove okolnosti u svetu rada, ali uz zadržavanje osnovnog motiva zbog kojeg i postoji radno pravo, a to je zaštita prava zaposlenih i omogućavanje nesmetanog funkcionisanja poslodavaca na tržištu rada. Budući da radni odnos najčešće predstavlja osnovni izvor egzistencije zaposlenih, ali i priliku za razvoj profesionalnih i ličnih

⁴¹ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 97/2008, 104/2009 – dr. zakon, 68/2012 – odluka US i 107/2012.

⁴² Potrebno je imati u vidu da su čl. 38 važećeg Zakona o zaštiti podataka o ličnosti predviđeni prethodno pomenuti izuzeci od ovog pravila: da je automatizovana obrada podataka neophodna za zaključenje ili izvršenje ugovora ili ako je propisana zakonom uz odgovarajuće mere zaštite prava, sloboda i legitimnih interesa lica na koje se podaci odnose ili ako postoji izričit pristanak lica na koje se podaci odnose.

potencijala, zaposleni ne bi trebalo da bude u stanju stalnog straha od mogućeg otkazivanja ugovora o radu od strane poslodavca, niti da obavlja rad u atmosferi pravne nesigurnosti. Upravo iz tog razloga, uvažavanje nezakonito pribavljenih dokaza u radnom sporu pri donošenju sudske odluke bilo bi suprotno zaštitnoj funkciji radnog prava i pospešivalo bi stanje pravne neizvesnosti. Smatramo da bi u pravu Republike Srbije bilo neophodno zakonom utvrditi pravnu sudbinu nezakonito pribavljenih digitalnih dokaza u radnom sporu, u cilju pravne sigurnosti zaposlenih i poslodavaca, s obzirom na to da pravna sigurnost uživa epitet univerzalne vrednosti, kao jedan deo pravde i kao element pravne države i čini celinu sa ekonomskom i socijalnom sigurnošću zajednice.⁴³ Kako profesor Perović navodi, evolucije i promene pravnih institucija su nužne, ali načelo pravne sigurnosti mora stalno pratiti pravo u pokretu, u suprotnom neće biti reči o vladavini prava već o vladavini zakonskog neprava.⁴⁴ Poslodavcima se takođe mora omogućiti da ostvare svoj legitimni interes neometanog obavljanja poslovanja i ostvarenja profita i obezbediti im da koriste najnovija dostignuća nauke i tehnike i time ojačaju svoju konkurentnost na tržištu, u skladu sa načelima zakonitosti, transparentnosti i proporcionalnosti. Stoga u pravima, poput našeg, u kojima postoje pravne praznine u pogledu uslova korišćenja digitalnih tehnologija za nadzor nad radom zaposlenih i njihovog uticaja na ishod radnog spora ili druge parnice, može samo egzistirati pravna neizvesnost, koja nije podstičuća ni za razvoj privrednih aktivnosti niti za rad zaposlenih.

Na osnovu analiza uporednog prava i našeg zakonodavstva i sudske prakse povodom uticaja nezakonito pribavljenih digitalnih dokaza možemo zapaziti da u posmatranim pravima sudska praksa ima prevashodnu ulogu u tumačenju pitanja da li je određeni dokaz zakonito pribavljen, kao i koji će biti njegov uticaj na ishod radnog spora. Smatraće se da je određeni digitalni dokaz o radu zaposlenog zakonito pribavljen, ukoliko je zaposleni unapred informisan o postojanju nadzora nad radom, vrsti, prirodi, svrsi i obimu nadzora, kao i ukoliko su zaposlenom na raspolaganju pravna sredstva i mere zaštite svojih prava. Ukoliko poslodavac dokazuje odgovornost zaposlenog za povredu radne obaveze ili nepoštovanje radne discipline u radnom sporu samo pomoću jednog, nezakonito pribavljenog, dokaza, rešenje o otkazu će biti poništeno, osim u izuzetnim slučajevima kada povreda radne obaveze za posledicu ima ozbiljno narušavanje javnog ili privatnog interesa. Ukoliko je ipak poslodavac ponudio i druge dokaze koji su zakonito pribavljeni, okolnost da je jedan od dokaza nezakonito pribavljen neće uticati na automatski poništaj otkaza ugovora o radu, već će ishod radnog spora zavisiti od ocene ostalih dokaza od strane suda.

⁴³ S. Perović, op. cit., 1057–1058.

⁴⁴ S. Perović, op. cit., 1057–1058.

Smatramo da bi i u našem pravu sud imao osnova da zauzme takvo stanovište, imajući u vidu odredbu ZPP-a o savesnoj i brižljivoj oceni dokaza od strane suda, zasebno i u celini. U pogledu korišćenja softvera koji funkcionišu po principu algoritama za nadzor nad radom zaposlenih, smatramo da bi jedino opravdan bio pristup *human in command*, jer jedino ovaj pristup može obezbediti garantije dostojanstvenog rada zaposlenog.

KATARINA VIDANOVIĆ, LL.M.
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Belgrade

THE INFLUENCE OF THE ILLEGALLY COLLECTED DIGITAL EVIDENCE ON THE LABOUR DISPUTE DECISION

Summary

Intensive global changes in economic and social life, as well as companies' models of conducting business and labour force market, are influenced by the digitalisation process. The use of digital technologies in the monitoring of employees' activities resulted in the collection and use of evidence in digital form in establishing and proving the disciplinary responsibility of employees, both in disciplinary proceedings conducted by the employer and in labor disputes. Employers' use of software that functions through algorithms to monitor the work of their employees is a particularly topical issue. In this paper, the author endeavors to determine what type of evidence could be considered illegally collected digital evidence by the employer, as well as how the use of the said evidence would affect the outcome of the labor dispute with the employee, i.e. whether it would result in the annulment of the decision on dismissal by the court in a labor dispute. After analyzing comparative legal solutions, as well as regulations and court practices in our country, we will comprehensively consider possible answers to the questions that are the subject of the paper.

Key words: digitalisation, evidence, employee, labour dispute, algorithms

Literatura

- Abdurrahimli F., *Big boss is watching you! The right to privacy of employees in the context of workplace surveillance*, Master Thesis (published), Lund University, Lund, 2020.
- Adams-Prassl J., „What if your boss was an algorithm? Economic incentives, legal challenges, and the rise of artificial intelligence at work“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41, No. 1, 2019.
- Aloisi A., Gramano E., „Artificial intelligence is watching you at work. Digital surveillance, employee monitoring and regulatory issues in the EU context“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41, 2019.

- Božičić D., „Granice poslodavčevih nadzornih ovlašćenja u odnosu na zaštitu prava na privatnost zaposlenih“, *Radno i socijalno pravo*, god. XXII, br. 2, 2018.
- Božičić D., „Upotreba softvera za praćenje rezultata rada zaposlenih i otkaz ugovora o radu“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, Vol. 94, br. 2, 2022.
- Dagnino E., „Labor impact of technological devices in Italy“, *IUSLabor*, 1, 2018.
- De Stefano V., „Negotiating the algorithm’: automation, artificial intelligence and labour protection“, *The Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41, No. 1, 2019.
- EUROFOUND, *Employee monitoring and surveillance: The challenges of digitalisation*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020.
- Žarković I., „Mere elektronskog nadzora zaposlenog i pravo na privatnost na radnom mestu“, *Nauka, bezbednost, policija*, br. 3, 2015.
- Živković N., „Dokazni značaj fotografija, audio i video snimaka koji nisu proizašli iz dokaznih radnji“, *Crimen*, Vol. 11, br. 2, Beograd, 2020.
- International Labour Organization (ILO), *World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, ILO, Geneva, 2021.
- Jašarević S., „Uticaj digitalizacije na radne odnose“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, 2016.
- Kovačević Lj., *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Centar za izdavaštvo Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- Kovačević Lj., *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Lukić T., „Digitalni dokazi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, 2012.
- Morin M., Kessler F., „Labor impact of technological devices in France“, *IUSLabor*, 2, 2018.
- Perović S., „Prirodno pravo i društveni imperativi“, *Besede sa Kopaonika*, 2016.
- Stojković-Zlatanović S., „Radnopravne implikacije IV industrijske revolucije i digitalizacije rada – izazovi normiranja i perspektive razvoja“, *Pravo i privreda*, br. 1, tom 59, 2021.

**RADOVI PREMA KATEDRAMA
KOPAONIČKE ŠKOLE PRIRODNOG PRAVA
– SLOBODAN PEROVIĆ**

**KATEDRA
PRAVO NA IMOVINU
Sekcija
„Ugovor i odgovornost za štetu“**

MARICA MIČIĆ

NAKNADNI ROK KAO USLOV ZA RASKID UGOVORA

Ugovorima se uređuju međuljudski odnosi i njima ugovorne strane na sebe preuzimaju određena prava i obaveze. Zaključenjem ugovora stranke pristaju da svoje obaveze ispune onako kako je ugovoreno, uz poštovanje pravnog poretka, dobrih običaja i prava druge stranke, ali u praksi neretko dolazi do nepoštovanja ugovorenih obaveza. U ovom radu, pažnja je posvećena neizvršenju obaveza u dogovorenom roku i kakve to posledice povlači za sobom. Autorka u radu analizira kada je neophodno drugoj strani ostaviti razuman naknadni rok za ispunjenje obaveza na koje se obavezala, odnosno kada će on predstavljati neophodan uslov za ostvarivanje prava na raskid ugovora. Cilj rada jeste analiza da li rešenja u Zakonu o obligacionim odnosima i Konvenciji Ujedinjenih Nacija o međunarodnoj prodaji robe ograničavaju autonomiju volje stranaka da urede svoje odnose ili omogućavaju veću pravnu sigurnost i sprečavaju zloupotrebu prava.

Ključne reči: sloboda ugovaranja, raskid ugovora, naknadni rok, autonomija volje

U V O D

Sloboda ugovaranja je jedna od osnovnih ljudskih sloboda. Danas u našem pravu ona predstavlja pravo lica da svoje odnose sa drugima uređuje po slobodnoj volji, ali uz određena ograničenja. Polazimo od toga da čovekova sloboda nikada ne može biti neograničena, što se odnosi i na slobodu ugovaranja, gde sam zakonodavac mora

Marica Mičić, student osnovnih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: maricamicic001@gmail.com.

postaviti određene okvire koji se ne smeju prekoračiti.¹ Sloboda ugovaranja je usko povezana sa autonomijom volje, jer se u ugovorni odnos može stupiti samo ako se na to pristaje, što znači da nijedan zakon, niti ugovorna strana ne mogu primorati drugu ugovornu stranu da se upusti u odnos na koji nije pristala,² ali ukoliko dođe do sklapanja ugovora, to za sobom povlači posebnu odgovornost da će se ugovoreno ispuniti.³

Za ovu temu, odgovornost je pojam koji je od izuzetnog značaja, a imajući u vidu da je ovo izuzetno širok pojam, za ovaj rad možemo iskoristiti definiciju akademika Slobodana Perovića koji navodi: „Odgovornost je ustanova pravne, moralne i svake druge civilizacije, koja nastaje povodom odgovarajućeg pravila ponašanja koju prate unapred ustanovljene sankcije, a čiji su uslovi i sadržina primereni prirodi i vrsti povređenog dobra.“⁴ Iz ove definicije uporedno sa temom ovog rada zaključujemo da se, kao što je već rečeno, ugovorom preuzimaju određene obaveze za koje postoji odgovornost da se ispune. Kao sankcija za neodgovornost koja se ogleda u neispunjenju obaveza, može doći do raskida ugovora, a isto tako i do obaveze naknade štete. Da bi se izbegla sankcija, može se primeniti institut naknadnog roka. Samim tim, iako jedna strana nije bila odgovorna i ispunila svoje obaveze onako kako je ugovoreno, i dalje joj se može pružiti druga šansa.

UVODNA RAZMATRANJA – KONCEPT NAKNADNOG ROKA

Uz naknadni rok se često upotrebljavaju pridevi razuman, primeren, umeren ili se mogu koristiti izrazi poput „bez odlaganja izvršiti ugovorene obaveze“, isto tako mogu se koristiti i izrazi poput „brzo“, „hitno“, kao i mnogi drugi koji u datom kontekstu znače isto.⁵ Naš zakonodavac ne definiše koje vreme se podrazumeva

¹ Ovim zakonodavac ne nastoji da suzi slobodu ugovaranja na minimum, već se ograničenja uvode sa ciljem zaštite opšteg interesa zajednice i interesa samih stranaka koje ugovaraju. Imajući u vidu da se ta zaštita odnosi na samu zajednicu iz toga izlazi da su ograničenja različitog obima i suštine u zavisnosti od razvoja ekonomske, moralne, filozofske i političke emancipacije jedne sredine, Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, sedmo izdanje, Novinsko izdavačka ustanova, Beograd, 1990, 153. Isti autor na drugom mestu, za postavljanje granica na slobodu ugovaranja navodi da je „to posledica duboke potrebe zajednice da dopusti i omogući slobodno ispoljavanje volje određenih subjekata, ali i da vodi računa o opštim normama zajednice koje se ne mogu prepustiti individualnoj arbitrnosti i proizvoljnosti“, S. Perović, „Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije“, *Pravni život*, br. 10, tom II, Beograd, 2016, 309.

² S. Perović (1990), op. cit., 156.

³ S. Perović, „Vratimo se školi prirodnog prava“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2012, 65.

⁴ Više o tome: S. Perović, „Prirodno pravo i odgovornost“, op. cit., 867 i dalje.

⁵ Molba drugoj strani da ispoštuje svoje ugovorene obaveze i van ugovorenog roka, kako bi se izbegao raskid ugovora, odnosno zahtevanje ispunjenja ugovora u naturi.

pod ovim izrazima,⁶ već slobodu određivanja dužine naknadnog roka prepušta strankama.⁷ Dužina naknadnog roka će zavisiti od svakog konkretnog slučaja i na njegovu dužinu mogu uticati: vrsta ugovorenog posla, ponašanje ugovornih stran-ki, uslovi na tržištu i slično.⁸

S obzirom na to da stranke same određuju dužinu naknadnog roka, to nji-ma ne daje potpunu slobodu, već rok moraju određivati tako da on ispuni stan-dard razumne dužine. Iz toga izlazi da rok ne sme biti nerazumno dugačak niti nerazumno kratak. Sama svrha naknadnog roka jeste pružanje šanse drugoj stra-ni da ispuni ugovorene obaveze koje nije uspela da ispuni u ugovorenom roku, što znači da suviše kratak rok, u kojem se objektivno ne mogu ispuniti obaveze, ne može ispuniti svrhu naknadnog roka.⁹ Kod određivanja nerazumno kratkog roka postoji šansa zloupotrebe prava, zbog mogućnosti brzog izlaska iz uгово-ра. S druge strane, neprimereno dugačak rok isto ne ispunjava svrhu naknadnog roka. Iako se time daje više vremena da se obaveza ispuni, problem nastaje ukoli-ko strana kojoj je ostavljen naknadni rok objektivno nije u mogućnosti da ispuni svoju obavezu ili to jednostavno ne želi da učini, što dalje dovodi do veće obaveze za nadoknadu štete.¹⁰

Treba primetiti da ovaj institut ne poznaju sva prava, a to se najbolje vidi kada se uporede kontinentalno pravo i *common law*. Kontinentalno pravo poznaje ovaj institut, dok sa druge strane *common law* ga nigde ne pominje. Jedino što se sa njim može povezati jesu *condition and warranty*, od čije povrede zavisi da li ugovor može ostati na snazi, ali se ne može direktno povezati sa ostavljanjem naknadnog roka.¹¹

⁶ Ovakvo rešenje nije retko, jer neki termini nemaju jedinstvenu definiciju koja bi mogla da obuhvati svaki slučaj na koji se odnosi kao npr. „pažnja dobrog privrednika“ ili „dobrog domaćina“, gde samo značenje izraza zavisi od vrste posla na koji se odnosi.

⁷ Jakov Radišić, „Vreme i rokovi u ugovornim obligacionim odnosima i pravne posledice njihovog nepridržavanja“, *Zbornik radova Pravno-ekonomskog fakulteta u Nišu*, sv. 8, Niš, 1969, 106.

⁸ Jelena Perović, *Raskid ugovora zbog neizvršenja u međunarodnoj prodaji robe*, Pravni fakul-tet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2002, 225–226.

⁹ J. Perović, op. cit., 227.

¹⁰ Nenad Grujić, *Raskid ugovora zbog neispunjenja i pravna dejstva raskida*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd, 2016, 203.

¹¹ Bitna razlika između ova dva instituta jeste ta, što povreda *condition* predstavlja bitnu po-vredu ugovora i time se ugovor smatra poništenim. Sa druge strane povreda *warranty* ne predstavlja bitnu povredu ugovora te se on ne smatra poništenim, već može i dalje proizvoditi dejstva, uz mo-gućnost naknade štete. Više o tome: Samuel J. Stoljar, „Conditions, Warranties and Descriptions of Quality in Sales of Goods. I“, *The Modern Law Review*, Vol. 15, No. 4, Wiley, 1952, 425–445; S. J. Sto-ljar, „Conditions, Warranties and Descriptions of Quality in Sales of Goods. II (Continued)“, *The Modern Law Review*, Vol. 16, No. 2, Wiley, 1953, 174–197.

NORMATIVNI OKVIR

Zakon o obligacionim odnosima

Kada jedna od stranaka ne izvrši svoju ugovornu obavezu, druga stranka ima mogućnost da izabere jedno od prava koje je predviđeno u Zakonu o obligacionim odnosima (u daljem tekstu ZOO),¹² a to su: pravo na ispunjenje ugovora ili pravo na raskid ugovora, dok je pored ovih prava ovlašćena i da zahteva nadoknadu štete bez obzira koje pravo da izabere.¹³ Kod odabira prava, stranka koja odabere pravo na ispunjenje ugovora, može kasnije ostvariti i pravo na raskid ukoliko su za to ispunjeni uslovi. S druge strane, ona stranka koja se odluči da raskine ugovor, time gasi i svoju mogućnost da zahteva ispunjenje obaveze.¹⁴ ZOO kao pravilo postavlja da se pre raskida mora drugoj strani omogućiti da izvrši obavezu u naknadnom roku, a kao izuzetak predviđa slučajeve kad to nije obavezno.

Kod ugovora gde ispunjenje obaveze u određenom roku nije bitan sastojak ugovora, dužnik zadržava pravo da i posle isteka roka ispunji svoju obavezu, a poverilac da zahteva njeno ispunjenje. Pored toga, ukoliko poverilac želi da raskine ugovor, on pre toga mora dužniku ostaviti primeren naknadni rok za ispunjenje,¹⁵ a on se može odrediti tek nakon nastupanja docnje ili bar istovremeno sa njom.¹⁶ Imajući u vidu da se naknadni rok daje kao druga šansa da se ispune obaveze, bilo kakvo drugačije rešenje ne bi bilo svrsishodno, jer određivanje novog

¹² Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/03 – *Ustavna povelja* i *Službeni glasnik RS*, br. 18/20.

¹³ Čl. 124 Zakon o obligacionim odnosima. Pravo na naknadu štete Perović ne vidi kao „ispunjenje ugovora u drugoj formi“, već kao imovinsku sankciju koju zakon predviđa za onog ko nije ispoštovao ugovoreno. Kako navodi „naknada štete zbog neispunjenja obaveze ne pruža poveriocu potpuno zadovoljenje koje bi on imao da je ugovor izvršen onako kako je to bilo predviđeno“, S. Perović (1990), op. cit., 509–510.

¹⁴ Katarina Dolović Bojić, *Pravne posledice izjave volje usmerene na raskid ugovora zbog neispunjenja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 159.

¹⁵ Čl. 126, st. 1 i 2 Zakona o obligacionim odnosima. U tom smislu Radišić navodi da „sama činjenica nepoštovanje prvobitnog ugovorenog roka od strane dužnika ne daje još pravo poveriocu da ugovor raskine. Potrebno je, pored toga, da se usled docnje ugrožava postizanje cilja ugovora“, što dovodi do obaveze poverioca da prvobitno izabere pravo na ispunjenje ugovora, a tek nakon neispunjenja će ostvariti mogućnost raskida ugovora, J. Radišić, op. cit., 109.

¹⁶ Vesna Klajn-Tatić, „Naknadni rok za ispunjenje kao uslov za raskid ugovora o prodaji“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 1987, 218. O istom piše Radišić, gde navodi da ukoliko se učini pre docnje, smatraće se nevažećim, čak i ako kasnije nastupi docnja. Izuzetak od ovog pravila, smatraće se važećim jedino ako docnja nastupi odmah, J. Radišić, op. cit., 109.

(kasnijeg) roka od ugovorenog, bez nastupanja docnje, predstavljalo bi modifikaciju ugovora ili sasvim nov ugovor.

Pitanje roka kao bitnog sastojka zavisi od vrste ugovorenog posla, gde se na osnovu robe kojom se trguje ili cilja zbog kojeg je posao zaključen, može uvideti da li se ispunjenje van dogovorenog roka protivi prirodi posla.¹⁷ S druge strane, same stranke bez obzira na posao mogu odrediti rok ispunjenja, ali to ne znači da će on u svakom slučaju biti bitan element, što se opet nadovezuje na prethodno, da je vrsta posla bitnija u odnosu na ugovoreni rok.¹⁸ Pritom, davanje naknadnog roka bi trebalo da zavisi od toga u kojoj fazi ispunjenja obaveze se nalazi druga strana. Svrha naknadnog roka jeste da druga strana završi već započetu radnju ispunjenja, a ne da tek započne izvršenje.¹⁹

Zakon ne predviđa formu u kojoj se mora saopštiti drugoj strani da joj je ostavljen naknadni rok, niti sadržinu saopštenja, ali bi iz samog obaveštenja trebalo da proizlazi da se ostavlja naknadni rok, a poželjno bi bilo da on bude određen ili makar odrediv.²⁰ Iz toga izlazi da se obaveštenje može učiniti i usmeno,²¹ ali smatramo da je neophodno sigurno ustanoviti da je saopštenje primljeno, jer u suprotnom ne bi proizvodilo dejstvo.

Uz obaveštenje, stranka ima pravo da obavesti drugu stranku da će po neuspešnom proteku naknadnog roka doći do raskida ugovora, ali ona to ne mora učiniti. Ova obaveza ne postoji, jer se može desiti da i po proteku naknadnog roka, stranki i dalje odgovara ispunjenje ugovora. To dovodi do gašenja prava na zahtevanje izvršenja i nakon protoka naknadnog roka, ukoliko je stranka kad je ostavljala naknadni rok saopštila da će po neispunjenju doći do automatskog raskida ugovora.²² To stanovište ima i naš zakonodavac, gde vidimo da ZOO reguliše da je saopštenje da će doći do raskida po neispunjenju u isto vreme kad se ostavlja naknadni rok nepotrebno, jer neispunjenjem u naknadnom roku nastupaju iste posledice

¹⁷ Katarina Jovičić, „Zahtev za izvršenje ugovora u naknadnom roku kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe“, *Strani pravni život*, br. 2, Beograd, 2012, 191, fn 54.

¹⁸ S. Perović (1990), op. cit., 512.

¹⁹ Perović zbog toga navodi da on ima karakter dopunskog roka, S. Perović (1990), op. cit., 509. U tom smislu neki sudovi smatraju da treba već da se raspolaže robom kojom se trguje, dok sa druge strane neki drugi sudovi imaju stanovište da je neophodno ostaviti naknadni rok čak i kad prodavac nema ugovorenu robu na skladištu, V. Klajn-Tatić, op. cit., 223.

²⁰ K. Jovičić, op. cit., 190.

²¹ V. Klajn-Tatić, op. cit., 218.

²² Ovakvo rešenje je prihvaćeno kod nas, ali zato postoje zakonodavstva koja obavezuju stranke da pri obaveštenju o ostavljanju naknadnog roka za ispunjenje u isto vreme moraju saopštiti da će po neispunjenju doći do raskida ugovora. Više o tome: V. Klajn-Tatić, op. cit., 220–221.

kao da je rok bitan sastojak ugovora, odnosno on se raskida po samom zakonu. Pored toga, stranka i dalje ima pravo da takav ugovor održi na snazi, ako po isteku roka, bez odlaganja, obavesti dužnika da zahteva ispunjenje ugovora.²³

Vodeći se *nulla regula sine exptione* ZOO reguliše slučajeve kad ne postoji obaveza davanja naknadnog roka kao neophodni uslov za raskid ugovora. Prvi takav slučaj jeste kada dužnik ne ispuni obavezu u ugovorenom roku, a on predstavlja bitan sastojak ugovora, odnosno kad se radi o fiksnim ugovorima. Tada dolazi do raskida ugovora po samom zakonu, ali poverilac može održati ugovor na snazi ukoliko po isteku roka, bez odlaganja obavesti dužnika da zahteva ispunjenje ugovora.²⁴ Ostavljanje slobode da se fiksnu ugovor održi na snazi i nakon neizvršenja ne predstavlja najbolje rešenje. Jedino kada je ono opravdano jeste kada su same stranke odredile da će se ugovor raskinuti ukoliko obaveza ne bude ispunjena o dospelosti, odnosno kad su one dogovorom odredile da se radi o fiksnom ugovoru, ali ne i kada je ugovor fiksnog karaktera zbog prirode posla.²⁵ Ukoliko i nakon što je poverilac zahtevao ispunjenje, pa ga ne dobije u razumnom roku, može izjaviti da raskida ugovor.²⁶

Drugi razlog za neostavljanje naknadnog roka proizlazi iz dužnikovog držanja, kada je očigledno da on svoju obavezu neće ispuniti ni u naknadnom roku.²⁷ ZOO ne utvrđuje kriterijume kada je očigledno da neće doći do ispunjenja, već će to zavisiti od svakog zasebnog slučaja. Onda kada je nesporno da neće doći do izvršenja jeste kad se sam dužnik izričito izjasni da neće ispuniti svoju obavezu. Sa druge strane, ukoliko ovakva izjava izostane, činjenica da do ispunjenja neće doći, može se zaključiti i iz subjektivnih i objektivnih okolnosti.²⁸

Treći razlog nastaje onda kad pre isteka roka postane očigledno da jedna strana neće ispuniti svoju obavezu iz ugovora, što znači da se ugovor može raskinuti i pre nego što jedna strana dođe u docnju.²⁹ I za ovaj razlog, pitanje očiglednosti zavisi od svakog posebnog slučaja.³⁰ Poverilac nakon što sa sigurnošću utvrdi da

²³ Čl. 125. st. 1 i 2 i čl. 126. st. 3 Zakona o obligacionim odnosima.

²⁴ Čl. 125. st. 1 i 2 Zakona o obligacionim odnosima.

²⁵ Čak ni kod fiksnih ugovora po dogovoru stranki nije uvek opravdano ostaviti naknadni rok bez dogovora sa drugom strankom, jer se u momentu zaključenja znalo da je rok bitan element. Produženjem roka i jedna i druga strana mogu biti na šteti, N. Grujić, op. cit., 222–225.

²⁶ Čl. 125. st. 3 Zakon o obligacionim odnosima.

²⁷ Čl. 127 Zakon o obligacionim odnosima.

²⁸ N. Grujić, op. cit., 238–244.

²⁹ Čl. 128 Zakona o obligacionim odnosima.

³⁰ Za ovaj slučaj se često navodi „školski“ primer, kada je ugovorom dogovorena izgradnja građevinskog objekta, a izvođač radova nije ni počeo sa pripremnim radnjama (kopanje temelja i sl.) neposredno pre isteka roka, S. Perović (1990), op. cit., 514.

dužnik neće ispuniti svoju obavezu ni u naknadnom roku ili pre isteka ugovorenog roka ima dužnost da ga bez odlaganja obavesti da raskida ugovor.³¹

Četvrti i poslednji razlog za neostavljanje naknadnog roka postoji kod ugovora sa uzastopnim obavezama. Ukoliko jedna strana ne ispuni jednu obavezu, druga strana može, u razumnom roku, raskinuti ugovor u pogledu svih budućih obaveza, ako je iz datih okolnosti očigledno da ni one neće biti ispunjene. Pored toga, ona može raskinuti ugovor i u pogledu ne samo budućih obaveza, nego i u pogledu već ispunjenih obaveza, ako njihovo ispunjenje bez izostalih ispunjenja nema interesa za nju.³² Naknadni rok kod ovakvih obaveza bio bi nepotreban, jer ukoliko je očigledno da jedna strana neće ispuniti buduće obaveze koje su ugovorene, može se zaključiti da ona neće ispuniti ni one obaveze sa kojima kasni. Time bi naknadni rok bio štetan za obe strane.

*Konvencija Ujedinjenih nacija o ugovorima
o međunarodnoj prodaji robe*

Konvencija Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe³³ (u daljem tekstu Konvencija) jeste jedan od najznačajnijih izvora prava za ugovore o međunarodnoj prodaji robe. Ona sredstva kojima raspolažu stranke u slučaju povrede ugovora deli u tri dela, prvi koji se odnosi na prava kupca, drugi se odnosi na prava prodavca. Isto tako Konvencija reguliše prava kojima zajednički raspolažu obe strane.³⁴

Kupčeva prava. – Kupac ostvaruje pravo da od prodavca zahteva ispunjenje obaveze samo ukoliko se ne koristi nekim sredstvom koje bi bilo suprotno takvom zahtevu.³⁵ U ta sredstva prema Konvenciji ulaze izjava o raskidu ugovora, zahtev za sniženje cene ili zahtev za naknadu štete zbog neizvršenja,³⁶ jer ona nisu usmerena ka održavanju ugovora na snazi, kao što je slučaj sa naknadnim rokom, već na njegov raskid ili modifikaciju. Kupac takođe ne može zahtevati ispunjenje u naknadnom roku kad ugovor više nije moguće izvršiti, gde treba uzeti u obzir samo objektivnu nemogućnost. Isto tako, ukoliko je kupac svojom radnjom ili propustom prouzrokovao

³¹ Čl. 130 Zakona o obligacionim odnosima.

³² Čl. 129 Zakona o obligacionim odnosima.

³³ Zakon o ratifikaciji konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 10-1/84.

³⁴ Prava kupca uređuju čl. 45–52, prava prodavca uređuju čl. 61–65, dok se zajednička prava uređuju čl. 71–73. Zakona o ratifikaciji konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

³⁵ Čl. 46. st. 1 Zakon o ratifikaciji konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

³⁶ K. Jovičić, op. cit., 182, fn 22.

neizvršenje druge strane, ne može zahtevati da ona svoju obavezu ispuni u naknadnom roku.³⁷ Kupac dodatno ima mogućnost da ne zahteva ispunjenje u naknadnom roku, već ugovor može odmah raskinuti ukoliko neizvršenje bilo koje obaveze koju prodavac ima na osnovu ugovora ili Konvencije predstavlja bitnu povredu ugovora.³⁸

Konvencija predviđa da kupac može odrediti rok razumne dužine potreban za izvršenje prodavčevih obaveza,³⁹ ali da će on za vreme trajanja tog roka biti onemogućen da se koristi bilo kojim sredstvom predviđenim za povredu ugovora.⁴⁰ Ona će mu biti na raspolaganju pre isteka dodatnog roka, samo ukoliko ga prodavac obavesti da neće izvršiti svoju obavezu.⁴¹ Ovim se štiti prodavac, a samim tim se kupac ne ograničava značajno u ostvarivanju svojih prava, jer on odmah po neuspehom proteku roka može da se koristi tim sredstvima. Kao izuzetak, ukoliko prodavac u naknadnom roku učini novu povredu ugovora, kupac iako je izgubio prava na upotrebu pravnih sredstava, može ih upotrebiti samo u pogledu nove povrede ugovora.⁴² Međutim, kupac ne gubi pravo da usled docnje od prodavca zahteva naknadu štete.⁴³

Kupac nije ograničen kojom formom mora izjaviti da raskida ugovor, ali za razliku od ZOO, Konvencija ne poznaje raskid ugovora po samom zakonu, već je neophodno da kupac izjavi da raskida ugovor.⁴⁴ Uz to, za raskid nije dovoljna samo izjava, već će ona imati dejstvo samo ako je prodavac o njoj obavešten.⁴⁵

³⁷ Čl. 80. Zakon o ratifikaciji konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

³⁸ Čl. 49. st. 1. tač. 1 Zakona o ratifikaciji konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

³⁹ Konvencija isto kao i ZOO ne definiše dužinu roka, već stranke imaju slobodu da po slobodnoj proceni same odrede dužinu roka za svaki poseban slučaj. Ovde se ne radi o neograničenoj slobodi, odnosno ne može se dopustiti strankama da zloupotrebe svoje pravo. Isto stanovište zauzima i Perović, gde navodi da „dužina naknadnog roka trebalo bi da zavisi od objektivnih kriterijuma kao što su okolnosti slučaja i uobičajeni način postupanja u toj oblasti. Na taj način, odgovara se osnovnom razlogu uvođenja ovog instituta koji se ogleda u zaštiti interesa obe ugovorne strane“, J. Perović, op. cit., 226.

⁴⁰ Konvencija ne uređuje od kog momenta ovo obaveštenje deluje prema kupcu, ako nije saopšteno usmeno. Problem nastaje kada se obaveštenje obavlja pismenim ili drugim putem, gde može doći do velike razlike između vremena kad je ono saopšteno, a kad je primljeno. Ni teorija nema jedinstven stav po tom pitanju. Više o tome: K. Jovičić, op. cit., 184.

⁴¹ Čl. 47. st. 1. i 2. Zakona o ratifikaciji konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

⁴² K. Jovičić, op. cit., 184.

⁴³ Čl. 47. st. 2. Zakona o ratifikaciji konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

⁴⁴ K. Jovičić, op. cit., 185.

⁴⁵ J. Perović, op. cit., 229.

To ne predstavlja njegovu obavezu, već samo pravo,⁴⁶ iz čega proizlazi da se ugovor i nakon neuspešnog naknadnog roka može održati na snazi ponovnim zahtevanjem ispunjenja.

Prodavčeva prava. – Sredstva kojima raspolaže prodavac u slučaju povrede ugovora od strane kupca su dosta slično uređena kao sredstva kojima kupac raspolaže u slučaju povrede ugovora od strane kupca. U tom smislu prodavac od kupca može zahtevati da ispuni svoje obaveze prema istim pravilima koja važe i za kupca. Što znači da može zahtevati ispunjenje samo ako se ne opredeli za sredstvo koje je suprotno takvim zahtevima.⁴⁷ Prodavac ne može zahtevati ispunjenje i u slučajevima kada je ispunjenje obaveze od strane kupca postalo nemoguće i kada je prodavac svojim ponašanjem ili propustom doveo do toga da kupac ne izvrši svoju obavezu. Pored toga, on ne mora zahtevati ispunjenje, već može odmah raskinuti ugovor ukoliko neizvršenje obaveze koju kupac ima na osnovu ugovora ili konvencije predstavlja bitnu povredu ugovora.⁴⁸

Prodavac može odrediti rok razumne dužine za izvršenje kupčevih obaveza, sa tim što će, paralelno kao i kupac, biti u nemogućnosti da se koristi bilo kojim pravnim sredstvom predviđenim za slučaj povrede ugovora. On ih može koristiti jedino u slučaju kad od kupca primi obaveštenje da on neće izvršiti svoje obaveze u tako određenom roku. Pored toga, prodavac zadržava pravo da usled docnje kupca zahteva nadoknadu štete.⁴⁹ Nakon bezuspešnog protoka naknadnog roka on se može koristiti bilo kojim pravnim sredstvom.

Prodavac nakon bezuspešno proteklog naknadnog roka može raskinuti ugovor,⁵⁰ ali može zahtevati i izvršenje obaveza. Izjava o raskidu će proizvoditi dejstva tek kad bude saznata od strane kupca, jer Konvencija ne poznaje raskid po samom zakonu. Paralelno kao i za kupca, ni ovde Konvencija ne uređuje koja forma je potrebna za obaveštenje o raskidu, već to ostavlja strankama da same urede.

⁴⁶ To se vidi iz čl. 49. st. 1 koji navodi „Kupac može izjaviti da raskida ugovor...“.

⁴⁷ Čl. 62 Zakon o ratifikaciji konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe. Pravo koje je u suprotnosti sa ovim jeste pravo na raskid ugovora, *ratio legis* ovog rešenja je istovetan kao i kod kupčevih prava, odnosno suprotnost prava na raskid je ta što prodavac njime ne želi da pruži drugu šansu za održaj ugovora, kao što je slučaj sa pravom na zahtev izvršenja obaveze.

⁴⁸ Čl. 64. st. 1. tač. 1 Zakon o ratifikaciji konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

⁴⁹ Čl. 63. st 1. i 2 Zakon o ratifikaciji konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.

⁵⁰ Ovo takođe, kao i za kupca, predstavlja samo pravo, ali ne i obavezu. To se vidi iz čl. 64. st. 1 „Prodavac može izjaviti da raskida ugovor...“

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Iz izloženog možemo zaključiti da naknadni rok ima dva najbitnija značaja. Prvi se ogleda u održavanju ugovora na snazi, odnosno pružanju druge šanse drugoj ugovornoj strani. Stranke ostvaruju veću korist iz neblagovremenog ispunjenja ugovora, nego što bi to bio slučaj sa raskidom i nadoknadom štete zbog neizvršenja. Po pravilu to će važiti samo za ugovore koji nisu striktno fiksnog karaktera. Drugi značaj se ogleda u prirodi naknadnog roka, jer on predstavlja jedan od uslova za raskid ugovora, što znači da se ugovor po neispunjenju raskida po samom zakonu i time se izbegava sudski raskid ugovora, koji po svojoj prirodi dovodi do nepotrebnog odugovlačenja i troškova. Suprotno od kontinentalnog prava, možemo zaključiti da *common law*, koji ne poznaje ovaj institut, nepoštovanje ugovora rešava sudskim putem. To naravno ne može biti efikasno za svaku vrstu ugovora, te se time uviđa prednost postojanja naknadnog roka.

Autonomija volje kao osnovno pravo ugovornih strana se može izraziti u mnogo širem kontekstu kada je kao uslov za raskid ugovora neophodno ostaviti drugoj strani naknadni rok za ispunjenje obaveza, nego što je to slučaj sa sistemima kod kojih dolazi do raskida po samom zakonu ili kada je neophodno da sud odlučuje o daljoj „sudbini“ ugovora. Pritom, čak i u ovom sistemu ponekad je neophodno da postoje ograničenja, u vidu nemogućnosti raskida ugovora bez naknadnog roka, kako bi se zaštitili interesi obe strane, izbegle špekulacije i zloupotreba prava.

MARICA MIĆIĆ
Student, Faculty of Law
University of Belgrade

SUBSEQUENT TIME LIMIT AS A CONDITION FOR TERMINATION OF THE CONTRACT

Summary

Interpersonal relations are regulated by contracts, and with them, the contractual parties assume certain rights and obligations. By concluding the contract, the parties agree to fulfill their obligations as agreed, with respect for the legal order, good customs, and the rights of the other party, but in practice, non-compliance with the agreed obligations often occurs. In this paper, attention is paid to the non-fulfillment of obligations within the agreed term and what consequences this entails. The author analyzes when it is necessary to give the other party a reasonable subsequent time limit for fulfilling the obligations to which it has committed itself, that is when it will represent a necessary

condition for termination of the contract. The paper aims to analyze whether the solutions in The Law of contract and torts and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods limit the autonomy of the will of the parties to regulate their relations or enable greater legal certainty and prevent abuse of rights.

Key words: contractual freedom, termination of the contract, subsequent time limit, autonomy of will

Literatura

- Grujić N., *Raskid ugovora zbog neispunjenja i pravna dejstva raskida*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd, 2016.
- Dolović Bojić K., *Pravne posledice izjave volje usmerene na raskid ugovora zbog neispunjenja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Jovičić K., „Zahtev za izvršenje ugovora u naknadnom roku kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe“, *Strani pravni život*, br. 2, Beograd, 2012.
- Klajn-Tatić V., „Naknadni rok za ispunjenje kao uslov za raskid ugovora o prodaji“, *Analni Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 1987.
- Perović J., „Raskid ugovora zbog neizvršenja u međunarodnoj prodaji robe“, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2002.
- Perović S., *Obligaciono pravo*, sedmo izdanje, Novinsko izdavačka ustanova, Beograd, 1990.
- Perović S., „Prednacrt građanskog zakonika Republike Srbije“, *Pravni život*, br. 10, tom II, Beograd, 2016.
- Perović S., „Vratimo se školi prirodnog prava“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2012.
- Perović S., „Prirodno pravo i odgovornost“, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 2012.
- Radišić J., „Vreme i rokovi u ugovornim obligacionim odnosima i pravne posledice njihovog nepridržavanja“, *Zbornik radova Pravno-ekonomskog fakulteta u Nišu*, sv. 8, Niš, 1969.
- Stoljar S. J., „Conditions, Warranties and Descriptions of Quality in Sales of Goods. I“, *The Modern Law Review*, Vol. 15, No. 4, Wiley, 1952.
- Stoljar S. J., „Conditions, Warranties and Descriptions of Quality in Sales of Goods. II (Continued)“, *The Modern Law Review*, Vol. 16, No. 2, Wiley, 1953.

**KATEDRA
PRAVO NA INTELEKTUALNU
TVOREVINU**

**Sekcija
„Pravo informaciono komunikacionih
tehnologija“**

IVA ROLOVIĆ

PRISTANAK KAO PRAVNI OSNOV ZA OBRADU PODATAKA O LIČNOSTI PREMA PRAVU EVROPSKE UNIJE

U savremenom svijetu digitalnih tehnologija, neminovna je izloženost obradi podataka o ličnosti koja predstavlja sastavni segment sve ekspanzivnije upotrebe „mreže svih mreža“ i društvenih medija. Preuzimanje aplikacija na pametne telefone, pretplata na usluge koje pružaju brojne društvene mreže, prihvatanje „kolačića“ kako bi se omogućio pristup različitim veb-stranicama itd., samo su neki od primjera gdje je vidljiva praksa davanja gotovo automatskog pristanka na obradu ličnih podataka od strane kompanija koje pružaju najrazličitije usluge. Rad pruža osvrt na pristanak lica na koje se podaci odnose kao jedan od šest pravnih osnova za obradu podataka koje pruža Opšta uredba o zaštiti podataka o ličnosti Evropske unije koja je stupila na snagu 2018. godine. Takođe, kako prema pravu Evropske unije pristanak mora zadovoljiti set kriterijuma da bi se na osnovu njega obrada ličnih podataka vršila na pravno va-ljan način, rad daje njihov pregled, uz osvrt na pristanak na upotrebu „kolačića“, neizostavnog elementa koji vlasnicima veb-stranica omogućava da korisnicima pruže što kvalitetniju uslugu.

Ključne riječi: zaštita podataka o ličnosti, pristanak na obradu podataka, Opšta uredba o zaštiti podataka o ličnosti, kolačići, pravo na povlačenje pristanka

U V O D

Dostojanstvo je apsolutna svrha ljudskosti. Nema dostojanstva bez slobode, kao što nema slobode bez dostojanstva. Najopštije rečeno, dostojanstvo kao sinteza

Iva Rolović, student master studija Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore, e-mail: ivarolovic07@gmail.com.

svih elemenata prosvijećenosti, čini jedinstvenu cjelinu ljudskosti.¹ U cilju osiguranja ljudskog dostojanstva i bezbjednosti, zaštita privatnosti kao fundamentalnog ljudskog prava mora igrati ključnu ulogu, naročito u vremenu ubrzanog razvoja informacionih i komunikacionih tehnologija čiji smo svakodnevni konzumenti. Uporedo sa njihovim razvojem, mora ići i razvoj prava na privatnost, odnosno konkretnije – prava zaštite podataka o ličnosti.

Kako bi se na pravi način odgovorilo novitetima koji se u ovoj oblasti pojavljuju mnogo brže nego što smo u stanju da zamislimo, bilo je neophodno uspostaviti savremenu i sveobuhvatnu pravnu regulativu. Uvidjevši potrebu za sveobuhvatnijim regulisanjem ove složene pravne oblasti, Evropska unija je donošenjem Opšte uredbe o zaštiti podataka o ličnosti pružila svojevrsan pravni okvir i time svima koji se, na ovaj ili onaj način, bave ličnim podacima postavila ozbiljan izazov pri usklađivanju sa njenim odredbama. Između ostalog, među svoje kompleksne odredbe ova Uredba je uvrstila i pravne osnove na temelju kojih se obrada podataka o ličnosti može vršiti na pravno valjan način. Jedan od njih je i pristanak lica na koje se podaci odnose kojim izražava svoju saglasnost da se njegovi podaci mogu obrađivati u određene svrhe. Iako naizgled djeluje kao prilično jednostavna radnja, davanje pristanka na obradu ličnih podataka zahtijeva ispunjavanje više složenih kriterijuma. Takođe, pristanak nerijetko podrazumijeva nedovoljnu obaviještenost i informisanost lica o tome na koji način će se njegovi podaci koristiti, pa u tom slučaju jedan klik na veb-stranici koju želimo da posjetimo često može sa sobom nositi kršenje Opšte uredbe o zaštiti podataka o ličnosti po više različitih osnova. U nastavku rada će biti pružen pregled kriterijuma koje pristanak na obradu ličnih podataka mora da ispuni kako bi bio pravno valjan, ali i dat osvrt na pristanak na upotrebu tzv. kolačića na veb-stranicama, kao i pravo na povlačenje pristanka koje mora biti jednako važno i dostupno kao i sami pristanak.

PRAVNI OKVIR

U sferi interesovanja savremenog zakonodavstva zaštita podataka o ličnosti zauzima sve značajnije i aktuelnije mjesto. Opštu uredbu o zaštiti podataka o ličnosti (u daljem tekstu: „GDPR“ ili „Uredba“)², donijela je Evropska unija, sa ciljem što potpunijeg unapređenja ove oblasti, a njena primjena je otpočela 25. maja 2018.

¹ Slobodan Perović, *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2017, 1020.

² The General Data Protection Regulation (GDPR) (Regulation (EU) 2016/679), *Official Journal of the European Union*, L 119.

godine. U trenutku pisanja ovog rada poznata je svima koji se bave pravnim pitanjima vezanim za privatnost i zaštitu podataka.

Ratio legis Uredbe predstavlja podizanje povjerenja korisnika iz Evropske unije u sredstva savremene digitalne tehnologije i informacionih servisa, uz istovremenu zaštitu njihovih fundamentalnih ljudskih prava. Smatra se da bi povećan stepen povjerenja trebalo da podstakne dalji razvoj informacionih usluga u Evropskoj uniji, unapređujući njenu digitalnu agendu i pružajući ekonomske prednosti kompanijama, kao što je npr. povećana prodaja, ali i evropskoj privredi, kroz dodatni rast i ekspanzivnije zapošljavanje.³

Uredba je u potpunosti zamijenila Direktivu o zaštiti podataka 95/46/EC iz 1995. godine, koja je i sama na određeni način najavila neophodnost sveobuhvatnijeg uređenja zaštite podataka o ličnosti koje bi išlo ukorak sa novom generacijom standarda u ovoj oblasti.⁴ Za razliku od Direktive, Uredba je značajno obimnija – sadrži 99 članova i čak 173 recitala, a imajući u vidu da se radi o uredbi kao pravnom dokumentu, nema potrebe za njenim implementiranjem kroz nacionalna zakonodavstva, već ima direktnu primjenu.

Kada je riječ o primjeni GDPR-a, važno je naglasiti novinu da je ovaj pravni dokument primjenjiv bez obzira na to da li rukovalac⁵ ima sjedište u državi članici Evropske unije ili se obrada podataka vrši na prostoru EU. Jedini kriterijum koji je neophodno ispuniti da bi Uredba imala neposrednu primjenu jeste da se podaci koji su predmet obrade odnose na državljanina neke od članica EU.⁶

PRISTANAK NA OBRADU PODATAKA O LIČNOSTI PREMA GDPR-u

Kao pravni pojam, pristanak je nesumnjivo prisutan i u mnogim drugim granama prava, a naročito u ugovornom pravu. Stoga, izuzetno je važno napraviti

³ Gregory Voss, „Looking at European Union Data Protection Law Reform Through a Different Prism: the Proposed EU General Data Protection Regulation Two Years Later“, *Journal of Internet Law*, Vol. 17, No. 9, 2014, 13.

⁴ Graham Greenleaf, „International Data Privacy Agreements after the GDPR and Schrems“, *Privacy Laws & Business International Report*, br. 139, 2016.

⁵ Rukovalac je fizičko ili pravno lice, odnosno organ vlasti koji samostalno ili zajedno sa drugima određuje svrhu i način obrade podataka o ličnosti. U praksi to znači da, u odnosu na podatke o ličnosti koje obrađuje, rukovalac ima sveobuhvatnu kontrolu jer on odlučuje da počne prikupljanje i obradu podataka, te utvrđuje pravni osnov za takvu obradu, odnosno zašto i kako se takvi podaci o ličnosti obrađuju.

⁶ Dejan Đukić, „Zaštita podataka o ličnosti sa osvrtom na novo zakonodavstvo Evropske unije u ovoj oblasti“, *Pravni zapisi* (ur. prof. dr Violeta Beširević), god. VIII, br. 1, Beograd, 2017, 55.

razliku i odvojeno tumačiti norme ugovornog prava naspram normi prava zaštite podataka o ličnosti. Naravno, to nikako ne smije značiti da zaštita podataka može isključiti pristanak po osnovu građanskog prava. Kada se npr. procjenjuje važenje nekog ugovora ili punovažnost pristanka kao pravnog osnova obrade, u svakom slučaju se moraju procijeniti i norme građanskog prava.⁷

Opšta uredba o zaštiti podataka o ličnosti pruža definiciju pristanka na obradu podataka u čl. 4(11) na sljedeći način: „pristanak lica na koje se podaci odnose je svako dobrovoljno, za svaki konkretan slučaj, informisano i nedvosmisleno izražavanje volje lica na koje se podaci odnose kojim on, izjavom ili konkludentnom radnjom, daje saglasnost za obradu podataka o ličnosti koji se na njega odnose.“

Kao što je ranije nagoviješteno, GDPR se sastoji iz dvije komponente – članova i recitala. Dok članovi predstavljaju zahtjeve koji se obavezno moraju ispoštovati kako bi se pokazala usklađenost sa Uredbom, recitali pružaju prateći kontekst i dodatne informacije kako bi se sadržaj članova razumio na jasniji i sveobuhvatniji način. Na prvi pogled se može učiniti da veliki broj recitala koji čine svojevrsan uvod u osnovni tekst Uredbe mogu zbuniti ili čak dodatno zakomplikovati već dovoljno složenu materiju koju Uredba reguliše. Međutim, činjenica da Sud pravde Evropske unije uvijek razmatra recitale kad odlučuje o značenju i primjeni GDPR-a dovoljno govori o njihovom značaju, te pojačava utisak da bi bez njih Uredba predstavljala prilično štur i nerazumljiv dokument. U tom smislu, recitali br. 32, 33, 42 i 43 dopunjuju čl. 4(11) i pružaju detaljniji uvid u definiciju pristanka na obradu ličnih podataka.⁸

Na primjer, recital br. 32 objašnjava da se pristanak mora dati jasnom potvrdnom radnjom kojom se izražava dobrovoljan, za svaki konkretan slučaj, informisan i nedvosmislen pristanak lica na obradu podataka o ličnosti koji se odnose na njega, kao što je pisana izjava, uključujući i elektronsku izjavu, ili usmena izjava. Osim toga, pruža se pregled radnji koje se mogu smatrati pristankom: štikliranje polja prilikom posjete internet stranicama, biranje tehničkih podešavanja za usluge informacionog društva ili to može biti neka druga izjava ili radnja kojom se u tom kontekstu jasno pokazuje da lice na koje se podaci odnose prihvata predloženu obradu svojih podataka o ličnosti. Sa druge strane, pristankom ne treba smatrati ćutanje, unaprijed štiklirano polje ili neizvršavanje aktivnosti. U tom kontekstu,

⁷ Andrej Diligenski, Dragan Prlja, Dražen Cerović, *Pravo zaštite podataka GDPR*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2018, 86.

⁸ A Very Brief Introduction to the GDPR Recitals, <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/minority-trial-lawyer/practice/2019/a-very-brief-introduction-to-the-gdpr-recitals/>, 22. 9. 2022.

iz ovakvog teksta recitala br. 32 može se zaključiti da volja lica na koje se odnose podaci koji su predmet obrade može biti izražena na različite načine, ali je od presudnog značaja da namjera lica koje daje pristanak bude uočena i jasna za rukovoca. Stoga, radnja izražavanja volje može biti pisana, usmena ili data putem konkludentne radnje koja jasno stavlja do znanja namjeru pojedinca na koje se odnose podaci koji se obrađuju. Iz toga proizilazi da se pasivno ponašanje ne može smatrati izrazom volje, te se na njemu ne može zasnivati punovažan pristanak, samim tim što izraz volje zahtijeva ponašanje, tj. radnju. To podrazumijeva da odsustvo radnje ne predstavlja jasan izraz volje određenog lica.⁹

Osnovni koncept pristanka ostao je veoma sličan definiciji pristanka koju je pružala Direktiva 95/46/EC, pa shodno tome i dalje predstavlja jedan od mogućih pravnih osnova na kojima se zasniva zakonita obrada podataka, u skladu sa čl. 6 GDPR-a.¹⁰ Pored nešto izmijenjene definicije u čl. 4(11) u odnosu na raniju Direktivu, GDPR pruža dodatne smjernice o tome kako rukovalac mora postupati kako bi ispunio osnovne zahtjeve za pristanak u čl. 7 (koji govori o uslovima punovažnosti pristanka), te u gore pomenutim recitalima.¹¹

Dobrovoljan pristanak

Kada je riječ o dobrovoljnom pristanku¹² na obradu podataka oličnosti, podrazumijeva se da postoji mogućnost izbora lica koje daje pristanak, odnosno da nema rizika da će lice biti obmanuto, prinuđeno ili suočeno sa negativnim posljedicama u slučaju da odbije da da pristanak ili ako isti povuče. U slučaju da je mogućnost izbora pojedinca bila ograničena na bilo koji način, pristanak se ne može smatrati dobrovoljnim.¹³ Ovaj segment definicije pristanka daje određeni stepen kontrole licu na koje se podaci odnose, u smislu da je lice čiji se podaci obrađuju u mogućnosti da samostalno odluči da li će do predmetne obrade uopšte doći. Samo odsustvo kontrole od strane drugih lica u kontekstu izbora pretpostavlja

⁹ A. Diligenski, D. Prlja, D. Cerović, op. cit., 87.

¹⁰ Pristanak je u Direktivi 95/46/EC bio definisan kao „svako dobrovoljno, specifično i informisano izražavanje svojih želja kojim lice pruža svoj pristanak da se lični podaci koji se odnose na njega obrađuju“ (član 2(h) Direktive 95/46/EC) koje mora biti „nedvosmisleno dato“ kako bi se obrada ličnih podataka smatrala legitimnom (član 7(a) Direktive 95/46/EC).

¹¹ European Data Protection Board, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, Version 1.1, 2020, 6.

¹² Za više informacija v. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP187), 01197/11/EN WP187, 2011, 12.

¹³ A. Diligenski, D. Prlja, D. Cerović, op. cit., 88.

element izbora – realan izbor neće postojati ako odbijanje da se da pristanak ili njegovo povlačenje ne predstavlja izvodljivu opciju, bilo u slučaju da je pristanak nemoguće odbiti/povući ili bi odbijanje/povlačenje imalo negativan uticaj na lice koje daje pristanak.¹⁴

Međutim, recital br. 43 GDPR-a jasno ukazuje na to da se organi vlasti ne mogu osloniti na pristanak kao pravni osnov za obradu ličnih podataka, jer u slučajevima kad se organ vlasti nađe u ulozi rukovaoca često postoji nejednakost u odnosu između rukovaoca i lica na koje se podaci odnose.¹⁵ Slična situacija se javlja i u kontekstu zapošljavanja.¹⁶ Kada se uzme u obzir zavisnost koja postoji u odnosu poslodavac–zaposleni, lice na koje se podaci odnose rijetko može uskratiti pristanak svom poslodavcu bez bojazni ili rizika od posljedica koje mogu nastati kao rezultat odbijanja.¹⁷ Takođe, poslodavac može zaposlenom nametnuti davanje pristanka na obradu podataka kao uslov za zapošljavanje, u kom slučaju zaposleni može izgubiti posao ukoliko poslodavcu uskrati pristanak. U takvoj situaciji zaposleni praktično nema mogućnost da odbije zahtjev za obradu podataka, što znači da ne može biti riječi o dobrovoljnom pristanku.¹⁸ Zbog toga se stiče utisak da dobrovoljan pristanak na obradu podataka o ličnosti, čak ni na opsežan način na koji ga definiše GDPR, ne pruža dovoljnu garanciju da poslodavci ili druga lica koja imaju nadmoćniji položaj u odnosu na lice čiji se podaci obrađuju neće zloupotrijebiti takvu poziciju, a uz to i podatke u čiji posjed na taj način dođu.

Pristanak za svaki konkretan slučaj

Pristanak na obradu podataka mora pokriti sve aktivnosti obrade koje se sprovode u istu svrhu, a u slučaju kada obrada ima više svrha, pristanak mora

¹⁴ Bart Willem Schermer, Bart Custers, Simone van der Hof, „The Crisis of Consent: How Stronger Legal Protection May Lead to Weaker Consent in Data Protection“, *Ethics and Information Technology* (ur. Jeroen van der Hoven), br. 16, 2014, 175.

¹⁵ Recital br. 43 GDPR-a navodi: „Da bi se osiguralo da pristanak bude dat dobrovoljno, on ne smije da obezbjeđuje valjanu pravnu osnovu za obradu podataka o ličnosti u konkretnom slučaju kada postoji jasna neravnoteža između lica na koje se podaci odnose i rukovaoca, posebno ako je rukovalac organ vlasti i zbog toga pristanak vjerovatno nije dat dobrovoljno, uzimajući u obzir sve okolnosti te konkretne situacije.“

¹⁶ V. član 88 GDPR-a koji naglašava potrebu za zaštitom specifičnih interesa zaposlenih i stvara mogućnost za derogacije u pravu države članice. Takođe v. recital br. 155 GDPR-a.

¹⁷ European Data Protection Board, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, Version 1.1, 2020, 9.

¹⁸ A. Diligenski, D. Prlja, D. Cerović, op. cit., 88.

biti dat za svaku od njih.¹⁹ To podrazumijeva da pristanak ne smije uopšteno opisivati svrhu za koju se daje, već ona mora biti proporcionalna i konkretizovana za određenu obradu podataka. Ukoliko se u periodu od davanja pristanka svrha prvobitne obrade promijeni, rukovalac će biti u obavezi da informiše pojedinca na koga se podaci odnose o svakoj promjeni svrhe.²⁰ Takođe, recital br. 43 GDPR-a navodi da će u pojedinim situacijama biti potreban poseban pristanak za različite operacije obrade. Treba obezbijediti mogućnost odvojenog davanja pristanka kako bi se licima na koja se podaci odnose omogućilo da zasebno pristanu na obradu u različite svrhe. Npr. ne bi se moglo smatrati punovažnim pristankom prema ovom kriterijumu ukoliko bi se na osnovu paušalnog pristanka medicinski podaci prikupljali u elektronskim aktima pacijenata, a potom prenosili ostalim stručnim licima radi daljeg liječenja – razlog tome je što se pristanak mora odnositi na konkretnu situaciju u kojoj se vrši obrada medicinskih podataka pacijenta.

Kriterijum da pristanak mora biti dat za svaki konkretan slučaj ima za cilj da osigura određeni stepen transparentnosti i kontrole od strane lica na koje se podaci odnose. Ovaj zahtjev nije izmijenjen GDPR-om, već je ostao usko povezan sa kriterijumom informisanosti u pogledu davanja pristanka na obradu podataka o ličnosti kao što je to bio slučaj u Direktivi 95/46/EC.²¹ Na primjer, predstavljalo bi kršenje principa zaštite podataka o ličnosti tražiti od potrošača da potpišu „neograničen“ pristanak sa namjerom da daju dozvolu rukovaocima da obrađuju sve lične podatke za koje jednostrano odluče da su relevantni, te otkriju podatke bilo kom licu koje je spremno da za to plati naknadu, na taj način šireći svrhu obrade koja je bila poznata licu na koje se podaci odnose prilikom davanja pristanka.

Sa druge strane, imajući u vidu da se pristanak mora dati za konkretan slučaj, moglo bi biti problematično dobiti pristanak lica na koje se podaci odnose ukoliko specifične okolnosti obrade nijesu poznate u trenutku kada se pristanak traži, pa se ne može procijeniti ni uticaj obrade podataka na lice na koje se isti odnose.²² Stoga, stiče se utisak da u ovakvoj situaciji pristanak kao osnov za obradu

¹⁹ Understanding consent under the GDPR, <https://globaldatahub.taylorwessing.com/article/understanding-consent-under-the-gdpr>, 25. 9. 2022.

²⁰ A. Diligenski, D. Prlja, D. Cerović, op. cit., 89.

²¹ European Data Protection Board, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, Version 1.1, 2020, 14.

²² Maurizio Borghi, Federico Ferretti, Stavroula Karapapa, „Online data processing consent under EU law: a theoretical framework and empirical evidence from the UK“, *International Journal of Law and Information Technology* (ur. Christopher Millard), Vol. 19, No. 2, 2013, 123.

podataka o ličnosti ne bi predstavljao najbolje rješenje, već bi bilo cjelishodnije opredijeliti se za jedan od pet drugih pravnih osnova za obradu podataka koje pruža GDPR.

Informisan pristanak

Na osnovu čl. 5 GDPR-a, zahtjev transparentnosti predstavlja jedan od osnovnih principa na kojima se zasniva obrada podataka o ličnosti, usko povezan sa principima pravičnosti i zakonitosti. Shodno tome, pružanje informacija licu na koje se podaci odnose prije dobijanja njegovog pristanka od suštinskog je značaja kako bi mu se omogućilo da donese informisanu odluku, da razumije na šta pristaje ili da, u krajnjem slučaju, ostvari svoje pravo da povuče svoj pristanak. U slučaju da rukovalac ne pruži neophodne informacije, pristanak će predstavljati nevažeći osnov za obradu podataka, čime rukovalac rizikuje da prekrši čl. 6 GDPR-a.²³ Da bi se pristanak mogao okarakterisati kao informisan, neophodno je licu na koje se podaci odnose pružiti određene informacije o elementima koji su ključni za donošenje odluke o davanju pristanka. Stoga čl. 13 i 14 GDPR-a regulišu sljedeće informacije kao neophodne za dobijanje valjanog pristanka:

- i. identitet rukovaoca;²⁴
- ii. svrha svake od operacija obrade za koje se traži pristanak;²⁵
- iii. vrsta podataka koji će se prikupljati i koristiti;²⁶
- iv. postojanje prava na povlačenje pristanka;²⁷
- v. informacije o korišćenju podataka za automatizovano donošenje odluka u skladu sa čl. 22(2)(c) GDPR-a gdje je relevantno;²⁸ i

²³ European Data Protection Board, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, Version 1.1, 2020, 15.

²⁴ Recital br. 42 GDPR-a: „Da bi pristanak bio informisan, lice na koje se podaci odnose mora da bude upoznat najmanje sa identitetom rukovaoca i svrhom obrade za koju su namijenjeni podaci o ličnosti.“

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP187), 01197/11/EN WP187, 2011, 19.

²⁷ Čl. 7(3) GDPR-a: „Lice na koje se podaci odnose ima pravo da u bilo kom trenutku povuče svoj pristanak. Povlačenje pristanka ne utiče na zakonitost obrade na osnovu pristanka prije povlačenja pristanka. O tome se prije davanja pristanka obavještava lice na koje se podaci odnose. Povlačenje pristanka mora da bude podjednako jednostavno kao i davanje pristanka.“

²⁸ Čl. 22(1) GDPR-a: „Lice na koje se podaci odnose ima pravo da se na njega ne primjenjuje odluka zasnovana isključivo na automatskoj obradi, uključujući i profilisanje, koja proizvodi pravne

vi. o mogućim rizicima prenosa podataka zbog odsustva odluke o adekvatnosti i odgovarajućih mjera zaštite kako je opisano u čl. 46 GDPR-a.²⁹

Kada traže pristanak, rukovaoci treba da nastoje da u svim slučajevima informacije pruže jasnim i razumljivim jezikom. To znači da bi trebalo izbjegavati previše složene, pravne ili tehničke termine.³⁰ Ukoliko se pristanak daje elektronskim putem, zahtjev mora biti jasan i koncizan. Pružanje slojevitih i detaljnih informacija neminovno pojednostavljuje ispunjenje dvostruke obaveze rukovaoca u ovom pogledu – da informacije budu precizne i potpune s jedne strane i razumljive s druge strane.³¹ Ovo je od izuzetnog značaja naročito zbog toga što je neophodno omogućiti da svako lice može bez poteškoća razumjeti šta se od njega traži, te na osnovu informacija koje su mu pružene odlučiti da li želi da da svoj pristanak na predloženu operaciju obrade podataka o ličnosti.

Nedvosmislen pristanak

Kada pristanak predstavlja pravni osnov za obradu ličnih podataka, on mora biti nedvosmislen u skladu sa GDPR-om, što znači da ne smije biti sumnje da je lice na koje se podaci odnose dalo svoj pristanak. Primjer nedvosmislenog pristanka bi bio ulazak u prostoriju koja je pod nadzorom kamera, a na vratima je sljedeći natpis: „Ako uđete u ovu prostoriju, pristajete da vas snimaju nadzorne kamere.“³²

GDPR jasno ističe da pristanak zahtijeva izjavu lica na koje se podaci odnose ili jasnu potvrđnu radnju, iz koje mora nedvosmisleno proizaći da je lice dalo pristanak za određenu obradu. Jasna potvrđna radnja podrazumijeva da je lice na koje se podaci odnose moralo djelovati sa namjerom u cilju pristanka na određenu obradu. Već spomenuti recital br. 32 je u ovom kontekstu pružio detaljne smjernice. Kako bi se kriterijum nedvosmislenosti zadovoljio, rukovaoci treba da osmisle

efekte koji se na njega odnose ili na sličan način značajno utiču na njega“, sa kojim je povezan čl. 22(2)(c) GDPR-a: „Štav 1. ne primjenjuje se ako je odluka: [...] zasnovana na izričitom pristanku lica na koje se podaci odnose.“

²⁹ Lični podaci se mogu prenijeti u zemlje izvan EEA samo ako postoje tzv. odgovarajuće zaštitne mjere i ako subjekti podataka imaju izvršna prava i efikasne pravne lijekove. Odgovarajuće zaštitne mjere mogu uključivati upotrebu standardnih klauzula o zaštiti podataka koje je odobrila Evropska komisija. U skladu sa članom 49(1)(a) GDPR-a, potrebne su posebne informacije o odsutvu zaštitnih mjera opisanih u članu 46, kada se traži izričita saglasnost.

³⁰ A. Diligenski, D. Prlja, D. Cerović, op. cit., 89.

³¹ European Data Protection Board, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, Version 1.1, 2020, 16.

³² B. W. Schermer, B. Custers, S. van der Hof, op. cit., 178–179.

mehanizme za davanje pristanka na način koji će licima na koje se podaci odnose pružiti dovoljan nivo jasnoće i razumljivosti. U tom cilju, moraju izbjegavati dvo-smislenost, te garantovati da se radnja kojom se daje pristanak može razlikovati od ostalih radnji. Stoga, na primjer, kada korisnik jednostavno nastavi sa uobičajenim korišćenjem veb-stranice, a pri tome jasno ne izrazi želju da pristaje na određenu obradu njegovih podataka, to ne predstavlja ponašanje iz kojeg se može izvesti zaključak da je korisnik dao svoj pristanak na predloženu operaciju obrade.

U svakom slučaju, pristanak se uvijek mora dobiti prije nego što rukovalac počne da obrađuje lične podatke za koje je potreban pristanak. Iako GDPR izričito ne propisuje u čl. 4(11) da pristanak mora biti dat prije aktivnosti obrade, to se jasno podrazumijeva. Iz čl. 6 i recitala br. 40 GDPR-a logično slijedi da valjan pravni osnov mora postojati prije početka obrade podataka.³³

Primjer iz crnogorske prakse. – U prethodnom dijelu rada dat je uvid u kriterijume koje pristanak kao pravni osnov za obradu podataka o ličnosti mora zadovoljiti kako bi bio pravno valjan prema pravu Evropske unije. Po ugledu na GDPR, i crnogorski Zakon o zaštiti podataka o ličnosti nastoji da ide ukorak sa evropskom regulativom.³⁴

Shodno tome, tokom 2021. godine u Crnoj Gori je pokrenut postupak nadzora od strane Agencije za zaštitu ličnih podataka i slobodan pristup informacijama kako bi se utvrdila zakonitost obrade ličnih podataka iz nacionalne digitalne kovid potvrde, kao i ličnih dokumenata od strane predstavnika ugostiteljskih objekata, što je bilo predviđeno kao uslov za posjećivanje istih od strane građana Crne Gore. Naime, u Odluci o izmjenama Odluke o preduzimanju privremenih mjera usljed pojave epidemije zarazne bolesti Covid-19 od većeg epidemiološkog značaja predviđeno je da je zabranjen ulazak u zatvoreni prostor ugostiteljskog objekta zaposlenima i gostima, osim licima mlađim od 18 godina, bez jednog od dokaza sadržanih u nacionalnoj digitalnoj potvrdi, što podrazumijeva rezultat PCR ili brzog antigenskog testa ili potvrdu o vakcinaciji, a za poštovanje ove mjere je potrebno odrediti odgovorno lice koje će vršiti kontrolu.³⁵

Zakon o zaštiti podataka o ličnosti u čl. 9, st. 1, tač. 7 u posebnu kategoriju ličnih podataka svrstava lične podatke koji se odnose na rasno ili etničko porijeklo,

³³ European Data Protection Board, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, Version 1.1, 2020, 19–20.

³⁴ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni list Crne Gore*, br. 079/08, 070/09, 044/12, 022/17.

³⁵ Odluka o izmjenama Odluke o preduzimanju privremenih mjera usljed pojave epidemije zarazne bolesti Covid-19 od većeg epidemiološkog značaja br. 04-3885 od 30. jula 2021. godine, *Službeni list Crne Gore*, br. 080/21.

političko mišljenje, vjersko ili filozofsko uvjerenje, članstvo u sindikalnim organizacijama, kao i podatke koji se odnose na zdravstveno stanje ili seksualni život. U predmetnom slučaju, jasno je da se radilo o podacima koji odražavaju trenutno zdravstveno stanje lica ili daju uvid u istoriju njegovog zdravstvenog stanja, pa su u skladu sa tim ispunjeni kriterijumi da se isti tretiraju kao posebna kategorija ličnih podataka. Nacionalna digitalna kovid potvrda, kao i identifikacioni dokument koji se, prema odredbi spomenute Odluke, daje na uvid odgovornom licu koje vrši kontrolu, sadrže lične podatke koji uključuju ime i prezime, datum rođenja, JMBG, trenutno zdravstveno stanje i njegovu istoriju.

Imajući u vidu čl. 9, st. 2, tač. 2 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, uvid u dokument koji sadrži lične podatke predstavlja obradu ličnih podataka. Pored toga, čl. 10 Zakona propisuje da se obrada podataka može vršiti po prethodno dobijenoj saglasnosti lica čiji se podaci obrađuju ili radi izvršavanja zakonom propisanih obaveza rukovaoca zbirke ličnih podataka. Na isti način na koji GDPR definiše pristanak, crnogorski Zakon pruža definiciju saglasnosti u čl. 9, st. 1, tač. 6 kao slobodno datu izjavu u pisanoj formi ili usmeno na zapisnik, kojom lice, nakon što je informisano o namjeni obrade, izražava pristanak da se njegovi lični podaci obrađuju za određenu namjenu. Po uzoru na regulativu Evropske unije, i crnogorski zakonodavac je propisao da će saglasnost biti valjana jedino ako su ispunjeni svi već gorepomenuti kriterijumi.

Kada se sve prethodno navedeno uzme u obzir, neminovno se zaključuje da se pristanak na otkrivanje ličnih podataka trećim stranama ne može smatrati slobodnom odlukom ukoliko se time uslovljava dobijanje određenog proizvoda ili usluge, te spram toga ovako dat pristanak nije valjan niti je u skladu sa zakonodavstvom o zaštiti ličnih podataka. Kroz ovaj primjer se jasno može uočiti kršenje čl. 10, st. 1 i čl. 13 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti koji bliže određuje uslove obrade ličnih podataka iz posebne kategorije, među kojima se nalaze i zdravstveni podaci. Nijedan od njih nije zadovoljen pri postupanju sa istima u ovom konkretnom slučaju.³⁶

Iako se ovaj konkretan primjer ne odnosi direktno na obradu podataka posredstvom savremenih digitalnih tehnologija, na posredan način pruža uvid u to da se pristanak kao pravni osnov za obradu podataka o ličnosti nerijetko zloupotrebljava. Tome smo nešto izraženije imali priliku da svjedočimo u jeku pandemije virusa Covid-19, kada su mnoga ljudska prava stavljena u drugi plan kako bi se dao primat zaštiti javnog zdravlja i opštih interesa društva, ponekad ne obraćajući pažnju na posljedice koje iza toga ostaju.

³⁶ Agencija za zaštitu ličnih podataka i slobodan pristup informacijama, Zapisnik o izvršenom nadzoru br. 05-19-5856-3/21 od 16. 8. 2021. godine.

KOLAČIĆI I GDPR

U posljednjih nekoliko godina, posjećivanje velikog broja veb-stranica na internetu neizostavno prati sada već poznato obavještenje: „Koristimo kolačiće kako bismo bili sigurni da vam pružamo najbolje iskustvo na našoj veb-stranici. Ako nastavite da koristite ovaj sajt, pretpostavićemo da ste sa tim saglasni.“ Međutim, postavlja se pitanje da li je ovakvo postupanje u skladu sa regulativom o zaštiti podataka o ličnosti, a prije svega da li ispunjava neophodne kriterijume koji se tiču pristanka na obradu podataka.

Naime, GDPR se nerijetko pominje kada je riječ o kolačićima (*cookies*), iako su kolačići u zvaničnom tekstu Uredbe spomenuti samo jednom i to u recitalu br. 30.³⁷ Kolačići se smatraju jedinstvenim identifikatorima, jer se mogu koristiti nezavisno ili u kombinaciji sa drugim podacima za identifikaciju određenog lica. Shodno tome, oni su sredstvo za prikupljanje ličnih podataka prema GDPR-u.³⁸ Imajući to u vidu, kolačići podliježu principima obrade podataka koje predviđa GDPR, iz čega proizilazi da je za prikupljanje podataka uskladištenih u kolačićima neophodan pristanak lica na koje se podaci odnose.

Upotreba kolačića je u Evropskoj uniji regulisana GDPR-om i Direktivom o e-privatnosti, koja je poznata i pod nazivom *EU cookie law*.³⁹ Direktiva o e-privatnosti predstavlja pravni dokument koji reguliše nove digitalne tehnologije i upotrebu elektronskih komunikacija kao što su e-mail i kolačići. Usvojena 2002, a izmijenjena 2009. godine, Direktiva zahtijeva od veb-stranica da dobiju pristanak korisnika prije čuvanja kolačića na svojim uređajima, dok izuzetak pravi jedino za kolačiće koji su striktno neophodni za funkcionisanje veb-stranice.⁴⁰ Veb-stranica koristi striktno neophodne kolačiće kako bi pravilno funkcionisala, te shodno tome ova vrsta kolačića ne prikuplja lične podatke o korisnicima niti prati njihove aktivnosti pregledanja veb-stranice. To su najčešće kolačići koji „traju“ onoliko koliko i korisnikova posjeta veb-stranici. U cilju utvrđivanja da li je kolačić striktno neophodan, te da li je po tom osnovu izuzet od informisanog pristanka korisnika za čuvanje na njegovom uređaju, prema čl. 5(3) Direktive o e-privatnosti mora biti ispunjen najmanje jedan od sljedeća dva kriterijuma:

³⁷ Recital br. 30 GDPR-a: „Fizička lica mogu da budu povezana sa mrežnim identifikatorima koje pružaju njihovi uređaji, aplikacije, alati i protokoli, kao što su adrese internet protokola, identifikatori kolačića ili drugi identifikatori kao što je oznaka za radiofrekvencijsku identifikaciju.“

³⁸ GDPR Cookies: Consent & Policy Requirements, <https://termly.io/resources/articles/gdpr-cookies/>, 26. 9. 2022.

³⁹ Directive on privacy and electronic communications (Directive 2002/58/EC), *Official Journal of the European Communities*, L 201/37.

⁴⁰ GDPR Cookie Consent: Examples & How to Comply [Country-wise Guidelines], <https://www.cookieyes.com/blog/gdpr-cookie-consent/>, 26. 9. 2022.

i. kolačić se koristi „isključivo u svrhu obavljanja ili olakšavanja prenosa komunikacija preko elektronske komunikacione mreže“; ili

ii. kolačić je „striktno neophodan kako bi se pružila usluga informacionog društva koju je pretplatnik ili korisnik izričito zatražio.“⁴¹

Ako kolačići ne ispunjavaju nijedan od ova dva kriterijuma, veb-stranica mora obavijestiti svoje korisnike o upotrebi kolačića i za to dobiti njihov pristanak.⁴²

Ostale vrste kolačića. – Pored kolačića koji su striktno neophodni za funkcionisanje veb-stranica postoje i ostale vrste kolačića, kao i veliki broj njihovih podjela prema različitim kriterijumima. Ono što je za sve njih zajedničko jeste da je za njihovu upotrebu neophodan pristanak korisnika. Shodno tome, na primjer, u zavisnosti od toga koji subjekat upravlja kolačićima postoje sopstveni kolačići i kolačići treće strane, prema dužini vremena tokom kojeg kolačići ostaju aktivni na računarskom terminalu postoje kolačići sesije (privremeni) i trajni kolačići, dok u zavisnosti od svrhe u koju se podaci dobijeni putem kolačića obrađuju postoje:

i. tehnički kolačići – omogućavaju korisniku da pregleda veb-stranicu, platformu ili aplikaciju i da koristi različite opcije ili usluge koje postoje na njima, uključujući one koje vlasnik koristi da bi omogućio upravljanje i rad veb-stranice, kao i njene funkcije i usluge;

ii. preferencijalni kolačići – omogućavaju pamćenje informacija tako da korisnik pristupa servisu sa određenim karakteristikama koje ga mogu razlikovati od drugih korisnika, kao što su jezik, broj rezultata koji će se prikazati kada korisnik vrši pretragu, izgled ili sadržaj servisa prema vrsti pretraživača preko kojeg korisnik pristupa servisu ili po regionu iz kojeg pristupa servisu itd.;

iii. analitički kolačići – ovu vrstu kolačića koriste rukovodioci kako bi pratili i analizirali ponašanje korisnika veb-stranica na koje su povezani, uključujući kvantifikaciju uticaja reklama. Informacije koje prikuplja ova vrsta kolačića koriste se za mjerenje aktivnosti veb-stranica, aplikacija ili platformi, kako bi se napravila poboljšanja na osnovu analize podataka o korišćenju dobijenim od strane korisnika;

iv. kolačići za oglašavanje – omogućavaju upravljanje oglasnim prostorom koji je vlasnik omogućio na veb-stranici, aplikaciji ili platformi sa koje pruža traženu uslugu na osnovu kriterijuma kao što je npr. učestalost prikazivanja reklame;

⁴¹ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 04/2012 on Cookie Consent Exemption, 00879/12/EN WP 194, 2012, 2.

⁴² Cookie Consent Exemptions: Strictly Necessary Cookies, <https://www.cookieeyes.com/blog/cookie-consent-exemption-for-strictly-necessary-cookies/>, 27. 9. 2022.

v. kolačići za oglašavanje koji prate ponašanje – čuvaju informacije o ponašanju korisnika dobijene kroz kontinuirano posmatranje njihovih navika pregledanja, što omogućava razvoj specifičnog profila za prikazivanje reklama.⁴³

PRAVO NA POVLAČENJE PRISTANKA

Kao što je od izuzetne važnosti pravo izbora lica na koje se podaci odnose da donese odluku o tome hoće li dati pristanak na obradu tih podataka ili ne, može se reći da je od jednako velikog značaja pravo lica da jednom dat pristanak može povući u bilo kom trenutku. Ovo pravo koje prije GDPR-a nije bilo eksplicitno sadržano u pravu Evropske unije, po prvi put je omogućeno kroz odredbe GDPR-a, što izuzetno doprinosi naglašavanju širokog korpusa prava na zaštitu podataka o ličnosti koje Uredba pruža: „uključivanje posebnih odredbi i recitala o povlačenju pristanka potvrđuje da pristanak treba da bude reverzibilna odluka i da ostaje određeni stepen kontrole na strani lica na koje se podaci odnose.“⁴⁴

Gorepomenuta posebna odredba se odnosi na čl. 7 GDPR-a, koji izričito navodi da „lice na koje se podaci odnose ima pravo da povuče svoj pristanak u bilo kom trenutku.“⁴⁵ U svakom slučaju, pravo na povlačenje pristanka primjenjivo je samo u slučaju kada se obrada podataka o ličnosti zasniva na pristanku. Ako rukovalac obrađuje lične podatke na osnovu jednog od ostalih pet osnova za obradu, onda lice na koje se podaci odnose ne bi nužno imalo pravo da povuče pristanak, već bi na raspolaganju imalo druga različita prava, uključujući pravo na prigovor ili pravo da zahtijeva brisanje podataka, ali se ti koncepti prilično razlikuju od prava na povlačenje pristanka.⁴⁶

S obzirom na to da pristanak lica na koje se podaci odnose predstavlja samo jedan od mogućih pravnih osnova za obradu podataka o ličnosti, veoma je značajno u politici privatnosti ili uslovima korišćenja naglasiti koji je to pravni osnov na kojem se obrada zasniva. Ukoliko te informacije nisu dostupne, rukovalac krši svoju obavezu transparentnosti prema GDPR-u, a lice na koje se podaci odnose

⁴³ Cookies Policy, <https://www.preference.com/cookies-policy/>, 28. 9. 2022.

⁴⁴ European Data Protection Board, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, Version 1.1, 2020, 7.

⁴⁵ Čl. 7(3) GDPR-a: „Lice na koje se podaci odnose ima pravo da u bilo kom trenutku povuče svoj pristanak. Povlačenje pristanka ne utiče na zakonitost obrade na osnovu pristanka prije povlačenja pristanka. O tome se prije davanja pristanka obavještava lice na koje se podaci odnose. Povlačenje pristanka mora da bude podjednako jednostavno kao i davanje pristanka.“

⁴⁶ Do People Always Have the Right to Withdraw Consent? <https://www.natlawreview.com/article/do-people-always-have-right-to-withdraw-consent>, 28. 9. 2022.

ima pravo da putem zahtjeva za pristup zatraži uvid u iste. Ukoliko lice u svakom slučaju odluči da povuče prethodno dat pristanak, rukovalac mora da zaustavi obradu podataka i izbriše ih. Pravo na povlačenje pristanka nema retroaktivno dejstvo, što znači da sve operacije obrade koje su se desile prije povlačenja neće postati nezakonite nakon povlačenja. Takođe, rukovalac nema obavezu da izbriše lične podatke koji su obrađeni prije povlačenja pristanka – od njega će se zahtijevati da izbriše ove podatke samo ako ne postoji drugi pravni osnov koji bi opravdao njihovu dalju kontinuiranu obradu.⁴⁷

Poređenja radi, moderni američki zakoni o privatnosti ne predviđaju pravo na povlačenje pristanka. Iako postoji mogućnost da bi sudovi u tim jurisdikcijama mogli tumačiti zakone o privatnosti na način da impliciraju takvo pravo, američki sudovi obično slijede doktrinu *casus omissus pro omissis habendus est*,⁴⁸ prema kojoj nova prava ili obaveze (npr. pravo na povlačenje pristanka) o kojima se ne govori u zakonskom tekstu neće biti sudski dodijeljeni. Kao rezultat toga, sudovi mogu tumačiti termin „pristanak“ koristeći njegovo jednostavno i uobičajeno značenje koje se obično nalazi u engleskim rječnicima opšte upotrebe, ne pozivajući se na tumačenja strane regulative, koja sadrži jezik i terminologiju koja nema svoj pandan u američkom zakonodavstvu (kao što je GDPR).⁴⁹

ZAKLJUČAK

Uzevši u obzir sve prethodno navedeno, dolazi se do zaključka da je Opšta uredba o zaštiti podataka o ličnosti napravila značajan iskorak pri regulisanju pristanka kao pravnog osnova za obradu podataka o ličnosti u odnosu na prethodnu regulativu u Evropskoj uniji. Imajući u vidu da veliki broj kompanija vrši svakodnevnu obradu podataka fizičkih lica, neminovno je da će se neke od tih obrada zasnivati na pristanku lica na koje se podaci odnose. Kako bi poslovali u skladu sa GDPR-om, te da bi izbjegli visoke novčane kazne, ali i narušavanje ugleda, kompanije u ulozi rukovaoaca podataka moraju voditi detaljnu evidenciju o tome čije podatke obrađuju, u koje svrhe i po kojem pravnom osnovu. Isto se odnosi i na slučajeve kada se podaci o ličnosti obrađuju na osnovu pristanka lica na koje se odnose. Pa ipak, djeluje nemoguće oteti se utisku da je poznavanje, a uz to i striktno poštovanje odredbi GDPR-a još uvijek na nezavidnom nivou, te da se obrada podataka na osnovu pristanka

⁴⁷ Exercising your GDPR Rights – your right to withdraw your consent – Article 7(3), <https://noyb.eu/en/withdraw-your-consent>, 28. 9. 2022.

⁴⁸ Slučaj koji je izostavljen smatraće se namjerno izostavljenim.

⁴⁹ Do People Always Have the Right to Withdraw Consent?, <https://www.natlawreview.com/article/do-people-always-have-right-to-withdraw-consent>, 28. 9. 2022.

ne vrši uvijek i u potpunosti na način koji je Uredbom predviđen. Iz svega naprijed rečenog, vidljivo je da postoji nemali broj slučajeva kršenja pravila i kriterijuma koje je potrebno zadovoljiti kako bi pristanak prema GDPR-u bio pravno valjan. U svakom slučaju, ostaje da se vidi da li će rukovaoci podataka u budućnosti pokazati veći nivo spremnosti da sa podacima o ličnosti rukuju na odgovorniji i transparentniji način, posebno ako se ima u vidu činjenica da se protekom vremena očekuje i bolje poznavanje prava na privatnost od strane građana, te samim tim i njihova veća uključenost u borbi za zaštitu njihovih ličnih podataka.

IVA ROLOVIĆ, LL.M. student
Faculty of Law, University of Montenegro

CONSENT AS A LEGAL BASIS FOR THE PROCESSING OF PERSONAL DATA UNDER EUROPEAN UNION LAW

Summary

In the modern world of digital technologies, exposure to the processing of personal data is inevitable, which is an integral segment of the increasingly expansive use of the „network of all networks“ and social media. Downloading applications to smartphones, subscribing to services provided by numerous social networks, accepting „cookies“ to enable access to various web pages, etc., are just some of the examples where the practice of giving almost automatic consent to the processing of personal data by companies which provide a wide variety of services is visible. The paper provides an overview of the data subject's consent as one of six legal grounds for data processing provided by the General Data Protection Regulation of the European Union, which entered into force in 2018. Also, as according to the law of the European Union, consent must meet a set of criteria in order for the processing of personal data to be carried out in a legally valid manner, the paper provides an overview of them, with reference to the consent to the use of „cookies“, an essential element that allows website owners to provide users with the highest quality service possible.

Key words: personal data protection, consent to data processing, General Data Protection Regulation, cookies, right to withdraw consent

Literatura

A Very Brief Introduction to the GDPR Recitals, <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/minority-trial-lawyer/practice/2019/a-very-brief-introduction-to-the-gdpr-recitals/>.

Diligenski A., Prlja D., Cerović D., *Pravo zaštite podataka GDPR*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2018.

Do People Always Have the Right to Withdraw Consent? <https://www.natlawreview.com/article/do-people-always-have-right-to-withdraw-consent>.

- Đukić D., „Zaštita podataka o ličnosti sa osvrtom na novo zakonodavstvo Evropske unije u ovoj oblasti“, *Pravni zapisi* (ur. Violeta Beširević), god. VIII, br. 1, Beograd, 2017.
- Exercising your GDPR Rights – your right to withdraw your consent – Article 7(3), <https://noyb.eu/en/withdraw-your-consent>.
- GDPR Cookie Consent: Examples & How to Comply [Country-wise Guidelines], <https://www.cookieyes.com/blog/gdpr-cookie-consent/>.
- GDPR Cookies: Consent & Policy Requirements, <https://termly.io/resources/articles/gdpr-cookies/>.
- Greenleaf G., „International Data Privacy Agreements after the GDPR and Schrems“, *Privacy Laws & Business International Report*, br. 139, 2016.
- Perović S., *Besede sa Kopaonika*, Kopaonička škola prirodnog prava, Beograd, 2017.
- Schermer B. W., Custers B., Van Der Hof S., „The Crisis of Consent: How Stronger Legal Protection May Lead to Weaker Consent in Data Protection“, *Ethics and Information Technology* (ur. Jeroen van der Hoven), br. 16, 2014.
- Understanding consent under the GDPR, <https://globaldatahub.taylorwessing.com/article/understanding-consent-under-the-gdpr>.
- Voss G., „Looking at European Union Data Protection Law Reform Through a Different Prism: the Proposed EU General Data Protection Regulation Two Years Later“, *Journal of Internet Law*, Vol. 17, No. 9, 2014.

LJUBICA MIHAJLOVIĆ

VEŠTAČKA INTELIGENCIJA I GRAĐANSKI SUDSKI POSTUPAK – DOMEN PRIMENE I OGRANIČENJA

Predmet rada je ispitivanje dometa i ograničenja u primeni veštačke inteligencije u okviru građanskog sudskog postupka. U radu ćemo se pozvati na pozitivne primere primene veštačke inteligencije u uporednim pravnim sistemima, sa naročitim osvrtom na model primene veštačke inteligencije u građanskom sudskom postupku Narodne Republike Kine. Primena veštačke inteligencije u okviru građanske sudske procedure u svom krajnjem obliku kao presuđenje od strane veštačke inteligencije, dakle robota, upitna je sa aksiološke i etičke tačke gledišta. S tim u vezi, u radu ćemo nastojati da predložimo model građanskog sudskog postupka u kome će značajnu ulogu imati veštačka inteligencija, ali koji će inkorporisati tradicionalno usvojena načela građanskog sudskog postupka.

Ključne reči: građanski sudski postupak, veštačka inteligencija

U V O D

Građanski sudski postupak predstavlja metod ili put pravne zaštite ugroženih ili povređenih građanskih subjektivnih prava, koji se zasniva na tradicionalno usvojenim načelima građanske parnične procedure.¹ Dostignuća u sferi

Ljubica Mihajlović, master prava, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, e-mail: ljubicamihajlovic90@gmail.com.

¹ O načelima parničnog sudskog postupka v. u: Gordana Stanković, *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2007.

digitalnih tehnologija u savremenom svetu dovela su do toga da je neophodno preispitati ova opšteusvojena načela i ponuditi novu arhitektoniku građanske sudske procedure koja će u sebi inkorporirati domete i saznanja iz sfere informaciono komunikacionih tehnologija i veštačke inteligencije. Model građanskog parničnog postupka koji za rezultat ima parnični predmet sa stotinama stranica štampanog materijala, velikom količinom administrativnog posla za sudije i sudsko osoblje, kao i veliki broj istih ili sličnih predmeta koji se nalaze pred sudom, treba da ostane u prošlosti.²

Pandemija izazvana koronavirusom ubrzala je u celom svetu promenu diskursa u okviru inače rigidnog polja građanske sudske procedure,³ tako da je izvesno da će građanski sudski postupak 2030. godine izgledati drugačije u odnosu na građansku sudsku procedure kakvu smo imali 2020. godine. Ove promene

² U 2021. povećan je priliv predmeta pred osnovnim sudovima u Republici Srbiji zbog tzv. masovnih predmeta u kojima je osnov spora obrada troškova bankarskih kredita. U ovoj godini je u Vrhovnom kasacionom sudu primljeno preko 90.000 predmeta delegacija radi ravnomerne rasterećenosti osnovnih sudova u parničnim postupcima pokrenutim po tužbama protiv banaka, radi naplate troškova obrade kredita. Nadležni sudovi opterećeni su velikim brojem repetitivnih predmeta (pred osnovnim sudovima od ukupno 839.037 predmeta, 187.491 predmeta bilo je po tužbama protiv banaka, odnosno 22,35% od ukupnog broja predmeta u radu; od ukupnog broja predmeta u radu pred osnovnim i višim sudovima (854.844 predmeta), značajan je broj predmeta u kojima su tuženi Republika Srbija i drugi državni organi, koje zastupa Državno pravobranilaštvo. Prema podacima iz evidencije pravobranilaštva, takvih predmeta bilo je ukupno 112.165. Tokom 2021. godine svi sudovi u Republici Srbiji rešili su 2.415.672 predmeta, a efektivno je postupalo 2.508 sudija. U odnosu na 2020. godinu, u 2021. godini ukupno je rešeno 401.843 predmeta više, i pored smanjene aktivnosti sudova i smanjenog broja održanih ročišta usled primene mera zaštite stanovništva zbog pandemije izazvane virusom kovidom 19, kao i 353 nepopunjenih sudijskih mesta. U 2021. godini u svim sudovima u Republici Srbiji primljeno je 2.402.486 predmeta, odnosno 2.343.489 bez predmeta izvršenja, što predstavlja najveći broj primljenih predmeta od izmenjene mreže sudova 1. 1. 2010. godine. I pored ovog značajnog uvećanja primljenih predmeta u 2021. godini, broj sudija i sudskog osoblja u sudskom sistemu ostao je nepromenjen. Došlo je do podnošenja velikog broja zahteva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku, odnosno prigovora za ubrzanje postupaka (u 2021. godini 40.607) i tužbi za pravično zadovoljenje dosuđivanjem neimovinske štete i tužbi za naknadu imovinske štete pred svim sudovima u Republici Srbiji. Na osnovu odluka predsednika sudova kojima su usvojeni prigovori za ubrzanje postupaka i utvrđena povreda prava na suđenje u razumnom roku pred osnovnim i višim sudovima, od ukupnog broja primljenih predmeta (20.930), broj podnetih tužbi za imovinsku štetu je 7.821, a za neimovinsku štetu 13.109 tužbi. Godišnji izveštaj o radu sudova u Republici Srbiji u 2021. godini, https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Publikacija%20srb_0.pdf, 5. 9. 2022.

³ Joshua Hernandez, „A Survey of Civil Procedure: Technology Responses to COVID-19 Within State Courts“, *Marquette Law Review*, Vol. 105, Iss. 4, 2022, 964.

će se pretežno zasnivati na većoj primeni digitalnih tehnologija i dometa iz oblasti veštačke inteligencije.⁴

Stoga kao jedno od mogućih rešenja problema s kojima se suočava pravosuđe Republike Srbije, predlažemo sprovođenje daljeg procesa digitalizacije i uvođenje veštačke inteligencije u postupak odlučivanja u svim fazama sudskog postupka.⁵ Pritom, nužno imamo u vidu prirodu misaonog procesa koji karakteriše sudsko odlučivanje, u kome će sudija primenom logičkog silogizma u okviru koga je *praemissa major* apstraktna pravna norma, a *praemissa minor* činjenično stanje koje je sud utvrdio, na autoritativan način urediti odnos između stranaka.⁶

VEŠTAČKA INTELIGENCIJA U GRAĐANSKOM SUDSKOM POSTUPKU – DOMENI PRIMENE

U literaturi je uočeno da ljudsku misao karakterišu procesi prepoznavanja problema, obrazaca, kao i analiza utvrđenih činjenica, dok veštačku inteligenciju karakteriše sposobnost analiziranja velike količine podataka u kratkom vremenu.⁷ Stoga je direktna svrha primene veštačke inteligencije u građanskom sudskom postupku da se posao sudija i drugih zaposlenih u pravosuđu pojednostavi,

⁴ David Freeman, „Digital Civil Procedure“, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 169, Iss. 8, 2021, 2244.

⁵ U 2021. godini u Evropi 87,7% stanovništva bili su bili korisnici interneta, dok je u čitavom svetu 58,8% stanovništva koristilo internet. I u Republici Srbiji je digitalizacija u velikoj meri sprovedena. Pristup internetu u Republici Srbiji imalo je 73,4% stanovništva. *Internet User Statistics & 2022 Population for the 53 European countries and regions*, <https://www.internetworldstats.com/stats4.htm>, 18. 5. 2022.

⁶ Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004, 580.

⁷ Kada govorimo o odnosu veštačke inteligencije i ljudske inteligencije, podsetimo da je još 1997. godine kompjuter *Deep Blue*, najsavršeniji kompjuter u tom trenutku, porazio najpoznatijeg igrača šaha Garija Kasparova. Takođe, ukazujemo na novi vid veštačke inteligencije koji je razvila kompanija IBM pod nazivom *Project Debater*, novi i savršeniji sistem veštačke inteligencije. Zadatak ovog kompjutera je da debatuje sa ljudima na različite teme. Ovaj kompjuter raspolaze podacima iz 400 miliona novinskih članaka. Kako bi testirali sposobnosti novog kompjutera, organizovana je debata između veštačke inteligencije i finalista univerzitetskog svetskog takmičenja u debati (*2016 World Universities Debating Championships*), pri čemu je trebalo da publika svojim glasovima odluči o pobedniku. Tema debate je bila „Veštačka inteligencija neće biti sposobna da donosi odluke ispravne sa stanovišta morala jer je moralnost karakteristična za ljude“. Ovom prilikom se 48,17% publike sa ovom tvrdnjom saglasilo, 51,22% odnosno većina je ovu tvrdnju negativno vrednovala, dok je 0,61% publike bilo neutralno. Debata je održana pred oko 300 ljudi na Kembričkom univerzitetu 2019. godine. Navedeno prema: Burt Jeffrey, „The Revolutionary Impact of Artificial Intelligence on the Future of the Legal Profession“, *Kutafin Law Review*, Vol. 8, Iss. 3, 2021, 391.

kao i da se smanji broj slučajeva koji se nalaze pred sudom, a da za građane pravda bude dostupnija, brža i predvidiva.^{8 9}

Kao jedan od načina primene veštačke inteligencije u građanskom sudskom postupku prepoznato je da uz pomoć algoritama, proračuna i procesa standardizacije, sudska veštačka inteligencija može da vrši ispitivanje dokaza i generisanje osnovnih elemenata za presuđenje u kratkom roku,¹⁰ dok u sferi vođenja postupka veštačka inteligencija može da vrši analizu relevantnih materijala putem prepoznavanja teksta, slike, procesa semantičke analize, sinteze elemenata i drugih tehnologija, kao i njihovo rekombinovanje, kako bi se automatski generisao spis, element, tabela ili sudsko pismeno.¹¹

Takođe, veštačka inteligencija može provesti dubinsku analizu masivnih podataka i tako ovladati „kolektivnim iskustvom“ sudija, čime se prevladavaju sposobnosti sudije kao ljudskog bića,¹² dok u predmetima koji su kompleksni

⁸ Preopterećenost sudova je problem usled koga se ne dovodi u pitanje samo kvalitet odluka koje bivaju donesene već dovodi u izvesnom smislu do „trošenja“ sudija. Kao posledica navedenog, javila se potreba da sudovi promene tradicionalni način upravljanja postupcima (engl. case management) i da uvedu primenu veštačke inteligencije, koja će pomoći sudijama da sprovedu postupak i donesu pravilnu i zakonitu odluku u što kraćem roku. Kako pojedine baze podataka poseduju veliku količinu informacija, to sprovođenje dubokih analiza čini teškim i dugotrajnim, kao što je i slučaj sa sintetizovanjem zaključaka na osnovu prethodno sprovedene analize. Zichun Xu, „Human Judges in the Era of Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities“, *Applied Artificial Intelligence*, Vol. 36, No. 1, 2022, 1026–1027.

⁹ U Velikoj Britaniji je pokrenut postupak digitalizacije pravosuđa, kao i uvođenja mehanizama veštačke inteligencije u pravosudni sistem. Prema projektovanom cilju, vremenom će sudovi i tribunal primenjivati onlajn virtuelna ročišta u skladu sa okolnostima konkretnog slučaja. Kako se nove tehnologije uvode, pretpostavljamo da će se sve veći broj predmeta ili delova predmeta odvijati virtuelno. U određenim situacijama, kada okolnosti slučaja i potrebe pravde to zahtevaju, saslušanja će se odvijati u sudnici u realnom prostoru. Kako se sudovi modernizuju, pretpostavka je da će im trebati manje zgrada, koje će biti korišćene efikasnije i sa sudnicama koje su prilagodljivije. U mnogim slučajevima, lično prisustvo na saslušanjima biće potrebno samo kada ne postoji alternativa; stranke će biti u mogućnosti da se uključe onlajn pre nego što će morati da izdvoje vreme i lično dođu na ročište. Procena je da trenutno u Velikoj Britaniji postoji više od 400 sudskih zgrada, od kojih su mnoge male, nedovoljne i skupe za održavanje. U 2014/2015. godini, oko polovina (48%) sudova i tribunala korišćena je manje od polovine vremena. Procena je da će mnoge zgrade biti zatvorene u naredne četiri godine kako bi se investiralo u manje moderne zgrade koje bolje mogu služiti potrebama ljudi. Transforming Our Justice System By the Lord Chancellor, the Lord Chief Justice and the Senior President of Tribunals, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/553261/joint-vision-statement.pdf, 5. 9. 2022.

¹⁰ Z. Xu, op. cit., 1027.

¹¹ *Ibidem*, 1028.

¹² U poređenju sa tradicionalnim sudijama, sudska veštačka inteligencija (engl. *judicial artificial intelligence*) ima više iskustva u vidu skladištenih informacija, istraživačke i analitičke sposobnosti.

ili u odnosu na koje ne postoji ustanovljena praksa, sudska veštačka inteligencija može doneti pouzdaniji i stabilniji zaključak istraživanjem kolektivnog životnog iskustva i izbeći nesigurnost u odlučivanju.¹³

Primena veštačke inteligencije u građanskom sudskom postupku predlaže se i za predviđanje dužine trajanja sudskog postupka, odnosno potrebnog vremena da se donese, izradi i dostavi presuda strankama, a sve na osnovu podataka koje daju sudije, advokati i stranke.¹⁴ Njenom primenom bi se u građanskom sudskom postupku mogli prevladati arbitrarnost sudije, individualni sud vrednosti ili predrasude prilikom odlučivanja.¹⁵

Pitanje digitalizacije pravosuđa i uvođenja veštačke inteligencije u građanski sudski postupak kao jedno od aktuelnih pitanja postavljeno je i pod okriljem Saveta Evrope. Tako je Komisija Saveta Evrope za efikasnost pravosuđa (u daljem tekstu CEPEJ) decembra 2018. godine usvojila prvu Evropsku etičku povelju o upotrebi veštačke inteligencije u pravosudnom sistemu. Ovaj dokument postavlja rukovodeće principe za razvoj instrumenata veštačke inteligencije u okviru evropskog pravosudnog sistema.¹⁶ Pritom „e-pravda“ (engl. *e-justice*) podrazumeva da su informacione tehnologije sredstvo za primenu prava u digitalnom svetu, dok se pojam sajberpravda (engl. *cyberjustice*) široko razume kao grupisanje svih situacija u kojima primena informaciono-komunikacionih tehnologija predstavlja deo procesa rešavanja sporova, bilo u sudovima bilo van njih.¹⁷

Pod okriljem CEPEJ-a donet je Akcioni plan „Digitalizacija za bolju pravdu“ za period 2022–2025.¹⁸ Prema akcionom planu, prioritet za CEPEJ u ovom periodu jeste da prati države članice Saveta Evrope i sudove u tranziciju ka digitalizaciji

Primera radi, Kina je oformila *China judicial documents website* 2013. godine kao bazu sudske prakse koja skladišti najveći broj sudskih odluka na svetu. Do sada postoji više od 100 miliona sudskih dokumenata, što čini nemogućim da sudija pojedinac bude upoznat sa sadržinom svakog od njih. Z. Xu, op. cit., 1029.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Više v. u: Raphael Souza de Oliveira, Amilton Sales Reis Jr., Erick Giovanni Sperandio Nascimento, „Predicting the number of days in court cases using artificial intelligence“, *PLOS One*, Vol. 17, Iss. 5, 2022, 1–17.

¹⁵ Z. Xu, op. cit., 1031.

¹⁶ O ovome više v. na: Cyberjustice and artificial intelligence used in the field of justice, <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-working-group-cyber-just>, 5. 9. 2022.

¹⁷ Navedeno prema: Guidelines on how to drive change towards Cyberjustice, Stock-taking of tools deployed and summary of good practices, <https://rm.coe.int/16807482de>, 5. 9. 2022.

¹⁸ Action plan: „Digitalisation for a better justice“, European Commission for the Efficiency of Justice 2022–2025, <https://rm.coe.int/cepej-2021-12-en-cepej-action-plan-2022-2025-digitalisation-justice/1680a4cf2c>, 5. 9. 2022.

pravosuđa u skladu sa evropskim standardima koji su naročito sadržani u čl. 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, uz osiguranje da pravda bude humana, efikasna i kvalitetna. Ističe se da je tranzicija od sudova sa štampanim podnescima u papirnoj formi, ka digitalnim, trenutna i neophodna.

Prama odredbama Evropske etičke povelje o primeni veštačke inteligencije u pravosudnim sistemima i njihovom okruženju koju je usvojio CEPEJ, primena veštačke inteligencije u pravosudnom sistemu mora se zasnivati na pet osnovnih principa: 1. princip poštovanja osnovnih prava, 2. princip nediskriminacije, 3. princip kvaliteta i sigurnosti, 4. princip transparentnosti, nepristrasnosti i pravičnosti, i 5. princip „pod kontrolom korisnika“ (da učesnici budu informisani akteri koji imaju kontrolu nad izborima koje donose).¹⁹

Takođe, kao jedna od osnovnih prednosti primene iskustava veštačke inteligencije navodi se i da se time u sličnim životnim situacijama donose slične odluke, čime se prevladava neujednačenost sudske prakse.²⁰

VEŠTAČKA INTELIGENCIJA I GRAĐANSKI SUDSKI POSTUPAK – POZITIVNA ISKUSTVA NARODNE REPUBLIKE KINE

Najveći rezultati u primeni veštačke inteligencije ostvareni su u okviru pravosudnog sistema Narodne Republike Kine. Tako je tokom 2017. godine robot *Xiaofa* angažovan u Internet sudu Pekinga (engl. *Beijing Internet court*) odgovarao na pitanja posetilaca. Njegov osnovni zadatak bio je da daje objašnjenja o složenim pravnim pitanjima jezikom običnih građana. Trenutno Kina ima više od 100 robota u sudovima širom zemlje, što vodi stvaranju „inteligentne pravde“ (engl. *intelligent justice*), pri čemu su neki roboti specijalizovani za određene oblasti prava, kao i za posebne vrste postupaka.²¹

¹⁹ European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, European Commission for the Efficiency of Justice, <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>, 5. 9. 2022. Pod okriljem CEPEJ-a formirana je radna grupa za tzv. *cyberjustice* i veštačku inteligenciju, sa ciljem da razvije mehanizme kako bi predložila pravni okvir i garancije za države članice i profesionalce voljne da kreiraju ili koriste informacione i komunikacione tehnologije i/ili mehanizme veštačke inteligencije u pravosudnom sistemu kako bi se poboljšali efikasnost i kvalitet pravde, u saradnji sa Evropskim komitetom za pravnu saradnju i *ad hoc* Komitetom za veštačku inteligenciju. Terms of reference of the Working Group on cyberjustice and Artificial Intelligence (CEPEJ-GT-CYBERJUST) 2022–2023, <https://rm.coe.int/terms-of-reference-cyberjust-2022-2023/1680a4e020>, 5. 9. 2022.

²⁰ Z. Xu, op. cit., 1029.

²¹ Navedeno prema: Ekaterina Rusakova, „Integration of ‘smart’ technologies in the civil proceedings of the People’s Republic of China“, *RUDN Journal of Law*, Vol. 25, Iss. 3, 2021, 624. Prema navodima

Tokom 2019. godine Vrhovni narodni sud Kine izdao je obaveštenje koje je istaklo uspeh u kreiranju inteligentnih sudova kao i implementaciju ciljeva postavljenih radi poboljšanja sudskog informacionog sistema. Dalji napori trebalo bi da budu usmereni na tehnologiju veštačke inteligencije, promovisanje „pametnih“ sudskih postupaka, pametne službe za izvršavanje zakona i sudske službe, kao i nadzor nad formiranjem „pametnih“ sudova širom Kine.²²

Koncept „pametnih“ sudova doveo je do toga da mnoge aktivnosti sudija u različitim fazama sudskog postupka budu zamenjene veštačkom inteligencijom, tako da se pretraga potrebnih fajlova i dokumenata, analiza sudske prakse, priprema sudskih akata i druge funkcije sprovede automatski, bez ljudskog mešanja.²³ S druge strane, kreiranjem onlajn sudskih platformi, pravnici imaju pristup različitim referentnim uslugama, onlajn pretrazi, kao i povratnoj informaciji od svih učesnika u postupku, što je dovelo do rešenja nekih postojećih problema.²⁴

Revolucionarni korak bilo je stvaranje tzv. internet sudova (engl. *Internet courts*), kojih u Kini trenutno ima tri i locirani su u najvećim trgovinskim provincijama *Hangzhou*, *Beijing* i *Guangzhou*. U njihovu nadležnost ulazi sprovođenje prvostepenih građanskih i upravnih postupaka na nivou lokalnih sudova, pri čemu ovde nije reč samo o vođenju rasprava preko interneta već o nezavisnim sudovima pred kojima se procedure i aktivnosti, kao i procesni dokumenti, sprovedu pomoću digitalne tehnologije.²⁵

Internet sud provincije *Guangzhou* formulisao je posebna pravila postupka pod nazivom *Electronic Legal Pavilions*, dok je tokom 2019. godine Internet sud Pekinga (engl. *Beijing Internet Court*) osnovao posebnu jedinicu za pružanje tzv. pametnih pravosudnih usluga (engl. *smart judicial services*) preko interneta – *Online Smart Litigation Service Center*, *Mobile micro-court* i novi resurs, tzv. virtuelnog sudiju (engl. *Virtual Judge*).²⁶

autorke, postoje tri nivoa razvoja veštačke inteligencije – veštačka slaba inteligencija (engl. *Artificial Narrow Intelligence*), veštačka jaka inteligencija (engl. *Artificial General Intelligence*) i veštačka superinteligencija (engl. *Artificial Super Intelligence*). Prvi nivo veštačke inteligencije karakteriše činjenica da mašine samo procesuiraju informacije i sintetišu ih; drugi nivo je povezan sa usvajanjem autonomnih odluka i transferom različitih funkcija koje se odnose na zaključivanje i percepciju; dok treći nivo podrazumeva postizanje ljudskih sposobnosti, kao i sposobnost njihovog anticipiranja od strane veštačke inteligencije.

²² E. Rusakova, op. cit., 625.

²³ *Ibidem*, 626

²⁴ *Ibidem*, 627.

²⁵ *Ibidem*, 628.

²⁶ *Ibidem*.

Virtuelni sudija daje jasne odgovore strankama na pitanja koja se odnose na podnošenje tužbe, odgovore na tužbu, procedure medijacije i dr.; pretraga se sprovodi na osnovu 20 hiljada ključnih reči i više od 120 mogućih odgovora. Aplikacija „mobilni mikrosud“ (engl. *The Mobile Micro-Court app*) omogućila je pristup sudu preko interneta, bilo kada i bilo gde, uključujući video-medijaciju, postupak revizije i konsultacije dostupne posredstvom ove aplikacije na mobilnom telefonu. Radi pogodnosti korisnika, moguće je videti sav materijal iz predmeta, obezbediti dokaze i kontaktirati sve učesnike. U internet sudovima, prosečna dužina trajanja postupka je 40 dana; dok ročište pred sudom traje prosečno 37 minuta. Skoro 80% parničara pred kineskim internet sudovima su fizička lica, a svega 20% su pravna lica. Protiv 90% donetih odluka ne izjavljuje se žalba.²⁷

Takođe, Vrhovni narodni sud usvojio je Pravila onlajn parničenja narodnih sudova (engl. *Online Litigation Rules of the People's Courts*), 18. maja 2021, a stupila su na snagu 1. avgusta 2021. godine. Prilikom njihovog donošenja, cilj su bili promovisanje i regulisanje onlajn parničenja, poboljšanje pravila onlajn parničenja, zaštita prava stranaka i drugih učesnika u svim aktivnostima, kao i osiguranje nepristrasnosti i efikasnosti u rešavanju predmeta.²⁸

Određeno je da narodni sudovi, stranke i drugi učesnici mogu u svim aktivnostima koje preduzimaju koristiti elektronsku platformu za parničenje (engl. *litigation platform*) radi sprovođenja dela ili celog postupka preko interneta, i da će onlajn suđenje imati iste pravne posledice kao i tradicionalno suđenje (čl. 1 Pravila).

Suđenja pred internet sudovima zasnivaće se na određenim principima, koji su pretežno karakteristični i za tradicionalni građanski sudski postupak, ali se operacionalizuju na drugačiji način. Tako je određeno da će se primenjivati principi nepristrasnosti i efikasnosti, što podrazumeva da će onlajn sudovi sprovoditi onlajn suđenje u skladu s relevantnim zakonima, pojednostaviti proces suđenja, poboljšati radne mehanizme, a obezbediti tehničku podršku kako bi se poboljšala sudska efikasnost i osigurala pravičnost suđenja; zatim princip legaliteta i dobrovoljnosti koji podrazumeva da je za sprovođenje internet suđenja potrebna saglasnost stranaka i drugih učesnika u postupku; princip zaštite prava stranaka; princip obezbeđenja pogodnosti za građane; princip sigurnosti i pouzdanosti. Određeno je da će narodni

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Online Litigation Rules of the People's Courts, <https://english.court.gov.cn/index.html>, 31. 8. 2022. Doneta su i pravila onlajn medijacije u Kini, koja su usvojena 27. decembra 2021, a stupila su na snagu 1. januara 2022, <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fenglish.court.gov.cn%2Fpdf%2FOnlineMediationRulesofthePeople%27sCourts.docx&wdOrigin=BROWSELINK>, 31. 8. 2022.

sudovi u skladu sa zakonom čuvati nacionalnu bezbednost, privatnost i lične podatke, i obezbediti bezbednost podataka onlajn parničenja (čl. 2 Pravila).

Sam postupak je regulisan tako da se učesnici onlajn suđenja prvo registruju pod ličnim imenom na platformi za suđenje, nakon čega sud verifikuje pravo ime učesnika, broj mobilnog telefona, broj lične karte, broj pasoša i jedinstvenog socijalnog kreditnog koda, onlajn poređenjem sertifikata identiteta ili onlajn identifikacije na platformi za potvrđivanje identiteta, kako bi se potvrdila autentičnost identiteta učesnika. Nakon onlajn verifikacije identiteta, učesnik prima ekskluzivni nalog za logovanje na platformu za suđenje (čl. 7 Pravila).

Kada stranke podnesu tužbu preko interneta, narodni sud u okviru zakonskog roka, ukoliko su ispunjeni uslovi za podnošenje tužbe, zavodi predmet i dostavlja obaveštenje da je predmet prihvaćen, obaveštenje da li su plaćeni troškovi postupka, obaveštenje o predstavljanju dokaza i drugih dokumenata. Ukoliko podneti materijali nisu odgovarajući, bez odlaganja obaveštava stranke da ih zamene ili isprave. Ukoliko su stranke podnele podneske onlajn, narodni sud neće zahtevati dostavljanje njihovih štampanih kopija (čl. 9 Pravila).

Interesantno je da stranke mogu direktno na platformi popuniti tužbu, odgovor na tužbu, protivtužbu i druge akte u sudskom postupku (čl. 11 Pravila), dok će sud zahtevati podnošenje štampane kopije akta jedino ukoliko suprotna strana tvrdi da isprava u elektronskom obliku nije verna originalu i za to pruži razumne osnove; ili ukoliko je elektronski skladišten dokument nepotpun, nejasnog sadržaja ili u nestandardnoj formi, odnosno ukoliko sud smatra da postoji razlog da original bude podnet (čl. 12 Pravila).

Pojednostavljen je i proces podnošenja i razmene dokaza. Naime, sud može, uzimajući u obzir izbor stranaka i okolnosti slučaja, organizovati stranke da razmene dokaze, prezentuju ili komentarišu dokaze onlajn, na sinhroni ili asinhroni način. Ako stranke izaberu da podnošenje dokaza bude jednovremeno, odnosno sinhrono, obe stranke će se istovremeno logovati na sudsku platformu, u vreme koje odredi sud, i prezentovati svoje dokaze putem video-konferencije. Ukoliko pak stranke odluče da asinhrono podnesu dokaze, ulogovaće se na platformu u vreme kada je odredio sud, svaka stranka će pregledati dokaze koje je suprotna strana aploudovala na platformu i izjasniće se o njima. Ukoliko se stranke ne izjasne da li žele da razmenu dokaza izvrše sinhrono ili asinhrono, razmena dokaza će se izvršiti sinhrono (čl. 14 Pravila).

Kao ambijent za sprovođenje internet suđenja predviđena je tzv. onlajn sudnica, koju karakterišu propisana državna obeležja. Preporuka je za učesnike internet suđenja da izaberu relativno zatvoreno okruženje koje je tiho, bez mešanja, sa odgovarajućim osvetljenjem i dobrom internet konekcijom. Oni ne smeju učestvovati u suđenju iz okruženja koje može uticati na audio-vizuelni prenos internet

sudjenja ili naškoditi svečanosti sudskog postupka. Ukoliko je neophodno, sud može odrediti da učesnik koji treba da se pojavi u onlajn sudnici to učini sa tačno određenog mesta (čl. 24 Pravila).

Takođe, određeno je da se prilikom dostave podnesaka, internet sudovi mogu koristiti kratkim porukama, alatima za razmenu trenutnih poruka i porukama na platformi za parnicu, kao i da mogu obavestiti primaoca da će poruka biti uručena i da prihvati i preuzme relevantne materijale (čl. 32 Pravila).

Najzad, radi zaštite interesa učesnika u postupku i radi zaštite javnog interesa, određeno je da će se prilikom internet parnica primenjivati pravila o tajnosti podataka i o zaštiti podataka o ličnosti, kao i da će se čuvati bezbednost podataka svih učesnika (čl. 34 Pravila).

VEŠTAČKA INTELIGENCIJA I GRAĐANSKI SUDSKI POSTUPAK – OGRANIČENJA

Uprkos velikom potencijalu za primenu veštačke inteligencije u građanskom sudskom postupku, postoje određeni izazovi i ograničenja. Nema mesta bojazni da će veštačka inteligencija zameniti sudije i učiniti da je potreban manji broj sudija u pravosuđu.²⁹ Osnovni razlog je u tome što sudija u svojoj ličnosti, kako navodi Maršal (Marshal), objedinjuje pored poznavanja pravila materijalnog i procesnog prava, zdrav razum i poznavanje vrednosti dobrog i lošeg, što sve skupa čini integritet ličnosti sudije.³⁰ Takođe, uzrok leži u činjenici da se jezik mašina razlikuje od prirodnog jezika. Prepoznato je da polisemija, konceptualizacija i nejasnost prirodnog jezika čine teškim izražavanje preko mašinskog jezika zasnovanog na shvatanju osnovnih morfema i semantike.³¹

S tim u vezi, sudije svoje odluke ne donose samo primenom prava i logike, već i na osnovu iskustva. Međutim, ne može se svako empirijsko iskustvo iskazati

²⁹ Prema rečima Džejsma Barata (James Barratt), veštačka inteligencija u pravosuđu predstavlja mač sa dve oštrice, poput nuklearne fuzije, koja može ili da osvetli grad ili da ga spali. Z. Xu, op. cit., 1032.

³⁰ John McClellan Marshall, „Examining Judicial Decision-making: An Axiological Analytical Tool“, *Studia Iuridica Lublinsensia*, Vol. 29, No. 3, 2020, 61.

³¹ Logično posmatrano, inteligencija veštačke inteligencije ograničena je dizajnom i inputima programa formulisanih od strane ljudi. Neadekvatnost sposobnosti tvorca programa neizbežno vodi nesposobnosti veštačke inteligencije da postigne 100% inteligencije. Ljudi mogu naći način da prevladaju teškoće ili prepoznaju problem i pokušaju da ga reše, ali veštačka inteligencija nema takvu inovativnu sposobnost. Iako veštačka inteligencija ima sposobnost dubinskog učenja, način učenja i dalje zavisi od programa koji je unapred napisao programer, odnosno čovek. Navedeno prema Z. Xu, op. cit., 1033.

kao podatak jezikom mašine. Za donošenje pravilne i zakonite sudske odluke nije dovoljno da onaj ko je donosi poseduje samo pravničko znanje, već je potrebno da poseduje brojne veštine kao što su veština govorenja u sudu, rešavanja sporova, prepoznavanja prikrivenih konflikata, strpljenje za slušanje emocionalnih i psiholoških potreba stranaka i sl. Sve ove veštine i znanja dolaze iz dugogodišnjeg društvenog života sudije i iz njegovog sudijskog iskustva, što su karakteristike koje veštačka inteligencija zasnovana na poznavanju baza podataka ne poseduje.³²

Kao posebno u vezi s primenom veštačke inteligencije u pravosuđu, postavilo se pitanje zaštite podataka i bezbednosti na internetu. Ovo pitanje se naročito postavilo u odnosu na iskustva Narodne Republike Kine. Prema stavu profesora Džou Šana (Zhou Shang), Kina bi trebalo da razmisli o ispunjavanju osnovnih obaveza koje se odnose na internet bezbednost. Pored integrisanja inovativnih tehnologija u sudski proces, svaka država bi trebalo da razmisli i o posledicama ovog procesa, imajući u vidu da je bezbednost jedna od osnovnih garantija koje bi država trebalo da pruža svojim građanima i licima koja borave na njenoj teritoriji.³³

Takođe, postavlja se pitanje koliko je veštačka inteligencija zaista „objektivna i nezavisna“, imajući u vidu da je i veštačka inteligencija tvorevina ljudi. Moglo bi se postaviti pitanje pravilnosti odluka koje veštačka inteligencija donosi. Iako je neminovno da sudije greše u svom radu, od veštačke inteligencije očekuje se veći nivo tačnosti.

Konačno, primena informacionih tehnologija u pravosuđu ne sme dovesti u pitanje osnovne principe na kojima se zasniva pravosudna aktivnost, pri čemu naročito treba voditi računa o ostvarivanju i zaštiti prava na pravično suđenje koje je garantovano Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava. Nova arhitektura građanskog sudskog postupka, koja uključuje primenu veštačke inteligencije, podrazumeva sudski postupak za novo doba u okviru kog će biti očuvana načela tradicionalnog građanskog sudskog postupka.

ZAKLJUČAK

Život u digitalnom svetu uslovio je da smo danas svedoci primene dostignuća veštačke inteligencije u najrazličitijim sferama ljudskog života. Izuzetak nije ni pravosuđe, odnosno građanski sudski postupak. Poučeni iskustvima iz uporednih pravnih sistema, sudije će se u narednom periodu suočiti sa novim izazovom

³² *Ibidem.*

³³ E. Rusakova, op. cit., 630.

u vidu primene informaciono-komunikacionih tehnologija i veštačke inteligencije u pravosuđu. Od sudija i svih zaposlenih, kao i od društva u celini, očekuje se da aktivno menjaju svoju ulogu i da prihvate nove modele u okviru građanskog sudskog postupka koji će se zasnivati na saradnji čoveka i veštačke inteligencije.

Nema mesta bojazni za pripadnike pravosudne profesije, jer primena veštačke inteligencije u građanskom sudskom postupku ne znači istiskivanje pravnika iz pravosuđa. Presuđenje jeste, a i dalje će biti, složena profesionalna misaono-logička aktivnost zasnovana na životnom iskustvu i poznavanju prava, koje zahteva kako pravničko znanje, tako i kognitivno-emotivne sposobnosti onoga koji presuđuje. Iako veštačka inteligencija vodi efikasnijem pravosuđu i ujednačavanju sudske prakse, ona ne može prepoznati emocije, ostvariti interakciju sa umovima ljudi, ne može pokazati empatiju, niti utvrđivati vrednosti pravde i pravičnosti u skladu sa okolnostima konkretnog slučaja. U svemu ovome sudije su nezamenljive.

Ideju o primeni veštačke inteligencije u građanskom sudskom postupku treba iskoristiti kao priliku za promenu opšte usvojene paradigme da je sudija onaj ko se ne razume u informaciono-komunikacione tehnologije i veštačku inteligenciju. Poučeni dosadašnjim iskustvima iz uporednog prava u ovoj oblasti, sudije i pravници profesionalci trebalo bi da prihvate mogućnosti koje informaciono-komunikacione tehnologije pružaju, kao oruđe za olakšavanje rada i sredstvo koje pravosudni sistem čini dostupnijim građanima. S tim u vezi, obuke sudija u budućnosti trebalo bi da budu usmerene na ovu oblast, kako bi se znanja, veštine i razumevanje ove oblasti od strane sudija i pravnika profesionalaca poboljšali, a samim tim informaciono-komunikacione tehnologije i elementi veštačke inteligencije učiniti sredstvom sa kojim će se problemi u pravosuđu lakše prevladati.

LJUBICA MIHAJLOVIĆ, LL.M.
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Niš

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND CIVIL COURT PROCEDURE – APPLICATION DOMAIN AND LIMITATIONS

Summary

The subject of the paper is the range and restrictions in the application of artificial intelligence within the civil court proceedings. We will recall positive examples of application of artificial intelligence in comparative legal systems, with special reference to the model of artificial intelligence in the civil proceedings of the People's Republic of China. The application of artificial intelligence within the civil court proceedings in its final form as adjudication by artificial intelligence, the robot, is questionable

from the axiological and ethical point of view. In this regard, in the work we will try to propose a model of civil court procedure in which artificial intelligence will play a significant role, but which will incorporate traditionally adopted principles of civil court procedure.

Key words: civil court procedure, artificial intelligence

Literatura

Ernandez J., „A Survey of Civil Procedure: Technology Responses to COVID-19 Within State Courts“, *Marquette Law Review*, Vol. 105, Iss. 4, 2022.

Freeman D., „Digital Civil Procedure“, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 169, Iss. 8, 2021.

Jeffrey B., „The Revolutionary Impact of Artificial Intelligence on the Future of the Legal Profession“, *Kutafin Law Review*, Vol. 8, Iss. 3, 2021.

Marshall McClellan J., „Examining Judicial Decision-making: An Axiological Analytical Tool“, *Studia Iuridica Lublinensia*, Vol. 29, No. 3, 2022.

Rusakova E., „Integration of 'smart' technologies in the civil proceedings of the People's Republic of China“, *RUDN Journal of Law*, Vol. 25, Iss. 3, 2021.

Souza de Oliveira R., Sales Reis Jr. A., Sperandio Nascimento E. G., „Predicting the number of days in court cases using artificial intelligence“, *PLOS One*, Vol. 17, Iss. 5, 2022.

Stanković G., *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2007.

Triva S., Dika M., *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004.

Xu Z., „Human Judges in the Era of Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities“, *Applied Artificial Intelligence*, Vol. 36, No. 1, 2022.

**KATEDRA
PRAVO NA PRAVDU
Sekcija
„Sud u koneksitetu pravde“**

GALA BOGOSAVLJEVIĆ

NEOBRAZLOŽENA SUDSKA ODLUKA – NEPRAVIČNA ODLUKA

*Najgore je kad ljudi ćute,
kad se ne objasne, pa svaka sumnja
ima pravo na život. I moja i tvoja...*

Meša Selimović

Autor u radu zastupa tezu da je sudska odluka nepravična ukoliko joj nedostaje obrazloženje. Imajući u vidu da su potpuno neobrazložene odluke u praksi retke, pod neobrazloženom sudskom odlukom autor podrazumeva one sudske odluke koje naizgled sadrže obrazloženje, ali koje obiluje formalizmima i kome nedostaje suštinska odlika obrazloženja. Pravo na obrazloženu sudsku odluku s razlogom predstavlja jedan od aspekata prava na pravično suđenje, te je svaka naizgled obrazložena odluka, kojom se ne odgovara na najvažnija traženja, zahteve i navode stranaka u postupku, nepravična odluka. Obrazložena sudska odluka nije samim tim zakonita i pravična, ali je obrazloženost odluke preduslov za njenu ocenu, ne samo od strane viših instanci već i od strane učesnika u postupku, a naposletku i čitave javnosti. Učinjen je pokušaj da se u radu, kroz prikazanu praksu Evropskog suda za ljudska prava, potkrepi izneta teza, a pored toga analizirana su i zakonska rešenja u pravu Republike Srbije, koja se tiču obaveznosti obrazlaganja sudskih odluka. U radu, autor iznosi i sopstveno shvatanje, prema kome neobrazložena odluka suda predstavlja povredu ljudskog dostojanstva stranaka na koje se odnosi.

Ključne reči: obrazloženje, dostojanstvo, pravednost sudske odluke, Evropski sud za ljudska prava

Gala Bogosavljević, master prava, polaznik X generacije Pravosudne akademije Republike Srbije, e-mail: galaboncic@rocketmail.com.

UVODNA RAZMATRANJA

Čak i u svakodnevnom životu u različitim situacijama pravednost naših životnih odluka i postupaka može se razumeti jedino ukoliko su takvi postupci i odluke obrazloženi, posebno ukoliko je ljudima na koje utiču pružena mogućnost da ih „shvate“ iz našeg ugla. Objasniti svoje postupanje, znači ukazati poštovanje onome ko se nalazi naspram nas, priznati ga kao ličnost, uvažiti mogućnost da naše odluke imaju određeni uticaj na drugoga. A gde se posebno očituje potreba za obrazloženjem odluka i postupanja, nego u sudskom postupku u kom se građanin obreo očekujući pravdu? Jer ako, kao što akademik Slobodan Perović kaže : „Ići sudiji znači ići pravdi“, tvrdeći pritom da je „u ovih pet antičkih reči smeštena čitava civilizacija prava i pravosuđa“,¹ onda jedini način da ocenimo pravednost i zakonitost neke odluke leži upravo u razlozima za njeno donošenje.² U situacijama kada suštinsko obrazloženje u odluci izostane, takva odluka je *per se* nepravična odluka, pri čemu autor prilikom određivanja pojma pravičnosti usvaja Radbruhovo shvatanje da pravda i pravičnost nisu dve različite vrednosti, nego različiti putevi da se dođe do jedinstvene pravne vrednosti, odnosno da je pravičnost pravda pojedinačnog slučaja.³

Stranke u postupku, osim što očekuju razrešenje svog pravnog problema, od suda očekuju i odgovore na pitanja koja tim povodom postavljaju. Prilikom obrazlaganja sudske odluke ne sme se dozvoliti da ovakva pitanja nastave da „lebe“ u praznom prostoru, u potrazi za odgovorom. Svako ko čita sudsku odluku mora biti uveren da je ona doneta kao rezultat brižljivog razmatranja pitanja povodom kojeg se donosi. Prema određenim teorijama prava, upravo se u davanju obrazloženja ogleda nova paradigma demokratskog legitimiteta, jer su institucije legitimne u onoj meri u kojoj su njihove odluke obrazložene.⁴ Na osnovu toga, može se zaključiti da vrline ili mane jedne presude počivaju u potpunosti na razlozima koji je podržavaju,⁵ a ukoliko ista ne sadrži suštinske razloge, ne može se govoriti o bilo kakvim vrlinama presude.

S druge strane, ugled državnih organa, a samim tim i sudskih instanci, nalazi se u srazmeri sa afirmisanjem ljudskog dostojanstva.⁶ To dalje znači da bi

¹ Slobodan Perović, *Prirodno pravo i sud*, Beograd, 1996, 7.

² Za potrebe ovog rada ostavljen je po strani dobro poznati problem zakonskog neprava.

³ Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet, Beograd, 2016, 78.

⁴ Fred d'Agostino, Gerald F. Gaus, *Public reason*, Ashgate, 1998.

⁵ Herbert Wechsler, „Toward Neutral Principles of Constitutional Law“, *Harvard Law Review* 1, 19–20 (1959), 73.

⁶ Stevan Vračar, „Ljudsko dostojanstvo i državnopravni poredak“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. I-4, 1983, 164.

sudovi pre svega morali da tokom trajanja čitavog postupka, deluju kao čuvari dostojanstva lica koja se nađu pred sudom. Autoritet najviših i svih nižih državnih organa, zakona i ostalih normativnih akata, sudskih instanci, razgranatog mehanizma uprave, u neposrednoj je zavisnosti od praktičnog stava prema ljudskom dostojanstvu.⁷ U srži garantovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda nalazi se upravo ljudsko dostojanstvo. Propuštanje suda da donetu odluku suštinski obrazloži predstavlja povredu ljudskog dostojanstva.

ISTORIJAT

Obrazloženje sudskih odluka se kao njihov obavezni, sastavni deo, danas podrazumeva. Ipak, i pored obaveznosti obrazlaganja sudskih odluka, one često suštinski ne sadrže obrazloženje. Kroz istoriju kontinentalnog pravnog sistema, međutim, obrazlaganje sudskih odluka, nije oduvek bilo obavezno, čak se na takvu mogućnost gledalo s podozrenjem. U starom Rimu sudske odluke uopšte nisu sadržale obrazloženje, tim pre što su izricane usmeno, dok je dominantno shvatanje bilo da je bolje da obrazloženje ne prati ovakvu vrstu odluka.⁸ Porota u antičkoj Grčkoj, u Atini, takođe nikada nije obrazlagala svoje odluke, već je prosta većina glasova sudija odlučivala o ishodu spora,⁹ dok su sudovi u kontinentalnoj Evropi, u 12. veku, funkcionisali bez obrazlaganja svojih odluka jer se smatralo da je njihov zadatak bio da presuđuju a ne da objašnjavaju.¹⁰ Tada je uvreženo shvatanje sudova bilo da bi obrazlaganje sudskih odluka ugrozilo moć i legitimitet sudova, jer je obrazlaganje sudskih odluka posmatrano kao izraz nesigurnosti sudova i otvorilo bi vrata kritici.¹¹ Tako su i u Francuskoj, u doba neposredno pre revolucije, sudovi imali praksu neobrazlaganja svojih odluka,¹² dok su engleski crkveni sudovi takođe izbegavali davanje obrazloženja za svoje odluke. Prema nekim autorima, praksa neobrazlaganja sudskih odluka u Evropi postojala je od srednjeg veka

⁷ *Ibidem*, 170.

⁸ Laurens Winkel, „Ratio Decidendi – Legal Reasoning in Roman Law“, *Ratio Decidendi-Guiding principles of Judicial decisions*, Vol. 1, W. Hamilton Bryson (ed.), Sergee Dauchy, Berlin, 2006, 9.

⁹ Adriaan Lanni, „Precedent and Legal Reasoning in Classical Athenian Courts: A Noble Lie?“, *The American Journal of Legal History*, Vol. 43, No. 1, Oxford University Press, Oxford, 1999, 31.

¹⁰ Phillipe Godding, *La jurisprudence, Typologie des sources du Moyen-Age Occidental*, Brepols, Turnhout, 1973,14.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Andre Isambert, *Recueil general des anciennes lois Francaises depuis l'an 1420 Jusqu'à La Revolution de 1789*, 1824, 498–503.

pa do kasnog 18. veka.¹³ Nasuprot tome, u Americi su sudije oduvek bile u obavezi da objasne razloge za odluke koje donose.¹⁴

Može se zaključiti da su obaveznost i poželjnost obrazlaganja sudskih odluka, u onom vidu koji danas poznajemo, zapravo moderna tekovina. Suština je u tome da kada sudovi objasne i javno iznesu razloge za donošenje svojih odluka, građani takve odluke, ali i sudsku vlast, doživljavaju kao legitimne.

PRAVO NA OBRAZLOŽENU SUDSKU ODLUKU

Danas su standardi koji se odnose na obrazloženja sudskih odluka u Evropi razvijeni zahvaljujući obimnoj praksi Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu. U čl. 6. st. 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda predviđeno je da: „Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o 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 izriče javno, ali se štampa i javnost mogu isključiti s celog ili 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, nužno potrebna u posebnim okolnostima kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde.“

Iako to nije eksplicitno navedeno u citiranom pravilu, pravo na pravično suđenje obuhvata i obavezu sudova da daju dovoljne razloge za njihove odluke,¹⁵ što predstavlja tumačenje navedenog pravila koje je nastalo kroz praksu Suda i koje je obavezujuće za države članice Saveta Evrope. Obrazložena odluka je dokaz da su navodi stranaka u postupku zaista saslušani od strane suda i na taj način obrazloženje doprinosi boljem prihvatanju navedenih odluka. Najvažnije od svega je da čl. 6. ne podrazumeva obavezu sudova da daju detaljne odgovore na svaki navod stranaka u postupku. U slučaju *García Ruiz v. Spain*¹⁶ podnosilac pritužbe je tvrdio da mu je u odlukama prvostepenog suda, ali i više instance, povređeno pravo na obrazloženu odluku i adverzijalnost postupka, između ostalog jer više instance nisu dale nikakvo posebno obrazloženje za odbijanje njegovog tužbenog zahteva. Sud je u odluci obrazložio da se konkretan predmet ticao činjenice da je podnosilac

¹³ Philip Godding, „Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Age à la fin du XVIIIe siècle“, *La Motivation des décisions de justice*, Chaïm Perelman & Pierre Foriers (eds), 1978, 81.

¹⁴ L. Winkel, n. d., 9.

¹⁵ *H. protiv Belgije*, 8950/80, 1987, § 53.

¹⁶ *Garzia Ruiz v. Spain*, 30544/96 [GC], 1999, § 26.

pritužbe tvrdio da je pružao usluge profesionalnog savetnika za tuženog, ali to nijednim dokazom nije uspeo da dokaže, što su prvostepeni sudovi adekvatno obrazložili. Sud je utvrdio da je drugostepeni sud prihvatio utvrđeno činjenično stanje prvostepenog suda i primenu materijalnog prava, te je našao da, iako se ne može reći da je ova odluka u suprotnosti sa zahtevima iz čl. 6. st. 1, ipak bi detaljniji razlozi za potvrđivanje prvostepene presude bili povoljniji. Ipak Sud je utvrdio da nije došlo do povrede prava na pravično suđenje.

Svakako, obaveza sudova da obrazlože svoje odluke i njena širina zavisice od vrste odluka u pitanju i njene prirode, što se procenjuje u zavisnosti od konkretnog slučaja.¹⁷ Tako, ako su navodi stranke odlučujući za ishod postupka, takvi navodi zahtevaju konkretan i brz odgovor. U slučaju *Ruiz Torija protiv Španije*, podnosilac predstavlke se žalio na propust nacionalnih sudova da se uopšte osvrnu na njegove tvrdnje da je tužba protiv njega neblagovremena. Država je tvrdila da su navodi podnosioca bili očigledno neosnovani u tolikoj meri da ih nije bilo neophodno obrazlagati. Međutim, Sud se nije složio sa ovim tvrdnjama, navodeći da je prvostepeni sud ipak izvodio dokaze koji se tiču argumenata podnosioca, a da naposljetku nije dao nijedan razlog zašto je smatrao da isti nije od uticaja na ishod postupka. Kako je ovakav argument bio odlučujući za ishod postupka, Sud je izneo shvatanje da su domaći sudovi morali da se osvrnu na njegove argumente. Sud je takođe utvrdio da se ne može smatrati da je domaći sud implicitno odlučio o tome, jer se radi o odlučujućem argumentu koji je zahtevao brz i konkretan odgovor.

Takođe, u slučaju *Salontaji-Drobnjak protiv Srbije*¹⁸ podnosilac predstavlke se obratio Evropskom sudu tvrdeći da mu je u postupku lišenja poslovne sposobnosti povređeno pravo na pravično suđenje, budući da nije imao priliku da ispita veštaka koji je dao svoj nalaz i mišljenje o njegovoj poslovnoj sposobnosti, niti je njegovom advokatu bilo omogućeno da prisustvuje ročištu, a odluka o tome nije bila obrazložena. Sud je utvrdio povredu prava na pravično suđenje delom i zato što je odluka kojom sud nije dozvolio prisustvo advokatu podnosioca na ročištu bila obrazložena pukim pozivanjem na čl. 36. st. 2 Zakona o vanparničnom postupku, na krajnje neodređen način i bez ikakvog obrazloženja osim predviđanja da bi prisustvo punomoćnika u tom slučaju bilo „nesvrsishodno“. U konkretnom slučaju dakle nije reč o meritornoj odluci, te je jasno da se standard obrazloženosti sudskih odluka odnosi i na odluke proceduralnog tipa, kao u konkretnom slučaju.

Ipak, fer suđenje podrazumeva da su se domaći sudovi, koji su dali nedovoljne razloge za svoju odluku, bilo ponavljanjem razloga datih od strane nižestepenog

¹⁷ *Ruiz Torija v. Spain*, 18390/91, 1994, § 29.

¹⁸ *Salontaji-Drobnjak protiv Srbije*, 36500/05, 2009.

suda ili drugačije, osvrnuli na suštinske navode koji su im predstavljeni, a da nisu samo puko potvrdili razoge bez daljih ispitivanja.¹⁹ Međutim, nije dovoljno da sud samo citira član zakona prilikom donošenja odluke.²⁰ U slučaju *Hansen protiv Norveške*, iz 2014. godine, Apelacioni sud je odbio da ispita žalbu podnosioca predstavljanke, smatrajući da ona nema izleda za uspeh, ali je na taj način samo citirao odredbu njihovog Zakonika o parničnom postupku bez davanja bilo kakvog suštinskog obrazloženja, što je bilo u suprotnosti sa čl. 6. st. 1 Konvencije.

Evropski sud vodi računa i o kvalitetu argumenata koje sudovi daju u svom obrazloženju, te su tako u slučaju *Morerira Ferreira protiv Portugala*, broj 2, našli da su pruženi razlozi koje je sud naveo u svojoj odluci automatski i stereotipni. Problem u vezi s tim pravom uvek će postojati tamo gde sudovi uporno izbegavaju da daju odgovor na specifičan, važan navod stranaka u postupku. Druga problematična situacija koja se javlja u pogledu obrazloženja sudske odluke tiče se njene arbitrarnosti koja je takvog nivoa da prejudicira fer postupak, a to će postojati samo u situaciji kada ne postoje razlozi za odluku, ili ako su oni zasnovani na očiglednoj činjeničnoj ili pravnoj grešci, što rezultira „uskraćivanjem pravde“. U ovom slučaju, dakle, i sam Evropski sud za ljudska prava iznosi shvatanje da neobrazložena odluka suštinski znači uskratiti nekome pravdu. Mišljenje je autora ovog rada da neobrazložena sudska odluka ili samo formalno obrazložena, predstavlja nepravilnu odluku, jer razlozi za njeno donošenje ostaju skriveni i nedokučivi licima na koja se odluka odnosi, što može probuditi sumnju u motive za donošenje takve odluke, ma koliko ona pravilna bila.

Stav je Evropskog suda da viši sudovi u principu mogu iskoristiti i pojačati obrazloženje nižestepениh sudova, ali kada ne postoji nikakav činjenični ili pravni osnov za nižestepenu odluku, važno je da viša instanca da odgovarajuće obrazloženje za takvu odluku.

U odluci Evropskog suda u slučaju *Stevan Petrović protiv Srbije*²¹ podnosilac predstavljanke se, između ostalog, žalio na neobrazloženost odluke o produženju pritvora, odnosno isticao je da mu je pritvor produžavan na osnovu ponavljajućih i apstraktnih obrazloženja dakle na kvaziautomatski način. Podnosiocu predstavljanke pritvor je bio produžavan u 15 zasebnih slučajeva, a sva su, na kraju, potvrđena u drugom stepenu. Obrazloženja koja su data ticala su se činjenice da postoji opasnost da bi podnosilac ako bude pušten na slobodu mogao ponoviti delo, jer je već bio osuđivan za imovinsko krivično delo, dok su viši sudovi prilikom potvrđivanja

¹⁹ *Helle v. Finland*, 20772/92, 1997, § 60.

²⁰ *Hansen v. Norway*, 15319 /09, 2014, §§ 77–83.

²¹ *Stevan Petrović protiv Srbije*, 6097/16, 28999/19, 2021.

ovih rešenja dodali i to da postoji opasnost od uticaja na svedoke koji još nisu saslušani u postupku. U takvim okolnostima Sud je našao da su nacionalni sudovi procenili potrebu za produženjem pritvora s prilično apstraktne i formalističke tačke gledišta, jer se ponovljeno, ali formalno pozivanje na razloge za produženje pritvora u trajanju od tri godine samo po sebi ne može opravdati. Ni u jednom slučaju sudovi nisu obrazložili zašto ti svedoci još nisu saslušani i koji još dokazi nisu izvedeni, niti od čega se oni sastoje.

Izloženi primeri iz sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava ukazuju na značaj koji se danas pridaje pravu na obrazloženu sudska odluku, kao aspektu prava na pravično suđenje. S druge strane, i sam Evropski sud je dužan da da razloge za svoje odluke, na osnovu čl. 51 Konvencije. I na osnovu pravnih stavova Evropskog suda za ljudska prava izraženih kroz praksu može se zaključiti da su sudske odluke koje obiluju kvaziobrazloženjima, formalizmima i apstraktnim objašnjenjima nepravične, čak i da je u njima zakon pravilno primenjen.

OBRAZLOŽENJE SUDSKIH ODLUKA U PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Danas je opštepoznato da odluke sudova, po pravilu, moraju biti obrazložene. U tom smislu, Zakon o parničnom postupku²² propisuje obaveznu sadržinu pisano izrađene presude, koja pored uvoda i izreke, mora sadržati i obrazloženje. U obrazloženju sud će izložiti: zahteve i navode stranaka o činjenicama na kojima se ti zahtevi zasnivaju, dokaze, utvrđeno činjenično stanje, kao i propise na kojima je sud zasnovao presudu, ako zakonom nije drugačije propisano. Iz navedene odredbe ne proihodi zakonska obaveza suda da pruži odgovore na najvažnije zahteve, traženja i argumente stranaka u postupku, onako kako to zahteva čl. 6 Evropske konvencije.

Zakon takođe ograničava obavezu sudija da obrazlažu svoje odluke u slučaju donošenja presude zbog propuštanja, presude na osnovu priznanja, presude na osnovu odricanja, presude zbog izostanka i presude donete na osnovu čl. 291. st. 2 Zakona, te ih obavezuje da samo obrazlože razloge koji opravdavaju donošenje ovakvih presuda. Što se tiče rešenja, zakon propisuje da rešenje mora da bude obrazloženo ako je protiv njega dozvoljena posebna žalba.²³ Ukoliko to nije slučaj, pretpostavlja se da bi rešenje trebalo obrazložiti kroz odluku o glavnoj stvari iako zakon ovo pitanje nije posebno uredio.

²² Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020, čl. 355.

²³ Zakon o parničnom postupku, *Sužbeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020, čl. 365.

U pogledu obaveza drugostepenog suda, zakon propisuje da u obrazloženju presude, odnosno rešenja, drugostepeni sud treba da oceni bitne žalbene navode i da navede razloge koje je uzeo u obzir po službenoj dužnosti. Ako se presudom žalba odbija, u obrazloženju presude sud neće detaljno da obrazlaže presudu u slučaju da prihvata činjenično stanje utvrđeno prvostepenom presudom, kao i primenu materijalnog prava.²⁴

Navedena odredba zakona, iako jeste u skladu sa standardima Evropskog suda za ljudska prava, u praksi može dovesti do donošenja kvaziobrazloženih odluka. Prema mišljenju autora ovog rada, obrazloženje je usmereno prvenstveno ka strankama u postupku, kako bi se komplikovani pravni instituti, pojmovi, kao i sudijsko zaključivanje približili i objasnili učesnicima u postupku. Čak i u slučaju kad drugostepeni sud prihvata utvrđeno činjenično stanje i primenu prava, mišljenje je autora da bi i takva odluka morala da sadrži detaljno obrazloženje. Strankama treba pružiti razloge za prihvatanje utvrđenog činjeničnog stanja, primenu materijalnog prava i pružiti odgovore na ključne žalbene navode. Puko navođenje od strane drugostepenog suda da prihvata utvrđeno činjenično stanje i primenu materijalnog prava nije dovoljno, niti pruža strankama u postupku objašnjenje zašto je sud uverenja da ih treba prihvatiti. Autor je mišljenja da bi svaka sudska odluka, pa i ona kojom će sud potvrditi odluku niže instance iz istih razloga koje je prvostepeni sud naveo, morala biti podrobno obrazložena. Na taj način bi se stranci koja gubi parnicu pružila neophodna objašnjenja, na primer zbog čega njeno tumačenje odgovarajućih zakonskih odredaba nije ispravno, zbog čega sud smatra da stranka nema ono pravo čije ostvarivanje u postupku zahteva ili se na njega poziva i drugo.

U pogledu Zakonika o krivičnom postupku, ovaj zakonik najpre propisuje da presuda mora sadržati obrazloženje u kom se iznose razlozi za svaku tačku presude.²⁵ Obaveznu sadržinu obrazloženja presude Zakonik o krivičnom postupku uređuje mnogo detaljnije u poređenju sa Zakonom o parničnom postupku, što donekle smanjuje mogućnost donošenja krivičnih presuda sa suštinski nepostojećim obrazloženjem.

Zakonik propisuje i izuzetke od obaveze da sudska presuda sadrži obrazloženje, i to propisujući mogućnost izostanka obrazloženja ili delimičnog obrazloženja presude pod određenim uslovima.²⁶

²⁴ Zakon o parničnom postupku, *Sužbeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020, čl. 396.

²⁵ Zakonik o krivičnom postupku, *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, čl. 428.

²⁶ Zakonik o krivičnom postupku, *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, čl. 429.

Čl. 460 propisuje da u obrazloženju presude drugostepenog suda, odnosno rešenja, drugostepeni sud treba da oceni žalbene navode i da iznese razloge koje je ispitivao u skladu sa čl. 451. st. 2. i 3 ovog zakonika. Kada se prvostepena presuda ukida zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka, u obrazloženju treba navesti koje su odredbe povređene i u čemu se povrede sastoje. Kada se prvostepena presuda ukida zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, u obrazloženju treba navesti u čemu se sastoje nedostaci u utvrđivanju činjeničnog stanja, odnosno zašto su novi dokazi i činjenice važni i od uticaja na donošenje pravilne odluke, a može se ukazati i na propuste stranaka koji su uticali na odluku prvostepenog suda. Kada se prvostepena presuda preinačava zbog povrede krivičnog zakona, u obrazloženju će se navesti koje su odredbe povređene i u čemu se povrede sastoje, a ako se presuda preinačava zbog nepravilne odluke o krivičnoj sankciji ili o drugim odlukama, u obrazloženju će se navesti činjenice kojima se drugostepeni sud rukovodio prilikom izricanja odluke, odnosno odredbe koje su povređene.

Čl. 368 propisuje da se rešenja veća uvek objavljuju i sa kratkim obrazloženjem unose u zapisnik, i to o predlogu o kome ne postoji saglasnost stranaka i o saglasnim predlozima stranaka koje ne prihvati predsednik veća; prigovoru protiv mere predsednika veća koja se odnosi na rukovođenje glavnim pretresom; tome da se, bez obzira na dozvolu za optička snimanja, iz opravdanih razloga pojedini delovi glavnog pretresa ne snimaju; udaljenju iz sudnice, o isključenju branioca ili punomoćnika, i o nastavljanju, prekidu ili odlaganju glavnog pretresa zbog održavanja reda i upravljanja glavnim pretresom; izvođenju dopunskih dokaza, ukoliko oceni da je to neophodno da bi se otklonile protivrečnosti ili nejasnoće u izvedenim dokazima i da je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio; drugim pitanjima u skladu sa ovim zakonikom.

Zakon o opštem upravnom postupku²⁷ takođe detaljnije propisuje sadržinu obrazloženja rešenja u odnosu na Zakon o parničnom postupku. Tako, čl. 141. propisuje da rešenje u pisanom obliku sadrži uvod, dispozitiv (izreku), obrazloženje, uputstvo o pravnom sredstvu, potpis ovlašćenog službenog lica i pečat organa ili drugi vid potvrde o autentičnosti. Dok isti član propisuje u st. 4. da obrazloženje mora da bude razumljivo i da sadrži kratko izlaganje zahteva stranke, činjenično stanje i dokaze na osnovu kojih je ono utvrđeno, razloge koji su bili odlučujući kod ocene svakog dokaza, propise i razloge koji, s obzirom na utvrđeno činjenično stanje, upućuju na odluku iz dispozitiva i razloge zašto nije uvažen neki zahtev ili predlog. Obrazloženje sadrži i razloge zbog kojih je organ odstupio od rešenja koja je ranije donosio u istim ili sličnim upravnim stvarima. Ako je odlučeno

²⁷ Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016 i 95/2018 – autentično tumačenje.

po slobodnoj oceni, obrazloženje sadrži i propis koji organ ovlašćuje na to, razloge kojima se rukovodio pri odlučivanju i u kojim granicama i s kojim ciljem je primenio ovlašćenje da odlučuje po slobodnoj oceni. Ako žalba ne odlaže izvršenje rešenja, obrazloženje sadrži i pozivanje na zakon koji to predviđa. Ovaj zakon u čl. 170. propisuje i to da drugostepeni organ može u obrazloženju rešenja kojim odbija žalbu da se pozove na navode iz obrazloženja prvostepenog rešenja, dok sledeći član istog zakona dozvoljava mogućnost da rešenje u vidu zabeleške na spisu sadrži samo dispozitiv ako se u manje značajnim jednostranačkim upravnim stvarima usvaja zahtev stranke, a ne dira u javni interes ili interes trećih lica i ako drugačije nije propisano. Pored toga, čl. 78 istog zakona propisuje i da u slučajevima javnog dostavljanja rešenja, njegovo obrazloženje može da bude izostavljeno, ali se uz rešenje daju obaveštenja o mestu, prostoriji i načinu uvida u obrazloženje.

I Zakon o opštem upravnom postupku detaljnije reguliše sadržinu obrazloženja sudskih odluka u odnosu na Zakon o parničnom postupku, te bi se moglo zaključiti da potonji zakon otvara najviše mogućnosti za kvaziobrazloženja u praksi.

Kao jedan od primera za navedeno može se navesti i odluka Ustavnog suda u predmetu UŽ-5224/2015 od 30. 6. 2017. godine, u kom je žalilac pred Ustavnim sudom svoje tvrdnje o povredi prava na suđenje u razumnom roku zasnivao na činjenici da Apelacioni sud u Nišu nije odgovorio na pitanje iz njegove žalbe da li su postojali razlozi koji isključuju njegovu deliktnu odgovornost kao organizatora radničkih sportskih igara, na kojima se povredio tužilac. U ovom postupku Apelacioni sud u Nišu izneo je argumente zbog kojih smatra da su neosnovane žalbe prvotuženog i trećetuženog o nepostojanju njihove odgovornosti, dok je samo konstatovao da odgovornost žalioaca proizilazi iz čl. 181 Zakona o obligacionim odnosima. Ustavni sud je utvrdio da žalbeni sud nije izneo nijedan konkretan argument na kome bi zasnovao svoj pravni stav o objektivnoj odgovornosti podnosioca ustavne žalbe, te je našao da postoji povreda prava na obrazloženu sudsku odluku.

I pored obaveznosti obrazlaganja sudskih odluka, u našoj sudskoj praksi nije retkost da se na navode stranaka u postupku odgovora apstraktno („ostali navodi suprotne strane nisu od uticaja na drugačiji ishod spora“, „ostali žalbeni navodi nisu od uticaja na drugačiju odluku suda“) ili se daje obrazloženje kome se uvek može pribeći („sud nije prihvatio odbranu okrivljenog nalazeći da je ista sračunata na izbegavanje krivične odgovornosti“, što je slučaj sa gotovo svakom odbranom okrivljenog jer se odbrana uvek daje sa istim ciljem, te ovo obrazloženje zapravo ne znači ništa). Takođe, sudovi često obrazlažu svoje odluke samo se pozivajući na odredbu koju primenjuju, bez daljeg obrazlaganja, što takođe, prema mišljenju autora ovog rada, ne predstavlja odgovarajuće obrazloženje i doprinosi poimanju konkretne odluke od strane učesnika u postupku kao nepravične.

U PRILOG OBAVEZNOSTI OBRAZLAGANJA SUDSKIH ODLUKA

Kao osnovni argument u prilog obaveznog obrazlaganja sudskih odluka navodi se legitimnost, koja se otelotvoruje kroz obrazloženje sudske odluke, jer sudsko davanje razloga predstavlja osnovu političke i moralne legitimnosti demokratije.²⁸ Obaveza davanja razloga počiva na pokušaju demokratije da pomiri zahtev za pluralizmom sa idealom tolerancije.²⁹

Pored toga, kao jedan od osnovnih razloga za obrazloženost sudske odluke navodi se i mogućnost preispitivanja odluke od strane viših instanci.

S druge strane, Lon Fuller je suštinu suđenja video u participaciji stranaka, te je naveo da „odlikujuće svojstvo suđenja leži u činjenici da omogućava oštećenoj strani poseban oblik učesća u odluci, da iznosi dokaze i obrazložene argumente za odluku u njegovu korist“.³⁰ Sudije su u obavezi da objasne svoju odluku kako bi pokazali responzivnost na argumente i dokaze stranaka u postupku.

Uvažavajući navedene razloge u prilog obaveznosti obrazlaganja sudskih odluka, autor smatra da osnovni razlog za obrazlaganje sudske odluke leži najpre u obezbeđenju poštovanja ljudskog dostojanstva, kao ustanove univerzalnog karaktera. „Ljudsko dostojanstvo predstavlja istinsku meru čoveka i njegove izdvojenosti iz sveta stvari, pukih objekata pa i celokupne prirode, ako je ono istovremeno i ljudska mera društvenih oblika i institucija u kojima svaki pojedinac inače neminovno obitava.“³¹ Ono je uslov i posledica slobode, čovekovog ličnog samopotvrđivanja i mogućnosti samoodređenja u svim konstelacijama gde se ispoljava odgovarajući prostor za ljudsku delatnost, naročito onu u kojoj se ispoljavaju svest i racionalno odlučivanje.³² Ronald Dworkin je rekao da „onaj ko teži da ljudska prava shvati ozbiljno, mora da prihvati neodređenu ali moćnu ideju ljudskog dostojanstva“.³³

Sudija koji teži da shvati ljudska prava ozbiljno, i da obezbedi njihovo poštovanje i uživanje, mora ne samo da prihvati apstraktnu ideju ljudskog dostojanstva već i da kroz suđenje uvek iznova sebi postavlja pitanje da li svojim postupanjem dira u dostojanstvo učesnika u postupku. Istu pažnju i oprez sudija mora pokazati i prilikom obrazlaganja svoje odluke, naročito prilikom davanja odgovora na pitanja

²⁸ Thomas Nagel, „Moral Conflict and Political Legitimacy“, *Philosophy & Public Affairs*, No. 16, 1987, 215–218.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Lon L. Fuller, „Forms and Limits of Adjudication“, *Harvard Law Review*, 353, 1978, 134.

³¹ S. Vračar, „Ljudsko dostojanstvo i državnopravni poredak“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, I–4, 1983, 165.

³² *Ibidem*.

³³ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge, 1977, 198.

i argumente stranaka u postupku. Obrazložiti nekome svoju odluku znači ukazati mu poštovanje, priznati ga kao ličnost dostojnu objašnjenja, od koje se ne očekuje da se slepo povinuje našim odlukama, bez pružanja prilike da odluku razume. Preduslov za kvalitetno obrazlaganje sudske odluke jeste sigurnost samog sudije u ishod postupka do koga je došao u konkretnom slučaju. Izbegavanje sudije da odgovori na uporna traženja, zahteve i argumente stranaka, pokazuje nesigurnost u zauzeti stav koji bi se odgovorom na ova pitanja mogao dovesti u sumnju. Pokušaj sudije da iz lavirinta kompleksnih činjeničnih i pravnih pitanja, izađe tako što će lavirint premostiti prećutkivanjem problema na koje nije kadar dati odgovor, kod stranaka stvara ispravan dojam o nepoštenom ishodu postupka. Naime, stranke sudiji poveravaju spor upravo zato da bi ih sproveo kroz mnoštvo njima nejasnih činjenica i pravnih propisa, verujući da će za to naći jedini ispravan put, a ne služeći se prećicama i izbegavajući „ćorsokake“.

Obrazlaganjem svoje odluke, sudija pokazuje i kakva je sadržina njegovog sudijskog uverenja u konkretnoj pravnoj stvari, tako što za svoja pravna shvatanja daje jasne i razumljive razloge. Na taj način sud omogućava strankama da razumeju njegovo postupanje, ali to omogućava i široj, zainteresovanoj javnosti. Kako je već napomenuto, od posebnog je značaja i obrazloženje kod preispitivanja odluka od strane viših instanci.

Sudije bi posebno trebalo da vode računa da dobro obrazložena odluka koristi svakome od učesnika u postupku, nezavisno od toga da li su zadovoljni ishodom postupka ili nisu. Sposobnost sudstva da se javnosti predstavi kao nezavisno zavisi i od kvaliteta obrazloženja i od umešnosti sudije da obrazloženje učini jednostavnim i razumljivim. Sudije bi morale biti svesne da se na ovaj način jača poverenje u sudstvo, ali se i na jedan posredan način izražava poštovanje za svakog učesnika u postupku, koje se upravo ogleda u sposobnosti sudije da stranci koja je izgubila parnicu, ili osuđenom i njegovom braniocu, približi i adekvatno objasni razloge za takvu sudsku odluku, jer bi se na taj način otklonila svaka sumnja u pristrasnost ili antagonizam sudije, a u šta su često lica pred sudom u stanju da poveruju.

NEKI ARGUMENTI PROTIV DAVANJA ODBRAZLOŽENJA

Jedan od razloga koji bi mogao ići u prilog tezi suprotnoj od autorove, jeste isti onaj koji je kroz istoriju uslovio donošenje sudskih odluka bez obrazloženja. Naime, ispoljavanje mišljenja u sudskim odlukama koje su dostupne javnosti može još više doprineti nestabilnosti i podstaći neslaganje javnosti sa sudskom odlukom i ojačati nepoverenje u sudstvo.³⁴ Razlog može ležati upravo u tome što su pojedinci skloniji

³⁴ Bob Dickerson, „Let’s Impeach that Damn Judge!“, *NEV. LAW*, 6 may, 1998, 6.

da se interesuju samo za ishod postupka, a ne i za razloge zbog kojih je postupak okončan konkretnom odlukom.³⁵ Pored toga, na primer objavljivanje izdvojenog mišljenja sudija uz odluku može pojačati već prirodno postojeće podele u društvu o pitanju koje je predmet spora ne samo u društvu već i u samom pravosuđu.

Zahtevi efikasnosti rada pravosuđa možda su jedan od najvažnijih razloga kojima bi eventualno moglo da se opravda uskraćivanje detaljnih i obimnih obrazloženja u sudskim odlukama, imajući u vidu broj predmeta po sudiji pojedincu. U takvim situacijama nije razumno očekivati od sudija da svakom predmetu poklone onoliko pažnje i vremena koji isti zahtevaju, a što se odražava na kvalitet obrazloženja i argumenata za donošenje odluke u pitanju.

Pojedini autori pored ovih razloga navode i razloge psihološke prirode koji govore u prilog tezi da nije uvek obavezno detaljno obrazlagati sudsku odluku.³⁶ Naime, pojedina psihološka istraživanja ukazuju na to da su razlozi za donošenje konkretne odluke često potpuno drugačiji od onih koji se navode u obrazloženjima, a koji služe kao naknadno opravdanje već unapred zauzetih stavova.³⁷ Stvaranje obaveze za sudije u vezi sa obrazlaganjem razloga presude, može povećati nivo licemerja i površnosti u sudijskom diskursu, umesto da promoviše transparentnost i odgovornost.³⁸

I pored iznetih razloga koji bi mogli opravdati uskraćivanje suštinskog obrazloženja, autor smatra da nijedan od njih nije dovoljno jak da opravda stereotipno obrazlaganje odluka. U prilog tome govori i Komentar Bangalorskih principa³⁹ koji predstavljaju međunarodni vodič za etičko postupanje sudija, u kojem se navodi da sudije prilikom rešavanja sporova efikasno, brzo i pravedno, moraju pokazati potrebnu pažnju prema pravu stranaka da ih čuju i da reše predmet bez nepotrebnog odugovlačenja ili troškova. Međutim, dužnost sudije da omogući pravičnost postupka nije u suprotnosti sa obavezom da efikasno i brzo završi predmete u pitanju.⁴⁰

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ Mathilde Cohen, „When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach“, *Washington & Lee Law Review*, No. 72, 2015, 483.

³⁷ Jonathan Haidt, „The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment“, *Psychology Review*, 2001, 814.

³⁸ Mathilde Cohen, „Reason Giving in Court Practice: Decision-Makers at the Crossroads“, *The Columbia Journal of European Law*, No. 14, 2008, 257.

³⁹ Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, United Nations, Office on Drugs and Crime.

⁴⁰ Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, United Nations, Office on Drugs and Crime, art. 6.5, 207.

Zahtevi za efikasnošću nikada ne mogu odneti apsolutnu prevagu u odnosu na obavezu obrazlaganja sudske odluke iako se međusobno stalno nalaze u kontrateži.

ZAKLJUČAK

Džon Rols je rekao da bi „građani, kao razumni i racionalni, i znajući da potvrđuju različitost razumnih verskih i filozofskih doktrina, trebalo da budu spremni da jedni drugima objasne na čemu su bazirani njihovi postupci, na način na koji svako od njih može razumno očekivati da bi ovom drugom to bilo u skladu sa njegovim slobodama i jednakošću“.⁴¹ Na isti način, odgovaranjem na najvažnije argumente stranaka u postupku, sudija bi trebalo da objasni na čemu se zaniva njegova odluka. Propuštanjem da pruži odgovor strankama u postupku, sud ostavlja nerazrešena pitanja da „lebde“, tražeći odgovore na pogrešnim mestima. Na taj način sud zapravo ne stavlja tačku na spor, već tri tačke, jer sumnje stranaka, umesto da budu otklonjene u pogledu toga kome pripada neko pravo, nastavljaju da žive i dalje. Ako stranka i nakon okončanja postupka ostane zapitana zbog čega je sud doneo odluku kakvu jeste, nju je sud lišio mogućnosti da razume odluku čije je dejstvo pogađa. Ne objasniti svoj postupak prema nekome znači povrediti njegovo dostojanstvo, naneti mu nepravdu. Kada obrazloženje sudske odluke obiluje floskulama, formalizmima i apstraktnim razlozima, takva odluka je *per se* nepravilna, jer teško da se može zamisliti slučaj kada bi povreda nečijeg dostojanstva bila opravdana. A teško je pronaći veću nepravdu od uskraćivanja pravde od strane sudije, kome ljudi po pravdu i dolaze.

GALA BOGOSAVLJEVIĆ, LL. M.

Student of the Judicial Academy of Republic of Serbia

UNREASONED JUDICIAL DECISION – AN UNFAIR DECISION

Summary

In this paper, the author advocates the thesis that a court decision is unfair if it lacks an explanation. Bearing in mind that completely unreasoned decisions are rare in practice, by unreasoned court decision, the author means those court decisions that apparently contain an explanation, but which are full of formalisms and lack the essential characteristic of an explanation. The right to

⁴¹ John Rawls, „The Idea of Public Reason Revisited“, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 64, No. 3, 1997, 765–807.

a reasoned court decision is one of the aspects of the right to a fair trial, and every apparently reasoned decision, which does not respond to the most important requests, demands and allegations of the parties in the proceedings, is an unfair decision, while the reverse, of course, does not apply. A reasoned court decision is not therefore *per se* legal and fair, but the reasoned decision is a prerequisite for its evaluation, not only by higher instances, but also by the participants in the procedure, and finally by the entire public. An attempt was made in the paper, through the presented practice of the European Court of Human Rights, to support the presented thesis, and in addition, legal solutions in the law of the Republic of Serbia, which concern the obligation to give reasons for court decisions, were also presented. In this paper, the author also presents her own understanding, according to which an unreasoned court decision represents a violation of the human dignity of the parties to whom it refers.

Key words: reasoned decision, dignity, fairness of judicial decision, European Court of Human Rights

Literatura

- Cohen M., „When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach“, *Washington & Lee Law Review*, No. 72, 2015.
- Cohen M., „Reason Giving in Court Practice: Decision-Makers at the Crossroads“, *The Columbia Journal of European Law*, No. 14, 2008.
- D’Agostino F., Gaus G., *Public reason*, Ashgate, 1998.
- Dickerson B., Let’s Impeach that Damn Judge!“, 6-may, *NEV. LAW.*, No. 6, 1998.
- Fuller L., „Forms and Limits of Adjudication“, *Harvard Law Review*, 1978.
- Godding P., „Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Age à la fin du XVIIIe siècle“, *La Motivacion des decisions de justice*, Chaïm Perelman & Pierre Foriers (eds), 1978.
- Godding P., *La jurisprudence, Typologie des sources du Moyen-Age Occidental*, Brepols, Turnhout, 1973.
- Haidt J., „The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment“, *Psychology Review*, 2001.
- Isambert A., *Recueil general des anciennes lois Francaises depuis i’an 1420 Jusqu’à La Revolution de 1789*, 1824.
- Lanni A., „Precedent and Legal Reasoning in Classical Athenian Courts: A Noble Lie?“, *The American Journal of Legal History*, Vol. 43, No. 1, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- Nagel T., Moral Conflict and Political Legitimacy, *Philosophy & Public Affairs*, No. 16, 1987.
- Perović S., *Prirodno pravo i sud*, Beograd, 1996.
- Radbruh G., *Filozofija prava*, Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet, Beograd, 2016.
- Rawls J., „The Idea of Public Reason Revisited“, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 64, No. 3, 1997.

Ronald D., *Taking rights seriously*, Cambridge, 1977.

Vračar S., „Ljudsko dostojanstvo i državnopravni poredak“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, I-4, 1983.

Wechsler H., „Toward Neutral Principles of Constitutional Law“, *Harvard Law Review*, No. 1, 1959.

Winkel L., „Ratio Decidendi – Legal Reasoning in Roman Law“, *Ratio Decidendi-Guiding principles of Judicial decisions*, Vol.1, W. Hamilton Bryson, Sergee Dauchy (eds), Berlin, 2006.

KATEDRA
PRAVO NA PRAVNU DRŽAVU
Sekcija
„Teorijska i praktična iskustva“

MARICA MIŠIĆ

SRPSKA PRAVNOFILOZOFSKA MISAO O PRAVIČNOSTI

Šta je pravo, šta je suština prava, koji su njegovi ciljevi, da li je ono nezavisno od vrednosti i morala ili mu se, s druge strane, postavljaju izvesni moralni i vrednosni zahtevi samo su neka od mnogih pitanja na koja pravni teoretičari, ali i filozofi i sociolozi iznova pokušavaju da odgovore. Stiče se utisak da je reč o pitanjima koja nisu od značaja za većinu pravnika jer se mnogi od njih bave praktičnim radom, te se rasprava o njima ograničava samo na uže akademske krugove. Uvreženo je mišljenje da je pravniku praktičaru dovoljno da zna zakon kako bi rešio konkretan slučaj, te da je sudija automat koji izgovara reči zakona kako je tvrdio Monteskeje. Od našeg naroda često možemo čuti da „ide na sud da isteruje pravdu“, ili da se neko „izvede pred lice pravde i da mu se sudi“, ali i da pravni zastupnici, odnosno advokati traže tzv. rupe u zakonu ne bi li na sudu izvojevali pobeđu za svoju stranku. Da sudija ne može biti robot ili u budućnosti AI programirani robot ili aplikacija koja mehanički primenjuje pravna pravila na konkretan slučaj, na način sličan matematičkim operacijama, pokazuje nam pravičnost. U radu su istaknuta shvatanja naših pravnih filozofa i teoretičara, pre svega Božidara S. Markovića, Đorđa Tasića, ali i Gligorija Geršića, Tome Živanovića i Radomira Lukića.

Ključne reči: pravičnost, pravda, pravo, vrednost, tumačenje

UVOD: O PRAVU I PRAVDI UOPŠTE

Postoje različite definicije prava, od onih koje uzimaju samo jedan element prava u obzir do onih koje pokušavaju da daju neku integralnu, sintetičku definiciju. I sam izraz „pravo“ je višesmislen, pa se tako i danas često citira Kantova opaska

Marica Mišić, master prava, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, e-mail: m.marica93@gmail.com.

da „pravnici još traže definiciju za svoj pojam prava“.¹ Dominantno poimanje prava, ne samo među laicima već i među pravnicima bez dubljeg teoretskog obrazovanja, jeste etatističko-legalističko shvatanje prava kao zapovesti države kao suverena, obaveznih pod pretnjom prinudne sile države. Takva koncepcija prava dozvoljava da se za pravo proglasi bilo šta što je zakonodavac tako kvalifikovao svojim opštim propisima.² U srpskoj filozofiji prava 20. veka zastupa se sociološko shvatanje prava kojim se pobijaju kako legalistički voluntarizam, tako i normativističko razdvajanje društvenih odnosa od normi. Umesto strogog pozitivizma i legalizma, modernu sociološku ideju „da pravo i zakon treba shvatiti kao sociološku tvorevinu ispunjenu ciljnošću“ prvi je kod nas zastupao Živan Spasojević.³ Pravo se shvata kao sredstvo za ostvarenje izvesnog cilja kao što su postavljanje i održanje mirnog poretka u okviru kog se mogu ostvariti određeni interesi, kako to napominje Gligorije Geršić⁴ ili vrednosti reda i mira, s jedne strane, ali i pravičnosti, s druge, kako ističe Đorđe Tasić, za kog je pravo sinteza ova dva ne uvek međusobno saglasna zadatka.⁵

U najprimitivnijim društvenim zajednicama pravila ponašanja nisu bila jasno izdiferencirana, niti su postojale jasne granice između društvenih konvencija, običajnih, pravnih, moralnih i religijskih normi. U nastojanjima da se načini razlika između različitih pravila, pravo se sve češće vezuje za državu i prinudnu sankciju koju država kao nosilac monopola fizičke sile ima ovlašćenje da primeni. Međutim, pravna pravila ne nastaju u vakuumu, niti svoje posledice treba da ostvare van društva. Shodno Tasićevom shvatanju, pravo je pre svega društvena pojava, koje se može shvatiti u međusobnom odnosu s drugim društvenim propisima kao društvenim vrednostima koje proističu iz zajedničkog dugovremnog života ljudi utemeljenom kako na saradnji i solidarnosti, tako i međusobnim borbama i konfliktima.⁶ Ono je po svom poreklu je dvojako, socijalno i državno, što se ogleda i u njegovom važenju.⁷ S druge strane, Božidar S. Marković razlikuje pozitivno pravo kao skup etatističkih pravnih normi od pravednog prava koje podrazumeva pravilo društvenog ponašanja spontano nastalo u društvu, koje nije obuhvaćeno pozitivnim

¹ Nikola Visković, *Pojam prava – Prilog integralnoj teoriji prava*, Logos, Split, 1981, 3.

² N. Visković, op. cit., 26–27.

³ Danilo Basta, „Uvod“, *Preobražaji ideje prava – jedan vek pravne filozofije na Pravnom fakultetu u Beogradu (1841–1941)*, Pravni fakultet, Beograd, 1991, 21; Božidar S. Marković, „Doprinos Živana Spasojevića teoriji prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 6p. 4, 1990, Beograd, 411–414.

⁴ Gligorije Geršić, *Enciklopedija prava*, Gradina, Niš, 1995, 83.

⁵ Đorđe Tasić, „Uvod u pravne nauke“, *Enciklopedija prava*, Službeni glasnik, Beograd, 1995, 249, 259.

⁶ Đ. Tasić, op. cit., 147–148.

⁷ *Ibidem*, 198–199.

pravom, ali društvo smatra da ono treba da se primenjuje i da bude zaštićeno državnom sankcijom.⁸ Dok Tasić dozvoljava prestanak važenja nekog prava ili zakona izobičajavanjem, jer nepostupanje po nekom propisu treba da prati svest u narodu da on više ne vredi, da ne odgovara sadašnjim uslovima i naročito da je nastao običaj da se taj propis ne vrši ili običaj koji mu je protivrečan po sadržini,⁹ Božidar S. Marković smatra da se običajem ili sudskom praksom *contra legem* može ukinuti samo sociološka pravna norma, a ne i etatička.¹⁰

U oblast socijalnog prava spadalo bi ono što se oseća i misli zajednički, što država može i treba da ostvari. Tvrdeći da u socijalnom pravu postoji jedan moralni element, Tasić misli na moralnu vezu poverenja, solidarnosti i uzajamnog poštovanja među članovima društva. Ne želi da tvrdi da je reč o pravilima koja apsolutno važe u svakom društvu, ali ipak priznaje da je nužan određen minimum zajedničkih moralnih vrednosti i ideala koji je potreban za opstanak društva i životnu sigurnost individua.¹¹ Preko socijalne ideje veza između prava i moralnosti se konstituiše i održava, iz čega proizilaze nužna ograničenja slobode individue koja ne može biti sama sebi cilj i kojoj se stoga nameću socijalne dužnosti usmerene ka objektivnoj vrednosti priznavanja i uvažavanja drugih.¹² Zahtevi, ograničenja i prinuda društva dolaze kao nešto spoljno čoveku i ne bi bili dovoljni da se društvo nije usadilo, interiorizovalo u čoveka i postoji kao unutrašnja prinuda koja se pojavljuje u moralnoj svesti, savesti koja procenjuje šta je dobro, ispravno i pravično, a šta je zlo, neispravno i nepravično.¹³

Svoje shvatanje prava, ciljeva i vrednosti koji mu se pripisuju Tasić utemeljuje na načelu solidarnosti, pa tako mir i pravičnost kao i pravda imaju zajedničko poreklo. Red pretpostavlja regulisanje, koje na najbolji način vrši država, pri čemu postiže i efekat mira koji se relativizuje stalnim konfliktima. Osnova zdravog društvenog života i minimuma solidarnosti, pretpostavka prava kao vrednosti bez čega bi se ono svelo na grubu silu, jeste uvažavanje gledišta protivnika u konfliktu. Značaj mira kao stabilnosti i sigurnosti prožima pravni poredak i pravne odnose kroz postupak mirnog rešavanja sukoba (sporazumno, posredstvom vlasti, preko suda), što znači „prodiranje moralne ideje u odnose“, jer pretpostavlja uzajamno poverenje i poštovanje, kao i poštovanje života i dobara drugih. Ovo prisustvo moralnog

⁸ Božidar S. Marković, *O pravednom pravu*, Visio Mundi Academic Press, Novi Sad, 1993, 72.

⁹ Đ. Tasić, op. cit., 198–199.

¹⁰ B. S. Marković (1993), op. cit., 75

¹¹ Đ. Tasić, op. cit., 249.

¹² *Ibidem*, 251–252.

¹³ *Ibidem*, 151–155.

jeste i neminovno prisustvo pravde koju Tasić prikazuje kroz ideju poštovanja života drugih ljudi. Mir treba da bude pravičan, kako bi predupredio buduće borbe, a pravičnost, s obzirom na konflikte mišljenja u društvu, zahteva red i stabilizaciju odnosa i stoga mora sadržati društveni momenat tako da predstavlja osnovu za sporazum i koegzistenciju ljudi.¹⁴

Positivno pravo je rezultat društvenih odnosa, nadgradnja pravde kao nje-gove društvene podloge, i stoga ono treba da prati promene u društvu i shvatanjima pravde.¹⁵ Dešava se i da pozitivno pravo zaostane ne samo prema mišljenju pojedinaca i grupa već i prema opštem mišljenju, koje bi htelo da izvesnim moralnim propisima pruži pravne sankcije. Prema Tasićevom mišljenju u takvoj situaciji moral može ublaživati i popunjavati pozitivno pravo dok god se ono ne promeni, a u nekim situacijama i samo pravo svojim formulacijama, odnosno uzdržavanjem da nešto preciznije formuliše, upućuje na moral (npr. dobri običaji).¹⁶ Mada je obim morala najširi u poređenju s pravdom i pozitivnim pravom, Božidar S. Marković ističe srodnost morala i pravde i njihovo uzajamno dopunjavanje i prožimanje. Za pravo i pravnu nauku od značaja je objektivni moral, onaj koji se praktikuje u određenom društvu, jer ono što je pravedno ne može biti nemoralno, kao što ni moral ne može odobravati ono što je nepravedno.¹⁷ Sadržinski je pravda nestalan i promenljiv pojam, pojam u stalnom kretanju koje pozitivno pravo treba da prati.¹⁸ Kriterijum za utvrđivanje materijalne pravde i pravednog prava može jedino ustanoviti društvo donoseći sud o tome šta se u konkretnoj sredini smatra pravednim, a šta ne. Taj sud društvo može doneti na osnovu saznanja i ispoljenja volje pojedinaca kao članova društva, što pretpostavlja postojanje jednakost i slobodu ljudi.¹⁹

Pravda se shvata na različite načine kao ideja, vrednost, ideal, vrlina, merilo, harmonija, ravnoteža. Ona se posmatra u sklopu celog društva, kosmosa, a ne samo u odnosu s pravom.²⁰ O vezi prava i pravde ne može se govoriti u nekom apsolutnom smislu, a još manje u relativnom i relativizovanom smislu, kako se to danas čini. Pravda kao vrednost po sebi potiče od istine (tako je kod Srba „pravedno samo ono

¹⁴ *Ibidem*, 260–262.

¹⁵ B. S. Marković (1993), op. cit., 15.

¹⁶ Đ. Tasić, op. cit., 257.

¹⁷ B. S. Marković (1993), op. cit., 9.

¹⁸ *Ibidem*, 16.

¹⁹ *Ibidem*, 78.

²⁰ Stevan Vračar, „Iluzornost apsolutne pravde“, *Anali Pravnog fakulteta*, Beograd, br. 1–2, 1993, 76.

što je istinito²¹), a teži ka milosrđu i ne dozvoljava da se ono što nije istinito smatra istinitim, dok pravo u ime nekih drugih vrednosti dozvoljava. Može se raspravljati o pravnosti pravde i pravednosti prava, ukoliko bi se pravda shvatila kao apsolutna, a pravo kao relativna vrednost u odnosu na pravdu. Međutim, ni pravdu ni pravo nije moguće tačno odrediti.²² Često se pravo i pravda opisuju Ulpinijanovom latinskom sentencom *Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (Pošteno živeti, drugom ne štetiti, svakom svoje dati). Prvo načelo je više moralne prirode, drugo se u modernom pravu pretače u princip zabrane i uzdržavanja od nanošenja štete drugome i mirnom i slobodnom uživanju svojih prava na način koji ne predstavlja zloupotrebu, dok se treće – „dati svakom svoje“, odnosi na pravnu pravdu. Ukrštanjem pravde i prava stvoren je pojam pravne pravde koja je vrsta srazmerne nejednakosti, jer samo ona omogućava razvoj sveta, dok bi doslovno shvaćena jednakost značila njegovo nazadovanje. Najuže značenje pravne pravde se određuje kao „saoobražavanje zakonu“. Kada se pravo izjednačava samo sa zakonom, pravna pravda se naziva zakonskom pravdom. Međutim, ovde je pre reč o tehničkim vrednostima prava, nego o univerzalnoj vrednosti pravde.²³ Da bi se znalo šta kome pripada, neophodan je neki kriterijum namesto proizvoljnog i arbitrarnog određivanja. Božidar S. Marković taj kriterijum traži u nekom principu starijem i višem od pravde, u principu koji je najviše ljudsko merilo vrednosti. On odbacuje mogućnost postojanja neke krajnje svrhe univerzuma i prirode i okreće se čoveku koji ima težnju ka krajnjem cilju. Taj krajnji ljudski i društveni cilj koji je osnov za razlikovanje pravde od nepravde potiče od nagona samoodržanja i može se postaviti kao opstanak, održavanje i unapređenje života. Stoga bi sve ono što teži ka tom cilju bilo pravedno.²⁴ On ističe da ljudsku pravdu sačinjavaju dva elementa: biološka pravda i metafizička shvatanja ljudi o krajnjim ciljevima i svrsi života.²⁵ Shvatanje o vrhovnoj vrednosti sveta Radomir Lukić prenosi u pravo kao vrhovnu vrednost prava kojoj doprinose sve pravne, društvene vrednosti. Kao vrhovna vrednost sveta, dobro, tj. opstanak sveta kao opstanak najvećeg mogućeg broja bića u njihovom punom dostojanstvu, u prvom redu ljudskih bića kao moralnih subjekata sposobnih da rasuđuju i svesno čine dobro i doprinose ostvarenju vrhovnog dobra.²⁶

²¹ Dragan Mitrović, *Teorija države i prava*, Dosije, Beograd, 2010, 530.

²² Gordana Vukadinović, Dragan Mitrović, *Uvod u teoriju i filozofiju prava*, Dosije studio, Beograd, 2019, 104–106.

²³ G. Vukadinović, D. Mitrović, op. cit., 113.

²⁴ B. S. Marković (1993), op. cit., 16.

²⁵ *Ibidem*, 22.

²⁶ Radomir D. Lukić, *Sistem filozofije prava: I. Filozofija, II. Filozofija prava*, Savremena administracija, Beograd, 1992, 485.

Objašnjenja pravne pravde počivaju na postavkama i formalnim obrascima pravde koje je ustanovio Aristotel polazeći od dva merila: srazmernosti koja je srž distributivne (položajne „svakome srazmerno“) i jednakosti koja je temelj komutativne (razmenske, „svakome jednako“).²⁷ Komutativna pravda je formalna i počiva na načelu jednakosti koje se ogleda u istovetnom postupanju prema jednakima, i različitom postupanju prema nejednakima, proporcionalno njihovoj nejednakosti. Ovi principi nadahnjuju moderna pravna načela kao što su jednakost pred zakonom i zabrana diskriminacije. Distributivna pravda je materijalna, odnosi se na raspodelu prema kriterijumu koji može biti različit (svakom prema zaslugama, potrebama, privilegijama i darovitosti). Kroz istoriju je princip distributivne pravde bio opravdanje raznih društvenih nejednakosti, diskriminacije i dominacije.²⁸ Pravdu kao „specifičan oblik solidarnosti“, koja svojim ostvarivanjem postaje pravo, karakteriše težnja da se ostvari kroz ustanove. U odnosima među individuama ova pravda predstavlja recipročnost korelativnih prava i dužnosti. Ona uzajamno poštovanje ljudi ostvaruje time što će „svakome po jednom kriterijumu jednako određivati šta ko ima da dobije i da dà.“²⁹ Ovaj niži oblik pravde, koji se naziva pravnom pravdom, nije dovoljan, zato Tasić ističe da je društvo često zahtevalo nešto više nego što zahteva pravda. Društvo je neretko zahtevalo i zahteva od svojih članova „žrtvu i požrtvovanje“. Kao više oblike pravde koji su nešto više od proporcije i jednakosti u pravu, Radomir Lukić navodi moralnu i versku pravdu. Moral i religija potpunije ostvaruju pravdu nego samo pravo, koje za pravno uobličavanje moralne i verske pravde ima posebna sredstva (npr. poklon, zadužbina, zaveštanje) koja odstupaju od načela jednakosti i razmene jednakih vrednosti karakterističnih za pravnu pravdu.³⁰

Jednakost u pravu je element pravde, princip kome moderna zakonodavstva teže od Francuske revolucije. Jednakost može biti unutarinja ili spoljna, na osnovu čega Toma Živanović razlikuje materijalnu (zakonodavnu) i formalnu (sudsku) pravdu; prva je svojstvo pozitivnopravnih normi da budu usaglašene sa materijalnim principom (idejom) prava, a druga svojstvo postupka i odluka državne vlasti da budu u skladu sa zakonom, čak iako je on nepravedan. Materijalna pravda, da bi bila potpuna, osim saglasnosti pozivnopravnih normi sa idejom pozitivnog prava zahteva i unutarnju jednakost (koja je relativna i proporcionalna, *suum cuique tribuere*, ravnoteža između zasluge i namere), dok formalna, sudska pravda pored

²⁷ G. Vukadinović, D. Mitrović, op. cit., 112.

²⁸ N. Visković, op. cit., 148.

²⁹ Đ. Tasić, op. cit., 265–266.

³⁰ R. D. Lukić (1992), op. cit., 466–467.

akata shodnih duhu zakona (spoljna jednakost) zahteva i ravnomernu primenu zakona na sve slučajeve obuhvaćene normom. Jednakost kod materijalne pravde kao njen unutrašnji element obuhvata jednakost svojstvu biti nosilac prava, obaveza i objekat pravnih sankcija i ona treba da je apsolutna, komutativni *suum cuique tribuere*, kao i jednakost u razdeljivanju pravnih dobara, distributivni *suum cuique*.³¹ Sudska (upravna) pravda je vezana pravnim normama i kreće se u okviru zakona, stoga se ona naziva i konkretnom pravdom, nasuprot apstraktnoj, zakonodavnoj (materijalnoj) pravdi. On dodaje i treću vrstu pravde, koju naziva individualnom pravdom, kao svojstvo pojedinaca da se ponašaju u skladu s pozitivnim pravom bez obzira na to da li je ono pravedno ili nije. Jednakost u subjektivnim pravima i obavezama je dopunski element i materijalne i formalne pravde.³²

Apsolutna pravda koja predstavlja stalno i nepromenljivo merilo pravednosti sadržine prava nije moguća, jer naši moralni nazori i osećaji potiču iz izvora koji se ne mogu do kraja naučno saznati, ukinuti, izmeniti, niti proizvesti. Na shvatanja pravde utiču i promenljivi društveni interesi, a sama sadržina prava je u mnogim svojim delovima kompromis ukrštenih i rivalnih interesa i shvatanja, kompromis koji zahteva reviziju shodno društvenim promenama. Obrazovanjem i razvijanjem prava ne vladaju samo ideje o tome šta je pravedno već značajnu ulogu imaju realne moći i snage u društvu.³³ Raznolikost i promenljivost životnih odnosa ima za posledicu to da sadržina prava nejednako smatra jednakim, a neistinito istinitim, odričući se apsolutne pravde koja bi bila merilo pravednosti prava. Opšti pravni propisi ne mogu se obazirati na beskonačne pojedinačne različitosti. Pravednost prava mogla bi biti potpuna kada bi postojala opšta saglasnost o faktičkoj kakvoći i moralnoj kvalifikaciji odnosa, lica i radnji koji podležu oceni pogodaba društva, čija se volja i sila ogledaju u propisima prava i koje određuje cilj prava.³⁴

³¹ Distributivni *suum cuique* može biti relativan i apsolutan, u zavisnosti od slučaja. U pogledu privatnih subjektivnih prava i dužnosti treba da važi relativni distributivni *suum cuique*, jer mada svi imaju pravo na sticanje tih prava (komutativni *suum cuique*), način na koji će ona *in concreto* biti razdeljena zavisi od pojedinačnog učinka. I u pogledu javnih subjektivnih prava treba da važi relativna distributivna jednakost, a izuzetak su ustavna prava građana, ljudska prava na koja su svi ljudi podjednako ovlašćeni, bez obzira na njihove posebne karakteristike; ovakva apsolutna jednakost je i bitan zahtev demokratije. U krivičnopravnoj i deliktnepravnoj oblasti, kao i u procesnopravnoj, distributivna jednakost treba da bude apsolutna, dok u finansijskoj i ekonomskoj oblasti ona treba da bude proporcionalna, relativna zasnovana na načelu srazmernosti; Toma Živanović, *Sistem sintetičke pravne filozofije: 1. Sintetička filozofija prava, 2. Sintetička filozofija pravnih nauka*, Srpska akademija nauka, Naučno delo, Beograd, 1959, 679–680.

³² T. Živanović, op. cit., 675–678.

³³ G. Geršić, op. cit., 93–96, 98–100.

³⁴ *Ibidem*, 87–89.

Sadržina prava treba da ostvari ili održava saglasnost sa etičkim nazorima o onome što je pravedno, te tako sebi svuda i uvek propisuje pored svojstva celishodnosti i pravednosti.³⁵ Pravednost jednog propisa ili sudske odluke se ispituje s obzirom na njenu faktičku i moralnu istinitost. Moralna istinitost pretpostavlja da je sadržina sudske ocene saglasna našoj moralnoj oceni, odnosno etičkom (moralnom) sudu o radnjama, licima i odnosima, koji se razlikuje kod raznih naroda u raznim epohama, pa i kod raznih individua, a istovremeno podleže razviću. Pravednost prava kao istorijskog zakona (pozitivnog prava) zavisi od etičkog merila u suđenju i moralnih nazora koji u narodu u to vreme vladaju.³⁶

Oblast prava i pravde treba da asocira na stanje svesti pravnika koji stvaraju i primenjuju pravo. Ta svest o oblasti prava i pravde trebalo bi da naročito dolazi do izražaja kad pozitivistički orijentisana praksa nalaže primenu pozitivnih pisanih pravnih pravila. Kako taj cilj nije moguće potpuno ostvariti, pravna praksa postaje ogoljeno nametanje koje pravo pretvara u „sredstvo instrumentalizovanog nasilja lišenog pravde, morala i ljudskosti“.³⁷

PRAVIČNOST

U novije vreme se govori i o proceduralnoj pravdi, zatim izvedenim pravnim pravdama, kao što su krivična, upravna sa ciljem da se pozitivnom pravu pribavi obeležje pravednog prava. Da pravo može biti pravedno pokazuje nam pravičnost, kao posebna, primenjivačka, korektivna pravda, koja ublažava „tvrdoću i strogost prava“,³⁸ u slučaju koji se ne može rešiti samo na osnovu prava.³⁹

Pravičnost se u savremenom pravu razlikuje u zakonskim tekstovima, radu sudova i mišljenju doktrine.⁴⁰ Međutim, u nauci i u praksi pridaje joj se suženo značenje, u smislu ustavnog ili običajnog ovlašćenja sudije ili drugih organa primene prava da elastično primenjuju pravo u konkretnim slučajevima.⁴¹ Još od Aristotelove definicije shvata se kao apstraktna ideja pravde primenjena na konkretan slučaj, kao pravda prilagođena okolnostima slučaja, „vrsta poštenja koje ispravlja pravo“,⁴²

³⁵ *Ibidem*, 83.

³⁶ *Ibidem*, 85–86.

³⁷ G. Vukadinović, D. Mitrović, op. cit., 124.

³⁸ G. Geršić, op. cit., 88.

³⁹ G. Vukadinović, D. Mitrović, op. cit., 113.

⁴⁰ B. S. Marković (1993), op. cit., 51.

⁴¹ D. Mitrović, op. cit., 98.

⁴² *Ibidem*, 97.

podređena i izvedena iz pravde, korektiv i tehnički instrument prava kojim se popunjavaju praznine i nepreciznosti u zakonu. U Rimu su pravda i pravičnost upotrebljavani i kao sinonimi i kao pojmovi nadređeni jedan drugome. Pravda je u Rimu označavala ono što je u skladu sa pozitivnim pravom, dok je pravičnost predstavljala moralnu osnovicu prava, saglasnost sa „razumnim načelima ponašanja“.⁴³ Modestin je pravio razliku između *justitia naturalis* (prirodne pravde, pravičnosti, *aequitas*) i *justitia civilis*. Sudijska pravičnost, pravica (*aequitas*) kao usklađenost sa prirodnim pravom, od značaja je samo kada zakonodavac upućuje na prirodno pravo, prema čijim se načelima ima rešiti slučaj pravne praznine.⁴⁴ Ono što se ne može sporiti rimskoj, a kasnije ni anglosaksonskoj pravnoj praksi, jeste to da su se, zahvaljujući pretorskom pravu i sudovima pravičnosti, razvili novi pravni instituti koji nisu bili regulisani pozitivnim pravom.⁴⁵ Od 19. veka govori se o pozitivnopravnoj pravičnosti koja je dvojaka; materijalna (zakonodavna, normna) i formalna (sudska, pravoprimenjivačka). Materijalna pravičnost je svojstvo pravne norme da svojom širinom omogući da se prilikom njene primene uzmu u obzir osobenosti pojedinačnog slučaja (npr. individualizacija krivičnih sankcija, slučajevi u obligacionom pravu kada se uzima u obzir da je dužnik nevoljom naveden na ugovor, pravo koje omogućava nekažnjavanje za sitnu krađu, utaju i prevaru iz nevolje). Formalna, sudska pravičnost je ona koju je Aristotel imao u vidu, pravičnost kao korektiv zakona, kao princip interpretacije prava. Kada zakonodavac nije predvideo, ili nije mogao da predvidi, neku vanrednu okolnost slučaja, tako da bi se u odnosu na taj slučaj primena zakonskog pravila pokazala nepravednom, sud će slučaj rešiti ne po samom zakonu, već u duhu materije (ideje, materijalnog principa) prava, prema pravilu koje bi on sam, da je zakonodavac, postavio (takva formulacija postoji u švajcarskom građanskom zakoniku).⁴⁶

Što se tiče razlike između pravde i pravičnosti, Tasić se načelno slaže sa Božidarom S. Markovićem, koji je tvrdio da među njima „ne postoji neka načelna razlika“. Pravičnost se kao ideja povezuje sa pravdom kao formalnom jednakosti i zakonitošću, ali i sa društvenim ocenjivanjem vrednosti i određivanjem šta kome pripada, kriterijumom materijalne pravde. Sintetičko ostvarenje pravičnosti, i formalne i materijalne, deo je pravnog poretka koji inspiriše pravo i koji zakonodavci priznaju za sastavni deo pozitivnog sistema. Sadržina pravičnosti je raznovrsna i zavisi od toga koju ulogu obavlja.⁴⁷ Vršeći svoju tehničko-pravnu,

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ T. Živanović, op. cit., 680.

⁴⁵ B. S. Marković (1993), op. cit., 16–17.

⁴⁶ T. Živanović, op. cit., 680–681.

⁴⁷ B. S. Marković (1993), op. cit., 43–44.

moralizatorsku i ekonomsku ulogu, pravičnost vrši uticaj na sadržinu prava i na taj način potpomaže njegovu evoluciju i inicira promene onih pozitivnopravnih pravila koja kaskaju za stvarnošću, ne uspeavaju da odgovore na ekonomske potrebe ili se razilaze sa novim moralnim nazorima.⁴⁸

Pravičnost kao izvor prava

Moderna nauka je tražeći socijalnu i moralnu sadržinu i suštinu prava napravila razliku između formalnih i materijalnih izvora prava. I dok su propisi, u prvom redu zakon, ali i običaji formalni izvor prava, odnosno oblik u kojima se pojavljuje obaveznost prava, materijalni izvori prava su kauzalno-sociološki (društveni činiooci, odnosi) i normativno-etički (kolektivna svest i opšte mišljenje u jednoj društvenoj sredini ili idealni principi, večni po sadržini i bivstvu).⁴⁹ Izvori prava u materijalnom smislu su stvarni stvaralac prava, izvor iz kog se crpe norme izražene u formalnim izvorima prava. Izvori prava u formalnom smislu su ono u čemu se nalaze opšteobavezne pravne norme, oblik, spoljna manifestacija dejstva materijalnog izvora koja ga dograđuje i menja.⁵⁰ Izvori prava u formalnom smislu (zakon, običaj, statut, pravna praksa, pravna nauka, konvencije itd.) imaju i samostalnu vrednost, nisu čisto tehničko sredstvo za izražavanje prava u materijalnom smislu, jer i sami učestvuju u stvaranju pravnih pravila i doprinose opštem cilju.⁵¹

Pravičnost ima svoju ulogu kako tokom procesa stvaranja, tako i tokom tumačenja i primene prava, te se istovremeno pojavljuje i kao formalni, supsidijarni, i kao materijalni pravni izvor iz kog zakonodavac crpe sadržinu svojih propisa. Pravna praksa je primenom pravičnosti i oslanjajući se na stare pravne propise regulisala nove pravne fenomene, na osnovu čega su kasnije nastali novi zakonski tekstovi. Kao neposredni pravni izvor pravičnost deluje i kada interveniše u već postojeće pravo, kada sam pravni propis sadrži pojmove kao što su dobri običaji, zloupotreba prava, poštenje, poverenje.⁵² Pravičnost kao ideja inspiriše zakonodavca i pravo, kao element koji je sastavni deo poretka deluje kao dopunsko pravo *secundum legem*, dok kao samonikli pravni izvor funkcioniše

⁴⁸ *Ibidem*, 48.

⁴⁹ Đ. Tasić, op. cit., 304–305.

⁵⁰ Radomir D. Lukić, *Teorija države i prava II – Teorija prava*, Naučna knjiga, Beograd, 1954, 97–98.

⁵¹ Đ. Tasić, op. cit., 309–310.

⁵² B. S. Marković (1993), op. cit., 51–52.

praeter legem.⁵³ Budući da pravičnost dobija svoj izraz putem pravne prakse, značajno je pomenuti da je u savremenom kontinentalnom pravnom sistemu, kao i kod nas, primarni zadatak sudova primena prava i utvrđivanje smisla pravnih propisa s obzirom na konkretan slučaj, zbog čega je sudska praksa interpretativni izvor prava, nužna dopuna zakona i običajnog prava, dopunski izvor prava, koji ne vezuje sudove za ubuduće, osim ako nije reč o načelnim odlukama najvišeg suda.⁵⁴ Iako sudske odluke važe samo za konkretan slučaj, one mogu biti ponavljane od raznih sudova u istovetnim slučajevima. Jednoobraznost sudske prakse je jedan od bitnih uslova pravednog pravosuđa i stabilnosti pravnog poretka.⁵⁵

Gligorije Geršić, mada ne pominje suđenje po pravičnosti, ističe da sudija deluje materijalno-produktivno, kada kao „predstavnik i čuvar (depozitar) nacionalne pravne svesti novo pravo stvara i proizvodi“. Reč je o pomenutom slučaju pravnih praznina u kom pravilo nastaje putem jednoobraznih rešenja sudova, usled čega ono prelazi u sudske praksu i postaje jedno sudski usvojeno običajno pravilo, a time i obavezujuće. Pravna norma se u slučaju pravnih praznina crpe iz „opštih vrela prava, iz kojih i sam zakonodavac crpe svoje propise“, koja podrazumeva proučavanjem unutrašnje prirode samog odnosa, njegovog činjeničnog sklopa izvodi pravni element, pravno regulisanje. Ta norma jednoobraznom primenom od strane sudova u svim kasnijim istovetnim slučajevima postaje sudska praksa i takva primena ima svoj osnov u „zajedničkom ubeđenju pravnika u kojima se oličava i izražava opšta pravna svest toga vremena i naroda“.⁵⁶ Prejudicija kao ranije rešenje imala je spoljni autoritet za sudove u slučajevima primene zakona čiji je smisao nejasan, sumnjiv ili u slučaju pravne praznine. Moderni zakonodavci su im odrekli obaveznu važnost prekinuvši stvaranje prava putem sudske prakse i ograničavajući ulogu sudstva pre svega na primenu prava. Više istovetnih rešenja u sličnim slučajevima predstavlja postojano sudske tumačenje, koje nema obavezujuću snagu. Međutim, nijedan sudija tu jednoobraznost u rešenjima i presudama neće tek tako remetiti i prekidati, osim ako se sam nije osnovano uverio da je dotadašnje izvođenje pravila zasnovano na pogrešnoj i nepravilnoj dedukciji odnosno zaključivanju.⁵⁷ Čak i u *Common law* sistemu, precedentom pravu, gde je sudija ne samo organ koji primenjuje već i stvara pravo, uloga stvaraoča prava pripada samo višim sudovima i njihovim odlukama

⁵³ *Ibidem*, 51.

⁵⁴ T. Živanović, op. cit., 138–140.

⁵⁵ *Ibid*, 140.

⁵⁶ G. Geršić, op. cit., 132–133.

⁵⁷ *Ibidem*, 134.

(sudskim precedentima), koji imaju obavezu snagu, za razliku od odluka nižih sudova koje su konsultativnog karaktera.⁵⁸

Suprotno je shvatanje formalista i pozitivista koji pravičnosti odriču značaj izvora prava. Takvo je npr. shvatanje o potpunosti pravnog poretka u kom nema praznina, što Kelzen dopunjuje time da je takozvana zakonska (prava) praznina zapravo razlika između onog što za konkretnu situaciju predviđa norma pozitivnog prava i poretka koji se smatra „boljim, pravednijim, ispravnijim“. Takva pravna praznina, ističe on, ne popunjuje se tumačenjem, već tumačenje služi da se ukine norma koju bi trebalo primeniti, a čija primena deluje u toj meri nepravedna da se pretpostavlja da zakonodavac nije ni mislio o takvom slučaju, inače bi ga drugačije regulisao, i namesto nje primeni neka pravednija, ispravnija, koju želi primenjivač prava. Reč je o fikciji kojom se pod vidom dopune ukida prvobitna norma i zamenjuje novom normom.⁵⁹ S druge strane, pozitivisti koji ne dopuštaju postojanje pravih praznina, dozvoljavaju da se tumačenjem popunjavaju takozvane tehničke praznine. Prema Kelzenovom mišljenju, reč je o slučajevima koje je zakonodavac ispustio da normira, a morao ih je normirati da bi tehnički bilo moguće da se zakon primeni. Međutim, tehničkim prazninama oni nazivaju i prave praznine (pomenuta fikcija, koja je u suštini razlika između jeste i treba) ili neodređenosti koje proizilaze iz okvirnog karaktera norme. Ukoliko norma ima besmislenu sadržinu, tumačenjem se ne može dobiti smisao, jer se iz norme ne može izvući ništa što već nije u njoj sadržano.⁶⁰ Praznina u zakonu je, smatra on, „ideološka formula“, fikcija kojom se može služiti sam zakonodavac kada se težište stvaranja prava pome- ra sa samog opšteg zakonodavca ka pojedinačnom primenjivaču prava. Fikcijom praznine, kada sam zakon upućuje sudiju da odluči po sopstvenoj oceni, onako kako bi odlučio da je zakonodavac, u slučajevima u kojima primenu zakona smatra „nepodnošljivom“, jer on sam ne može unapred predvideti sva moguća činjenična stanja, prikriva se da je zapravo reč o izvanrednom ovlašćenju te da je primenjivač prava „delegirani zakonodavac“.⁶¹

Pravičnost i kreativna uloga sudije

Shvatanja pravde se u procesu stvaranja prava od strane državnih zakonodavnih organa unosi u pozitivne, pisane pravne norme. U postupku primene

⁵⁸ Ljubomir Tadić, *Filozofija prava*, Zavod za udžbenike, Službeni glasnik, Beograd, 2006, 303.

⁵⁹ Hans Kelzen, *Čista teorija prava – Uvod u problematiku pravne nauke*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2007, 69–70.

⁶⁰ H. Kelzen, op. cit., 70–71.

⁶¹ *Ibidem*, 71–72.

prava od strane sudova dolazi do sudskog tumačenja zakona čijom se primenom u konkretnom slučaju ostvaruje ideja pravde u pozitivnom pravnom poretku. Osim toga, sudsko tumačenje vrši i evoluciju prava i utire put novom, (a trebalo bi i poboljšanom – prim. aut.), zakonodavstvu. Kao zakonodavac drugog stepena, sudija treba da sačuva autoritet zakona i da zadovolji zahteve pravde. Iako pravo donekle ima konzervativizujuću funkciju, ono ne može živeti mimo društva i društvenih odnosa koje teži da reguliše. Životnost samih društvenih odnosa povratno deluje na pravo i na taj način da zahteva izmenu zastarelih pravnih normi kako bi se prilagodile stvarnosti. Evolucija društvenog života dovodi i do promena u shvatanju pravde, a time i do zastarevanja pisanih pravila. Da bi zakonodavac olakšao ulazak novih shvatanja pravde u pozitivni poredak i time ublažio njegovu rigidnost i formalizam, jer strogo logička primena formalnih propisa može dovesti do nepravičnih rešenja (*summum ius, summa injuria*), on se prilikom formulisanja pravnih normi služi pravnim standardima (dobri običaji, standardi razumnog, normalnog, primereno i pravičnog koji je najopštiji pravni standard), prinudnim propisima (čiji je cilj da se zaštiti slabiji od eksploatacije sakrivene iza apstraktne jednakosti) i dopuštanjem slobodne ocene sudije.⁶² Nedovoljnost poznavanja samog slova zakona i jezičkog tumačenja postaju očigledni na primeru pravnih praznina i pravnih standarda i kaučuk pojmova koje sam pozitivni propis ne objašnjava u pojedinostima, niti daje bliža uputstva šta se pod time podrazumeva. U slučaju pravnih praznina može se primeniti tumačenje u širem smislu, pri čemu primenjivač prava tumači pravnu normu koja zapravo ne postoji.⁶³ Pravni propisi i njihove formulacije treba da ostvare određene ciljeve i ideje, međutim, oni se jezičkom formulacijom ne mogu uvek potpuno izraziti. Pravičnost se stoga ogleda u saglašavanju rešenja prilikom konkretne primene pravnih pravila sa ciljevima i idejama, a rešenja će sudija prilikom tumačenja tražiti direktno u pravnoj svesti i idejama o pravdi u društvu.⁶⁴ Pravo izražava kolektivnu ocenu vrednosti, ono samo predstavlja moralnu vrednost zasnovanu na principu formalne jednakosti koja je po sebi bez obzira na sadržinu prava moralna kategorija. Pravni propis koji sadrži apstraktna pravna pravila samo tehnički razvijan gubi dodir sa moralnom stvarnošću i zanemaruje moralne motive pravnih subjekata. Pravičnost kroz pravosuđe „hrani“ bezdušne formule moralnim elementom (primer pretorskog i engleskog suđenja po pravičnosti), osvrćući se na namere, motive i sadržinu odnosa. U modernom pravu moralizatorska uloga pravičnosti

⁶² B. S. Marković (1993), op. cit., 23–24.

⁶³ Radomir D. Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, 18.

⁶⁴ Đ. Tasić, op. cit., 270.

ispoljava se kroz ustanove nemoralnih pravnih poslova, kroz pojam dobrih običaja, dobrog domaćina i sličnim formulacijama koje se mogu naći u zakonima, a čije se bliže određenje prepušta sudovima.⁶⁵

U procesu primene prava ideja pravičnosti je katkad ispunjena humanošću, a katkad razlozima oportuniteta, ekonomskim potrebama ili idejnim zahtevima. Slobodnije i pravičnije tumačenje zastarelih zakona od strane sudova potpomognuto je i zalaganjima pravne doktrine.⁶⁶ Tako npr., kod nas Đorđe Tasić pored nesumnjivog priznanja stvaralačke uloge sudije u ovakvim situacijama, zauzima stanovište objektivne teorije tumačenja prava uopšte, prema kojoj se sudiji ostavlja široko polje ispitivanja i mogućnosti prilagođavanja socijalnom životu, pri čemu je, osim poznavanja činjeničnih okolnosti, potrebno da sudija ima gledišta o pravičnosti, moralu i poštenju. Primedba koja se upućuje sastoji se u tome da se proširuje sloboda sudije na račun pravne sigurnosti usled nužnog subjektivnog momenta koji se unosi sudijinim ocenjivanjem. Međutim, kako zakon nužno sadrži neodređenosti, protivrečnosti i praznine koje se moraju ispravljati i popunjavati, ovaj kritički argument prema Tasićevom mišljenju gubi značaj. Prema sociološkoj ili evolucionističkoj teoriji koju prihvata, objektivni smisao zakona se utvrđuje prema času u kom se on primenjuje, odnosno smisao koji dobija sam po sebi u jednoj sredini u jednom momentu. Treba tražiti cilj i socijalnu vrednost zakona, smisao u sadašnjosti, jer su pravni propisi vrednosti koje su socijalno uslovljene, a samo pravo se ne nalazi samo u zakonu.⁶⁷ Uloga sudije ovde nije puka primena zakona i izvođenje logičkih zaključaka dedukcijom, odnosno supsumcijom konkretnih okolnosti slučaja pod pravno pravilo, već procenjivanje prema standardima pravičnosti i korisnosti i ostvarivanje maksimuma ovih vrednosti.⁶⁸ Sudija se pored toga što poštuje zakon nalazi pod uticajem promena u društvu. Zastareli zakonski tekstovi treba da se prilagođavaju novom stanju stvari i on se zaista u procesu stvaranja sudskih odluka „povija za evolucijom društva“. Nedostaci teorije volje i sociološke teorije u tumačenju mogu se, prema mišljenju Živana Spasojevića, otkloniti analogijom, koja istovremeno primenjuje zakon i dopušta sudiji znatnu slobodu koja se kreće do stvaranja prava.⁶⁹ Analogiju treba razlikovati od pravičnosti, mada i ona kao i pravičnost, iako daje sudiji slobodu, ne vodi njegovoj

⁶⁵ B. S. Marković (1993), op. cit., 46–47.

⁶⁶ Božidar S. Marković, „Pravičnost kao misao i pravno iskustvo“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, XXXV (LII), br. 6, Beograd, 1937, 228.

⁶⁷ Đ. Tasić, op. cit., 350–354.

⁶⁸ *Ibidem*, 335.

⁶⁹ Živan Spasojević, „Analogija i tumačenje (izbor)“, *Preobražaji ideje prava – Jedan vek pravne filozofije na Pravnom fakultetu u Beogradu (1841–1941)*, Pravni fakultet, Beograd, 1991, 116–117.

neograničenoj vlasti, već je tesno povezana sa načelima ustanovljenim zakonom i preovlađujućim shvatanjem pravde u društvu.⁷⁰

Kako je život u većitom pokretu, dolazi do promena u odnosima i shvatanjima, nastaju pravni odnosi i ustanove koje je bilo nemoguće uračunati i podvesti pod ranije donesene propise. Smatra se da je i u takvim, pravno neregulisanim situacijama sudija dužan da sudi, te su stoga moderni zakonodavci,⁷¹ kako je Kelzen primetio, sami upućivali sudiju na druge pravne izvore u slučaju da zakon ništa ne predviđa. Bilo da se upućuje na opšte principe, pravdu ili prirodno pravo, bilo da mu se izričito kaže da rešava onako kako bi rešio da je zakonodavac, sudija će u suštini morati da prilagodi svoj stav sadašnjosti ili da izvuče opšte principe iz date društvene sredine, koristeći se pritom svojim sociološkim, pravno-političkim, društveno-političkim, pa i filozofskim znanjem.⁷²

Tehničko-pravna funkcija pravičnosti ogleda se u shvatanju pravičnosti kao korektiva pozitivnopravnih normi, bilo da tehnički nedostaci nastaju usled prostornih i vremenskih opštih formulacija, nepreciznosti ili nepostojanja pravnog pravila. Kao metod tumačenja prava pravičnost deluje protiv formalizma, ostvarujući konkretnu pravdu u datom slučaju koji postoji u stvarnosti, popunjavajući i ispravljajući zakon. Kao pravni standard, pravičnost ovde ima ulogu da veže rešenje za materijalni izvor, za stvarni odnos i konkretne činjenice.⁷³ U slučaju pravnih

⁷⁰ Ž. Spasojević, op. cit., 122.

⁷¹ Moderni zakonodavci, mada nerado i retko, u svojim građanskim kodifikacijama pozivaju se na pravičnost (Napoleonov Građanski zakonik, čl. 1135: „ugovori obavezuju... i na sve druge posledice koje pravičnost, običaj ili zakon vezuju za prirodu te obaveze“, Opšti austrijski građanski zakonik se ne poziva na pravičnost, već upućuje sudiju na načela prirodnog prava i „brižljivo prikupljene i zrelo rasuđene okolnosti“ kada se slučaj ne može raspraviti ni putem tumačenja ni analogijom). Srpski Građanski zakonik, kada je u pitanju pravičnost, odstupa od austrijskog budući da u par. 8 nalaže sudiji da ukoliko se slučaj ne može raspraviti tumačenjem ili analogijom, onda ga treba tumačiti tako da bude u skladu sa „osnovama zdravog razuma i prirodne pravice“, a slično čini i Bogašićev Imovinski zakonik za Crnu Goru koji u čl. 3. propisuje da će se u slučaju nepostojanja zakonskog ili običajnog pravila slučaj rešiti shodno „opštim osnovama pravde i pravice“, dok se u čl. 782. pravičnost naziva neposrednim izvorom prava. I noviji evropski građanski zakonici veći značaj pridaju pravičnosti, te tako nemački Građanski zakonik čl. 133. i 138. daju sudovima izvanredno široka ovlašćenja prilikom ocenjivanja ugovora, dok švajcarski zakonodavac u čl. 1. i 4 Građanskog zakonika predviđa da zakonske praznine popunjava sudija kao da je on sam zakonodavac, primenjujući pri slobodnoj oceni pravila prava i pravičnosti. Najdalje je otišao poljski Zakonik o obligacijama koji dozvoljava da sudija u ime pravičnosti čak derogira pozitivni zakon, dok odluka engleskog Vrhovnog suda iz 1925. godine priznaje načelima pravičnosti prvenstvo u odnosu na načela redovnog prava u slučaju neslaganja. B. S. Marković (1993), op. cit., 23, 35–36, 59.

⁷² Đ. Tasić, op. cit., 359–360, 341–343.

⁷³ B. S. Marković (1993), op. cit., 44–46.

praznina reč je o nedostatku odgovora u pravnim propisima na pitanje na koje se mora odgovoriti, dok je kod nejasnoća i neodređenosti zakona u pitanju tumačenje kojim se precizira i utvrđuje njegova sadržina.⁷⁴

Srpski Zakon o obligacionim odnosima sadrži norme o odlučivanju po pravičnosti od opšteg značaja (čl. 101, 133, st. 1, čl. 208), ali i svojim posebnim odredbama upućuje sudiju odnosno arbitra da odluke donosi po pravičnosti.⁷⁵ U pravilima o tumačenju kao dopunsko pravilo predviđa se da se nejasne odredbe ugovora bez naknade tumače u smislu koji je povoljniji za dužnika, a u teretnom u smislu kojim se ostvaruje „pravičan odnos uzajamnih davanja“ (čl. 101). Zatim čl. 169. predviđa odgovornost za štetu po osnovu pravičnosti,⁷⁶ čl. 133. st. 1. i 4. daje mogućnost raskida ugovora usled promenjenih okolnosti koje održavanje ugovora na snazi čine nepravičnim ili pravične izmene uslova ugovora, daje sudu ovlašćenje da odbije primenu odredaba opštih uslova koje su „inače nepravične ili preterano stroge“ prema drugoj strani (čl. 143. st. 2), takođe ostavlja sudu da odstupi od predviđenog rešenja koristeći se formulacijama „ako razlozi pravičnosti ne zahtevaju što drugo“⁷⁷ i ako pravičnost ne zahteva „da se drukčije odluči“,⁷⁸ odnosno „drukčiju podelu“,⁷⁹ daje mogućnost sudu da iz razloga pravičnosti oslobodi lice obaveze da nadoknadi štetu prouzrokovanu uskraćivanjem neophodne pomoći (čl. 182. st. 2), kod odmeravanja visine novčane naknade za nematerijalnu štetu služi se formulacijom „pravična novčana naknada“ (čl. 200, 201, 202),,

⁷⁴ Đ. Tasić, op. cit., 361–362.

⁷⁵ Slobodan Perović, *Predgovor Zakonu o obligacionim odnosima*, Službeni list, Beograd, 1978, 20–22.

⁷⁶ U slučaju štete koju je prouzrokovalo „lice koje za nju nije odgovorno, a naknada se ne može dobiti od lica koje je bilo dužno da vodi nadzor nad njim, sud može, kad to pravičnost zahteva, a naročito s obzirom na materijalno stanje štetnika i oštećenika, osuditi štetnika da naknadi štetu, potpuno ili delimično“ i u st. 2. da ukoliko je štetnik „maloletnik sposoban za rasuđivanje koji nije u stanju da je naknadi, sud može, kad to pravičnost zahteva, a naročito s obzirom na materijalno stanje roditelja i oštećenika, obavezati roditelje da naknade štetu, potpuno ili delimično, iako za nju nisu krivi“; Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45789 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

⁷⁷ Za odgovornost u slučaju udesa izazvanim motornim vozilom u pokretu kada predviđa da ako nema krivice ni jedne strane, imaoći vozila odgovaraju „na ravne delove, ako razlozi pravičnosti ne zahtevaju što drugo“ (čl. 178. st. 3).

⁷⁸ Pravila o regresu isplatioca da ukoliko se ne može utvrditi udeli dužnika, na svakog pada jednak deo, osim ako „pravičnost zahteva da se u konkretnom slučaju drukčije odluči“ (čl. 208. st. 3).

⁷⁹ Pravila o jednakoj podeli nagrade kada je više lica istovremeno izvršilo radnju, osim ako „pravičnost ne zahteva drukčiju podelu“ (čl. 231. st. 2).

u nekoliko navrata „pravičan iznos“⁸⁰ i „pravična naknada“ (čl. 55. st. 5, čl. 634. st. 4. i 6, čl. 638, čl. 761, čl. 878. st. 4).

Kao pozitivnopravni problem, pravičnost na koju se upućuje sudija samim zakonom povlači za sobom pitanje obima i nadzora vlasti suđenja po pravičnosti.⁸¹ Granice koje se postavljaju kreativnoj ulozi sudije ogledaju se u zahtevu da sudija ne protivreči zakonodavcu, već da „nastavlja njegovo delo“, dopunjuje ga i razvija, crpeći neposredno iz društvenog života.⁸² Uglavnom se dozvoljava da se pravičnost kreće u okvirima celokupnog pozitivnog prava, *praeter legem*, izuzetno, kao u slučajevima koje predviđa poljski Zakonik o obligacijama, *contra legem*, suprotno zakonu, derogirajući zakon u tim slučajevima, međutim, generalno ovlašćenje da sudija u ime pravičnosti može derogirati propis ne postoji.⁸³ Takvo generalno ovlašćenje ne bi ni imalo smisla, jer bi se sudija često mogao pozivati na pravičnost i donositi odluke kao da dotični propis ni ne postoji, što obesmišljava samo postojanje tog propisa. Pitanje nadzora uglavnom se poverava kasacionom sudu, koji može ceniti da li je sudija bio ovlašćen u datom slučaju i da li je prekoračio granice. Da li je sudija u konkretnom slučaju našao pravično rešenje pitanje je koje bi u daljem postupku mogao ceniti i kasacioni sud, ukoliko je sudiju na pravičnost uputio osnovni, opšti tekst propisa, kao što je slučaj sa pomenutim odredbama srpskog i crnogorskog zakonika, s obzirom na to da u njima pravičnost ima značaj opšteg principa tumačenja. S druge strane, ukoliko pojedini posebni tekstovi upućuju na pravičnost, pitanje je faktičke prirode u koje se kasacioni sud ne bi mogao upustiti. U savremenoj domaćoj pravnoj praksi Vrhovni kasacioni sud je u dve odluke, odlučujući po reviziji, zauzeo stav da u odluci o troškovima u imovinsko-pravnim sporovima nema mesta primeni načela pravičnosti, jer nije reč o pravnoj praznini, niti se odlučuje o troškovima u porodičnopravnim odnosima, u kojima sud vodi računa o „razlozima pravičnosti“ (čl. 207 PZ).⁸⁴ U obe odluke Rev 2210/2019 i Rev 3265/2018, Vrhovni kasacioni sud je izneo mišljenje da je pravičnost „vrhunski kriterijum (i ideja) i prožima celokupno pravo“, ali da se u presuđenju ima primeniti kada zakon na to upućuje ili izuzetno kada je reč o pravnoj praznini. Obrazlažući dalje odluku sud izražava stav da je prvostepeni sud pravilno doneo odluku

⁸⁰ ZOO omogućava da zelenaški ugovor ostane na snazi uz dužnikov zahtev za smanjenje obaveze na „pravičan iznos“ (čl. 141. st. 3), kao i snižavanje naknade na „pravičan iznos“ na zahtev komitenta (čl. 783. st. 2), odnosno nalogodavca (čl. 806. st. 2).

⁸¹ B. S. Marković (1993), op. cit., 41–42.

⁸² Đ. Tasić, op. cit., 336–338.

⁸³ B. S. Marković (1993), op. cit., 41.

⁸⁴ Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015.

o troškovima kada je tuženu koja je izgubila spor obavezao da protivnoj stranci naknadi troškove postupka. Jedino u slučaju da je tužena tokom postupka istakla prigovor da tužilac ima kod istog suda više parnica sa istovrsnim činjeničnim stanjem i pravnim osnovom, prvostepeni sud bio eventualno mogao da odbije zahtev tužioca za naknadu troškova zbog zloupotrebe prava i postupanja suprotno načelu savesnosti i poštenja „cepanjem potraživanja“, čime bi svesno protivnoj stranci prouzrokovala nerazumno visoke troškove.⁸⁵

ZAKLJUČAK

Na osnovu shvatanja iznetih u radu, možemo zaključiti da ni pravda ni pravo nemaju svoj definitivni pojam. Ako kažemo da je pravda nešto što ipak postoji, ona postoji nezavisno i izvan prava. Pravo, s druge strane, ukoliko bismo ga neraskidivo vezali za pravdu kao vrednost koju treba da ostvari, bilo bi dobro utoliko ukoliko bi doprinosilo ostvarenju pravde i vrhovnog Dobra. Naizgled najrazumljiviji oblik pravde jeste formalna pravda, kao oblik pravde koji počiva na jednakosti i proporcionalnosti i koji je apsolutan. S druge strane, materijalna pravda je relativna i promenljive je sadržine. Pravičnost shvaćena kao konkretna pravda, kao pravda koja uzima u obzir okolnosti slučaja, ima svojih prednosti, koje su istovremeno i njena mana zbog koje joj pozitivisti i formalisti upućuju kritike. Kada pravičnost vrši svoju funkciju ostavarivanja materijalne pravde, nemoguće je unapred odrediti čvrst kriterijum, jer je sadržina materijalne pravde vremenski i prostorno promenljiva i uslovljena. Kritike na račun pravičnosti uglavnom se odnose na arbitrarnost i subjektivnost sudije kojima se nose pravna nesigurnost i neizvesnost u pravo, čime se, prema stavovima pravnih pozitivista, narušava pravda, koja se pozitivistički shvaćena izjednačava s pravnom sigurnošću.

Iako ne terba očekivati precizna uputstva kada je primena pravičnosti u pitanju, Božidar Marković ističe da upućivanje sudije da odluči po pravičnosti ne znači istovremeno ovlašćenje da odlučuje proizvoljno po svojoj ličnoj moralnoj opredeljenosti, već ocenjivanjem vrednosti društva u datom trenutku. Zatvorena, rigidna i apstraktna formula pravičnosti potpuno bi obesmislila njeno postojanje i svrhu, jer bi ostala slepa za sadržinu društva, okolnosti konkretnog slučaja i postala nemoćna pred pravnim prazninama. Pravičnost kao način rezonovanja, kao jedna metoda tumačenja prava i pravni standard pretpostavlja da sudija poseduje ne samo pravničko znanje već da poznaje i društvene vrednosti koje će ceniti

⁸⁵ Odluka Vrhovnog kasacionog suda Rev 2210/2019 od 11. 7. 2019; Odluka Vrhovnog kasacionog suda Rev 3265/2018 od 13. 6. 2018.

u konkretnom slučaju.⁸⁶ I dok zakonski tekstovi ne sadrže direktive o tome kako treba odlučivati po pravičnosti, Bogišićev zakonik daje uputstvo sudiji u čl. 783. st. 2. da „ocenjujući sa svake strane prilike posla, pazi osobito na to što časni ljudi drže da je pravo, i što je u skladu sa javnim poverenjem i poštenjem, bez kojih ne može biti uredna saobraćaja među ljudima“, da radi „po duši i savjesti“ i da pazi koliko je to moguće na „razum i mišljenje naroda ili razreda ljudi kojima su obični poslovi te ruke“.⁸⁷ Međutim, i ovo uputstvo sadrži dosta nedefinisanih kategorija, vanpravnih pojmova, što ide u prilog tezi da se pravičnost ne može izraziti preciznim jezikom niti zakonski definisati. Božidar Marković je bio predsednik arbitražnog veća u sporu u kome je odluka doneta po pravičnosti. Veće je u obrazloženju svoje odluke navelo kojim se opštim načelima o suđenju po pravičnosti rukovodilo. Reč je o načelima kao što su: suđenje prema objektivnim, racionalnim i društvenim kriterijumima odnosno „objektivnim normama izvučenim iz društvene zakonitosti“ (a ne prema subjektivnim merilima sudije), obrazlaganje odluke nekim višim razlogom (bližim, konkretnijim, realnim društvenim razlogom) koji stoji iza primene pravičnosti, a pri čijem vrednovanju se uzima u obzir ne samo društvena činjenična građa već i normativni faktori odnosa, odnosno pravni i društveni javni poredak odnosno zajednice, supsidijarna primena pravičnosti, u slučajevima praznina, nejasnosti i kontradiktornosti u zakonskoj ili ugovornoj normi, u skladu sa zakonom i voljom stranaka, a samo izuzetno protivno njima (slučaj očigledno zastarelog i pogrešnog propisa), i u okviru pozitivnog pravnog poretka i opšte prihvaćenih načela prava.⁸⁸

Osnov je pravičnosti to što se ne može obuhvatiti zakonom, koji se kao opšti propis ne donosi o pojedinačnom. Pravičnost je nepisano pravo, koje obuhvata ono što je zakon propisao uzimajući u obzir osobenosti slučaja i ublažavajući primenu načela *dura lex, sed lex*, odnosno odstupa od principa da se zakon mora primeniti, ma kako strog on bio, iz razloga što bi primena slova zakona bila nepravedna i dovela do nepravičnog rešenja.⁸⁹ Svoju najčešću primenu pravičnost nalazi u privatnom pravu, međutim, kao što smo videli, i krivično pravo je tokom istorije ublažavano institutima kao što su mogućnost sudije da ne kazni učinioca dela ili mogućnost tužioca da odustane od krivičnog gonjenja učinioca, koji će zauzvrat uplatiti novčani iznos u dobrotvorne svrhe. Posebno je pitanje koliko je pravičnost, u smislu shvaćenom u radu, uticala na to i koliko je zapravo sadržana u pravu na pravično suđenje koje predviđaju savremena zakonodavstva.

⁸⁶ B. S. Marković (1993), op. cit., 50.

⁸⁷ *Ibidem*, 66–67.

⁸⁸ B. S. Marković (1993), op. cit., 54–55.

⁸⁹ R. D. Lukić (1992), op. cit., 468–469.

MARICA MIŠIĆ, LL.M.
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Niš

SERBIAN LEGAL-PHILOSOPHICAL THOUGHT ON EQUITY

Summary

What is law, what is the essence of law, what are its goals, is it independent of values and morals or are certain moral and value demands placed on it on the other hand, are just some of the many questions that legal theorists, but also philosophers and sociologists are trying again and again to answer. One gets the impression that these are questions that are not important for most lawyers because most of them deal with practical work, and that the discussion about them is limited only to narrow academic circles. It is a widely held opinion that it is enough for a legal practitioner to know the law in order to solve a specific case, and that the judge is an machine who pronounces the words of the law, as claimed by Montesquieu. We can often hear from our people that they „go to court to seek justice“, or that someone is „brought to justice and tried“, but also that lawyers seek for so-called „holes in the law“, if order to win the case for their party in court. That the judge cannot be a robot or in the future an AI-programmed robot or an application that mechanically applies legal rules to a specific case, in a manner similar to mathematical operations, shows us fairness. The article highlights the understandings of our legal philosophers and theorists, primarily Božidar S. Marković, Đorđe Tasić, but also Gligorij Geršić, Toma Živanović and Radomir Lukić.

Key words: equity, justice, law, value, interpretation

Literatura

- Basta D. N., „Uvod“, *Preobražaji ideje prava – jedan vek pravne filozofije na Pravnom fakultetu u Beogradu (1841–1941)*, Pravni fakultet, Beograd, 1991.
- Geršić G., *Enciklopedija prava*, Gradina, Niš, 1995.
- Kelzen H., *Čista teorija prava – Uvod u problematiku pravne nauke*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2007.
- Lukić R. D., *Sistem filozofije prava: I. Filozofija, II. Filozofija prava*, Savremena administracija, Beograd, 1992.
- Lukić R. D., *Tumačenje prava*, Savremena administracija izdavačko-štamarsko preduzeće, Beograd, 1961.
- Lukić R., *Teorija države i prava II – Teorija prava*, Naučna knjiga, Beograd, 1954.
- Marković B. S., *O pravednom pravu*, Visio Mundi Academic Press, Novi Sad, 1993.
- Marković B. S., „Doprinos Živana Spasojevića teoriji prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 4, Beograd, 1990.
- Marković B. S., „Pravičnost kao misao i pravno iskustvo“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, XXXV (LII), br. 6, Beograd, 1937.

- Mitrović D., *Teorija države i prava*, Dosije, Beograd, 2010
- Perović S., *Predgovor Zakonu o obligacionim odnosima*, Službeni list, Beograd, 1978.
- Spasojević Ž., „Analogija i tumačenje (izbor)“, u: *Preobražaji ideje prava – Jedan vek pravne filozofije na Pravnom fakultetu u Beogradu (1841–1941)*, Pravni fakultet, Beograd, 1991.
- Tadić Lj., *Filozofija prava*, Zavod za udžbenike i Službeni glasnik, Beograd, 2006.
- Tasić Đ., *Uvod u pravne nauke – Enciklopedija prava*, Biblioteka „Klasici jugoslovenskog prava“, Službeni glasnik, Beograd, 1995.
- Visković N., *Pojam prava – Prilog integralnoj teoriji prava*, Logos, Split, 1981.
- Vračar S., Iluzornost apsolutne pravde, *Anali Pravnog fakulteta*, br. 1–2, Beograd, 1993.
- Vukadinović G., Mitrović D., *Uvod u Teoriju i filozofiju prava*, Dosije Studio, Beograd, 2019.
- Živanović, T., *Sistem sintetičke pravne filozofije: 1. Sintetička filozofija prava 2. Sintetička filozofija pravnih nauka (Pravna logika i Teorija pravnog saznanja u okviru Opšte)*, Srpska akademija nauka, Naučno delo, Beograd, 1959.

SADRŽAJ

RADOVI ZA NAGRADU „PROFESOR SLOBODAN PEROVIĆ“

| | |
|---|----|
| Justice and fairness before the International Court of Justice - equity and <i>ex aequo et bono</i> as sources of law Pravda i pravičnost pred Međunarodnim sudom pravde - pravičnost i <i>ex aequo et bono</i> kao izvori prava - <i>Andrej Confalonieri</i> , master prava, student Pravnog fakulteta Univerziteta u Lajdenu | 7 |
| Odnos načela utvrđivanja istine i načela pravičnog vođenja krivičnog postupka Relation between the principle of determining the truth and the principle of fair criminal procedure - <i>Aleksa Škundrić</i> , saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu | 27 |
| Uticaj nezakonito pribavljenih digitalnih dokaza na ishod radnog spora The influence of the illegally collected digital evidence on the labour dispute decision - <i>Katarina Vidanović</i> , master prava, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu | 53 |
| Naknadni rok kao uslov za raskid ugovora Subsequent time limit as a condition for termination of the contract - <i>Marica Mičić</i> , student osnovnih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu | 75 |
| Pristanak kao pravni osnov za obradu podataka o ličnosti prema pravu Evropske unije Consent as a legal basis for the processing of personal data under European Union law - <i>Iva Rolović</i> , student master studija Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore | 89 |

| | |
|--|-----|
| Veštačka inteligencija i građanski sudski postupak – domen primene i ograničenja Artificial intelligence and civil court procedure – application domain and limitations – <i>Ljubica Mihajlović</i> , master prava, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu | 107 |
| Neobrazložena sudska odluka - nepravična odluka Unreasoned judicial decision – an unfair decision – <i>Gala Bogosavljević</i> , master prava, polaznik X generacije Pravosudne akademije Republike Srbije | 123 |
| Srpska pravnofilozofska misao o pravičnosti Serbian legal-philosophical thought on equity – <i>Marica Mišić</i> , master prava, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu | 141 |

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

340.114(082)

347.9(082)

КОПАОНИЧКА школа природног права Слободан Перовић (35 ; 2022 ; Копаоник)

Sudski postupak – pravda i pravičnost : zbornik radova 35. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava - Slobodan Perović, Kopaonik, 13. – 17. decembar 2022 : međunarodna naučna konferencija. Tom 4 = Court proceedings – justice and fairness : collection of papers from the 35th Meeting of Kopaonik school of natural law - Slobodan Perović, Kopaonik, 13 - 17 December 2022 : international scientific conference. Vol. 4 / [glavni i odgovorni urednik, editor in chief Jelena S. Perović Vujačić]. - Beograd : Kopaonička škola prirodnog prava - Slobodan Perović, 2022 (Novi Sad : Futura). - 164 str. ; 24 cm

Na vrhu nasl. str.: Universitas Iuris naturalis Copaonici. - Tiraž 500. - Napomene i bibliografske reference uz tekst. - Bibliografija uz svaki rad. - Summaries ; Rezimei.

ISBN 978-86-81956-15-1

ISBN 978-86-81956-11-3 (za izdavačku celinu)

а) Судски поступак -- Зборници б) Правда -- Зборници в) Правичност -- Зборници

COBISS.SR-ID 80168969



**KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ**

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

KOPAONIKSCHOOL.ORG