

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

За издавача
Проф. др Бранислав Ристивојевић
декан Правног факултета у Новом Саду

Управник Центра за издавачку делатност
Проф. др Љубомир Стајић

Главни и одговорни уредник
Проф. др Слободан Орловић

Зборник радова Правног факултета у Новом Саду налази се у
HeinOnline бази: *International & Non-U. S. Law Journals*
(<http://www.heinonline.org>).

Зборник радова (свеске од 2007. године) под називом
Proceedings of Novi Sad Faculty of Law доступан је у *EBSCO*
бази *Academic Search Complete* (<http://www.ebscohost.com>).

Зборник радова (свеске од 2005. године) доступан је на
веб сајту Правног факултета у Новом Саду
(<http://www.pf.uns.ac.rs>).

Зборник излази непрекидно од 1966. године.
Од 2012. године Зборник излази четири пута годишње.

Цена једне свеске Зборника је 5.000 динара.

УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
UNIVERSITY OF NOVI SAD
FACULTY OF LAW NOVI SAD
(SERBIA)



ЗБОРНИК РАДОВА COLLECTED PAPERS

ЛII 3 (2018)

НОВИ САД, 2018.

ЗРПФНС, година ЛII Нови Сад, бр. 3 (2018)

УДК 3

ISSN 0550-2179

eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ

<i>Др Родољуб М. Ејићински, редовни професор</i> Критички преглед тумачења чланова III и XX Општег споразума о трговини и царинама из 1994. године	819
<i>Др Предраг П. Јовановић, редовни професор</i> <i>Дарко М. Божичић, асистент</i> Право запосленог на приватност као сегмент безбедности и здравља на раду .	855
<i>Др Гордана Б. Ковачек Сиванић, редовни професор</i> <i>Др Сандра О. Самарџић, асистент са докторатом</i> Критеријуми за одлучивање о вршењу родитељског права после развода брака у теорији и пракси	869
<i>Др Љубомир С. Сивајић, редовни професор</i> <i>Владан М. Мирковић, асистент</i> <i>Ненад П. Радивојевић, асистент</i> Могућности злоупотребе виртуелних валута у процесу прања новца и финан- сирања тероризма	891
<i>Др Драго Јб. Дивљак, редовни професор</i> Хармонизација правила о електронској трговини и право Србије	909
<i>Др Сенад Р. Јаџаревић, редовни професор</i> Радно право Србије у XX и XI веку	925
<i>Др Тајјана Д. Буџарски, редовни професор</i> <i>Др Бојан Н. Тубић, доцент</i> <i>Др Милана М. Писарић, асистент са докторатом</i>	945
Управљање отпадом у Европској унији	
<i>Др Срејен М. Јуџовић, редовни професор</i> (Не)делотворност Закона о спречавању насиља у Републици Србији	961
<i>Др Зоран Р. Радивојевић, редовни професор</i> <i>Др Весна П. Кнежевић Предић, редовни професор</i> Начело супсидијарности и његова примена у праву Европске уније	977

<i>Др Саџа Б. Бован, редовни професор</i>	
Појам тумачења права посматрано са становишта једне социолошке теорије правног расуђивања	991
<i>Др Маџа М. Кулаузов, ванредни професор</i>	
Тужба по одредбама Законика о грађанском судском поступку из 1865. године .	1013
<i>Др Владимир Ж. Марјански, ванредни професор</i>	
Врсте, циљ (сврха) и начини смањења основног капитала друштва с ограни- ченом одговорношћу	1025
<i>Др Дражуџин С. Аврамовић, ванредни професор</i>	
<i>Илија Д. Јованов, асистент</i>	
Друштвени уговор као извор суверености – учења од XII до XIV века	1047
<i>Др Сандра С. Фишер Шобой, ванредни професор</i>	
Предаторске цене као облик ексклузивне злоупотребе доминантног положаја у пракси судова Европске уније	1059
<i>Др Радојица С. Лазић, ванредни професор</i>	
Сарадња служби безбедности СФРЈ са службама других држава после Брион- ског пленума до средине осамдесетих година прошлога века	1075
<i>Др Зоран Р. Јовановић, ванредни професор</i>	
Појам и класификација управних радњи – између теорије и законодавства . . .	1097
<i>Др Дарко Т. Димовски, ванредни професор</i>	
<i>Др Миомира П. Косић, редовни професор</i>	
Доказивање злочина мржње	1113
<i>Др Александар Л. Чудан, ванредни професор</i>	
<i>Др Далибор Д. Кекић, доцент</i>	
Управа царина Републике Србије у функцији економске безбедности	1131
<i>Др Нађа Ј. Деретић, доцент</i>	
<i>Милан М. Милутић, асистент</i>	
Обелодањени драстични примери политичке корупције у Србији у деветнаестом веку	1145
<i>Др Ајмила И. Дудац, доцент</i>	
Развој правне заштите потрошача у уговорима о кредиту у праву Европске уније	1173
<i>Др Јелена Д. Лејетић, доцент</i>	
Једна акција – један глас: да ли је време за промене	1195
<i>Др Нина В. Криљанин, доцент</i>	
Изборни закон Србије из 1870: мисли једне скупштине о парламентарним из- борима	1217
<i>Др Србољуб Д. Убишариновић, доцент</i>	
Богослужбени елементи у одредбама II ктиторске повеље великог челника Радича манастиру Кастамониту: парцијална анализа	1241

<i>Др Наџаца Н. Рајић, асистент са докторатом</i>	
Уз дилему о „границама“ ограничења права на поверљивост здравствених података у Републици Србији – уставноправни аспект	1253
<i>Др Иван Д. Милић, асистент са докторатом</i>	
О последицама кршења забране која је утврђена мером безбедности	1269
<i>Др Жељко Д. Мирков, виши јужилачки сарадник</i>	
Судски поступак у Душановом законiku – доказна средства и положај окривљеног	1283
<i>Др Живорад М. Рашевић</i>	
Недискриминација у преднацрту Грађанског законика Србије	1297
<i>Рајко С. Рadoшевић, асистент</i>	
Пружање јавних услуга у области биомедицине	1317
<i>Николина Б. Мишчевић, асистент</i>	
Активна легитимација за побијање правних радњи дужника изван стечаја: време настанка потраживања	1333
ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ	
<i>Др Хенриет Ј. Раб, ванредни професор</i>	
<i>Бианка Т. Шийе, студент докторских студија</i>	
Економски аспекти одговорности директора у процесу и организацији рада .	1353
<i>Др Агнеш Б. Јухас, доцент</i>	
Регулаторни оквир и модели аутомобила који сами возе	1371
ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ	
<i>Младен Н. Бркић, студент докторских студија</i>	
Фактичка експропријација на подручју града Новог Сада	1393
<i>Жељко С. Кршић, студент докторских студија</i>	
Скраћени кривични поступци у Босни и Херцеговини	1411
ПРИКАЗ КЊИГЕ	
<i>Др Слободан П. Орловић, редовни професор</i>	
Дарко Симовић, Владан Петров: „Уставно право“	1435

TABLE OF CONTENTS

<i>Rodoljub M. Etinski, Ph.D., Full Professor</i> A Critical Review of Interpretation of Articles III and XX of the Gatt 1994	819
<i>Predrag P. Jovanović, Ph.D., Full Professor</i> <i>Darko M. Božićić, Assistant</i> Employee's Right to Privacy as an Essential Part of Decent Work	855
<i>Gordana B. Kovaček Stanić, Ph.D., Full Professor</i> <i>Sandra O. Samardžić, Assistant with Ph.D.</i> Criteria for Deciding on the Exercise of Parental Rights after Divorce in Theory and Practice	869
<i>Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor</i> <i>Vladan M. Mirković, Assistant</i> <i>Nenad P. Radivojević, Assistant</i> Possibilities for Misuses of Virtual Currencies in Money Laundering Process and Financing Terrorism	891
<i>Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor</i> Harmonisation of the Rules on Electronic Commerce and Serbian Law	909
<i>Senad R. Jašarević, Ph.D., Full Professor</i> Labour Law of Serbia in the XX and XI Century	925
<i>Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor</i> <i>Bojan N. Tubić, Ph.D., Assistant Professor</i> <i>Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.</i> Waste Management in the European Union	945
<i>Sreten M. Jugović, Ph.D., Full Professor</i> (In) Effectiveness of the Act on Prevention of Domestic Violence in the Republic of Serbia	961
<i>Zoran R. Radivojević, Ph.D., Full Professor</i> <i>Vesna P. Knežević Predić, Ph.D., Full Professor</i> The Principle of Subsidiarity and its Application in European Union Law	977

<i>Dr. Saša B. Bovan, ordentlicher Professor</i> Die Deutung des Rechts aus der Sicht einer soziologischen Theorie des Urteilsvermögens	991
<i>Maša M. Kulauzov, Ph.D., Associate Professor</i> Complaint According to Provisions of Code of Civil Procedure from 1865	1013
<i>Vladimir Ž. Marjanski, Ph.D., Associate Professor</i> The Type, the Purpose (Goal) and the Ways of Reducing the Share Capital of the Limited Liability Company	1025
<i>Dragutin S. Avramović, Ph.D., Associate Professor</i> <i>Ilija D. Jovanov, Assistant</i> Social Contract as an Authority of Sovereignty – Doctrines from XII until XIV Century	1047
<i>Sandra S. Fišer Šobot, Ph.D., Associate Professor</i> Predatory Pricing as a Type of Exclusionary Abuse of Dominant Position in Case Law of Courts of European Union	1059
<i>Radojica S. Lazić, Ph.D., Associate Professor</i> Cooperation of Security Services of SFRY with Services of other Countries after the Brioni Plenum until the Mid 80s of the 20 th Century	1075
<i>Zoran R. Jovanović, Ph.D., Associate Professor</i> Concept and Classification of Administrative Material Actions – between Theory and Legislation	1097
<i>Darko T. Dimovski, Ph.D., Associate Professor</i> <i>Miomira P. Kostić, Ph.D., Full Professor</i> Proving of Hate Crimes	1113
<i>Aleksandar L. Čudan, Ph.D., Associate Professor</i> <i>Dalibor D. Kekić, Ph.D., Assistant Professor</i> Customs Administration of the Republic of Serbia in the Function of Economic Security	1131
<i>Nataša Lj. Deretić, Ph.D., Assistant Professor</i> <i>Milan M. Milutin, Assistant</i> Drastic Examples of Political Corruption in the Ninetheenth Century Serbia	1145
<i>Attila I. Dudás, Ph.D., Assistant Professor</i> The Evolution of the Legal Framework of Consumer Credits in the European Union	1173
<i>Jelena D. Lepetić, Ph.D., Assistant Professor</i> One Share – One Vote: Time for Change?	1195
<i>Nina V. Kršljanin, Ph.D., Assistant Professor</i> The Serbian Elections Act of 1870: an Assembly's Thoughts on Parliamentary Elections	1217
<i>Srboljub D. Ubiparipović, Ph.D., Assistant Professor</i> Liturgical Elements in the Regulations of the Second Foundation Charter of Monastery Castamonit granted by Count Palatine Radič	1241

<i>Nataša N. Rajić, Assistant with Ph.D.</i> With Dilemma on Restriction Limits of the Medical Data Protection in the Republic of Serbia – Constitutional Aspect	1253
<i>Ivan D. Milić, Assistant with Ph.D.</i> About the Consequences of Violating a Prohibitions imposed with Security Measure .	1269
<i>Željko D. Mirkov, Ph.D., Higher Prosecutorial Assistant</i> The Court Procedure enacted by Dusan's Code – Evidence and Position of the Defendant	1283
<i>Živorad M. Rašević, Ph.D.</i> Non-Discrimination in the Draft of the Serbian Civil Code	1297
<i>Ratko S. Radošević, Assistant</i> Providing of Public Services in the Field of Biomedicine	1317
<i>Nikolina B. Mišćević, Assistant</i> Die Aktivlegitimation zur Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners: Die Zeit der Entstehung der Forderung	1333
SECTION FOR FOREIGN AUTHORS	
<i>Henriett J. Rab, Ph.D., Associate Professor</i> <i>Bianka T. Sütő, Ph.D., Student</i> The Economic Aspect of the Responsibility of Executive Employees	1353
<i>Ágnes B. Juhász, Ph.D., Assistant Professor</i> The Regulatory Framework and Models of Self-driving Cars	1371
SECTION FOR STUDENTS	
<i>Mladen N. Brkić, Ph.D., Student</i> Actual (<i>de facto</i>) Expropriation on the Area of the City of Novi Sad	1393
<i>Željko S. Kršić, Student der Doktorstudien</i> Verkürzte Strafverfahren in Bosnien und Herzegowina	1411
BOOK REVIEW	
<i>Slobodan P. Orlović, Ph.D., Full Professor</i> Darko Simović, Vladan Petrov: „Ustavno pravo“	1435

*Rodoljub M. Etinski, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
R.Etinski@pf.uns.ac.rs*

A CRITICAL REVIEW OF INTERPRETATION OF ARTICLES III AND XX OF THE GATT 1994

Abstract: *Textual interpretation is the prevailing mode of interpretation. Significant exceptions exist. The choice of means of interpretation and the different weight attributed to them can shape the outcome of interpretation. Different means applied to the same term can sometimes create different clarifications. Moving decisive significance from one to another means can occasionally change the outcome of interpretation. There are many factors that determine the choice and weight of the means of interpretation. The spirit, as originates from the object and purpose of the GATT 1994, might be in the background of all of them. The interpretation does not operate without certain inconsistencies and difficulties.*

Keywords: *interpretation, the GATT 1994, national treatments, exceptions.*

1. INTRODUCTION

The text is focused on the interpretation of Articles III and XX of the 1994 General Agreement on Tariffs and Trade (hereinafter: the GATT 1994).¹ Article III secures national treatment of imported products regarding internal taxation and non-fiscal regulation. Article XX allows certain general exceptions of substantive provisions of the GATT 1994. The analysis of interpretation of Article III is limited to paragraphs 2 and 4. Paragraph 2 relates to fiscal measures. Paragraph 4 governs non-fiscal regulation. The two Articles are chosen due to the characteristics of their provisions that may be relevant for the choice of means of interpretation.²

¹ This research has been rendered in the framework of the research project “Legal Tradition and New Legal Challenges” financed by Novi Sad Faculty of Law.

² Andreas Sennekamp, Isabelle Van Damme, A Practical Perspective on Treaty Interpretation: The Court of Justice of the European Union and the WTO Dispute Settlement System, *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 3/2014, 499.

The analysis is constrained to a small number of provisions, but it intends to undertake a thorough exploration. It appears, however, that most disputes relate to these very provisions.

The interpretation might be defined as collating legal information from relevant sources to reply to questions that the parties submitted to the panels and the Appellate Body.³ There is a main question or a few main questions relating to the compatibility of a national provision with the provisions of the GATT 1994. The main question is usually disassembled during the process of interpretation in more specific questions. Thus, for example, in *US – Gasoline* the question submitted to the Panel was whether some provisions of the Clean Air Act were compatible with, *inter alia*, Article III:4 and Article XX (b), (d) and (g) of the GATT 1994? An answer to the main question required replies to more specific questions, such as whether imported gasoline and domestic gasoline were like products,⁴ and whether no less favourable treatment must be provided regarding the products or regarding the producers of the products.⁵

Usually, interpretation is defined as a clarification of the meaning of a provision. Also, usually, the clarification serves in the resolution of a dispute. However, looking at Article 3 (2) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (hereinafter: the Understanding on Rules and Procedures) and at the interpretative practice of the DSB, it can be observed that the Appellate Body does not interpret a provision exclusively to resolve a dispute, but also to deliver a clarification as the building element of the “GATT acquis.”⁶

Interpretation of the GATT and other covered agreements has attracted attention of the writers.⁷ J. Klabbers argues that interpretation is a political act which

³ Rodoljub Etinski, Means of Interpretation of International Treaties and Determinants of Their Significance, *Proceedings of Novi Sad Faculty of Law* 4/2017, 1182.

⁴ Panel Report, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/R, 29 January 1996 (*US – Gasoline*), para. 6.7.

⁵ *Ibid.*, para. 6.11.

⁶ P. Lamy, Place of the WTO and its Law in the International Legal Order, *European Journal of International Law* 5/ 2007, 972.

⁷ Jan Klabbers, On Rationalism in Politics: Interpretation of Treaties and the World Trade Organization, *Nordic Journal of International Law*, 2005, 405 – 428; Bradley J. Condon, Lost in Translation: Plurilingual interpretation of WTO Law, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, No. 1 (2010), 191 – 216; Bryan Mercurio, Mitali Tyagi, Treaty Interpretation in WTO Dispute Settlement: The Outstanding Question of the Legality of Local Working Requirements, *Minnesota Journal of International Law*, 2010, 275 – 326; Isabelle Van Damme, Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body, *The European Journal of International Law*, 3/2010, 605 – 648; Riccardo Pavoni, Mutual Supportiveness of Interpretation and Law-Making: A Watershed for the ‘WTO-and-Competing – Regimes’ Debate, *The European Journal of International Law*, 3/2010, 649 – 679; Gregory Shaffer; Joel Trachtman, Interpretation and Institutional Choice at the WTO, *Virginia Journal of International Law*, 2011, 103 – 153; George Nolte, Subsequent Practice as a Means of Interpretation in the Jurisprudence of the WTO Appellate Body, in *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, ed. E. Cannizzaro, Oxford, 2011, 138 – 144; Chang-fa Lo, The

cannot be tamed by strict rules of interpretation. He asserts: “whoever controls the interpretation of a treaty controls the scope of rights and obligations.”⁸ According to two other authors, the DSB was created to “judicialize dispute resolution, making it rules-based rather than controlled by politics.”⁹ The two different opinions are not necessary irreconcilable. However, it is very probable that the WTO Members would like to know what they can expect from the DSB. Unpredictability and uncertainty are enemies of international trade.

There is a large scale of factors that can determine the interpretative practice of courts and tribunals. J. Pauwelyn and M. Elsig suggested that the interpretative choices are determined by the interaction of two variables: “*interpretation space* that is made available to a tribunal” and “*interpretation incentives* defined as intrinsic motivations of a tribunal’s members”.¹⁰ An interpretative space includes specific directions on interpretation in a treaty; “clarity and precision of obligations”; legal and factual potentials of the parties concerning interpretation etc. Under “interpretation incentives” the authors comprehend institutional features, like permanency of a tribunal, audience of interpretation, personal hermeneutical ideology of judges, acquiring by a tribunal of status of “a reputation as a legitimate platform” etc.¹¹

By comparing institutional circumstances of the European Court of Justice and the DSB, A. Sennekamp and I. Van Damme refer to the size of institution, caseload, the way of handling individual cases, the legal and institutional environment in which the body operates, completeness and precision of treaty provisions and the internal procedure of the body etc.¹²

This critical review of interpretation of the two Articles includes an analysis of the main and exceptional interpretative approaches. It explores how the choice of means of interpretation and the significance attached to them in specific cases determine the outcome of interpretation. Other factors that can shape interpretation are investigated. A possible interpretative deadlock has been noted that might be a consequence of over-interpretation. An odd resolution of the contradiction between the preparatory work and the text is discussed. The text begins by reflecting on certain insufficiencies of the general rules on interpretation of international treaties that leave broad discretion to interpreters. The factors expected

Difference between Treaty Interpretation and Treaty Application and the Possibility to Account for NONWTO Treaties during WTO Treaty Interpretation, *Indian International and Comparative Law Review*, 1/2012, 1 -25.

⁸ J. Klabbbers, *op. cit.*, 426. *supra* note 7.

⁹ A. Sennekamp, I. Van Damme, *op.cit.*, 495. *supra* note 2.

¹⁰ See Joost Pauwelyn, Manfred Elsig, The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations Across International Tribunals, electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1938618>; A. Sennekamp, I. Van Damme, *op.cit.*, 489-507.

¹¹ See J. Pauwelyn, M. Elsig, *op. cit.*; A. Sennekamp, I. Van Damme, *op.cit.*, 489-507.

¹² A. Sennekamp, I. Van Damme, *op. cit.*, 499. *supra* note 2.

to determine the choice and weight of means of interpretation of the two Articles are then presented. The main part of the text continues with a detailed analysis of interpretation of the provisions of the two Articles.

An exploration of the interpretation of Article III:2 and 4 considers the following items: determination of general interpretative approach; importance of the choice of means of interpretation regarding interpretation of the term “like”; significance attributed to various means of interpretation regarding the interpretation of the clause “directly competitive and substitutable products”; the breadth of meaning can be shaped by the combination of means of interpretation; judicial activism in interpretation of the terms “like products”; correct and wrong application of means of interpretation; assessment of facts and interpretation; and interpretative explanations.

An investigation of the interpretation of Article XX includes the following issues: textual interpretation as the basic approach; an excursion beyond textual interpretation regarding interpretation of “exhaustible natural resources”; return to textual approach in interpretation of the chapeau of Article XX; other departures from textual approach and the problem of over-interpretation; the nature of the objective of a provision and interpretation; an odd resolution of the conflict between the preparatory work and the text in interpretation of the clause “arbitrary or unjustifiable discrimination”; and the application of the principle of reasonableness in interpretation of the term “necessary”.

2. INSUFFICIENCIES OF GENERAL RULES ON INTERPRETATION

The main instruction concerning the interpretation of the GATT 1994 and other covered agreements of the WTO is laid down in Article 3 (2) of the Understanding on Rules and Procedures. The second sentence of the Article states that the dispute settlement system of the WTO “serves ... to clarify the existing provisions of those (covered) agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law.” It is generally accepted, and it is also recognized by the panels and the Appellate Body that Articles 31 – 33 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties (hereinafter: the VCLT) reflect customary rules on interpretation of international treaties.¹³

Articles 31 – 33 consists of a set of instructions about sources that have to be consulted and methods that have to be applied for extracting information relevant for replying to a submitted question. Article 31, under the title “General rule

¹³ I. Van Damme, *op. cit.*, 608. *supra* note 7. See there a list of cases where the Appellate Body confirmed that Articles 31 – 33 of the VCLT expresses customary rules. G. Shaffer; J. Trachtman, *op. cit.*, 114- 118. *supra* note 7.

on interpretation” determines in an exhaustive way the sources that have to be consulted and the methods that have to be applied. Article 32, under the title “Supplementary means of interpretation,” indicates in an exemplary way some supplementary means of interpretation and defines conditions under which they can be utilized. Article 33 is dedicated to differences that can appear between various linguistic versions of a treaty.

Article 31 of the VCLT indicates thus the sources and the methods which have to be used for obtaining information for answering a question. The sources include: the text of a provisions of a treaty; the text of the treaty as whole, including the preamble and annexes; other agreements or unilateral acts rendered at the time of the conclusion of the treaty and which related to the treaty; subsequent agreements on the application and interpretation of a treaty; subsequent practice in application of the treaty that reflects uniform understanding of all parties; and other relevant rules of international law applicable between parties. The methods cover the principle of good faith; attributing an ordinary meaning to a term; establishing the meaning in the context and in light of object and purpose of the treaty; and ascribing a specific meaning to a term if parties intended that. The principle of good faith is complex and includes other principles as the principle of effectiveness and the principle of reasonableness. The principle of effectiveness appears in two variants. The first requires that interpretation has to be performed in a way to enable fulfillment of purposes intended by the parties. The second, known as *l'effet utile*, asks that all terms in the text have to be taken into account in interpretation. The indicated sources and methods can be marked under the common name “means of interpretation”. Article 32 enumerates the preparatory work (*travaux préparatoires*) and the circumstances of the conclusion of a treaty as a supplementary means and leaves the list of supplementary means open.

Articles 31 and 32 of the VCLT are composed by the International Law Commission (hereinafter: the ILC) in a way to harmonize three basic interpretative approaches: textual, intentional and teleological. The textual and intentional approaches see interpretation as giving effect to the intention of the parties, but they differ in respect to the question as to where to search for intention.¹⁴ The textual approach takes the text of a treaty as the main source of information on the intention of the parties. The intentional approach is equally ready to consult other sources beyond the text. By emphasizing the object and purpose of a treaty, the teleological approach connects textual and intentional approaches.

Articles 31 and 32 determine some means of interpretation, but they do not inform in relation to the modes of their application, or in other words how these

¹⁴ See about these approaches by Sir Gerald Fitzmaurice, The Law and Procedures of the International Court of Justice 1951 – 4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points, *The British Yearbook of International law*, 1957, 204 – 209.

means have to be applied. Information that can be derivate from the text of Articles 31 and 32 and the preparatory work are not enough to answer all questions relating to the process of interpretation. When there are more available means of interpretation, which then have to be applied? All or some of them? When more means are applied and when they extend contrary information relevant for a reply to the question, how to resolve the problem? These issues are important, and it will be shown later in the text that they can determine the outcome of interpretation.

The preparatory work, that is the texts of the ILC provide some information. The text of Article 31 is structured in four paragraphs. Replying to the comments of the States in 1966, the ILC explained that the four paragraphs structure did not indicate a hierarchical order of means of interpretation and that all of them had to be used so that an interaction among them lead to a legal interpretation.¹⁵ The ILC states that “[A]ll the various elements, as they were present in any given case, would be thrown into the crucible, and their interaction would give the legally relevant interpretation.”¹⁶ However, it is not of great help for resolving a disharmony of opposite information flowing from two means of interpretation. When conflicting information coming from two means cannot be reconciled, how to resolve the disharmony, to which of them to give priority? Whether the object and purpose of a treaty should have a decisive role as it is foreseen by Article 33 (4) for the case of linguistic difference? The conditions for application of supplementary means of interpretation, as they are formulated in Article 32, imply certain supremacy of means indicated in Article 31.¹⁷ However, the ILC noted that means from Article 31 and means from Article 32 have not been divided by a rigid line.¹⁸

That open issue is not the only problem that burdens interpretation of international treaties. Usually, the international courts and arbitral tribunals do not follow the recommendation of the ILC to consult all available sources and to apply all methods as they are indicated in Article 31. The courts and tribunals usually choose and apply some means of interpretation, they do not apply all available means. In the case of conflict between two means, they can give priority to one of them by their own choice. Thus, an outcome of interpretation depends more on the choices made by the court rather than of the rules on interpretation. Behaving in such a way, judges provide themselves with great discretion in process and they can make decision that are dressed in the cloth of rules of interpretation, but which are motivated

¹⁵ Report of the ILC on the work of its eighteenth session, Geneva, 4 May – 19 June 1966, *The Yearbook of International Law Commission* 2/1966, 219, para 8. See about the work of the ILC on codification of the rules by Rodoljub Etinski, Means of Interpretation and Their Interrelationship, *Proceeding of Novi Sad Faculty of Law*, 1/2016, 9 – 36.

¹⁶ Report of the ILC, *op. cit.*, 219, para. 8. *supra* note 15.

¹⁷ Ulf Linderfalk, Is the Hierarchical Structure of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention Real or Not? Interpreting the Rules of Interpretation, *Netherlands International Law Review*, 2007, 133 – 154.

¹⁸ Report of the ILC, *op. cit.*, 210, para. 10. *supra* note 15.

by other factors.¹⁹ It will be seen later in the text that members of the panels and the Appellate Body make choices that determine results of interpretation.

In the last few years, the ILC has taken some steps forward regarding these issues. Exploring subsequent agreements on the application or interpretation of a treaty and subsequent practice in the application of a treaty since 2014, the ILC has come back to the issue of the relationship of the means of interpretation. The ILC states now that the interpretation has to be performed “as a single combined operation, which places appropriate emphasis on the various means of interpretation”.²⁰ According to the ILC, an interpreter is not free to choose how to use different means of interpretation, but is expected to ascertain the relevance of different means in a specific case by weighing them in good faith and thus establishing their mutual interaction.²¹ An interpreter is advised by the ILC that in the assessment of relevance and weight of a particular means to follow previous practice in the same or of another area.

3. THE FACTORS EXPECTED TO DETERMINE THE CHOICE AND WEIGHT OF MEANS OF INTERPRETATION OF THE GATT 1994 AND IN PARTICULAR ARTICLE III: 2 AND 4 AND ARTICLE XX

There are several factors that can be expected to influence the choice and weight of means of interpretation. The first among them is Article 3 (2) of the Understanding on Rules and Procedures. The first sentence of the Article states that: “The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system”. No doubt the provisions directs toward sources that are conducive to predictability, such as the text of Articles, the text of GATT 1994 as whole, case law and methods such as the ordinary meaning and the context. Other sources, such as practice in the application of the GATT 1994, the relevant rules of international law applicable between the parties or comparative international practice leave broader interpretative space and decrease predictability in interpretation. It will be shown later in the text that the Appellate Body has established the concept of certainty and predictability as a controller of interpretation.

The third sentence of Article 3 (2) of the Understanding on Rules and Procedures is also of determinative value and reads: “[R]ecommendations and rulings

¹⁹ H. Lauterpacht, Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties, *British Yearbook of International Law*, 1949, 53. Andrea Bianchi, The Game of Interpretation in International Law in A. Bianchi, D. Peat and M. Windsor, (eds.) *Interpretation in International Law*, 2015, 44. J. Pauwelyn, M. Elsig, *op. cit. supra* note 10.

²⁰ Report of the International Law Commission 2016, 120, para. 16.

²¹ *Ibid.*, 131, para. 15.

of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements”. Such a sentence makes almost inconceivable an interpretative approach, used for example by the European Court of Human Rights that considers the subsequent practice of the parties in the application of the Convention or worldwide trends to determine a scope of rights and freedoms.²² However, it will be presented later in the text that the nature of some provisions of Article XX require a similar interpretative approach.

The same message has been sent by Article IX:2 of the Agreement establishing the World Trade Organization (hereinafter: the WTO Agreement). It states that the Ministerial Conference shall adopt a decision on the interpretation of the covered agreements by a three-fourths majority of the Members and that the interpretation shall not be used to undermine the amendment procedure in Article X. The general rule of voting requires that the majority of votes be cast. By requiring a qualified majority and by warning that the procedure of interpretation should not be misused for amending the covered agreement, the Members inform that they expect strict textual interpretation. Thus, judicial activism in interpretation is not expected. Again, the later text shows that judicial activism is not absent in interpretation of some terms.

There is an occasion where the Members expressed their tolerance for a kind of much looser interpretation. Article 17 (6) (ii) of the Anti-Dumping Agreement states: “where the panel finds that a relevant provision of the Agreement admits of more than one permissible interpretation, the panel shall find the authorities’ measure to be in conformity with the Agreement if it rests upon one of those permissible interpretations”. The strict textual interpretation can result in two different interpretations, as it is visible in many cases when the Appellate Body corrects an interpretation of the panel. However, the text of Article 17 (6) (ii) of the Anti-Dumping Agreement induces the panel to see whether there are more permissible interpretations. It is not the case with interpretation of other provisions.

The next factor that can influence the choice of means of interpretation is the procedure of dispute settlement. The panel sends the interim report to the parties which comment on it and the panel replies to the comments. The effect of that procedural step to interpretation has become evident very early. Commenting on the interim report, which the Panel sent to the parties in *US – Gasoline*, the United States objects, inter alia, that the Panel uses specific terms which do not appear in the text of provisions of Article XX (b) and (d). The Panel accepts the objection and revises corresponding paragraphs of the Report.²³ Obviously, eventual interpretative excursions of the panel beyond the terms used in a provision

²² See such interpretative approach in *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, App. no. 18030/11, Judgment of 8 November 2016., para 125, or in *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, App. no. 28957/95, Judgment of 11 July 2002, para. 74.

²³ Panel Report, *US – Gasoline*, paras. 5.3, 5.4.

can face objections of the parties. It is a factor that can stimulate the panel to adhere strictly to the text. The report of the panel, including interpretation, can be revised by the Appellate Body. That is one of the reasons why interpretative findings of the Appellate Body has become interpretative guidance for the panels.

Article III:2 and 4 secures national treatment regarding fiscal regulation and other regulations. Article XX provides the general exceptions. They differ by their objects. The substance of Article III: 2 and 4 is a comparison of treatment of imported and domestic products. By its subject-matter it is limited to international trade law. Article XX allows general exceptions from other substantive provisions of the GATT 1994 for satisfaction of some non-trading needs, like protection of public morals, life and health, exhaustible natural resources etc. Thus, the Article goes beyond international trade law and touches other legal fields like environmental law. It might be expected that interpretation of Article III: 2 and 4 remains in the domain of strict textual interpretation and that the interpretation of Article XX involves sources and methods beyond strict textual interpretation.

Having in view that the subject-matter of interpretation remains the same, it can be expected that over time the importance of case law or the “GATT acquis,” increases.

4. MEANS AND MODES OF INTERPRETATION OF ARTICLE III:2 AND 4

4.1. A textual interpretation as the general approach

Article III of GATT 1994, under the title “National Treatment on Internal Taxation and Regulation” consists of 10 paragraphs. The first paragraph expresses the general principle of national treatment. The second paragraph is dedicated to internal taxes and other fiscal regulation and the fourth paragraph is related to internal non-fiscal regulation. The purpose of the Article is to secure equal fiscal and non-fiscal treatment for imported and domestic products.

Early in 1996, the Appellate Body in *Japan – Alcoholic Beverage II*, one among the first cases under the GATT 1994 in 1996, defined the general interpretative approach in the following way: “The terms of Article III must be given their ordinary meaning -- in their context and in the light of the overall object and purpose of the WTO Agreement. Thus, the words actually used in the Article provide the basis for an interpretation that must give meaning and effect to all its terms. The proper interpretation of the Article is, first of all, a textual interpretation.”²⁴

²⁴ Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R, 4 October 1996, (*Japan – Alcoholic Beverages II*), p. 17, f. 39, p. 24, f. 52. Panel Report, *India –*

The textual interpretation, as defined in the quoted passage above, relies on the words actually used and the methods of ordinary meaning, context, object and purpose of the WTO Agreement and *l'effet utile*. The interpretative practice related to Article III:2 and 4 shows that the sources of information, which the panels and the Appellate Body have normally utilized, are the text of the Article, the interpretative Note attached to the Article and case law. In a small number of cases the WTO Agreement was consulted. Other sources, such as negotiating history²⁵ or comparative practice²⁶ have been employed only in exception.

The interpretative note attached to Article III, titled as the Note *Ad* Article III, or just *Ad* Article III, plays an important role in the interpretation of the Article. It has qualified some terms in the text of Article III. Thus, the terms “imported or domestic products” in the second sentence of Article III:2 have been specified by a requirement in paragraph 2 of Note *Ad* Article III that they have to be “directly competitive or substitutable products”. The Appellate Body observes that provisions of the Article and “the accompanying *Ad* Article have equivalent legal status in that both are treaty language which was negotiated and agreed at the same time.”²⁷ The interpretative notes are annexes to the GATT and Article XXXIV of the GATT determines them to be an integral part of the Agreement.

The Panels and the Appellate Body operate various methods to find information relevant for answers in the numbered texts. They use the ordinary meaning method²⁸ and dictionaries²⁹ to establish the ordinary meaning, the context of a provision,³⁰

Measures Affecting the Automotive Sector, WT/DS 146, 175/ R, 21 December 2001, (*India – Autos*), para. 7.169.

²⁵ Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, p. 17. Panel Report, *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS 75, 84/ R, 17 September 1998, (*Korea – Alcoholic Beverages*), paras. 10.38, 10.39.

²⁶ Panel Report, *Korea – Alcoholic Beverages*, para. 10.81.

²⁷ Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, p. 24. Panel Report, *Korea – Alcoholic Beverages*, f. 346. Panel Report, *Chile – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS 87, 110/ R, 15 June 1999 (*Chile – Alcoholic Beverages*), f. 349.

²⁸ Appellate Body Report, *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS 75, 84/ AB/R, 18 January 1998, (*Korea – Alcoholic Beverages*), para. 114. Panel Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS 8, 10, 11/R, 11 July 1996, (*Japan – Alcoholic Beverages II*), para. 6.28. Panel Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS 142/ R, 11 February 2000, (*Canada – Autos*), paras. 10.80, 10.107. Panel Report, *US – Gasoline*, para. 6.12. Panel Report, *India – Autos*, para. 7.181.

²⁹ Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996, (*US – Gasoline*) p. 20, f. 40, 41. Appellate Body Report, (*Korea – Alcoholic Beverages*), p. 25, f. 67, p. 32, f. 89, 90. Panel Report, (*India – Autos*), para. 7.181. Panel Report, *Canada – Autos*, para. 10.107, f. 857.

³⁰ Appellate Body Reports, *Korea – Alcoholic Beverages*, paras. 116, 117, *Japan – Alcoholic Beverages II*, pp. 18, 24. Panel Report, *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R, 19 December 2000 (*Argentina – Hides and Leather*), paras. 11.169. Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting*

the object and purpose of the WTO Agreement,³¹ the object of the GATT 1994,³² purpose of the Article,³³ object and purpose of the first sentence of Article III:2.³⁴ The principle of effectiveness,³⁵ the consistency with case law under GATT 1947 and under GATT 1994³⁶ and the grammatical method³⁷ are also applied.

Strict adherence to the text is visible in the first step of the application. The first step frequently consists of the disassembling of the text of a paragraph by separating its main elements. Thus, for example, in *EC – Seal Products* the Appellate Body quotes Article III:4³⁸ and then splits the text in to three separate elements.³⁹

4.2. The importance of the choice of means of interpretation regarding an interpretation of the term “like”

The importance of the choice of means of interpretation is obvious in the interpretation of the term “like” in Article III:4 in *US – Gasoline* and later cases. The term appears in paragraphs 2 and 4 of Article III. The application of different

Asbestos and Asbestos-Containing Asbestos Products Asbestos, WT/DS135/AB/R, 12 March 2001. (*EC – Asbestos*), para. 94. Panel Report, *India – Autos*, paras. 7.155, 7.170, f. 383. Panel Report, *Canada – Autos*, para. 10.107. Appellate Body Report, *EC – Seal Products*, para. 5.114. Panel Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, para. 6.20.

³¹ Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, pp. 17, 18.

³² *Ibid.*, p. 25.

³³ Appellate Body Reports, *Korea – Alcoholic Beverages*, para. 119, *Japan – Alcoholic Beverages II*, p. 16.

³⁴ Appellate Body Reports, *Japan – Alcoholic Beverages II*, p. 19, *Korea – Alcoholic Beverages*, para. 44. Panel Report, *Argentina – Hides and Leather*, para. 11.182

³⁵ Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, p. 18. Panel Report, *Brazil – Taxation*, para. 7.63.

³⁶ Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, p. 20. f. 46. Panel Report, *US – Gasoline*, para. 6.8. Panel Report, *Korea – Measures Affecting Imports Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161, 169/R 31 July 2000, (*Korea – Various Measures on Beef*), paras. 623 – 626. Panel Report, *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R, 31 March 1998, (*Japan – Film*), paras. 10.374 – 10.376. Panel Report, *Canada – Autos*, paras. 10.106-10.107.

³⁷ Appellate Body Report, *Korea – Alcoholic Beverages*, para. 117.

³⁸ Article III: 4 reads: “The products of the territory of any Member imported into the territory of any other Member shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use...” Appellate Body Report, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*. WT/DS400, 401/AB/R, 22 May 2014 (*EC – Seal Products*), para. 5.98.

³⁹ It has been done in the following way: “There are three elements that must be demonstrated to establish that a measure is inconsistent with Article III:4: (i) that the imported and domestic products are ‘like products’; (ii) that the measure at issue is a ‘law, regulation, or requirement affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution, or use’ of the products at issue; and (iii) that the treatment accorded to imported products is ‘less favourable’ than that accorded to like domestic products.” *Ibid.*, para 5.99.

means has resulted in different meanings. In *US – Gasoline* the Panel refers to Article 31 of the VCLT and cites its first paragraph.⁴⁰ It applies also Article 31 (3, b) of the VCLT. Relying on the first paragraph of Article 31, the Panel determines ordinary meaning of the term “like,” which is “similar” or “identical”.⁴¹ The practice of the contracting parties in the application of the GATT 1947, as a means of interpretation defined in Article 31 (3, b) of the VCLT, has been invoked. The 1970 *Working Party Report on Border Tax Adjustments*, established by the Council of Ministers in 1968, investigates the practice of the contracting parties. The Panel treats the Report as the practice of the contracting parties in the application of the GATT 1947. The Report was adopted by the contracting parties. The Panel remarks that various criteria of likeness have been used by the panels in previous cases and that the Report summarizes them. In fact, the Report informs that the interpretation of the term “like and similar products” that appears sixteen times in the GATT was seriously discussed by the contracting parties, but no improvement of the term has been achieved. The Working Party concludes that problems of interpretation of the term have to be examined on a case – by – case basis and suggests some criteria of likeness. The Panel notes that these criteria are applied in the 1987 *Japan Alcohol* case where the panel interprets the terms “like products” in Article III:2, first sentence.⁴² Accordingly, the Panel employs the ordinary meaning method, case law and the Working Party Report, qualified by the Panel as the subsequent practice of the contracting parties in the application of the GATT 1947, to clarify the meaning of the term “like” in Article III:4. Thus, the Panel arrives at conclusion that the same criteria are applicable to the establishment of likeness in both paragraphs of Article III.⁴³

Later, another interpretation has been developed.⁴⁴ A particularly exhaustive different interpretation is made in *EC – Asbestos* by the Appellate Body.⁴⁵ The dictionary is used for establishing ordinary meaning.⁴⁶ The three authentic linguistic versions – the English, French and Spanish – are compared.⁴⁷ The Appellate Body has already observed shortages of dictionary meanings⁴⁸ and it repeats the observation.⁴⁹

⁴⁰ Panel Report, *US – Gasoline*, para. 6.7.

⁴¹ *Ibid.*, para. 6.8.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Panel Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, para. 6.20. Panel Report, *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS371/R, 15 November 2010 (*Thailand – Cigarettes (Philippines)*), para. 7.662.

⁴⁵ Appellate Body Report, *EC – Asbestos*, paras. 89–99.

⁴⁶ *Ibid.*, para. 90.

⁴⁷ *Ibid.*, para. 91.

⁴⁸ Appellate Body Report, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, adopted 20 August 1999, para. 153.

⁴⁹ Appellate Body Report, *EC – Asbestos*, para. 92.

The context of Article III:4 and the relationship between the first and second paragraphs in Article III are distinguished as especially relevant.⁵⁰ Article III:2 relates to fiscal regulation and covers two groups of products: “like products” in the first sentence, and “directly competitive or substitutable products,” in the second sentence. Article III:4 governs non-fiscal measures and refers only to “like products.” This difference in respect of range of products will be of key importance in the interpretation.

Having in view that the same term is used in the same Article, the Appellate Body recognizes that it might have the same meaning in both paragraphs. However, the Appellate Body reminds that the paragraphs of Article III, including the second and the fourth paragraph have been seen in a previous case as an expression of the general principle of national treatment as it is stated in the first paragraph. Thus, “the ‘general principle’ set forth in Article III:1 ‘informs’ the rest of Article III and acts ‘as a guide to understanding and interpreting the specific obligations contained’ in the other paragraphs of Article III, including paragraph 4”.⁵¹ The Appellate Body informs, also, about the purpose of Article III, which has been already defined in a previous case as equal competitive conditions for imported and domestic products. That implies equal protection of imported products in respect to fiscal and non-fiscal measures. Thus, the “particular contextual significance” of Article III:1 in interpretation of Article III:4 is manifesting in the logical expectation of an equal scope of application of the general principle in the second and the fourth paragraph, it is in an equal scope of products subject to fiscal and non-fiscal measures in the two paragraphs. Accordingly, the meaning of “like products” in Article III:4 includes the meaning of “like products” in the first sentence of Article III:2 and the meaning of “directly competitive or substitutable products” in the second sentence of Article III:2.⁵² Consequently, the scale of criteria of like products in Article III:4 is broader than that concerning only Article III:2, first sentence. Thus, the interpretation, given in *US – Gasoline*, according to which the same criteria are applicable to likeness of products in paragraphs two and four is not a complete one.

A different outcome of two interpretations of the term “like” in Article III:4 is the consequence of the application of different means. The Panel in *US – Gasoline* did not consider the issue in the context. It looked at the ordinary meaning, but beyond the context of the provision. The Appellate Body in later cases put “particular contextual significance” of Article III:1 in interpretation of Article III:4. It resulted in a different interpretation.

It is not easy to see what factors in the two cases – *US – Gasoline* and *EC – Asbestos* – determined the choice of different means of interpretation. It might

⁵⁰ *Ibid.*, para. 93.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*, paras. 98-99.

be the facts of the cases. In *US – Gasoline* imported and domestic gasoline were like products also in the sense of the narrow criteria of Article III:2, first sentence. In *EC – Asbestos* it was not so clear that asbestos panels and non-asbestos panels are like products. Paradoxically enough, the Panel in *EC – Asbestos*, applying the narrow meaning of “like products,” finds that asbestos and non-asbestos panels are like products. While applying a broader meaning of like products, the Appellate Body concludes that they are not like products. According to the Appellate Body, the Panel errs concerning the mode of examination of the criteria of likeness of the products. One of the criteria of likeness – “physical properties” – is not investigated separately, but together with other criteria.⁵³ Also, the Panel is wrong in excluding the health risk from the examination of the physical properties of the product.⁵⁴ However, for correction of these mistakes, it has not been necessary to broaden the meaning of “like products” in Article III:4. The new interpretation might be provoked by the argument of the European Communities that “under Article III:4, products should not be regarded as ‘like’ unless the regulatory distinction drawn between them ‘entails [a] shift in the competitive opportunities’ in favour of domestic products.”⁵⁵ “The competitive opportunities” are connected with Article III:2, second sentence. Another Appellate Body might reply that it will not consider the argument since, having in view mistakes of the Panel concerning the mode of application of the criteria of likeness and concerning relevance of the health risk, the argument is not relevant for decision. Probably, Article 3 (2) of the Understanding on Rules and Procedures excludes such a reply because a clarification of the provisions is indicated as the purpose of the dispute settlement system. The task of the Appellate Body is not just to resolve a dispute, but it is also to clarify a provision.

4.3. The significance attributed to various means of interpretation regarding an interpretation of the clause “directly competitive and substitutable products”

An illustration of importance of the weight which is attributed to means of interpretation for the outcome of interpretation may be found in an interpretation of the words “directly competitive and substitutable products,” originated in the second paragraph of Note *Ad* Article III and transplanted in the second sentence of Article III:2. The second sentence of Article III:2 extends the anti-discriminatory effect of the first sentence by its content and by the range of products. It states that “no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles

⁵³ Appellate Body Report, *EC – Asbestos*, para. 111.

⁵⁴ *Ibid.*, para. 116.

⁵⁵ *Ibid.*, para. 86.

set forth in paragraph 1”. Paragraph 2 of Note *Ad Article III* qualifies the relationship between imported and domestic products by explaining that the second sentence of Article III:2 has to be applied to cases “where competition was involved between, on the one hand, the taxed product and, on the other hand, a directly competitive or substitutable product which was not similarly taxed”. The words “directly competitive or substitutable product” are interpreted in the *Japan – Alcoholic Beverages II* case and in the *Korea – Alcoholic Beverages* case. Almost the same means are applied, but the results are different.

The Panel in *Japan – Alcoholic Beverages II* applies the principle of “effective treaty interpretation”⁵⁶ to make distinction between “like” and “directly competitive and substitutable products.” It considers the disputed words in the context, that is in connection with other text found in Note *Ad Article III*⁵⁷ and the Panel refers to the ordinary meaning of the terms “directly competitive and substitutable products”.⁵⁸ In the same case, the Appellate Body considered the issue in the light of the object of the GATT 1994, that is in light of the fact that the GATT 1994 is a commercial agreement and the WTO is oriented to markets.⁵⁹ Applying these methods they established that the decisive criterion whether “two products are directly competitive or substitutable is whether they have common end-uses, *inter alia*, as shown by elasticity of substitution”⁶⁰ and, in connection with that, the responsiveness of consumers to various products offered at the market.⁶¹

In *Korea – Alcoholic Beverages* the Appellate Body employs the ordinary meaning of the terms, the context, the object and purpose, case law and grammatical analysis to interpret the same words “directly competitive or substitutable”.⁶² The context is used as a legal context and as a factual context (“the context of the competitive relationship is necessary marketplace...”) ⁶³ The grammatical method was engaged for rejecting the grammatical argument of Korea. The wording of the phrase implies, according to the Appellate Body, “that the competitive relationship between products is *not* to be analyzed exclusively by reference to current consumer preferences.”⁶⁴ The Appellate Body states that “the word ‘substitutable’ indicates that the requisite relationship *may* exist between products that are not, at a given moment, considered by consumers to be substitutes but which are, nonetheless, *capable* of being substituted for one another.”⁶⁵

⁵⁶ Panel Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, para. 6.22.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*, 6.28.

⁵⁹ Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, p. 25.

⁶⁰ Panel Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, para. 6.22.

⁶¹ *Ibid.*, para. 6.28.

⁶² Appellate Body Report, *Korea – Alcoholic Beverages*, paras. 114, 117 – 120.

⁶³ *Ibid.*, para. 114.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

Thus, the interpretation in *Korea – Alcoholic Beverages* goes beyond the existing circumstances of a particular market. The difference is caused by the fact that the Appellate Body attributes decisive weight to the ordinary meaning in *Korea – Alcoholic Beverages* and in particular to the ordinary meaning of the word “substitutable”. In *Japan – Alcoholic Beverages II* the focus is on the context of the provision, it is on the text of Note *Ad* Article III that refers to the market’s circumstances. The Panel indeed mentions the ordinary meaning but did not establish the ordinary meaning of the disputed words. It was primarily guided by the words of the context “where competition exists” and concluded that “competition exists by definition on markets.”⁶⁶

The second interpretation is the reply of the Appellate Body to the argument of Korea that the Panel pursues “an unacceptably broad and speculative approach to the role of potential competition” contrary to the wording, context and object and purpose of Article III:2, second sentence.⁶⁷ The Appellate Body finds that the argument is not sustainable. The Panel in *Korea – Alcoholic Beverages* did not base its decision on potential competition but on present direct competition.⁶⁸ It was enough to rebut the argument, but the Appellate Body has clarified the meaning of the clause.

4.4. Breadth of meaning can be shaped by the combination of means of interpretation

The acceptance of strict, literal meaning or broader meaning can depend on the combination of various means of interpretation. It is visible in the two following cases. In *US – Gasoline* the Panel finds that the concept of stability and certainty requires the acceptance of a strict, literal interpretation. Since the wording of Article III:4 imposes a comparison of the treatment of imported and domestic products, the Panel rejects a broader interpretation according to which the Article includes also a comparison of effects of the treatment to foreign and domestic producers. The Panel gives two arguments. The broader interpretation is contrary to the ordinary meaning of terms of Article III:4. And second, the broader interpretation would induce instability and uncertainty and that would be inconsistent with the object and purpose of Article III.⁶⁹ The Panel combines the concept of stability and certainty with the object and purpose of the Article and arrives at a strict literal interpretation.

Applying the principle of effectiveness in *Brazil – Taxation*, the Panel comes to the opposite outcome. It sees the language of Article III, including paragraph 4, as a broad and inclusive language which does not exclude a possibility that a

⁶⁶ Panel Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, para. 6.22.

⁶⁷ Appellate Body Report, *Korea – Alcoholic Beverages*, para. 112.

⁶⁸ *Ibid.*, para. 113.

⁶⁹ Panel Report, *US – Gasoline*, para. 6.12.

measure directed at a producer rather than a product affects internal sale, as it is foreseen by Article III:4. The Panel states also that the formalistic approach would make the obligation of national treatment ineffective.⁷⁰ Combining characteristics of the text and the principle of effectiveness the Panel creates a broader meaning.

The comparative facts of the two cases might give good reason for the different combinations of means of interpretation and different outcomes. In *US – Gasoline* the Responded Party tried to justify a different treatment of domestic and imported gasoline by differences between domestic refineries and importers in respect to possession of certain data. In *Brazil – Taxation* the Responded Party claimed that the measure is directed to producers, not to products. However, in both cases domestic and imported products were treated differently and the panels used different means and different interpretations to achieve the same purpose – equal treatment.

4.5. Judicial activism in interpretation of the terms “like products”

Missing reliable sources for collecting information needed for replying to key questions of some generic terms, such as “like products,” pushes the panels and the Appellate Body to judicial reasoning guided by the principle of good faith to answer the questions. The Panel in *US – Gasoline* notes that the various criteria of likeness have previously been applied by the panels under GATT 1947. It quotes the *1970 Working Party Report on Border Tax Adjustments*, a document adopted by the contracting parties, which suggests certain criteria of likeness to be applied on a case-by-case basis.⁷¹ Thus, *1970 Working Party Report* has consolidated the criteria of likeness as had appeared in previous case law as follows: “the product’s end-uses in a given market; consumers’ tastes and habits, which change from country to country; the product’s properties, nature and quality”. The ordinary meaning and the context do not refer to the product’s end-uses or to consumers’ tastes and habits. The panels were probably looking at the object and purpose of the GAAT and came to the mentioned criteria, guided by the principle of good faith and using a little of creativity.

⁷⁰ Panel Report, *Brazil – Taxation*, para. 7.63.

⁷¹ The quoted part of the 1970 Working Party Report reads:

“With regard to the interpretation of the term ‘like or similar products’, which occurs some sixteen times throughout the General Agreement, it was recalled that considerable discussion had taken place . . . but that no further improvement of the term had been achieved. The Working Party concluded that problems arising from the interpretation of the terms should be examined on a case-by-case basis. This would allow a fair assessment in each case of the different elements that constitute a ‘similar’ product. Some criteria were suggested for determining, on a case-by-case basis, whether a product is ‘similar’: the product’s end-uses in a given market; consumers’ tastes and habits, which change from country to country; the product’s properties, nature and quality.” Panel Report, *US – Gasoline*, para. 6.8.

The panels and the Appellate Body under the GATT 1994 have continued to apply criteria that are indicated in the Working Party Report.⁷² It is a unique example of interpretative interaction between the contracting parties and the judicial bodies.

4.6. Correct and incorrect application of means of interpretation

The care by which means of interpretation are applied is not without importance. The issue became obvious concerning a difference between the Panel and the Appellate Body in determination of relevance of the health risk for assessment of likeness of products under Article III:4. The Panel pursues a textual approach and applies the principle of effectiveness. It elaborates on the principle by observing the importance which the Appellate Body attaches to it and by transmitting essential information about the principle and its integration in Article 31 (1) from the 1966 Yearbook of the International Law Commission. The principle requires interpretation which will enable the treaty to produce the appropriate effects.⁷³ The Panel uses two mutually interrelated arguments concerning the principle of effectiveness. According to the first argument the treatment of human health as a criterion of likeness would enable the Member to avoid the standards of Article XX, including the test necessity and the prohibition of discrimination under the chapeau of the Article.⁷⁴ The second argument relates to the (legal normative) economy of the GATT 1994⁷⁵ and, in a version of the Appellate Body, as paraphrased by the Panel, “all these provisions in the WTO Agreement must be given meaning”.⁷⁶ The Panel considers that the introduction a health risk among criteria of likeness would largely deprive Article XX (b) of the effect.⁷⁷ Also, the Panel notes that Article XX (b) covers the protection of human health and life and that Article III does not refer to this.

The Appellate Body uses terms *effet utile* which express one version of the principle of effectiveness, used by the Panel, and argues that the recognition of the health risk as a criterion of likeness under Article III:4 does not deprive Article XX (b) of *effet utile*.⁷⁸ The two Articles are, the Appellate Body remarks, separate and independent provisions of the GATT 1994 and each has to be inter-

⁷² Panel Report, *EC – Asbestos*, para. 8.131 and 8.132. Appellate Body Report, *EC – Asbestos*, para. 101.

⁷³ Panel Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Asbestos Products* *Asbestos*, WT/DS135/R, 18 September 2000, (*EC – Asbestos*), para. 8. 29, f. 22.

⁷⁴ *Ibid.*, para. 8.130.

⁷⁵ *Ibid.*, paras. 8.129, 8.132.

⁷⁶ *Ibid.*, para. 8.130.

⁷⁷ *Ibid.*, para. 8.130.

⁷⁸ Appellate Body Report, *EC – Asbestos*, para 115.

preted on its own. The Appellate Body reminds us that Article XX (b) allows a Member to “adopt and enforce” a measure necessary to protect life and health. Consequently, the Appellate Body observes that the health risk as a criterion of likeness would deprive Article XX (b) of *effet utile* only if it would prevent a Member from adopting and enforcing a measure to achieve the objective.⁷⁹ It really does appear to be the case that the health risk as a criterion of likeness under Article III:4 does not deprive Article XX (b) of its effect. Thus, the interpretative argument of the Panel is not sustainable.

4.7. Assessment of facts and interpretation

An assessment of facts and an interpretation can be closely connected. The issue of relevance of facts in the application of a provision is the issue of interpretation of the provision. Thus, contrary to the opinion of the Panel, the Appellate Body in *EC – Asbestos* finds that the health risk is a physical property relevant for establishing likeness of the products.⁸⁰ The Panel in *Indonesia – Chicken Meat* follows that finding.⁸¹

It is a well established practice of the panels and the Appellate Body that they decide the issues of “likeness,” “directly competitive or substitutable products” or of the relationship between obligations under substantive provisions of the GATT 1994 and the exceptions under Article XX on a case-by-case basis “by careful scrutiny of the factual and legal context in a given dispute.”⁸² The facts can require an adequate combination of means of interpretation that will give a reasonable outcome, as it has been indicated in the above text.

The overlap of factual finding and interpretation manifests, for example, in reply to the question whether sea turtles constitute an exhaustive natural resource. The issue will be considered later in this text.

4.8. Interpretative explanations

Interpretative explanations make the process of interpretation transparent. The panels and the Appellate Body explain the role, the contribution and significance of each applied means of interpretation in some case, but they just invoke means of interpretation in other cases without any explanation. The issue is touched on in Article 12 (7) of the Understanding on Rules and Procedures which requires, inter alia, that the report of a panel includes the findings of fact, the findings of

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*, para. 116.

⁸¹ Panel Report, *Indonesia – Measures concerning the Importation of Chicken Meat and Chicken Products*, WT/DS484/R, 17 October 2017, (*Indonesia – Chicken Meat*), paras 7.315 – 7.317.

⁸² Appellate Body Reports, *US – Gasoline*, p. 18., *EC – Asbestos*, para. 101.

law and “the basic rationale behind any findings and recommendations that it makes.” Having in view the ordinary meaning of the terms “basic rational,” as defined by a dictionary, the Appellate Body in *Korea – Alcoholic Beverages* interprets the terms to mean “the minimal nature of explanation”.⁸³ However, such minimal explanation has to ensure the Members understand the manner in which the panel has applied the provision and to enable the Appellate Body to exercise its review.⁸⁴ The manner in which the panel applies the provision is very much connected with interpretation. A proper explanation proportional to the importance of the issue contributes to the rightfulness of interpretation.

5. MEANS AND MODES OF INTERPRETATION OF ARTICLE XX

5.1. Textual interpretation as the basic approach

Article XX of GATT 1994, under the title “General exceptions” consists of the general requirement on the prohibition of arbitrary and unjustifiable arbitration and disguised restriction on international trade, formulated in the “chapeau” and of specific exceptions in paragraphs (a) to (j). Paragraphs on the specific exceptions determine the objectives of exceptions, such as the protection of public morals, life or health or exhaustible natural resources and the relationships between a measure taken to achieve an objective, and that objective. An interpretative note is attached to paragraph (h), but it is of small importance for interpretation.

The Appellate Body has declared that the basic principle of interpretation of Article XX is the utilization of the ordinary meaning of the terms, in their context and in light of the object and purpose of the treaty.⁸⁵ It is interesting that the Appellate Body in *US-Gasoline* quotes Article 31 (1) of the VCLT and then paraphrases its content in three different ways. That interpretative exercise might indicate essence of the Appellate Body’s approach to interpretation. The first version reads: “Applying the basic principle of interpretation that the words of a treaty, like the General Agreement, are to be given their ordinary meaning, in their context and in the light of the treaty’s object and purpose...”⁸⁶ The formulation is given in the context of the observation of the Appellate Body that the Panel failed to consider “the words actually used by Article XX in its several paragraphs.”⁸⁷

⁸³ Appellate Body Report, *Korea – Alcoholic Beverages*, para. 90.

⁸⁴ *Ibid.*, para. 91.

⁸⁵ Appellate Body Report, *US – Gasoline*, pp. 17, 21. Appellate Body Report, United States – Import Prohibition of Certain Shrimps and Shrimps Products, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, (*US – Shrimp*), para. 155.

⁸⁶ Appellate Body Report, *US -Gasoline*, p. 18.

⁸⁷ *Ibid.*

The following version – “Article XX (g) and its phrase, ‘relating to the conservation of exhaustible natural resources,’ need to be read in context and in such a manner as to give effect to the purposes and objects of the *General Agreement*” – appears on the same page as an interpretative justification for reading the quoted phrase in context of Articles I, III and IX and in particular in the context of the purpose and object of Article III:4.⁸⁸ Article 31 (1) of the VCLT uses the object and purpose of a treaty in singular. The Appellate Body refers to the object and purpose of paragraph 4 of Article III and probably considers that Articles and even paragraphs can have their specific objects and purposes. Having that in view, the Appellate Body reformulates the text of Article 31 (1) of the VCLT replacing singular by plural in respect to the object and purpose of a treaty. Later, the panels and the Appellate Body will formulate a purpose of Article III, or of the general principle in Article III:1, or of the introductory sentence (the chapeau) of Article XX and use such a formulated purpose in interpretation of the rest of the Articles.

Having passed to interpretation of the next clause in Article XX (g) – “if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption” – the Appellate Body states “that the basic international law rule of treaty interpretation, discussed earlier, that the terms of a treaty are to be given their ordinary meaning, in context, so as to effectuate its object and purpose, is applicable here, too.”⁸⁹ The Appellate Body establishes the ordinary meaning of the terms by reliance on the dictionary, then refers to the context of Article III:4 and uses arguments related to legal certainty to clarify the clause. The remark that “the basic international rule of treaty interpretation ... is applicable here, too” might indicate an understanding that the rule is not applicable everywhere but only on appropriate occasions. It also quite obvious that the Appellate Body has fine tuned the basic rule of interpretation according to its interpretative needs. It might indicate further that the Appellate Body forms pre-interpretative understanding of the issue and that it adjusts the interpretation to that understanding. However, these implications which can be derived from the presented interpretative exercise are not necessarily reliable. An empirical review confirms that the methods which constitute the textual approach are used regularly. However, there is no full consistency in their usage.

The following methods are used in the broader framework of the textual approach: the ordinary meaning method, usually with reliance on dictionaries,⁹⁰

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*, p. 21.

⁹⁰ Appellate Body Report, *India – Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*, WT/DS456/AB/R, 16 September 2016 (*India – Solar Cells*), para. 5.106. Appellate Body Report, *US – Gasoline*, p. 20. Appellate Body Reports, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394, 395, 398/AB/R, 30 January 2012 (*China – Raw Materials*), para. 325. Appellate Body Report, *EC – Seal Products*, para. 5.197.

the context,⁹¹ the purposes and objects of the GATT 1994,⁹² the purpose and object of the introductory clause of Article XX,⁹³ principle of reasonableness⁹⁴ and principle of effectiveness.⁹⁵ However, beyond the textual approach a broad scale of sources and methods are employed: case law, the relevant rules of international law applicable between the parties,⁹⁶ drafting history of Article XX,⁹⁷ scientific sources,⁹⁸ evolutionary interpretation,⁹⁹ the case law of the International Court of Justice and textbooks of international law. Case law is used very frequently. The other sources and methods have been employed rather exceptionally.

5.2. Excursion beyond textual interpretation regarding interpretation of “exhaustible natural resources”

The broadest scale of means of interpretation is employed to answer the question whether sea turtles fall under “exhaustible natural resources” in Article XX (g). The principle argument of complainants is that living natural resources are renewable and consequently they cannot be exhaustible natural resources. The Appellate Body employs more sources and methods to answer to the argument, including the biological sciences, the relevant rules of international law applicable between the parties, the evolutionary interpretation, the case law of the International Court of Justice and literature of international law, the preamble of the WTO Agreement, the cases of the panels and the principle of effectiveness.

The biological sciences confirm that living species can be exhaustible and can become extinct due to human activities.¹⁰⁰ The contemporary concerns of the community of nations, according to the Appellate Body, informs the phrase “exhaustible natural resources,” which was formulated fifty years ago.¹⁰¹ The Appellate Body enumerates international conventions and other international acts by which the international community has expressed the concerns regarding the preservation of the environment¹⁰² and finds that the international community

⁹¹ Appellate Body Reports, *EC – Seal Products*, paras. 5.197, 5.198., *US – Gasoline*, p. 18. Appellate Body Report, *US – Shrimp*, para. 155.

⁹² Appellate Body Report, *US – Gasoline*, p. 18.

⁹³ *Ibid.*, p. 22

⁹⁴ *Ibid.*, p. 18.

⁹⁵ Appellate Body Report, *US – Shrimp*, paras. 121, 131.

⁹⁶ Appellate Body Report, *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*, WT/DS431, 432,433/AB/R, 7 August 2014, (*China – Rare Earths*), para. 5.55. Appellate Body Report, *US – Shrimp*, para. 131.

⁹⁷ Appellate Body Report, *US – Gasoline*, p. 22.

⁹⁸ *Ibid.*, 128, 133.

⁹⁹ *Ibid.*, paras. 129, 130.

¹⁰⁰ Appellate Body Report, *US – Shrimp*, para. 128.

¹⁰¹ *Ibid.*, para. 129.

¹⁰² *Ibid.*, para. 130.

acknowledges the importance of multilateral and bilateral actions for the protection of living natural sources.¹⁰³ It finds that the term “natural resources” is a “generic term” and as such its meaning is not static but evolutionary.¹⁰⁴ Case law of the International Court of Justice¹⁰⁵ and the international law literature¹⁰⁶ is used for the elaboration of an evolutionary interpretation. The Appellate Body observes that the preamble of the WTO Agreement invokes the objective of sustainable development, the concept that should provide mutual supportiveness between international trade and the preservation of the environment.¹⁰⁷ Thus, the WTO Members accept sustainable development as the objective in the preamble of the *WTO Agreement*.¹⁰⁸ Two reports of the panels under the GATT 1947 found that fish were an exhaustible natural resources.¹⁰⁹ It is in line with the principle of effectiveness that all exhaustible resources, living and non-living, can fall under Article XX (g).¹¹⁰ Having these information in view, the Appellate Body comes to the following interpretation: “it is too late in the day to suppose that Article XX(g) of the GATT 1994 may be read as referring only to the conservation of exhaustible mineral or other non-living natural resources.”¹¹¹

It was not for the first time that living natural resources have been subsumed under exhaustible natural resources, but the interpretative approach was quite new. It has gone far away beyond Article 31 (1) of the VCLT. The sources, which do not necessarily express intention or understanding of the contracting parties, such as biological sciences or concerns of international community expressed in international documents have been consulted.

5.3. A return to a textual approach in interpretation of the chapeau of Article XX

After the departure from the textual approach, the Appellate Body returns to it in interpretation of the chapeau of Article XX in connection with paragraph (g). It is significant that the Appellate Body is not ready to interpret in the same manner the text of the paragraphs of Article XX and the chapeau of Article XX.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*, para. 130.

¹⁰⁵ The Appellate Body refers to *Namibia (Legal Consequences)* Advisory Opinion (1971) I.C.J. Report, p. 31. *Aegean Sea Continental Shelf Case*, (1978) I.C.J. Report, p. 3.

¹⁰⁶ The following texts are mentioned: “Jennings and Watts (eds.), *Oppenheim’s International Law*, 9th ed., Vol. I (Longman’s, 1992), p. 1282 and E. Jimenez de Arechaga, “International Law in the Past Third of a Century”, (1978-I) 159 *Recueil des Cours* 1, p. 49”.

¹⁰⁷ Appellate Body Report, *US – Shrimp*, para. 131.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*, para. 131.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

The Appellate Body indicates the reason of transition to textual mode of interpretation that might be helpful for an understanding of its interpretative logic. The preamble of the WTO Agreement was the starting point. The Appellate Body observes that “this language (of the preamble) demonstrates recognition by WTO negotiators that optimal use of the world’s resources should be made in accordance with the objective of sustainable development.”¹¹² It finds further expression of the intention of the WTO Members in the Decision of Ministers at Marrakesh to establish a permanent Committee on Trade and Environment, the substance of which is the understanding that harmony between an open and equitable multi-lateral trading system and the protection of the environment is possible and needed and it is expressed as a sustainable development.¹¹³ The Decision established the terms of reference for the Committee on Trade and Environment. Having remarked that the General Council of the WTO established the Committee in 1995 and that the Committee has begun its work, the Appellate Body observes:

“Pending any specific recommendations by the CTE to WTO Members on the issues raised in its terms of reference, and in the absence up to now of any agreed amendments or modifications to the substantive provisions of the GATT 1994 and the *WTO Agreement* generally, we must fulfill our responsibility in this specific case, which is to interpret the existing language of the chapeau of Article XX by examining its ordinary meaning, in light of its context and object and purpose in order to determine whether the United States measure at issue qualifies for justification under Article XX...”¹¹⁴

The words “in the absence up to now of any agreed amendments or modifications to the substantive provisions of the GATT 1994 and the *WTO Agreement* generally, we must fulfill our responsibility in this specific case, which is to interpret the existing language of the chapeau” are of very much significance. They disclose the conviction of the Appellate Body that the preamble of the WTO Agreement and an announcement of the Members of their intention to advance sustainable development, but without agreed amendments or modifications of the substantive provisions of the GATT 1994, are not in themselves enough to produce the decisive effect in interpretation of the chapeau of Article XX. Thus, it seems that the Appellate Body makes a distinction between an interpretative mode suitable for interpretation of paragraphs of Article XX and an interpretative mode proper for an interpretation of the chapeau. The first is not limited exclusively to expressions of intention of the contracting parties. The second mode is limited. The difference in approaches might be explained by the different nature of objects of the provisions. The objects of the paragraphs – protection of public morals, life,

¹¹² *Ibid.*, para. 153.

¹¹³ *Ibid.*, para. 154.

¹¹⁴ *Ibid.*, para. 155.

health or natural resources – do not belong only to international trade law, but also to other branches of international law. On the other hand, the content of the chapeau – prohibition of discrimination and disguised restriction on international trade is the essence of international trade law. It might be presumed that the nature of international trade law and nature of international environmental law or of international human rights law dictated different interpretative approaches. Later in the text, an analysis of interpretation of the chapeau in this case will be presented.

5.4. Other departures from textual approach and the problem of over-interpretation

Certain other departures from the textual approach of the panels of the Appellate Body, which requires holding fast to the terms used in a provision, have been developed in case law. In *Indonesia – Chicken Meat* the Panel formulates two basic requirements of Article XX (d) “in line with relevant guidance provided by the Appellate Body” in previous cases.¹¹⁵ These are qualifications of disputed measures as “designed to” achieve an objective and as “necessary” for the achievement of an objective. The text of the provision requires that a measure is “necessary to secure compliance with laws or regulations...” The term “designed” is not used. The previous interpretation of the requirement “designed” by the Appellate Body¹¹⁶ informs that the requirement is met when examination of the design of a measure confirms that the measure is *not incapable* of securing compliance with relevant laws and regulations.¹¹⁷

The path of development of the requirement “designed” can be traced back to an observation of the Appellate Body in *US – Gasoline*. Resolving a disagreement between the parties, whether the Respondent Party has to show that the disputed measure has already produced some positive conservative effect, the Appellate Body in *US – Gasoline* interprets the second clause of Article XX (g) which reads: “if made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.”¹¹⁸ The Appellate Body applies a few means of interpretation and employs also practical arguments concerning legal certainty to refute the assertion that the clause implies the test of effectiveness. The effect of a measure for the conservation of natural resources is not immediately detectable and

¹¹⁵ Appellate Body Report, *Korea – Various Measures on Beef*, para. 157. Appellate Body Report, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services*, WT/DS453/AB/R, 14 April 2016, (*Argentina – Financial Services*), para. 6.202; and *Colombia – Textiles*, para. 5.123. Panel Report, *Indonesia – Chicken Meat*, para. 7.411.

¹¹⁶ Appellate Body Report, *Columbia – Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear*, WT/DS461/AB/R, 7 June 2016, (*Colombia – Textiles*), para. 5.68.

¹¹⁷ Panel Report, *Indonesia – Chicken Meat*, para. 7.415.

¹¹⁸ Appellate Body Report, *US – Gasoline*, p. 21.

the causality between a measure and conservation is not easy to prove.¹¹⁹ However, the Appellate Body remarks that that does not mean that the issue of effect of measures is never relevant. If a measure cannot have any positive effect on the conservation of natural resources, “it would very probably be because that measure was not designed as a conservation regulation”.¹²⁰ This remark has become the starting point of the development of the requirement “designed” in case law.

The observation that a measure has to be designed to achieve an objective was born in interpretation of Article XX (g) that relates to the protection of exhaustible natural resources and through case law transferred to paragraphs (a), (b) and (d) of Article XX relating to public morals,¹²¹ life and health and to compliance with laws or regulations.¹²² In *US – Gasoline*, where the developments in case law begins, the Appellate Body uses the word “designed” as a synonym of the words “primarily aimed at”.¹²³ The words “primarily aimed at” are construction of the term “relating to”. The Panel in *US – Gasoline* states that the term “relating to” in Article XX (g) does not mean “necessary” or “essential”, but “primarily aimed at”.¹²⁴ Thus, the word used in connection with interpretation of the term “relating to” has become employed in interpretation of the term “necessary”. Obviously, the terms “relating to” and “necessary” have not the same meaning as the Appellate Body has already established that.¹²⁵

Having in view that one of the criteria of “necessity” requirement is the contribution of a measure to the achievement of an objective and the criterion of the requirement “designed” is that a measure is *not incapable* of achieving an objective, it might be asked whether the requirement of “designed” measure is consumed by the requirement of “necessity”? In other words, it might be said that the criterion of the contribution of a measure to the achievement of an objective preempts the criterion of capability of achieving an objective. Whether it is imaginable that a measure does indeed contribute to the accomplishment of an objective, but then that it is not capable of doing that? If such a situation were imaginable, the answer would be that a measure does not satisfy the requirement of paragraphs (a), (b) and (d) of Article XX.¹²⁶ The answer would be contrary to the text of the paragraphs, since the text does not use term “designed,” but only the term “necessary”. On the other hand, in the case of finding that a measure is not incapable of achieving an objective, investigation of its contribution to the achievement of

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 22.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Appellate Body Report, *Colombia – Textiles*, para. 5.68.

¹²² Appellate Body Report, *Korea – Various Measures on Beef*, para. 157.

¹²³ Appellate Body Report, *US – Gasoline*, p. 22.

¹²⁴ Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon, BISD 35S/98, para 4.6 (adopted on 22 March 1988). Panel Report, *US – Gasoline*, para. 6.39. f. 40.

¹²⁵ Appellate Body Report, *US – Gasoline*, p. 18.

¹²⁶ Appellate Body Report, *Columbia – Textile*, para. 5.68.

an objective follows. It might be that the requirement “designed” is a deadlock in case law in the development of interpretation of paragraphs (a), (b), and (d) of Article XX, which might be a consequence of over-interpretation.

A signal of a possible uncertainty concerning the issue might be found in *Columbia – Textile*. The Panel finds that Columbia failed to demonstrate that a measure is designed to protect public morals under Article XX (a) and, consequently, that there is no need to examine whether the measure is necessary to protect public morals.¹²⁷ “However, in order to be exhaustive in its analysis,” the Panel investigates whether the measure has been necessary to protect public morals and finds again that Columbia has not demonstrated that the measure is necessary.¹²⁸ It might be asked what really was the motive that the Panel explored the necessity requirement: stemming an exhaustive analysis or an uncertainty about the completeness of the reply to requirement of Article XX (a) without addressing the “necessity” requirement?

5.5. The nature of the objective of a provision and interpretation

The issue has been touched above in discussion of different interpretative approaches regarding the provisions of paragraphs and the chapeau of Article XX. The issue appears here in a similar context. The nature of the objective, which is protected by a paragraph of Article XX, can influence the meaning of a linked term. The Appellate Body in *EC – Seal Products* considers the meaning of the term “to protect” in paragraphs (a) and (b) and finds that the context gives to the same term different meanings just because the protection of the objective under paragraph (a) – public morals – cannot be ascertained in the same way as the protection of the objective under paragraph (b) – human, animal or plant life or health. An exploration as to whether a measure protects life or health includes an investigation of the existence of a risk to life or health and consultation of scientific sources. Ascertaining whether a measure protects public morals is examined by other means.¹²⁹

5.6. An odd resolution of the conflict between information originating in the preparatory work and in the text in interpretation of the clause “arbitrary or unjustifiable discrimination”

The clause which is laid down in the chapeau of Article XX and reads: “Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between

¹²⁷ Panel Report, *Columbia – Textile*, para. 7.402.

¹²⁸ *Ibid.*, para. 7.470.

¹²⁹ Appellate Body Report, *EC – Seal Products*, para. 5.198.

countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade” is interpreted by different means in different cases. In the *US – Gasoline*, the Appellate Body applies the principle *l’effet utile*, the context and the purpose and object of the chapeau. The name of the principle “*l’effet utile*” is not used, but the Appellate Body expresses its content by stating that “interpretation must give meaning and effect to all the terms of a treaty”¹³⁰ The absence of reference to the ordinary meaning method is remarkable. The principle *l’effet utile* is qualified as one of the consequences of the general rule on interpretation in the VCLT and some decisions of the International Court of Justice, the 1996 Yearbook of International Law Commission and some textbooks of international law are invoked as evidence of the existence of the principle.¹³¹ The contextual aspect is present in the understanding of the Appellate Body that the phrases “impart meaning to one another.”¹³² The significance of the purpose and the object of chapeau is emphasized by the remark that “the fundamental theme is to be found in the purpose and object of avoiding abuse or illegitimate use of the exceptions...”¹³³ It seems that negotiating history extended the most important information about the purpose of the chapeau. The following statement of the Appellate Body comes from the preparatory work: “If those exceptions are not to be abused or misused, in other words, the measures falling within the particular exceptions must be applied reasonably, with due regard both to the legal duties of the party claiming the exception and the legal rights of the other parties concerned.”¹³⁴

In *US – Shrimps* the Appellate Body begins by remarking that the text of the chapeau will be interpreted by an examination of its ordinary meaning in light of the context, object and purpose.¹³⁵ In fact, it engages the principle of good faith, the doctrine of *abus de droit*, plain language and negotiating history. All means have been employed to clarify the relationship between the substantive provisions of the GATT 1994 and paragraphs (a) to (j) of Article XX. By referring to Article 32 of the VCLT, as a legal basis for application of the preparatory work, and by extracting relevant points from the negotiating history, the Appellate Body observes that the preparatory work confirms the clear meaning of the text.¹³⁶ It finds further that the chapeau expresses the principle of good faith, “at once a general principle of law and a general principle of international law.”¹³⁷ The principle forbids the abuse of right and requires bona fide and reasonable exercise of rights.

¹³⁰ Appellate Body Report, *US – Gasoline*, p. 24.

¹³¹ *Ibid.*, f. 45.

¹³² *Ibid.*, p. 25.

¹³³ *Ibid.*, p. 26.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 23.

¹³⁵ Appellate Body Report, *US – Shrimps*, para. 155.

¹³⁶ *Ibid.*, para. 157.

¹³⁷ *Ibid.*, para. 158.

The Appellate Body refers to Article 31 (3) (c) as a legal basis of applying the principle. Also, it invokes international law literature and jurisprudence of the International Court of Justice as evidence of the existence and content of the principle. The essence of interpreting and applying the chapeau is “locating and marking out a line of equilibrium between the right of a Member to invoke an exception under Article XX and the rights of the other Members under varying substantive provisions”.¹³⁸ In spite of the fact that the Appellate Body used the preparatory work only to confirm the meaning obtained by another means, information of key importance has been derived just from the preparatory work. The first draft of the chapeau did not contain references to discrimination and disguised restriction and they were inserted to prevent an abuse of the exceptions.¹³⁹

Having been a result of dominance of the same means of interpretation – the preparatory work, outcomes of interpretations in *US – Gasoline* and *US – Shrimps* are maybe not identical but there are not significant discrepancies between them. If one looks at the way the chapeau is applied in the two cases, further similarities are detectable. The manner of the application of the chapeau in the two cases discloses that the Appellate Body connects the prohibited forms of discrimination with different treatments. In *US – Gasoline*, it remarks that the absence of a difference in treatment of imported and domestic products means the absence of discrimination.¹⁴⁰ In *US – Shrimps* the Appellate Body states that differences in treatment of different countries constitute unjustifiable discrimination.¹⁴¹ In both cases different treatment does not exhaust the whole content of prohibited forms of discrimination. In *US – Gasoline*, the existence of an alternative measure is of importance.¹⁴² The same is of importance, also, in *US – Shrimps*, but there “rigidity and inflexibility” in the application of the measure and absence of basic fairness and due process is qualified as arbitrary discrimination.¹⁴³

The two cases have another common feature. There is no clear and natural nexus between interpretation of the clause – “Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade,...” – and its application. One of the key elements of the application is a different treatment and the interpretation clarifies the provision to mean a search of equilibrium between the rights based in exceptions and the rights based in other substantive provisions of the GATT 1994 without mentioning different treatments. In fact, two interpretations are

¹³⁸ *Ibid*, para. 159.

¹³⁹ *Ibid*, para. 157.

¹⁴⁰ Appellate Body Report, *US – Gasoline*, pp. 26, 29.

¹⁴¹ Appellate Body Report, *US – Shrimps*, para. 176.

¹⁴² Appellate Body Report, *US – Gasoline*, pp. 26-28.

¹⁴³ Appellate Body Report, *US – Shrimps*, paras. 177, 181.

present in the two cases: the first, explicated in explanation, which flows from the dominant position of the preparatory work, and the second, implied in the application of the chapeau, which streams from the dominant position of the text.

Obviously, the preparatory work and the text extend disharmonic information. It means that the contracting parties have not consistently expressed their original intention through the text. The original intention that the exemptions under Article XX have to be exercised with reasonable regard to the rights of other parties has been modified in prohibition of discriminatory exercise of the exceptions. It might be that the drafters of the final text of the chapeau thought that the prohibition of abuse of exceptions has been already expressed in the text of the exceptions by definition of legitimate objectives of exceptions and by determination of the relationship between a measure and an objective.

The concept of the abuse of right and the concept of discrimination can be connected but they are not identical or interchangeable concepts. The prohibition of abuse of right looks at the purpose of a right and modes of the achievement of the purpose. It requires that in the exercise of a right a reasonable regard is paid to rights of others. The concept of prohibition of discrimination explores the relationship between the factual situations (same or different situations) and their legal treatments (same or different treatment) as well as justification of non-compatible relationship (different treatments of the same situations or the same treatment of the different situations). Thus, the legitimacy of the purpose and the proportionality between the purpose and means taken for its fulfillment can be common for both concepts. But, the concept of abuse of right is mainly exhausted in these two elements and these two elements are just a part of the overall package of the concept of discrimination. Differences or the sameness of the situations and the legal treatments and compatibility or non-compatibility of the legal treatments and the situations is another part of the package. Consequently, the two concepts are overlapping though just partly.

In *US – Shrimps* the United States argues that “‘discrimination between countries where the same conditions prevail’ is not ‘unjustifiable’ where the policy goal of the Article XX exception being applied provides a rationale for the justification.”¹⁴⁴ Thus, the Responded Party claims that legitimacy of the purpose can justify the different treatment. According to the Responded Party, it is the way by which the chapeau protects against the abuse of the Article XX exceptions. The Appellate Body rejects the argument explaining that “[T]he legitimacy of the declared policy objective of the measure, and the relationship of that objective with the measure...” must be examined under the provision of an exception, not under the chapeau.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Appellate Body Report, *US – Shrimps*, para. 148.

¹⁴⁵ *Ibid.*, para. 149.

It seems that the Appellate Body has changed its understanding of the issue. In *Brazil – Retreaded Tyres* Brazil explains that different treatment in respect to the import of retreaded tyres is caused by the ruling of the MERCOSUR arbitral tribunal. Having in view the explanation as well as the negligible effect of import on the general ban of importation of retreaded tyres, the Panel finds that the measure is not discriminatory.¹⁴⁶ Invoking its finding in *US – Gasoline*, the Appellate Body begins by reminding that “the function of the chapeau is the prevention of abuse of the exceptions specified in the paragraphs of Article XX”.¹⁴⁷ It repeats its crucial findings in *US – Shrimps*. Looking at the two cases, the Appellate Body observes that the focus has been on the cause and the rationale of discrimination.¹⁴⁸ Consequently, in *Brazil – Retreaded Tyres* the Appellate Body considers that there is an abuse and thus arbitrary and unjustifiable discrimination when a measure “is applied in a discriminatory manner” and “when the reasons given for this discrimination bear no rational connection to the objective falling within the purview of a paragraph of Article XX, or would go against that objective”.¹⁴⁹ The ruling of the MERCOSUR arbitral tribunal is based on the provision of MERCOSUR law that prohibits new trade restrictions. As the Appellate Body finds that the ruling of the MERCOSUR arbitral tribunal bears no relationship to the legitimate object of the measure, the Appellate Body concludes that the different treatment constitutes an arbitrary and unjustifiable discrimination.¹⁵⁰

Another reading of the *US – Gasoline* and *US – Shrimps* cases is quite possible. The essence of the two cases might be defined as to the question of whether the achievement of an objective is possible without different treatment. In both cases it was possible, and the Appellate Body found discrimination. However, in *Brazil – Retreaded Tyres* it is difficult to see how the achievement of the objective would be possible without different treatment. Brazil had three options: to disregard the ruling of the MERCOSUR arbitral tribunal, to give up on the objective or to make difference among countries regarding the import of retreaded tyres.

5.7. The principle of reasonableness in interpretation of the term “necessary”

Concerning interpretation of the term “necessary”, the panels and the Appellate Body are using “a holistic weighing and balancing exercise” to establish whether a measure is necessary for achieving an objective. “Weighing and bal-

¹⁴⁶ Appellate Body Report, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, 3 December 2007, (*Brazil – Retreaded Tyres*), para. 219.

¹⁴⁷ *Ibid.*, para. 224.

¹⁴⁸ *Ibid.*, paras. 225, 226.

¹⁴⁹ *Ibid.*, para. 227.

¹⁵⁰ *Ibid.*, para. 228.

ancing exercise” is born in the contextual interpretation of Article XX that demands resolution of competing claims, based on different provisions such as Article III (2) and (4) and Article XX (a) and (b). The WTO Members have the right under Article III (2) and (4) that their products enjoy national treatment in respect to fiscal and non-fiscal measures. On the other hand, the WTO Members have the right to restrict international trade due to the protection of objectives, enumerated in Article XX (a) to (j). These rights may be in conflict which the panels and the Appellate Body are usually resolving by a “weighing and balancing exercise”. The Appellate Body explains “that a necessity analysis involves a process of ‘weighing and balancing’ a series of factors, including the importance of the societal interest or value at stake, the contribution of the measure to the objective it pursues, and the trade restrictiveness of the measure. In most cases, a comparison between the challenged measure and possible alternatives should subsequently be undertaken.”¹⁵¹ The alternatives are measures compatible with substantial provisions of the GATT 1994 or less trade-restrictive measure.¹⁵² The weighing has to be realized by establishing the relative weight of particular factors, such as the importance of the interests or values at stake,¹⁵³ the size of the contribution of a measure to the achievement of the objective and the amount of restrictive effect on international trade.¹⁵⁴ An alternative measure has to be “reasonable available.” That means that a Member is capable of undertaking it and that the measure does not “impose undue burden on that Member, such as prohibitive costs or substantial technical difficulties.”¹⁵⁵

Reading the text of the paragraphs of Article XX “in context and in such a manner as to give effect to the purposes and objects of the *General Agreement*”¹⁵⁶ has led to the quoted meaning of the term “necessary”. The drafting history of the chapeau of Article XX is also used.¹⁵⁷ However, it might be difficult to find specific information in the context of Article XX, in the purposes and objects in the GATT 1994 or in the drafting history of the chapeau about the weighing and balancing exercise or about alternative measures. The mentioned sources can inform that the rights under Article XX and the rights under substantive Article of the GATT 1994, including Article III, have to be reconciled, but they do not

¹⁵¹ Appellate Body Reports, *Colombia – Textiles*, para. 5.70. *Korea – Various Measures on Beef*, para. 166; *Brazil – Retreaded Tyres*, para. 182; and *EC – Seal Products*, para. 5.169. Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, 7 April 2005, (*US – Gambling*), para. 306; Panel Report, *Indonesia – Chicken Meat*, para. 7.224.

¹⁵² Panel Report, *Indonesia – Chicken Meat*, para. 7.224.

¹⁵³ Panel Report, *US – Gambling*, paras. 6.489-6.492.

¹⁵⁴ Appellate Body Report, *Colombia – Textiles*, paras. 5.72, 5.73.

¹⁵⁵ *Ibid.*, para. 5.74.

¹⁵⁶ Appellate Body Report, *US – Gasoline*, p. 18.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 23.

inform about a mechanism of reconciliation. The panels and the Appellate Body do not refer to the principle of reasonableness, but having in view interpretative practice of other international bodies, the principle has been a facility for creating the mechanism.

The “weighing and balancing” is not an interpretative method that has appeared only in the interpretation of Article XX of the GATT. It is employed in another legal environment where legitimate interest or legal rights are in conflict. Thus, the European Court of Human Rights uses the concept of fair balance which is similar to weighing and balancing.¹⁵⁸ The International Court of Justice applies the concept of reasonable regard to interests of others in the context of common or divided recourse, such as the sea or rivers¹⁵⁹ or in the general context of international negotiation.¹⁶⁰ Reconciliation of conflicting interests or rights by assessment of objectives and means for their pursuance is connected with the general principle of reasonableness in international law. The International Court of Justice noted that the principle of good faith requires a reasonable application of the law.¹⁶¹

6. CONCLUSIONS

The panels and the Appellate Body apply Articles 31 and 32 of the VCLT to interpretation of Article III:2 and 4 and Article XX of the GATT 1994. Most frequently they employ the first paragraph of Article 31. Other paragraphs of Article 31 and Article 32 are used exceptionally. The texts of the Articles, the GATT 1994 as a whole and Interpretative Note *Ad* Article III are the main sources of information for replying to the submitted question. Information is obtained by using the methods of ordinary meaning, context, object and purpose and the principles of effectiveness and reasonableness. Such a textual approach is fully in accord with the expectations of the contracting parties as they are expressed in Article 3 (2) of the Understanding on Rules and Procedures. Case law or the “GATT acquis” is beyond the textual approach but plays an important role in interpretation. As it serves predictability and certainty, it is quite in accordance with the expressed expectations of the contracting parties.

There are departures from the textual approach in interpretation of both Articles. They are significant especially in respect to interpretation of Article XX.

¹⁵⁸ Rodoljub Etinski, The Interrelationship between the European Convention on Human Rights and the Aarhus Convention, *Proceeding of the Novi Sad Faculty of Law*, 1/2018, 13.

¹⁵⁹ *Fisheries Jurisdiction* (United Kingdom v. Island), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974; *Fisheries Jurisdiction* (Federal Republic of Germany v. Island), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974; *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C. J. Reports 1997.

¹⁶⁰ *Application of the Interim Accord of 13 September 1995* (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Judgment of 5 December 2011, I.C.J. Reports 2011.

¹⁶¹ *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C. J. Reports 1997, para. 142.

Article III which governs national treatment is applied in an unlimited number of different situations, but it always addresses their abiding elements: comparison of imported and domestic products and a comparison of the fiscal and non-fiscal treatment of them. The objectives of Article XX, such as protection of public morals, life and health or exhaustible natural resources, are mutable over time and require evolutionary interpretation and a search for information in sources which are not necessary the expressions of intention of the contracting parties. The nature of the paragraphs of Article XX escapes the strict textual approach. The broadest scale of means of interpretation, which has gone far away beyond the textual approach, is used for interpretation of the clause “exhaustible natural resources” in Article XX (g). The textual approach and its basic means – the ordinary meaning – does not suffice also interpretation of some terms of crucial importance, such as “like” in Article III:2 and 4 or “necessary” in Article XX (a), (b) and (d). Judicial reasoning, guided by the principle of good faith and one of its components, the principle of reasonableness is inevitable for the clarification of those terms within the framework of specific facts.

The textual approach together with case law does not secure full consistency in interpretation. The choice of various means of interpretation which are applied to interpretation of the same term or the attribution of more weight to one than to another means has resulted in different clarifications. Thus, the ordinary meaning, case law and the 1970 Working Party Report, treated as the subsequent practice of the contracting parties in the application of the GATT 1947 led to a clarification of the term “like” in Article III:4. The same means of interpretation, plus the context create a different clarification of the same term. Almost the same means of interpretations are applied to interpretation of the clause “directly competitive and substitutable products” in two cases, but in one the significance is ascribed to the context and the object of the GATT 1994 and in the other case the importance is given to the ordinary meaning. Moving the decisive weight from one means to the other results in different clarifications of the clause.

The disharmony between information, obtained by applying different means, has been resolved in different ways. In some cases a priority is given to some means over another. In another case, the conflict among opposite information coming from different means leads to the existence of two clarifications, one explicated, which stems from one means and another implied by the application of a provision, which arrives from another means. Thus, “arbitrary and unjustifiable discrimination” has been clarified by relying primarily on the preparatory work, but the application of the clause in the same cases discloses another understanding of the clause, inspired by the ordinary meaning method.

It is not easy to identify factors that determine the choice and weight of means of interpretation. More factors can determine the choice and significance of means, such as to the nature of the object of a provision, facts of the case, an argument of

the party, development in case law, etc. It seems, however, that most choices are inspired by the classic understanding of interpretation of international treaties according to which the purpose of interpretation is to give effect to intention of the parties as they are expressed through the text of a treaty. It might be that the spirit or the general design of the GATT 1994, as derived from its object and purpose, usually governs the choices and weight of means of interpretation.

An interpretative practice has been noted which can be qualified as an over-interpretation. The requirement that determines the relationship between a measure and an objective, as defined by paragraphs (a), (b) and (d) of Article XX, has been split in to two requirements: a measure has to be designed to the achievement of an objective and it has to be necessary for the achievement of an objective. The requirement “designed” does not appear in the text of the paragraphs and it can be consumed by the “necessary” requirement. It seems that an investigation as to whether a measure is designed in reaching an objective may be redundant.

It has already been observed that an articulated theory of interpretation is lacking.¹⁶² In spite of that, full compliance with interpretative guidance, as established by the ILC in its works of 1966 and after 2014 is recommendable. If the panels and the Appellate Body consistently adhere to the guidance that all available means of interpretation have to be applied in each case, then far less inconsistency would appear in case law.

¹⁶² I. Van Damme, *op.cit.*, 606, 643. *supra* note 7.

Др Родољуб М. Етински, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
R.Etinski@pf.uns.ac.rs

Критички преглед тумачења чланова III и XX Општег споразума о трговини и царинама из 1994. године

Сажетак: Пани и Апелационо тело механизма за решавање спорова (Dispute Settlement Body) Светске трговинске организације користи најчешће средстава тумачења садржана у ставу 1 члана 31 Бечке конвенције о праву међународних уговора у тумачењу чланова III и XX Општег споразума о трговини и царинама из 1994. године. Чланом III је обезбеђен национални третман за увезену робу. Испитивање је ограничено на став 2, који се односи на национални третман у погледу пореза и дажбина, и на став 4, који се односи на национални третман у областима изван пореза и дажбина. Чланом XX су предвиђени општи изузеци који се односе на јавни морал, животи и здравље, исцрпљиве националне ресурсе итд.

Члан 31 Бечке конвенције синтетички више присиља тумачењу, као што су текстуални, телеолошки, онај који се своди на утврђивање намере уговорница, системски и еволутивни. У тумачењу наведених прописа Општег споразума најчешће је коришћен текстуални приступ, који фаворизује текстуални пропис, контекст, као и обично значење термина, које је често утврђивано уз помоћ речника, а у светлу предмета и циља споразума. Постоје значајни изузеци који су условљени природом прописа или природом објекта на који се пропис односи. Избором средстава тумачења или придавањем одлучујућег значаја неком средству стиже се до жељеног резултата, о то је обично резултат који је имплицитан предметом и циљем Општег споразума. Важну улогу у тумачењу поред начела добронамерности има и начело разумности, које је, уосталом, један од компоненти начела добронамерности.

Тумачење наведених прописа Општег споразума не може без иешкоћа и недоумица. Тако, постоји пракса која је означена као *форсокак*, а која би могла да буде последица вишка тумачења. Уочен је један чудан пример решавања дисхармоније међу информацијама које стижу из различитих извора, односно из припремних радова, са једне стране, и текста прописа са друге стране.

Кључне речи: тумачење, ГАТТ 1994, национални третман, изузеци.

Датум пријема рада: 31.10.2018.

*Др Предраг П. Јовановић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
p.jovanovic@pf.uns.ac.rs*

*Дарко М. Божичић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
d.bozicic@pf.uns.ac.rs*

ПРАВО ЗАПОСЛЕНОГ НА ПРИВАТНОСТ КАО СЕГМЕНТ БЕЗБЕДНОСТИ И ЗДРАВЉА НА РАДУ*

Сажетак: *Право запосленог на приватност јесте сегмент безбедности и заштите здравља на раду, јер се њим правом штити његова приватност, тј. његов укупни лични интегритет (физички, психички, морални, етички, социјални). Кроз заштиту њој личној интегритета штити се здравствена, животи и радна способност запосленог, а од његове радне способности зависи рад и продуктивност рада. На продуктивност рада базира се одређена интересна унија запослених и послодавца, без које нема стабилност радног односа. Са друге стране, вршећи своју управљачку власт, послодавац организује и контролише рад запослених, при чему постоји могућност да се угрози или повреди њихова приватност. Овде се оствара питање мере и докле се може ићи са контролом рада запослених, а да се не повреди њихово право на приватност. Са њим у вези, постоје одређени правни стандарди, на које се у овом раду аутори позивају.*

Кључне речи: *Људска права, право на приватност, безбедност и здравље на раду, досјојанствен рад, контрола на раду, видео надзор на раду.*

* Овај рад представља резултат истраживања за 2018. годину на пројекту „Правна праксица и нови правни изазови“ који спроводи Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

1. ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ КАО ФАКТОР БЕЗБЕДНОГ, ЗДРАВОО И ДОСТОЈАНСТВЕНОГ РАДА

Право на приватност, као људско право, базира се на потреби заштите личности човека у њеној укупности (физичкој, психичкој, моралној и социјалној). Сви ови аспекти личности човека манифестују се и у сфери рада, радних и пословних односа, те у истој мери у којој могу бити угрожени у свакодневном обичном животу, могу бити угрожени и у току рада, кроз радне или пословне односе. Дакле, приватност се протеже и кроз социјалне контакте, те се, као такви, и радни и пословни односи појединца рачунају у приватну сферу.¹

Наиме све што се тиче личног здравља, филозофских, моралних, религиозних уверења, породичног и емотивног живота, пријатељства и осталих социјалних веза спада у приватни живот (општа приватна сфера човека). Из овога произлази да приватни живот подразумева три аспекта заштите: заштита физичког и моралног интегритета појединца; заштита слобода личности; заштита опште приватне сфере човека.²

У духу реченог, као сегмент модерног концепта безбедности и здравља на раду узима се и заштита приватности. Савремени општи концепт безбедности и здравља на раду базира се на три стуба: (1) заштита физичког или телесног интегритета од штетног дејства услова рада, средстава за рад и агенаса присутних на раду (бука, температура, вибрације, машине и друге опасне ствари, физички, хемијски, биолошки агенси итд.); (2) заштита психичког интегритета (спречавање злостављања на раду – мобинга); и (3) заштита моралног интегритета (заштита личних података и приватности запосленог, забрана сексуалног узнемиравања, заштита узбуњивача итд.). Дакле, савремени концепт безбедности и здравља на раду у центар пажње ставља не само радника као извршиоца одређених послова, већ и његову личност, достојанство и морални интегритет. Насиље на раду, злостављање, заштита приватности, стрес и друге појаве постају предмет интересовања модерног концепта безбедности и здравља на раду. Штити се не само физички, већ и психички и морални интегритет радника. Затим, мења се и појмовно значење здравља које треба штитити. У Преамбули Устава (став 2. и 3.) Светске здравствене организације истиче се да здравље представља потпуно телесно, душевно и социјално благостање и не састоји се само у одсутности болести

¹ Мишљење Европског суда за људска права у случају Нимиц против Немачке (*Niemietz v. Germany*), пресуда од 16. 12. 1992, бр.13710/88, доступно на internet adresi *Case-law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe/European Court of Human Rights.

² Александар Јакшић, Европска конвенција о људским правима, Београд, 2006, стр. 251.

или телесних недостатака. Највиши могући здравствени стандард представља једно од основних права сваког људског бића без обзира на расу, веру, политичко уверење, економско или социјално стање.³

Коначно, постоји још један шири приступ концепту безбедности и здрављу на раду, а он се, прво, огледа у укупности услова под којима се ради, као што су: радно време, одмори, исхрана, превоз, зараде и друга примања, јер од свих тих услова зависи физичко, психичко и социјално здравље радника. Друго, томе се додаје и чињеница да је радна средина део животне средине, те се и мере заштите животне средине односе на заштиту радне средине и обрнуто, мере заштите радне средине важе и као мере заштите животне средине (спречавање загађивања радне, али и животне, средине издувним гасовима, прашином, хемијским и индустријским отпадом итд.). Дакле, безбедност и здравље на раду подразумева стварање услова рада на радном месту, радној средини и радној и животној околини који ће спречити дејство фактора (извора) опасности по организам, радну способност и здравље радника и других лица и који ће омогућити да радник врши радну делатност и остварује одређени радни учинак уз улагање нормалних физичких и интелектуалних напора а да, при томе, не дође до угрожавања здравља (физичког, психичког и социјалног) и живота.⁴ Животна околина, безбедна и здрава, је најшири оквир за несметан и слободан развој личности у њеној, горе поменутој, укупности. Загађивање човекове околине има као последицу, са једне стране, немогућност да се појединац развија и остварује слободно, у духу својих уверења и перцепција развоја и, са друге стране, има као последицу нарушавање здравља и квалитета укупног живота.⁵ Нарушавање здравља истовремено значи нарушавање радне способности, а нарушавање радне способности нарушава обим и квалитет социјално-економских права по основу рада од којих у највећој мери зависи социјално-економски и укупни положај радника у друштву.

Безбедност и здравље на раду, уз подразумевану заштиту права на приватност, у крајњој линији, као циљ имају стварање услова за достојанствен рад радника. Достојанствен рад је њихово крајње исходиште. Једна од скорашњих акција ОУН на плану промовисања социјалне правде (које нема без достојанственог рада, а достојанственог рада без безбедних и здравих услова рада), јесте проглашавање и обележавање 20. фебруара као међународног дана социјалне правде 2007. године. Тематски оквир ове акције био је „Спречавање сукоба и одржавање мира путем достојанственог рада“ и усвајање Декларације о социјалној правди за правичну глобализацију. У

³ Constitution of the World Health Organization, на адреси: <http://www.who.int>

⁴ Боровоје М. Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Београд, 2001, стр. 302.

⁵ Александар Јакшић, *ош. цит.*, стр. 255.

Декларацији се указује да људског достојанства нема без достојанственог рада који подразумева: обезбеђивање правичних услова (достојних човека) и прихода путем запослења; остваривање и заштита универзалних права по основу рада и у вези са радом; социјалне заштите; и социјалног дијалога.⁶

2. ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ КАО ФУНДАМЕНТАЛНО ЉУДСКО ПРАВО И ЊЕГОВО ОДРЕЂЕЊЕ У МЕЂУНАРОДНИМ АКТИМА

Један од најважнијих аспеката моралног интегритета јесте приватност човека. Имајући у виду значај који има овај сегмент живота, нужно је да ужива и правну заштиту. Отуда, право на приватност представља једно од фундаменталних људских права. Ипак, реч је о једном од млађих људских права, јер је формулисано тек крајем XIX века у америчкој правној теорији.⁷ Полазећи од традиционалне поделе људских права,⁸ оно спада у ред личних (грађанско-политичких) права. Као такво, право на приватност загарантовано је најважнијим међународним актима о људским правима. Тако, већ у првом акту Уједињених нација који је посвећен људским правима место је нашло и право на приватност. У том смислу *Ойшййа декларација Уједињених нација о йравима човека*⁹ из 1948. године у члану 12 каже: „Нико се не сме изложити произвољном мешању у приватни живот, породицу, стан или преписку, нити нападима на част и углед. Свако има право на заштиту закона против оваквог мешања или напада.“ Сличан нормативни курс у погледу права на приватност Уједињене нације (у даљем тексту: УН) задржавају и у *Међународном йактйу о ѓрађанским и йолиитичким йравима*¹⁰ из 1966. године где се у члану 17 каже: „Нико не може бити изложен произвољном или незаконитом мешању у приватни живот, породицу, стан или преписку, нити противзаконитим нападима на част и углед. Свако има право на законску заштиту од таквог мешања или напада.“

Са друге стране, када су у питању најважнији регионални извори о људским правима, нешто друкчија формулација права на приватност при-

⁶ Доступно на интернет адреси: www.un.org

⁷ S. D. Warren and L. D. Brandeis, *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, No. 5/1890, pp. 193-220

⁸ О подели људских права и критеријумима на основу којих се спрочоди више у: С. Јашаревић, *Социјално-економска йрава у вези са радом у међународним и евройским сйандардима*, Радно и социјално право, бр. 1/2008, стр. 177-179; Р. Марковић, *Усйавно йраво*, Правни факултет у Београду, 2014, стр. 467

⁹ Општу декларацију је усвојила и прогласила Генерална скупштина УН Резолуцијом 217 А (III) од 10. децембра 1948. године

¹⁰ Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 7/1971

сутна је у европском праву, како некомунитарном, тако и комунитарном.¹¹ Најпре, *Евројска конвенција за заштити људских љрава и основних слобода*¹² усвојена у оквиру Савета Европе 1950. године (у даљем тексту: Европска конвенција) у члану 8 говори о праву на поштовање приватног и породичног живота у смислу да: „Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке. Јавне власти неће се мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.“ Из наведеног, евидентно је да постоје разлике у приступу нормирању овог права. С једне стране, УН у својим актима полази од *забране* мешања у приватни живот појединца, док, с друге стране, у Европској конвенцији акценат се ставља на *обавезу* поштовања права на приватност.¹³ Поред тога, за разлику од аката УН-а, Европска конвенција посебну пажњу посвећује условима под којима може доћи до ограничења овог права.¹⁴ Када посматрамо европско комунитарно право, у примарним актима Европске уније (у даљем тексту: ЕУ) о праву на приватност говори се у делу III *Повеље о основним љравима ЕУ* који је посвећен основним слободама.¹⁵ Тако, члан 7 ове Повеље гласи: „Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, свог стана и комуникација.“ Наравно, ово нису једини акти који на међународном нивоу говоре о праву на приватност, али смо их на овом месту издвојили из разлога што о овом праву говоре у светлу основних људских права.

Нису међународни извори једини који право на приватност квалификују као једно од основних људских права. И у унутрашњем праву, устави великог броја држава у делу о људским правима предвиђају гаранцију права на приватност. Оно што је занимљиво, то је да Устав Републике Србије не припада тој већинској групи, јер у делу посвећеном људским правима и

¹¹ О разлици између европског комунитарног и некомунитарног права шире у: Б. Лубарда, *Евројско радно љраво*, ЦИД, Подгорица, 2004, стр. 18

¹² Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода („Службени гласник СЦГ – Међународни уговори“, бр. 9/2003

¹³ М. Ковач-Орландић, *Право зайосленог на љривајносћ и његова заштити*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 2018, стр. 28

¹⁴ О разлици у формулисању права на приватност у Општој декларацији о правима човека и Европској конвенцији шире код: А. М. Connelly, *Problems of Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, The International and Comparative Law Quarterly, No. 3/1986, pp. 567-593

¹⁵ Повеља је представљена приликом усвајања Ничанског споразума (2001. године), али није усвојена заједно са овим споразумом, те тако није добила правно обавезујућу снагу, већ је представљала акт програмског карактера. Тако је било све до 2009. године када је усвајањем Лисабонског споразума и Повеља као његов интегрални део добила својство примарног акта ЕУ.

слободама експлицитно не гарантује право на приватност, али на више места говори о гаранцији различитих сфера приватности. Оно што је несумњиво јесте да право на приватност представља неопходан услов поштовања људског достојанства и заштите, како физичког, тако и моралног интегритета човека.¹⁶

Залазећи дубље у саму садржину и појам права на приватност, јасно је да се ради о једном врло комплексном и слојевитом праву. Пре свега, сам појам приватности веома је широк и није га могуће потпуно одредити једном дефиницијом.¹⁷ Уз то, иако припада грађанским и политичким људским правима која се још називају и људским правима негативног вида јер се за њихово остваривање захтева пасивна улога државе, тј држава је дужна да се уздржи од уплитања у приватну сферу појединца, оно што је специфично за ово право, јесте чињеница да је за његову реализацију истовремено нужна и активна улога државе.¹⁸ При томе, ову активну улогу државе треба посматрати кроз призму двеју дужности. С једне стране, кроз обавезу државе да предузимањем одговарајућих мера обезбеди услове за уживање права на приватност, а са друге стране кроз обавезу државе да омогући заштиту појединцу у случају повреде овог права.¹⁹

Из свега наведеног, евидентно је да је овде реч о једном комплексном праву које се не може сасвим јасно и прецизно одредити,²⁰ о чему сведочи и чињеница да је право на приватност различито одређено у различитим међународним актима о људским правима. Ипак, оно што је заједничко за све теоријске и нормативне приступе у одређивању права на приватност јесте да оно, у најширем смислу, подразумева „могућност, тј. право сваког појединца да живи, развија се и остварује као личност без произвољног и незаконитог мешања државе и других, физичких или правних, лица.“²¹

¹⁶ О заштити физичког и моралног интегритета на радном месту више код: П. Јовановић, Д. Божићић, *Заштити и безбедноси зајслених на раду*, Зборник Правног факултета у Новом Саду, бр. 3/2016; и П. Јовановић, Д. Божићић, *Нормативни оквир заштити моралног интеегријети зајслених*, Зборник Правног факултета у Новом Саду, бр. 4/2017

¹⁷ Р. Етински, С. Ђајић, Б. Тубић, *Међународно јавно право*, Правни факултет у Новом Саду, 2017, стр. 470

¹⁸ О потврди ове констатације више у пресудама Европског суда за људска права: *X and Y v. The Netherlands* (Application no. 8978/80) параграф 23; *Von Hannover v. Germany* (Application no. 59320/00) параграф 98; *Hämäläinen v. Finland* (Application no. 37359/09) параграф 62

¹⁹ И. Крстић, *Право на љосиовање љивайноџ и љородичноџ живоиша – члан 8 Европске конвенције о људским љравима*, Београдска иницијатива за људска права, Београд, 2006, стр. 11

²⁰ Д. Поповић, *Евројско љраво људских љрава*, ЈП Службени гласник, Београд, 2016, стр. 305

²¹ Д. Симовић, Д. Аврамовић, Р. Зекавица, *Људска љрава*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2013, стр. 185

3. ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ У РАДНОМ ОДНОСУ

Иако је право на приватност, као и остала грађанска и политичка људска права, настало у тежњи да се заштити приватна сфера појединца у односу на државу, данас, када људи значајан период свог времена проводе на радном месту, поставља се питање заштите приватности запосленог у радном односу, и то како у односу на послодавца, тако и у односу на друге запослене код послодавца. С тим у вези, последњих деценија присутна је тенденција стварања радноправних норми са циљем да се обезбеде услови за уживање грађанских слобода и права запослених у радном односу.²² Иако је радно право утемељено на социјално-економским правима и даје оквир и успоставља услове за њихово остваривање, радни однос, као централни предмет радног права, очигледан је пример да су грађанска и политичка људска права са једне, и социјално-економска људска права са друге стране, функционално повезана и да представљају комплементарне делове јединственог правног система.²³

Како је право на приватност личности једно сложено и вишеслојно право, а пошто се право на приватност на радном месту изводи управо из њега, јасно је да тај исти, сложени карактер, задржава и у радном односу. С тим у вези, могуће је сагледати три сфере права на приватност запослених, из којих уједно може да прети опасност од његовог угрожавања. Пре свега, битан сегмент очувања приватности на радном месту тиче се заштите података о личности. Како из угла законских решења, тако и из угла радноправне теорије, реч је о најобрађиванијем аспект у заштите приватности запослених.²⁴ Поред тога, приватност запосленог може се посматрати и кроз утицај одређених чинилаца из приватног живота запосленог на сам радни однос. Овај сегмент приватности најчешће долази до изражаја у поступку заснивања радног односа, односно у вези са престанком радног односа. На крају, сфера приватности у којој је присутна највећа опасност од њеног угрожавања тиче се надзора који послодавац спроводи у процесу рада.

Највећа опасност од повреде сва три аспекта приватности на раду произилази из односа неједнакости између послодавца и запосленог у радном

²² Љ. Ковачевић, *Радноправна заштити грађанских слобода и права запослених на месту рада – њордор демократских вредности у свей рада или компензација за већу несигурности запослења?*, Теме, бр. 4/2013, стр. 1595-1596; V. Mantouvalou, *Are Labour Rights Human Rights?*, *European Labour Law Journal*, No. 2/2012, pp. 151-172

²³ П. Јовановић, *Уградња људских и социјално-економских права у међународно, европско и наше радно право*, Радно и социјално право, бр. 1-6/2006, стр. 10-11

²⁴ О томе шире у: С. Јашаревић, *Нове тенденције у области заштити личних података на раду у међународном и европском праву*, тематски зборник Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније, књига 4, Правни факултет у Новом Саду, 2016, стр. 263-282.

односу. Наиме, један од битних елемената радног односа²⁵ јесте и субординација која подразумева вршење рада запосленог под влашћу послодавца, док се његова садржина испољава кроз различита правом призната овлашћења послодавца која се одређују као његова нормативна, управљачка и дисциплинска власт.²⁶ Управо у вршењу управљачке власти послодавца²⁷ најприсутнија је могућност за повреду права на приватност запослених. При томе, та могућност свакодневно додатно расте са константним развојем савремених технологија које послодавцу пружају различите опције да управља и надгледа процес рада. Ипак, један облик надгледања, односно надзора над процесом рада изазива посебну пажњу како опште, тако и стручне јавности, и то не само правне, него и других струка, превасходно због његовог неповољног утицаја на морал и здравље запослених. Реч је о видео надзору.

3.1. Систем видео надзора у процесу рада

Нарочито осетљиво питање јесте присуство система оптичке контроле, односно видео надзора у процесу рада. Видео надзор представља својеврсни скуп функционално повезаних техничких апарата који примају, преносе, обрађују и архивирају снимљене записе, чијим прегледањем се омогућава (аудио) визуелно посматрање и надзор, а потом и анализа активности у простору који је покривен видео надзором,²⁸ при чему записи прикупљени овим путем нису доступни широј јавности, него ограниченом кругу субјеката.²⁹

Успостављање система видео надзора правда се пре свега разлозима безбедносне природе, где се истиче како овај систем омогућава детектовање безбедносних ризика, те последично томе доприноси како превенцији, тако и санкционисању оних који угрожавају (јавну и приватну) безбедност. Са овим аргументима употреба система видео надзора уводи се током шездесетих година прошлог века,³⁰ пре свега у односу на јавни простор,³¹ а потом

²⁵ О општим битним елементима радног односа види код: П. Јовановић, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, 2018, стр. 179

²⁶ Управо се подређивање запосленог нормативним, управљачким и дисциплинским овлашћењима послодавца сматра суштинским обележјем правне субординације, према: Ј. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд, 2013, стр. 92 и 135.

²⁷ Управљачка власт значи право послодавца да организује рад запослених. Та организација самог процеса рада остварује се пре свега кроз доношење одлука и издавање налога и упутстава за рад запосленима. *Ibid*, стр. 146

²⁸ R. Golob, *Sistemi zaštite in varovanja oseb in premoženja*, Ljubljana, 1997, str. 214

²⁹ A. Matchett, *CCTV for security professionals*, Elsevier Science, Burlington, 2003, pp. 236

³⁰ И. Жарковић, *Мере електронског надзора запослених и право на приватности на радном месту*, Наука, безбедност, полиција, бр. 3/2015, стр. 170

³¹ О видео надзору у јавном простору шире у: В. Димитријевић, *Видео-надзор у јавном и приватном простору*, Правни запис, бр. 2/2010, стр. 391

се шири и на приватну сферу у виду пословног простора, где свој пуни замах достиже током деведесетих година двадесетог века.³² Увођење ове врсте надзора у процес рада отворило је питање његове целисходности. На једној страни стоје легитимни интереси послодавца за увођењем видео надзора који се манифестују у потреби за осигурањем безбедности у процесу рада, али и у заштити његове имовине и надгледања производног процеса. Са друге стране, овакав вид надзора представља опасност од угрожавања приватности запослених на радном месту, јер по својој природи, омогућава послодавцу упознавање и са многим информацијама које су апсолутно ирелевантне за извршавање престације рада.³³ Тако, видео надзор у процесу рада заправо успоставља једну помало парадоксалну ситуацију, а то је да право на приватност запосленог у овом случају јесте у директном сукобу са његовим правом на безбедно радно окружење.³⁴

У сукобу два изложена легитимна интереса, а у ситуацији где је јасно да видео надзор на радном месту може да представља нарушавање приватног живота запосленог,³⁵ потребно је успоставити ограничења послодавчевом надзорном овлашћењу у циљу заштите права на приватност запослених.

У нашој земљи, само један когентни пропис, и то подзаконски акт,³⁶ директно тангира предметно питање. Упоредноправно посматрано, ова материја уређена је ретко прописима о раду, чешће посебним законима о видео надзору,³⁷ и најчешће, прописима који су посвећени заштити личних података.³⁸

У амбијенту одсуства предметне регулативе, сматрамо важним апострофирати неколико питања од нарочитог значаја за анализу присутности видео надзора у процесу рада. Пре свега потребно је успоставити просторно

³² M. Potokar, S. Androić, *Video Surveillance and Corporate Security*, Journal of Criminal Justice and Security, No. 2/2016, pp. 150

³³ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр 525

³⁴ М. Ковач-Орландић, *op. cit.*, стр. 137

³⁵ Овакав став заузео је и Европски суд у предмету *Antović and Mirković v. Montenegro* (Application no. 70838/13) од 28. новембра 2017. године. За претходну констатацију види параграф 44 пресуде.

³⁶ Реч је о Правилнику о правилима понашања послодаваца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду („Сл. гл. РС“, бр. 62/2010) који у члану 12 тачка 4 алинеја 12 предвиђа да ради превенције од злостављања и сексуалног узнемиравања послодавац и запослени треба да се нарочито уздрже од понашања која могу да доведу до нарушавања професионалног интегритета запосленог, као што је и неоправдана, неоснована или прекомерна употреба камера и других техничких средстава којима се омогућава контрола запослених.

³⁷ То је случај са скандинавским земљама.

³⁸ То је нпр. случај у Босни и Херцеговини са чл. 21а Закона о заштити личних података (Службени гласник БиХ, бр. 49/06, 76/11 и 89/11); и у Црној Гори са чл. 35-40 Закона о заштити података о личности („Службени лист Црне Горе“, бр. 79/08, 70/09, 44/12)

и временско ограничење у деловању видео надзора. Тако, када је у питању место рада, сматрамо да примена видео надзора апсолутно нема место у просторијама код послодавца у којима се непосредно не спроводи процес рада. Реч је о тзв. полуприватним просторијама као што су тоалети, лифтови, гардеробе и спаваонице за запослене, просторије за рекреацију запослених и слично. Када је у питању ограничење временске природе, мишљења смо да видео надзор мора бити резервисан искључиво за трајање радног времена код послодавца.³⁹ То даље значи да континуираном видео надзор у процесу рада нема места. Ово не само у духу заштите права на приватност запослених, већ и што чињеница да су запослени свесни да су стално изложени посматрању негативно утиче и на њихово ментално здравље.⁴⁰ Ипак, у упоредној пракси су присутни и случајеви у којима је послодавцима дозвољено да континуирано спроводе видео надзор над запосленима.⁴¹

Поред наведених просторних и временских ограничења, битно је истаћи и значај принципа транспарентности у имплементацији видео надзора у процесу рада. Тако, транспарентност заправо представља „конститутивни елемент дозвољеног видео надзора.“⁴² Ово значи да запослени морају писаним путем унапред бити обавештени о успостављању видео надзора; разлозима и циљевима због којих се исти уводи у процес рада; о броју видео камера и позицији њиховог постављања; о временском трајању овог вида надзора; као и о временском оквиру у којем ће се чувати записи добијени на овај начин.⁴³ Иако информисање запослених, односно њихових представника, видимо као *condicio sine qua non* за увођење видео надзора у процес рада, имајући у виду претходно изложене негативне реперкусије система

³⁹ Нарочито је отворено питање видео надзора за време одмора у току трајања дневног рада. Уколико запослени то време проводе у кантини код послодавца или у просторији посебно намењеној за дневни одмор, како је то време и место где се углавном реализују приватне активности запослених (разговори, гестови) ту нема простора за присуство видео надзора.

⁴⁰ О неповољном утицају (видео) надзора на здравље запослених види у: M.J. Smith, P. Carayon, K.J. Sanders, S-Y. Lim, D. LeGrande, *Employee stress and health complaints in jobs with and without electronic performance monitoring*, Applied Ergonomics, No. 1/1992, pp. 17-27; A. F. Westin, *Privacy and Freedom*, 1970, pp. 57; J. M. Stanton, J.L. Barnes-Farrell, *Effects of electronic performance monitoring on personal control, task satisfaction, and task performance*, Journal of Applied Psychology, No. 6/1996, pp. 738-745

⁴¹ Тако, у Кодексу Међународне организације рада о заштити личних података радника предвиђена је могућност континуираног надзора само уколико је то постребно у циљу безбедности и здравља на раду и заштити имовине. Види: Protection of workers' personal data, An ILO code of practice, Geneva, 1997, тачка 6.14

⁴² М. Ковач-Орландић, *оп. cit.*, стр. 138

⁴³ О конкретним условима за увођење видео надзора у државама чланицама Европске уније шире у: F. Hendrickx, *Protection of workers' personal data in the EU: surveillance and monitoring at work*, 2001, pp. 110-111

оптичке контроле на радном месту, консултовање запослених по свим наведеним питањима, као вид њиховог активнијег учешћа у доношењу одлука код послодавца, свакако да би дало додатни легитимитет увођењу овог система.⁴⁴ Овде треба подвући да се истакнути захтев о претходном информисању, односно консултовању запослених, тиче искључиво увођења видео надзора у оним пословним просторијама код послодавца у којима су запослени присутни. Тако, овај услов не стоји у случају увођења видео надзора у просторијама у којима запослени не раде, попут остава.⁴⁵ Подразумева се, уколико је послодавац инсталирао видео надзор у пословним просторијама, дужан је да осигура систем видео надзора од приступа неовлашћених лица и да се записи добијени на овај начин чувају у ограниченом временском периоду.

Посебно деликатно јесте питање тајног видео надзора у процесу рада. Његово присуство нужно значи суспензију начела транспарентности. Тајни видео надзор на месту рада начелно је забрањен, али се оставља простор за његово увођење у одређеним, изузетним, случајевима.⁴⁶ Они се пре свега везују за ситуације када постоји основана сумња да се у процесу рада врше одређене криминалне активности. Разлог због којег се у оваквој ситуацији даје предност интересу послодавца у односу на приватност запосленог јесте чињеница да надзор, уколико не би био тајног карактера, не би резултирао откривањем криминалних активности на радном месту. Јасно је да се одлука о постојању основане сумње за криминалне активности на радном месту не сме оставити искључиво на послодавцу. Зато су у појединим државама, когентним прописима или у судској пракси, успостављени додатни услови за увођење тајног надзора.⁴⁷ Оно што је свакако неупитно, то је чињеница да тајни видео надзор мора бити ограничен у свом трајању, само за потребе вођења одговарајуће истраге и док она траје.

⁴⁴ Такав случај присутан је нпр. у Шведској, где сходно Закону о видео надзору, консултовање синдиката запослених представља услов за инсталирање камера на радном месту. *Ibid*

⁴⁵ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр. 527

⁴⁶ Тако према поменутом Кодексу Међународне организације рада о заштити личних података радника, тајни видео надзор је дозвољен само у случају: 1) уколико је то у складу са националним законодавством; или 2) уколико постоји основана сумња у присуство криминалних активности или других озбиљних преступа. Protection of workers' personal data, An ILO code of practice, Geneva, 1997, тачка 6.14 став 2

⁴⁷ Тако, у Данској, послодавац пре увођења тајног видео надзора мора да се консултује са полицијом о неопходности ове мере за откривање криминалних активности на радном месту. У Холандији, Врховни суд је заузео став да послодавац који је суочен са крађом може инсталирати тајни видео надзор и записе добијене на овај начин користити у будућем поступку пред судом. У Немачкој, према ставу Савезног радног суда, послодавац може да инсталира тајни видео надзор само ако ова мера нема алтернативу. F. Hendrickx, *Protection of workers' personal data in the EU: surveillance and monitoring at work*, 2001, pp. 111-113

Када је реч о тајном видео надзору на радном месту јасно је да ће одлука о његовој допуштености зависити од околности конкретног случаја. То је уједно и закључак Европског суда који се са овим питањем суочио у предмету Купке против Немачке (*Köpke v Germany*),⁴⁸ где је и сам суд истакао да је у консталацији супротстављених (легитимних) интереса послодавца⁴⁹, с једне, и запосленог,⁵⁰ са друге стране, могуће очекивати и друкчије одлуке у будућој пракси суда, нарочито узимајући у обзир колико савремене методи надзора могу нарушавати приватни живот запослених.

4. ЗАКЉУЧАК

Право на приватност, као грађанско право, последњих деценија све више продира и у сферу запошљавања и рада, паралелно са тенденцијама демократизације и глобализације ове сфере, те се наставља и као право запосленог на раду и по основу рада. Заправо, треба приметити две просте чињенице. Прво, да је и запослени грађанин и да као такав улази у радни однос са свим својим људским правима. Запослени не губи грађанска и политичка права, већ њима додаје и одређена социјално-економска права по основу рада, обогаћујући тако корпус својих људских права. Друго, у радном односу је укупна личност запосленог, са својим физичким, психичким, моралним, етичким, социјалним и другим својствима. Та својства у својој укупности одређују, са једне стране – приватност запосленог и, са друге стране – његову здравствену, животну и радну способност. Радна способност је предпоставка запошљавања, рада и опстанка на раду. Она је у интересној

⁴⁸ *Köpke v Germany (Application no. 420/07)* Карин Купке, била је запослена као послодавац у самопослузи. Њен послодавац је, учинивши неслагање са стањем новца у каси и попису преостале робе, увео тајни видео надзор како би открио шта се заправо дешава, сумњајући да га његова запослена Карин Купке поткрада. Послодавац је за инсталирање и праћење тајног видео надзора ангажовао приватног детектива. Инсталирани видео надзор потврдио је сумње послодавца да га запослена поткрада и из наведеног разлога, уз записе тајног видео надзора као доказ својој тврдњи, дотичној запосленој је отказао уговор о раду. Госпођа Купке се, неуспевши са својим захтевима пред националним судовима, обратила Европском суду са захтевом да у конкретној ситуацији утврди повреду права на приватност гарантованог чланом 8 Европске конвенције. Суд је њен захтев прогласио недопуштеним, истакавши да у конкретном случају није било повреде права на приватност у смислу члана 8 Европске конвенције, јер мера тајног видео надзора коју је послодавац предузео била је у правцу заштите његових оправданих (легитимних) интереса, трајала је кратко време, ограничена само на простор касе за којом је запослена радила, а ограничен број људи (послодавац и приватни детектив) је био упознат са садржином записа добијеног путем тајног видео надзора. Уз то, тако добијени запис коришћен је само у сврху постојања криминалних активности и као доказ у судском поступку.

⁴⁹ За откривањем криминалних активности на радном месту

⁵⁰ За поштовањем права на приватност на радном месту

жижи и самог запосленог, али и послодавца, јер од ње зависи продуктивност рада, доходак радника и добит послодавца. То условљава потребу заштите приватности запосленог.

У смислу реченог, приватност запосленог се штити у радном односу као сегмент стварања безбедних, здравих и достојанствених услова рада. Али, са друге стране, кроз безбедан, здрав и достојанствен рад мора се рефлектовати и интересна позиција послодавца и његова овлашћења и права. Овлашћења и права која има послодавац, као власник капитала, одређује радни однос као однос субординације (однос надређеног према подређеном). У том односу препознаје се и право послодавца да организује, уређује и контролише рад радника, вршећи тако своју легитимну управљачку власт. Притом, могућа су извесна ограничавања или угрожавања права на приватност запослених. Ствар је мере и докле могу ићи та ограничавања. Одређени правни стандарди, приказани у овом раду, управо говоре о тој мери, нарочито када је у питању видео надзор и контрола рада која је најексплицитнија мера контроле и „најопаснија“ по приватност запослених.

*Predrag P. Jovanović, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
p.jovanovic@pf.uns.ac.rs*

*Darko M. Božićić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
d.bozicic@pf.uns.ac.rs*

Employee's Right to Privacy as an Essential Part of Decent Work

Abstract: *Inter alia, personal integrity is protected with right to privacy. In that context we can observe employee's right to privacy as an integral part of occupational safety and health. Personal integrity protection provide adequate health and working ability which is indispensable for productive work. Productive work is vital for employment relationship and represents compatibility of employer' and employee' intrests in employment relationship. But in employment relation employer has supervisory prerogatives to provide profit. Employer's supervisory prerogatives may lead to violation of employee's right to privacy at work. About that, essential questions are – on which conditions and on which proportion employer may restrict employee's right to privacy at work? Authors of this paper tried to answer to these questions relying on legal standards in international law.*

Keywords: *human rights, right to privacy, occupational safety and health, decent work, employer's supervisory prerogatives, video surveillance.*

Датум пријема рада: 24.12.2018.

*Др Гордана Б. Ковачек Стјанић, редовни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
G.KovacekStanic@pf.uns.ac.rs*

*Др Сандра О. Самарџић, асистент са докторатом
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Sandra.Samardzic@pf.uns.ac.rs*

КРИТЕРИЈУМИ ЗА ОДЛУЧИВАЊЕ О ВРШЕЊУ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА ПОСЛЕ РАЗВОДА БРАКА У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ*

Сажетак: *Рад се базира на истраживањима судске праксе о критеријумима за поверавање дејетца једном родитељу на самостално стварање која су сprovedена пре 30 година, пре 10 година и у новије време. Истраживања су сprovedена у судовима у Новом Саду и Суботици. Такође, у раду је ипроучено релевантно законодавство, почевши од закона који су важили пре II Светског рата до данас. Основни закључци рада, који су добијени ипоређењем резултата ранијих истраживања са новијим, су да се деца много чешће поверавају мајкама на самостално стварање, ие да су критеријуми за поверавање слични. Најчешће критеријум је споразум родитеља, који суд углавном безрезервно прихвата, не ипврђујући да ли је споразум у најбољем иптересу дејетца. Разлика ипстоји у ипозивању на критеријум најбољег иптерес дејетца, који је добио на значају доношењем Породичног закона 2005. године, јер овај Закон ирви иуи експлицитно регулише најбољи*

* Рад је настао као резултат рада на научно-истраживачком пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

Аутори се на подацима истраживања судске праксе захваљују студенткињи докторских студија Милице Ковачевић, чији резултати истраживања за 2016. годину су презентовани у семинарском раду под називом *Поједине ипоследице развода брака у односу на децу*, 2018. године и студенткињи мастер студија Љубинки Кркљуш чији резултати истраживања за 2007. годину су презентовани у мастер раду *Самостално вршење родитељског права након развода брака у домаћем и ипoredном ираву*, 2014. године.

интерес дејетца, као правни стандард. Када се посматра жеља дејетца као критеријум, подаци показују еволуцију судске праксе која иде у позитивном правцу, јер се све више уважава жеља дејетца као критеријум за поверавање. Када се ради о критеријумима за поверавање дејетца оцу, примећено је да постоји разлика у стандардима и новијем истраживању, која се огледа у томе што је суд раније придавао велики значај помоћи коју је отац имао од своје мајке, док је данас та чињеница изгубила значај. Утврђивање и уважавање жеље дејетца у многу већем броју случајева, је уочен став суда о равноправности мајке и оца као родитеља, у смислу критеријума за поверавање дејетца једном родитељу на самостално старање, смањено позитивним понашањем и надамо се да су то трендови у којима ће судска пракса ићи и даље у будућности.

Кључне речи: споразум родитеља, најбољи интерес дејетца, жеља дејетца, мишљење органа старатељства, судска пракса, законодавство.

1. УВОД

У домаћем праву вршење родитељског права после развода брака може бити заједничко и самостално. Услов за заједничко старање у овим ситуацијама је писмени споразум родитеља.² Када се ради о самосталном вршењу родитељског права од стране мајке или оца, родитељи имају могућност споразумевања, али ако се не споразумеју, суд доноси одлуку примењујући различите критеријуме.

Домаће законодавство не прецизира критеријуме које би суд требало да примењује приликом одлучивања о вршењу родитељског права. У савременим законима, па тако и по Породичном закону се, у складу са начелом о равноправности полова, ни на који начин не даје предност једном од родитеља. Тако је данас према Породичном закону³, а исто је било и према законима који су важили пре 30 година, односно у време ранијег истраживања, чији су резултати упоређени са резултатима истраживања новије судске праксе.

² Гордана Ковачек Станић, Сандра Самарцић, Милица Ковачевић, „Развод брака и заједничко родитељско старање као последица развода брака у теорији и пракси“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017, 1285–1303.

³ Породични закон – ПЗС, *Службени гласник* 18/05, закони који су важили раније у Србији: Закон о браку и породичним односима, *Службени гласник* 22/80, 22/93, 35/94, 29/01., а у Војводини: Закон о односима родитеља и деце, *Службени лист Војводине* 2/75, Закон о браку, *Службени лист* 2/5.

2. КРИТЕРИЈУМИ ЗА ОДЛУЧИВАЊЕ О ВРШЕЊУ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА ПОСЛЕ РАЗВОДА БРАКА У ПОЗИТИВНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Приликом доношења одлуке о самосталном вршењу родитељског права, тачније одлуке којом се дете поверава на старање мајци или оцу, Породични закон не наводи прецизне критеријуме којима би се судија руководио приликом одлучивања о наведеном питању. Будући да родитељско право припада и мајци и оцу заједно, односно да су они равноправни у вршењу родитељског права, није дозвољено *a priori* дати предност једном од родитеља. Са друге стране, према ПЗС, најбољи интерес детета представља један од основних критеријума којим су сви дужни да се руководе у активностима које се тичу детета. Другим речима, приликом доношења одлуке о вршењу родитељског права, суд мора утврдити шта је у најбољем интересу детета.

Новина која је уведена у ПЗС је право детета да одлучи са којим родитељем ће живети. Ради се о случају када родитељи не воде заједнички живот (када су разведени или су само фактички прекинули заједнички живот, било да се ради о брачним или ванбрачним родитељима). Ово право има дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање (чл. 60/4 ПЗС). На тај начин је жеља детета, у ствари, један од законских критеријума за одлучивање о поверавању детета једном од родитеља на самостално старање.

Осим овог права детета, ПЗС предвиђа да се мишљењу детета мора посветити дужна пажња у свим питањима која га се тичу и у свим поступцима у којима се одлучује о његовим правима, а у складу са његовим годинама и зрелошћу (чл. 65, ст. 3). Такође, дете има право да слободно изрази своје мишљење, ако се ради о детету које је способно да формира своје мишљење. Предуслов за формирање мишљења је информисаност, зато ПЗС предвиђа да дете има право да благовремено добије сва обавештења. У узрасту од 10 година дете може слободно и непосредно да изрази своје мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима. На крају, дете се може само, или преко неког другог лица или установе, обратити суду или органу управе и затражити помоћ у остваривању свог права на слободно изражавање мишљења.

ПЗС обавезује државне органе, суд и орган управе, да утврде мишљење детета. Мишљење детета се утврђује на посебан начин који је примерен детету и то у сарадњи са школским психологом, односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима, а у присуству лица које дете само изабере (чл. 65, ст. 6).

Још један критеријум за одлучивање о вршењу родитељског права је споразум родитеља. Када се ради о заједничком старању споразум родитеља је услов *sine qua non*. Родитељи могу закључити споразум и када се ради самосталном вршењу родитељског права једног родитеља. Тај споразум обухвата споразум родитеља о поверавању заједничког детета једном родитељу, споразум о висини доприноса за издржавање детета од другог родитеља и споразум о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем. Споразумом о самосталном вршењу родитељског права преноси се вршење родитељског права на оног родитеља коме је дете поверено (чл. 78, ст. 1, 2 ПЗС). Споразум родитеља о самосталном вршењу родитељског права уноси се у изреку пресуде о вршењу родитељског права уколико суд процени да је тај споразум у најбољем интересу детета. Ако суд процени да њихов споразум није у најбољем интересу детета, одлуку о поверавању заједничког детета једном родитељу, о висини доприноса за издржавање од стране другог родитеља и о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем доноси суд (чл. 272, ст. 2 ПЗС).

Врло значајан критеријум за одлучивање о вршењу родитељског права чини мишљење органа старатељства. У ПЗС је предвиђено да је суд дужан да затражи налаз и стручно мишљење од органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима, пре него што донесе одлуку о заштити права детета или о вршењу односно лишењу родитељског права (чл. 270).

2.1. Критеријуми за одлучивање о вршењу родитељског права после развода брака у историјском контексту

У периоду пре II светског рата на територији данашње Србије, према Српском грађанском законик⁴ основни критеријум за поверавање детета су били пол и узраст детета, па су мушка деца до 4. године и женска до 7. године поверавана мајци, сем ако разлози деље среће нису упућивали на друго решење (пар. 118). Када се радило о лицима православне вере, надлежност за одлучивање о поверавању деце после развода брака имали су црквени органи и то Епархијски црквени суд.⁵ Према угарском законодавству које се примењивало у Војводини, основни критеријуми за поверавање детета у судском поступку су били узраст и пол детета, те кривица за развод брака. У том смислу, сва деца до узраста 7 година, остајала су са мајком, а у случају

⁴ Грађански законик за Краљевину Србију – СГЗ, Београд, 1903.

⁵ Епархијски суд је био надлежан за брачне парнице уопште, па и за развод брака. Надлежност црквеног суда прописана је пар. 99 СГЗ, а посебно Епархијског суда у овим односима Законом о црквеним властима из 1890. године (чл. 96). О томе више у: Р. Ђ. Ђорђевић, *Црквено право*, 1939.

деце која су била старија она су била поверавана родитељу који није био проглашен кривим. У случају да су оба родитеља била проглашена кривим, онда је критеријум био пол детета, те су тако женска деца била поверена мајкама, а мушка очевима. Свакако, одступање од наведених правила је било могуће. Било је могуће поверити дете и трећем лицу, имајући у виду кривицу, личне околности родитеља и интересе деце.⁶ Када је о поверавању одлучивала турска власт, узраст и пол детета су били од кључног значаја. Наиме, уколико се радило о деци до 7. године, она су била поверавана мајкама, а након наведеног узраста, девојчице су се поверавале мајкама, уколико турска власт не би сматрала да је неопходно одлучити на други начин.⁷ Како се види, постојала је извесна разлика у критеријумима у зависности од тога који орган одлучује, суд или турска власт, кривица као критеријум је изостављена у случају када одлучује турска власт.⁸ По Аустријском грађанском законнику критеријуми за поверавање детета одлуком суда су били: нарочите околности случаја, интереси деце, позив, личност и својства супружника и узрок одвајања или развода (пар. 142).⁹

Упоређујући наведена решења, напуштање кривице за развод, те пола и узраста детета као посебних критеријума, како је било према Аустријском грађанском законнику, представља корак напред у регулисању поверавања детета после развода брака. Сва три законодавства, српско, угарско и аустријско познавала су могућност споразума родитеља о поверавању деце. Према угарском законодавству, споразум представљао је основ за судску одлуку, предвиђено је било да судија одлучује о смештању малолетне деце, а када постоји споразум родитеља, могао је одлучити различито од споразума, ако је то у очевидном интересу деце, с обзиром на кривицу и друге личне околности родитеља (пар. 95 Зак. чл. XXXI:1894). Према АГЗ родитељи су се могли споразумети о нези и васпитању деце, али је за њихов споразум био потребан пристанак суда, док је СГЗ предвиђао да закон уређује ове односе ако се родитељи „поравнали и сложили не би” (пар. 142 АГЗ, пар. 118 СГЗ).

⁶ Вид. пар. 95 Закона о браку (Законски чланак XXXI) из 1894. године.

⁷ Законски чланак XX:1877 односно LIV:1912 пар. 21 који је заменио тач. 3, 4 пар. 13 – Закон о турском и старатељству.

⁸ Суд је одлучивао о поверавању деце по службеној дужности у брачној парници, али је могао препустити одлуку турској власти, ако је сматрао да изложене чињенице нису довољне за одлучивање. Осим тога, турска власт је одлучивала о измени судске одлуке због промењених прилика. Вид. пар. 96, 97 Закона о браку (Законски чланак XXXI) из 1894. године.

⁹ Аустријски грађански законик из 1811. године са изменама (у даљем тексту АГЗ), превод Г. Никетића, Београд, 1922. Видети и: Гордана Ковачек Станић, „Породичноправни односи родитеља и деце у Србији (Војводини) кроз историју и данас“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2013, 107-129.

3. КРИТЕРИЈУМИ ЗА ОДЛУЧИВАЊЕ О ВРШЕЊУ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА ПОСЛЕ РАЗВОДА БРАКА У СУДСКОЈ ПРАКСИ

Истраживање судске праксе о поверавању деце спроведено је пре 30 година и то за 1987. годину, 1988. годину и 1989. годину у Новом Саду и Суботици.¹⁰ Једногодишње истраживање у Новом Саду је спроведено после 20 година, за 2007. годину и, после непуних 30 година, за 2016. годину.

Истраживање судске праксе показало је да су од највећег значаја следећи критеријуми: споразум родитеља, мишљење органа старатељства и жеља детета. Међутим, осим наведених и неки други критеријуми су се издвојили као значајни. Тако је у истраживању судске праксе од 1987. до 1989. године уочено да се суд позивао на одређене критеријуме на основу којих је предност давана мајкама, као што је нпр. „осетљив узраст детета”. Овај критеријум није био прецизан, јер се као „осетљив узраст” схватао узраст од најмлађег, па све до узраста од 10 година. Овај податак указује на имплицитан став суда да је мајка родитељ коме је по правилу било потребно поверити дете нижег узраста, па критеријум „осетљив узраст” више личи на критеријум *мајка је боља*. На овакав став суда вероватно је утицала констелација односа у породици пре развода, односно значајнија улога мајке као родитеља, па би било боље да су судови ову чињеницу наводили као критеријум за своју одлуку.

У табели бр. 1 приказани су критеријуми за поверавање у пракси Врховног суда Војводине као другостепеног, у периоду од три године (1987-1989. године):

Резултати истраживања које је спроведено готово 30 година касније, тачније за период 2016. године, указују да се мајке и даље сматрају примарним и доминантним родитељем, те се деца махом њима поверавају. Приказано стање може бити и последица односа и расподеле одговорности о деци током трајања самог брака, када су мајке упућеније на децу. Поред тога, значајна може бити и чињеница да у одређеном броју случајева родитељи дужи временски период не живе заједно и да деца од момента престанка брачне заједнице живе са мајком (*status quo* критеријум). На то указују и образложења која се дају у случајевима поверавања деце мајци. Наиме, у свим оним случајевима у којима је фактички престанак брачне заједнице претходио разводу брака и то у једном дужем временском периоду, родитељско право нужно врши један родитељ, најчешће родитељ са којим дете живи. У свим тим ситуацијама, суд полази од претпоставке да постојеће

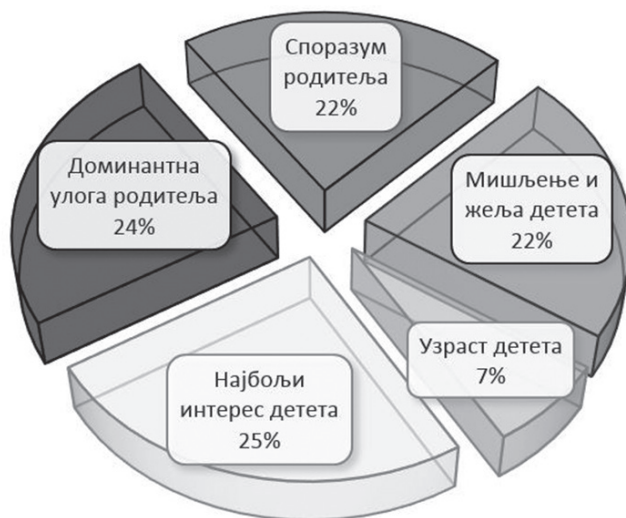
¹⁰ О томе више у: Гордана Ковачек Станић, *Правни израз родитељства*, Нови Сад 1994, стр. 62-85. Сви даљи подаци цитирани у овом раду су преузети из наведене монографије.

Критеријуми	Другостепена одлука МАЈЦИ		Другостепена одлука ОЦУ	
	укупно: 207		укупно: 24	
Осетљив узраст	135	65.20%	2	8.30%
Мишљење центра	100	48.30%	14	58.30%
Жеља детета	38	18.40%	12	50.00%
<i>Status quo</i>	36	17.40%	13	54.20%
Мајка се адекватно брине, везана за дете	34	16.40%	Мајка напустила дете, болесна, нема услове	14 случајева 58,3%
Брину се баба и деда	19	9.20%	6	25.00%

* У појединачној одлуци суд се позива на више критеријума, те укупан број по критеријумима не одговара збиру појединачних одлука.

Табела 1

стање не треба мењати. Суд најчешће наводи критеријум доминантне улоге мајке у развоју детета, затим да је дете усмерено на мајку и да са њом проводи највише времена, пошто са њом живи, да нема проблема у функционисању, као и да мајка на адекватан начин задовољава дечје потребе.



Графикон 1 – Критеријуми којима се воде суд и ЦСР приликом одлучивања о вршењу родитељског права (2016. година)

Као један од примера где се судија позива на више критеријума, наводимо „... те суд даје предност мајци због узрасно-развојног периода, пола (девојчица), доминантне фигуре и досадашњег модела функционисања, не умањујући тиме улогу и мотивисаност оца.“¹¹ Са друге стране присутни су примери где суд не образлаже своју одлуку конкретним критеријумима, већ даје неко уопштено објашњење, као на пример „.. оба родитеља поседују родитељске капацитете, са тим што мајка поседује капацитет за самостално вршење родитељског права.“¹²

У страној теорији и пракси издвајају се као важни следећи критеријуми: предност мајке, особа која одгаја дете као примарна, расположиво време за провођење са дететом, време проведено са родитељем док траје поступак, интегрисаност у породицу, стабилност средине, религијско образовање односно религијска припадност (нарочито сектама које се противе трансфузији крви и пропагирају социјално изолован живот), злостављање и занемаривање, алкохолизам и наркоманија, ментална нестабилност, кривоклетство и друге лажне изјаве, мешање у посете, честа промена боравишта, одласци из земље, сексуалне везе ван брака, хомосексуалност, однос са очухом или маћехом и њиховом децом, помоћ баба и деда и других рођака, жеља детета.¹³

3.1. Најбољи интерес детета

Најбољи интерес детета као критеријум за одлучивање, експлицитно постаје релевантан доношењем Породичног закона. Закон не садржи дефиницију овог појма, тако да његова садржина зависи од тумачења које добија у судској пракси. У истраживању из 2007. године дошло се до податка да је у око 14% пресуда образложен критеријум најбољи интерес детета. Међутим, ово образложење се углавном своди на набрајање разлога због којих суд сматра да је одлука коју доноси у најбољем интересу детета, наводећи као разлог да се родитељ већ адекватно брине о детету, споразум родитеља, жељу детета, мишљење центра за социјални рад. У око 37% одлука овај критеријум је само наведен као релевантан, али није образложен, а у око 38% се суд уопште ни не позива на њега.

Истраживање из 2016. године показује да се као критеријум за одлучивање најчешће јавља најбољи интерес детета. Судије увек у обзир узимају најбољи интерес детета, само то негде посебно наглашавају, а негде га користе само као фразу. У резултатима (графикон 1) су приказани само случајеви где се судије експлицитно на њега позивају приликом одлучивања о

¹¹ Посл. бр. П2 221/16.

¹² Посл. бр. П2 2042/16.

¹³ J. Atkinson, „Criteria for Deciding Child Custody in the Trial and Appellate Courts“, *Family Law Quarterly*, Vol. XVIII, 1/1984, 8-36 и друго, Г. Ковачек Станић, 1994.

поверавању. Приликом образлагања најбољег интереса детета, судије углавном само констатују да је он остварен, док ретко наводе разлоге због којих сматрају да је остварен. Уколико и наводе неке разлоге, то је најчешће споразум родитеља, тако да се може рећи да ако су родитељи постигли споразум, то аутоматски значи да је најбољи интерес детета остварен. У вези са тим, важно је споменути да у оквиру датог истраживања није пронађен ниједан споразум родитеља који није био у најбољем интересу детета.

Посебно је значајно нагласити да се судије у појединим одлукама позивају на Конвенцију о правима детета, што је, сматрамо, одраз специјализације судија и свакако нешто што треба поздравити као значајан и позитиван помак.¹⁴

3.2. Споразум родитеља

Како је речено, домаће законодавство предвиђа могућност споразумевања родитеља о вршењу родитељског права. Тако је било у време истраживања пре 30 година¹⁵, а тако је и према ПЗС. Поставља се питање каква је правна снага споразума, да ли је он само један од основа за доношење одлуке суда или споразум замењује одлуку суда. Судска пракса Војводине пре 30 година, по којој су судови увек у диспозитив пресуде о разводу брака уносили и одлуку о померавању детета, а тек се у образложењу позивали на евентуални споразум родитеља, говори у прилог схватању споразума као једног од основа за доношење судске одлуке.

Како је речено, законом је предвиђена могућност суда да одлучи противно споразуму, ако он не одговара најбољем интересу детета. Нејасно је да ли суд има обавезу да у сваком случају испита да ли споразум одговара најбољем интересу детета, а што претпоставља спровођење одређеног истраживања, најмање консултацију са центром за социјални рад, или постоји претпоставка у корист споразума, а која се обара само ако посебне околности указују да споразум није у најбољем интересу детета. Разлози незадирања у интимне, породичне односе ако то није неопходно, разлози практичности и неодуговлачења поступка, говоре у прилог претпоставке о томе да је споразум родитеља, по правилу, у најбољем интересу детета. Анализирана

¹⁴ Уочено у 20 предмета у којима се цитирају чл. 3 и чл. 9 Конвенције о правима детета. (*Convention on the Rights of the Child (CRC)*), усвојена и отворена за потпис, ратификацију и приступање од стране Генералне скупштине Уједињених Нација Резолуцијом 44/25 од 20.11. 1989. године, а у међународном смислу ступила на снагу већ 2.9.1990. године; према: https://treaties.un.org/pages/View.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en; 2.12.2017; Ратификована Законом о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97)

¹⁵ Видети чл. 10 Закона о односима родитеља и деце Војводине, *Службени лист Социјалистичке Аутономне Покрајине Војводине*, бр. 2/75.

судска пракса и раније и данас, говоре у прилог овом схватању. Наиме, није пронађен ниједан случај у коме суд констатује да споразум родитеља није у најбољем интересу детета, суд не испитује околности случаја, не консултује се са органом старатељства, што све говори о изузетном поверењу које суд указује споразуму родитеља.

Споразум родитеља уједно је био најчесталији критеријум при доношењу одлуке пред првостепеним судовима у Новом Саду и Суботици пре 30 година. Одлука по споразуму родитеља у пракси суда у Новом Саду и Суботици је било од 69%-89%. Спор родитеља је постојао у само око 6%-7%. Такође, споразум је најчесталији критеријум и када је дете поверено оцу (65%-90% случајева – видети у табели 5).

Споразум родитеља је био основ одлуке у 70% па све до 90% укупно испитаних случајева. Када се изузму случајеви развода по споразуму, када је споразум о детету услов *sine qua non* долази се до нешто нижег броја (најмањи 67%, а највиши 85%). Осим тога, непостојање споразума не значи аутоматски да су родитељи у сукобу, у једном броју случајева један од родитеља се уопште не изјашњава, јер се ни не укључује у поступак (нпр. у суду у Новом Саду било је таквих 15 од 159 у 1987., а 11 од 121 у 1988., а у суду у Суботици било је 8 од 48 у 1987., 6 од 121 у 1988., а 7 од 55 у 1989.). Број случајева у којима је постојао сукоб родитеља тако се своди на 9 од 159 (5,7%), у 1987., 8 од 121 (6,6%) у 1988. у суду у Новом Саду, а у Суботици спор је постојао у 2 случаја у 1987., у 1 у 1988., а у 4 у 1989.

Год.	Број предмета са децом		Развод на основу неподношљивог заједничког живота				Развод по споразуму		Споразум родитеља	
	НС	Суб.	НС укуп.	Суб. спораз.	НС укуп.	Суб. спораз.	НС	Суб.	НС	Суб.
	159	48	133	107	46	31	26	2	133	33
1987.				80.5%		67.4%			83.6%	68.8%
	121	52	94	69	48	39	27	4	106	43
1988.				73.4%		81.3%			87.6%	82.7%
	264	55	188	160	44	31	76	11	236	42
1989.				85.1%		70.5%			89.4%	76.4%

Табела 2 – Број споразума родитеља као основа за судску одлуку

Када постоји споразум родитеља суд се ретко консултује са органом старатељства и то само у око 4% – 9% случајева развода по споразуму, а када се ради о разводу због неподношљивог заједничког живота, а постоји споразум, орган старатељства је консултован у 7%-25% случајева. У случа-

јевима у којима није било споразума (било да постоји сукоб или један од родитеља није учествовао у поступку) суд је консултовао орган старатељства и до 80%, што опет потврђује тезу да судови *a priori* прихватајући споразум родитеља, изражавају став да је споразум у интересу детета, па, у ствари, препуштају родитељима одлуку о поверавању детета.

Осим имплицитног става да је по правилу за дете најбоље оно решење које предлажу родитељи, може се претпоставити да и разлози процесно-правне природе, односно, чињеница да се родитељи одричу права на жалбу или немају разлога да уложи жалбу када између њих постоји споразум, утичу на суд да мимоиђе орган старатељства када постоји споразум родитеља.

Када се упореде подаци из 1987. године и 2007. године види се да је споразум родитеља као основ за одлуку о облику старања о детету, у 1987. години био око 84%, а у 2007. години око 93%. У 1987. години било је око 16% развода по споразуму (где је споразум о поверавању деце неопходан услов за развод), а развода на основу неподношљивог заједничког живота је било око 84%. Споразум о деци постојао је у око 35% развода због неподношљивог заједничког живота. У 2007. години било је много више развода по споразуму у односу на период од пре 20 година (око 46% предмета са малолетном децом), а што утиче на проценат постојања споразума о деци, због тога што је он неопходан услов за развод по споразуму.

И према истраживању које се односи на 2016. годину, један од важнијих критеријума којима суд поклања дужну пажњу приликом одлучивања о поверавању деце након развода брака јесте споразум родитеља.

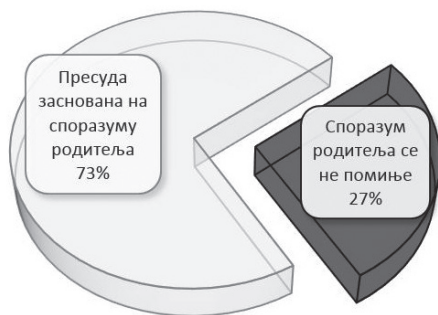
Ток поступка	Мајка као подносилац тужбе	Отац као подносилац тужбе	Укупно
Поступак покренут предлогом за споразумни развод брака (чл. 40)	-	-	20
Поступак покренут тужбом (чл. 41)	95	34	129
Накнадно закључен споразум странака (чл. 40)	18	9	27
Суд тужбу сматрао споразумом (чл. 40)	8	3	11
Тужба повучена			34
Укупно	121	46	221

Табела 3 – начин поступања суда (подаци за 2016. годину)

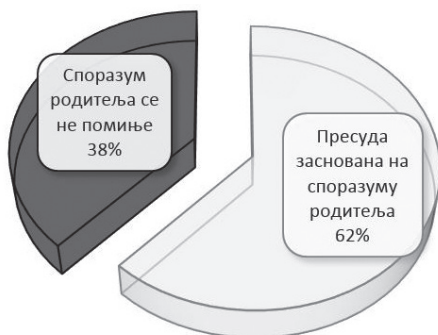
Када се брак разводи на основу споразума, у судској пракси се сматра да је споразум о вршењу родитељског права довољан за одлуку о начину

вршења родитељског права. Није од значаја да ли је споразум постигнут пре, па су странке поднеле предлог за споразумни развод брака или у току самог поступка, када су странке одустале од тужбе и исту замениле споразумом или су се просто сагласиле око свих важних питања, па је суд тужбу сматрао споразумом. У свим тим случајевима, суд полази од претпоставке да су се родитељи договорили око свих питања, да међу њима нема ништа спорно, те да је њихов договор у најбољем интересу деце. Због тога судије изузетно ретко прибегавају и саслушању странака и извођењу било којих других доказа. Када се брак разводи због поремећаја брачних односа, иако споразум формално није предуслов за доношење одлуке, резултати истраживања показују да је споразум један од најважнијих критеријума за поверавање детета.

Када се посматра укупан број случајева, судије у образложењу наводе споразум (договор) родитеља у чак 73% случајева док је, када се изузму разводи по споразуму, договор основ у 62% случајева (видети графиконе 2 и 3).



Графикон 2 – Споразум родитеља као критеријум за доношење одлуке о поверавању деце (2016. година)



Графикон 3 – Споразум родитеља као критеријум за доношење одлуке о поверавању деце посматрајући само случајеве развода брака на основу поремећаја брачних односа (2016. година)

У неким случајевима је значај споразума родитеља већи, негде мањи, али у сваком случају утицај на одлуку је видан. У појединим случајевима судије своје одлуке образлажу управо и само чињеницом да су се родитељи договорили око начина вршења родитељског права, док у другим случајевима је он додатни, пропратни критеријум који само потврђује и додатно утемељује одлуку суда. Најчешће се у таквим ситуацијама сматра да споразум постоји на основу чињенице да се тужена страна није противила захтеву или да се са њиме у потпуности или у делу посвећеним вршењу родитељског права сагласила. Могуће су наравно и ситуације када је договор постигнут пред центром за социјални рад, па је као такав у образложењу пресуде наведен и прихваћен (таквих је у 2016. години било 14 случајева, односно око 15%).

Резултати истраживања су показали да законом предвиђена могућност суда да одлучи противно споразуму, уколико он није у најбољем интересу детета, није коришћена. Штавише, само у мањем броју случајева суд изричито констатује да је споразум у најбољем интересу детета, док се у већини других случајева то не наводи.

Споразумом родитеља се деца углавном поверавају мајкама на самостално вршење родитељског права. Међутим, споразум родитеља је основ у великом броју случајева када су деца поверена на самостално вршење родитељског права и очевима (чак 85% случајева у 2016. години поверавања деце очевима темељи се на неком виду споразума, постигнутом пред судом или пред центром за социјални рад).

3.3. Мишљење органа старатељства

Мишљење и предлог органа старатељства један је од критеријума за доношење одлуке о поверавању детета у законодавству и судској пракси пре 30 година.¹⁶ Мишљење и предлог органа старатељства један је од критеријума за доношење одлуке о поверавању детета, али као и остали критеријуми, нема обавезујућу снагу, што проистиче из општег правила процесног права о слободној оцени доказа. На тај начин се изјашњава и судска пракса:

„Предлог органа старатељства да се деца повере једном од родитеља не обавезује суд да тако поступи. Суд је овлашћен и дужан да предлог органа старатељства цени у склопу свих других чињеница које су релевантне за решавање овог спора.“¹⁷

¹⁶ *Ibid.* чл. 10(2).

¹⁷ Из одлуке Врховног суда Војводине Гж. 390/82, *Правни живић* 1/83, стр.113.

Год.	Развод на основу неподношљивог заједничког живота									
	Укупно		Споразум родитеља		Консултован центар		Без споразума родитеља		Консултован центар	
	Н. Сад	Суб.	Н. Сад	Суб.	Н. Сад	Суб.	Н. Сад	Суб.	Н. Сад	Суб.
1987.	133	46	107	31	11	8	26	15	21	10
					10.3%	25.8%			80.8%	66.7%
1988.	94	48	69	39	13	4	25	9	18	2
					18.8%	10.3%			72.0%	22.2%
1989.	85	44	82	31	6	4	3	13	1	5
					17.3%	12.9%			33.3%	38.5%

Табела 4 – консултација са органом старатељства

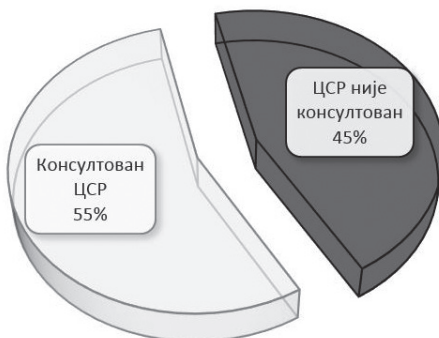
Год.	Развод по споразуму				Консултован центар			
	Укупно		Консултован центар		Укупно развода		Консултован центар	
	Н. Сад	Суб.	Н. Сад	Суб.	Н. Сад	Суб.	Н. Сад	Суб.
1987.	26	2	1	-	159	48	33	18
			3.8%				20.7%	37.5%
1988.	27	4	1	-	121	52	32	6
			3.7%				26.4%	11.5%
1989.	27	11	1	1	112	55	8	10
			3.7%	9.1%			7.1%	18.2%

Табела 4а – консултација са органом старатељства

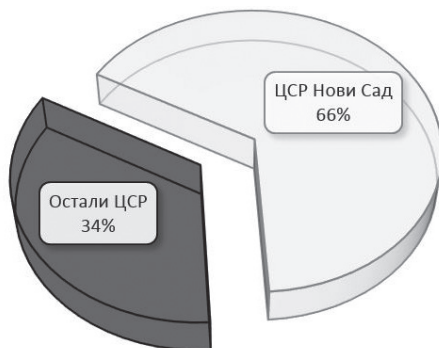
Своје овлашћење да не прихвати мишљење органа старатељства, суд у пракси користи изузетно, те своје одлуке углавном заснива на израженом мишљењу, што је логично јер је орган старатељства институција оспособљена да процени односе у породици, кроз тимски, интердисциплинарни рад, те могућношћу непосредног увида у средину у којој дете живи. У пракси, међутим, постоје ситуације у којима помоћ органа старатељства није довољна, јер ако родитељи живе у различитим местима, суд добија мишљење два центра, а сваки даје појединачно мишљење, о поверавању једном родитељу, што онемогућава суд да добије комплетну слику о релевантним чињеницама.¹⁸

¹⁸ Нпр. П.537/88 (центри у Србобрану и Т. Врбасу), П. 476/88 (центри у Сомбору и Бачкој Паланци), П. 266/89 (центри у Н. Саду и Темерину) – пресуде Вишег суда у Н. Саду.

Подаци о поверавању деце у 2016. години говоре да се суд у нешто више од половине својих одлука (55%) обратио центру за социјални рад тражећи стручни налаз и мишљење. Најчешћа сарадња остварена је између суда и центра за социјални рад Града Новог Сада. Остали центри консултовани су према потреби, најчешће када се пребивалиште неког од учесника поступка налази на територији за коју је конкретни центар за социјални рад надлежан (видети графикон 4 и 4а).



Графикон 4 – Мишљење и налаз органа старатељства
(Центра за социјални рад – ЦСР)



Графикон 4а – Мишљење и налаз органа старатељства
(Центра за социјални рад – ЦСР)

Приметно је да када се ради о споразумном разводу, суд по правилу не консултује центар за социјални рад. Није пронађен ниједан предмет у ком се суд позива на извештај центра за социјални рад, а да је брак разведен применом члана 40 ПЗС. Могло би се рећи да, када постоји споразум родитеља, суд сматра да је он довољан доказ, јер полази од претпоставке да су се родитељи договорили око свих питања, да међу њима нема ништа спорно, те да је њихов

договор у најбољем интересу детета. Због тога изузетно ретко прибегава и саслушању странака. Наведену констатацију потврђује и податак да у 20 предмета где је поступак покренут тужбом, а завршен споразумом, суд у пресуди не спомиње мишљење центра за социјални рад, иако је његово мишљење тражено током поступка док тужба није сматрана споразумом.

Иако извештај центра за социјални рад не обавезује суд, суд ретко када не прихвата достављено мишљење. До тога у пракси долази када постоје појединачни и једностранни извештаји, који могу бити међусобно неусаглашени. Најчешће у ситуацијама када родитељи живе на различитим територијама, те је за сваког од њих надлежан други орган старатељства. Таква одлука суда је и логична, с обзиром да у тим случајевима извештај центра за социјални рад није довољан. Суд обично тада захтева додатну проверу, уколико сматра да је потребна. Једна од могућности која стоји на располагању судији јесте и додатно вештачење, које се правда управо чињеницом да постоје два, међусобно неусаглашена мишљења. Друга ситуација када суд не прихвата извештај органа старатељства могућа је када орган старатељства предложи нешто што није у складу са израженом жељом детета.¹⁹

3.4. Жеља детета

У судској пракси у истраживању спроведеном осамдесетих година прошлог века жеља детета са навршених 10 година утврђивана је ретко. У пракси суда у Новом Саду жеља детета је најчешће утврђивана у центру за социјални рад, а понекад и пред самим судом (назва се „информативни разговор“), док у једном броју случајева сазнања о жељи детета потицала су од родитеља. Број консултоване деце је вероватно већи од приказаног, јер се може претпоставити да су деца консултована у центру за социјални рад, иако се то не види из извештаја.

У време истраживања у Војводини је важило покрајинско законодавство према којем је било прописано да орган старатељства, одлучујући о чињеници са ким ће дете живети, ако родитељи не могу да се споразумеју, узима у обзир жељу детета од десет година и старијег.²⁰ Ово правило је било релевантно и за судски поступак. Међутим, као што је истакнуто, резултати истраживања су показали да је жеља детета ретко утврђивана, односно у

¹⁹ Суд је у конкретном предмету одлучио да старање над децом подели између родитеља, те је малолетно дете поверио оцу на самостално старање, што је било у складу са његовом жељом, док је центар за социјални рад предложио да сва деца буду поверена мајци и своје мишљење образложио да иако то у потпуности није у складу са жељом детета, јесте у његовом најбољем интересу јер мајка поседује адекватније родитељске компетенције, појачану одговорност и доминанту улогу у задовољавању основних и развојних потреба детета. Посл. бр. П2 1122/16.

²⁰ Чл. 9 Закона о односима родитеља и деце Војводине, вид. *supra* фн.15.

свега 12-25% случајева где су постојала деца од десет година и старија. У случајевима у којима је постојао споразум родитеља суд скоро никад није утврђивао жељу детета. Могло би се претпоставити да је у овим случајевима жеља детета утврђивана пред органом старатељства, за време поступка мирења, али о овоме није било података у извештајима органа старатељства. У судској пракси, у једној од објављених одлука, изражен је став о посебном значају жеље старијег малолетника.²¹

У предметима у којима суд доноси одлуку на основу споразума родитеља углавном се не утврђује жеља детета. Питање је да ли би било боље утврдити жељу детета увек када је то у складу са његовим узрастом и зрелошћу, или прихватити споразум без посебног испитивања, па и без консултације о жељи детета. Карактер односа родитеља и детета утиче на чињеницу да ли ће дете бити укључено приликом сачињавања споразума родитеља у пракси, значи пре формалног вођења поступка, а његово учешће у разговорима у оквиру породице могло би да буде довољно. Ипак, ако суд о томе нема сазнања било би пожељно да утврди жељу детета.

Посебан значај суд у пракси придаје жељи старијег малолетника:

„При одлучивању о смештају детета када се ради о старијем малолетнику, примарно треба поћи од његове жеље код ког родитеља жели да живи.“²²

У пракси Врховног суда Војводине као другостепеног, изражен је био став да је потребно испитати жељу детета и суд је често у одлуци којом је укидао првостепену пресуду налагао првостепеном суду да то и учини. Већ изражена жеља детета цењена је у складу са интересима детета, тако да је некад сматрана пресудном, нарочито када се радило о старијој деци, док је понекад превага дата другим чињеницама, те је доношена одлука супротна жељи детета.²³

У истраживању из 2007. године мишљење детета које је навршило 10. годину живота утврђено је у око 50% предмета. Најчешће је мишљење утврђивано у центру за социјални рад, а само у три случаја непосредно пред судом. У осталих 50% случајева одлука је донета, а да није утврђена жеља детета ни пред судом, нити пред центром за социјални рад, тако да се може рећи да је право детета на непосредно изражавање мишљења недовољно остварено. Ипак, стање је много боље него пре 20 година, када је у 1987. године у Вишем суду у Новом Саду, жеља детета утврђена у само око 13% случајева предмета са децом преко 10 година. У 1988. години тај проценат је био 25, а 1989. години око 15%.

²¹ „При одлучивању о смештају детета када се ради о старијем малолетнику примарно треба поћи од његове жеље код ког родитеља жели да живи.“ Врховни суд Војводине, Рев. 514/81, *Судска пракса* 1/82.

²² Врховни суд Војводине Рев. 514/81, *Судска пракса* 1/1982.

²³ У складу са жељом детета, напр: Гж. 215/87 (узраст од 12,15, 18 год.), Гж. 475/87 87 (узраст од 14 год.), супротно жељи, напр: Гж. 37/88, Гж. 347/87.

Истраживање из 2016. године показује да је жеља детета значајан критеријум приликом доношења одлуке. Могућа су два начина на која суд долази до информација о жељама детета. Први и најчешћи јесте индиректни начин, преко органа старатељства. Орган старатељства увек када је то могуће обавља разговор са дететом. Када то није могуће, информације о томе добија од родитеља, што уноси у свој извештај. Други начин је директни, када суд утврђује жељу детета у самом поступку. До тога у пракси долази ретко. Што се старосне границе тиче, према доступним подацима најмлађа лица са којима је орган старатељства обављао разговор су 6-годишња деца.

3.5. Неке специфичности везане за критеријуме приликом поверавања детета оцу

У истраживању спроведеном осамдесетих година прошлог века, примећено је да је у случајевима поверавања детета оцу, преовлађујући критеријум споразум родитеља. Међутим, за разлику од одлука о поверавању детета мајци, којима се, углавном, прихвата споразум родитеља без посебног образложења, овде се уз споразум обично наводе и друге околности које суд узима у обзир доносећи одлуку. Према бројности, споразум као критеријум прати *status quo*, односно чињеницу да дете већ живи са оцем. У нешто мање од половине случајева суд је узео у обзир чињеницу да је мајка напустила дете и породицу, а важну улогу има и брига очевих родитеља, поготову бабе. Када се дете поверава мајци, међутим, много ређе се узима у обзир помоћ мајчаних родитеља, што указује на став суда о значајнијој улози жене (мајке, односно бабе) у свакодневној бризи о детету.

Критеријум *status quo* је примењен у 69%-75% случајева, чињеницом да је мајка напустила дете и то у 40%-45% случајева, мишљењем центара за социјални рад од 10%-35% случајева, чињеници да се о детету брине баба од 12%-40% случајева, те на основу жеље детета од 7%-40% случајева (табела 5).

Год.	Дете поверено оцу		Споразум		Status quo		Мајка напустила дете		Мишљење центра		О детету се брине баба		Жеља детета			
	НС	Суб	НС	Суб	НС	Суб	НС	Суб	НС	Суб	НС	Суб	број деце		утврђена	
1987.	16	7	11	5	11	4	7	/	5	4	2	1	12	5	4	3
			69%		69%		44%		31%		12%				33%	
1988.	20	2	13	2	15	2	8	/	7	/	8	1	20	2	8	/
			65%		75%		40%		35%		40%				40%	
1989.	29	8	26	6	20	5	13	2	3	5	9	/	15	4	1	1
			90%		69%		45%		10%		31%				7%	

Табела 5 – критеријуми за доношење одлуке о поверавању детета

Када се ради о узрасту и полу детета, мушка деца су се поверавала оцу, као израз потребе за идентификацијом са мушком особом. Ипак, и женска деца су се поверавала очевима, иако у мањем броју (76 деце мушког пола, а 55 женског пола). Такође, очевима су чешће поверавана старија деца, у прилог чему говори и податак да су деца узраста до 5 година у малом броју поверавана оцу (свега 22 детета), док је највећи број деце који повераван оцу био узраста преко 10 година (57 деце) (табела 6).

Год.	Укупно деце		Женског пола		Мушког пола		од 1 до 5 год.		од 5 до 10 год.		преко 10 год.	
	НС	Суб	НС	Суб	НС	Суб	НС	Суб	НС	Суб	НС	Суб
1987.	24	10	13	1	11	9	2	1	9	4	12	5
1988.	35	3	15	1	20	2	5	-	7	1	20	2
1989.	46	13	18	7	28	6	12	2	13	7	14	4
укупно	131		55		76		22		41		57	

Табела 6

Подаци о поверавању детета оцу у 2016. години говоре да се дете пове-
рава оцу чешће када је поступак покренут на основу поремећаја брачних
односа, него што је то случај када се ради о споразумном разводу брака. Као
подносилац тужбе подједнако се јављају и отац и мајка (у свега два случаја
више је отац поднео тужбу за развод брака). Од укупно 16 случајева повера-
вања деце оцу на самостално вршење родитељског права, 4 су се завршила
споразумом. У тим предметима суд се није обратио центру за социјални рад,
већ је одлуку донео у складу са споразумом родитеља, који је ценио у скла-
ду са најбољим интересом детета. У преосталим предметима суд је консул-
товао центар за социјални рад и у потпуности прихватао његово мишљење
и налаз. Центар за социјални рад је углавном свој извештај темељио на
чињеници да је отац доминантни родитељ, да дете након престанка брачне
заједнице са оцем живи, као и на израженој жељи детета, па је и суд одлуку
доносио углавном на основу жеље детета, иако је није посебно испитивао.
У конкретним предметима присутнија је него другде љутња и разочараност
деце поступцима мајке, која на тим осећањима темеље своју одлуку да оста-
ну са оцем. Такође, у поменутим случајевима се примећује се да су образло-
жења пресуда специфична по томе што се суд позива на неке додатне кри-
теријуме. Наиме, кад год је мајка напустила заједницу и/или децу, суд је то

посебно констатовао у образложењу, уз опис колико често и на који начин комуницира са децом. Посебно је наглашена и чињеница да се мајка сагласила са предлогом да отац самостално врши родитељско право, као и да деца живе са оцем. Иако се очекивало да ће суд већу пажњу посветити питању подршке примарне породице оца, у првом реду бабе детета, у само једном случају посебно је ценио бригу и помоћ очеве мајке.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Када се упореде резултати истраживања судске праксе о поверавању детета у данашњим условима, пре десет година и пре 30 година, може се закључити да нема значајних разлика. Наиме, основни закључак сва три истраживања је да се деца много чешће поверавају мајкама на самостално старање, те да су критеријуми за поверавање слични.

Најучесталији критеријум је споразум родитеља, који суд углавном безрезервно прихвата, не утврђујући да ли је споразум у најбољем интересу детета. Споразум родитеља је био основ одлуке у 70% па све до 90% укупно испитаних случајева у истраживању судске праксе о поверавању детета спроведеног пре 30 година, у 2007. години око 93%, а 2016. у 73% случајева.

Разлика постоји у позивању на критеријум најбољи интерес детета. У истраживању из 2016. године дошло се до податка да се као критеријум за одлучивање најчешће јавља најбољи интерес детета, док то није био случај осамдесетих година прошлог века. Основни разлог видимо у чињеници да је најбољи интерес детета као критеријум за одлучивање, експлицитно постао релевантан тек доношењем Породичног закона 2005. године, док раније законодавство није био експлицитно у погледу овог критеријума.

Када се посматра жеља детета као критеријум, у истраживању судске праксе спроведеном осамдесетих година прошлог века жеља детета са навршених 10 година утврђивана је ретко, у свега 12% до 25% случајева. У случајевима у којима је постојао споразум родитеља суд скоро никад није утврђивао жељу детета. Могло би се претпоставити да је у овим случајевима жеља детета утврђивана пред органом старатељства, за време поступка мирења, али о овоме није било података у извештајима органа старатељства. У судској пракси је изражен став о посебном значају жеље старијег малолетника. У истраживању из 2007. године мишљење детета које је навршило 10. годину живота утврђено је у око 50% предмета, најчешће је мишљење утврђивано у центру за социјални рад, а само у три случаја непосредно пред судом. Ови подаци показују еволуцију судске праксе која иде у позитивном правцу, јер се све више уважава жеља детета као критеријум за поверавање. Разлика између података истраживања из осамдесетих година прошлог века,

те новијих истраживања је значајна и надамо се да представља тренд у којем ће судска пракса ићи у будућности.

Када се ради о критеријумима за поверавање детета оцу, приметно је да постоји разлика у ранијем и новијем истраживању, која се огледа у томе што је раније суд придавао велики значај помоћи коју је отац имао од своје мајке, док је данас та чињеница изгубила значај, што потврђује и податак да је суд у само једном случају посебно ценио бригу и помоћ очеве мајке. Ову чињеницу такође сматрамо врло значајном у позитивном смислу, јер говори о промени у схватању суда, односно о признавању равноправности мајке и оца као родитеља, у смислу критеријума за поверавање детета једном родитељу на самостално старање. Надамо се да и ова промена представља правац кретања којим ће се судска пракса убудуће редовно кретати.

Gordana B. Kovaček Stanić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
G.KovacekStanic@pf.uns.ac.rs

Sandra O. Samardžić, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Sandra.Samardzic@pf.uns.ac.rs

Criteria for Deciding on the Exercise of Parental Rights after Divorce in Theory and Practice

Abstract: *The article is based on research of case law conducted three times – 30 years ago, 10 years ago and recently in 2016, on the main criteria for awarding a child to one parent for sole custody. The researches were conducted in the courts in Novi Sad and Subotica. In addition, the paper examines the relevant legislation, starting with the laws that were in force before the Second World War to date. By comparing the results of previous research with the newer ones, the main conclusions are that the children are more often entrusted to mothers for sole custody and that the erstwhile criteria for such decisions are similar with nowadays. The most common criterion is the agreement of parents, which the court generally accepts without reservation, without determining whether the agreement is in the best interests of the child. However, the change in referring to the principle of the best interest of the child is noticed since the adoption of the Family Act in 2005, while this Act for the first time explicitly regulates the child's best interest as a legal standard. The results of the conducted research show evolution of court practice concerning the child's wish as a criterion, while the wishes of the children are increasingly being respected. When it comes to criteria for awarding a child to a father, it has been noticed that there is a difference in research conducted earlier and now. Namely, the court previously attached great importance to the help that the father had from his mother, while today this fact has lost significance. A more frequent determination and appreciation of the child's opinion on the one hand and the courts' perception of mother and father as equal parents on the other, we consider a positive shift in terms of the criteria for awarding a child to one parent on sole custody and we hope that such trends in judicial practice will develop even more in the future.*

Keywords: *parental agreement, best interest of the child, child's wishes, opinion of the guardianship authority, judicial practice, legislation.*

Датум пријема рада: 20.11.2018.

*Др Љубомир С. Стајић, редовни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs*

*Владан М. Мирковић, асистент
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs*

*Ненад П. Радивојевић, асистент
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Radivojevic@pf.uns.ac.rs*

МОГУЋНОСТИ ЗЛОУПОТРЕБЕ ВИРТУЕЛНИХ ВАЛУТА У ПРОЦЕСУ ПРАЊА НОВЦА И ФИНАНСИРАЊА ТЕРОРИЗМА*

Сажетак: *Виртуелне валуте представљају низове података који настају решавањем најсложенијих математичких једначина употребом најсавременијих рачунарских технологија и који су као такви препознатливи као нека врста вредности која стоји у одређеном односу са националним валутама. Заштити виртуелних валута од фалсификовања или било каквог другог мењања у њихово функционисање гарантовано је криптографским алгоритмима због чега се виртуелне валуте могу смањивати уникатним финансијским инструментом у технолошком смислу. Опасност од злоупотребе виртуелних валута настаје као последица неадаптираног окружења у коме оне функционишу и које их може претворити у ефикасно средство за прање новца, финансирање тероризма и других шезих облика криминалитета.*

Кључне речи: *виртуелне валуте, прање новца, финансирање тероризма.*

* Рад је настао као резултат рада на научном пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет у Новом Саду за 2018. годину.

УВОД

Виртуелне валуте представљају сложене и специфичне низове података који се добијају решавањем математичких једначина уз помоћ рачунара. Оне су изражене у одређеним јединицама вредности (нпр. биткоин) и стоје у одређеној сразмери са правом дозвољеним и признатим националним валутама које служе као средство плаћања у унутрашњем и/или међународном платном промету. Виртуелне валуте настају независно од ауторитета признатог унутрашњим или међународним правом (не издаје их централна банка или неки други (над)државни орган надлежан за послове платног промета, нити за њих гарантује). Оне настају потврдом математичког решења на мрежи повезаних рачунара (који истовремено и производе математичке проблеме који се решавају) чиме се признаје награда у износу неколико јединица вредности дате виртуелне валуте. Цео систем стварања и располагања виртуелним валутама заснива се на савременој рачунарској технологији и интернету.

Стварање и располагање виртуелним валутама је децентрализовано и интернационализовано (математичке „загонетке” стварају сервери који су лоцирани широм света и који су засновани на принципу једнакости свих рачунара увезаних у мрежу тзв. peer-to-peer мрежа). Тако настала одређена вредност која је независна у стварању и располагању у односу на било који ауторитет, само делимично мора да дође у контакт са властима националних држава. Тај контакт се односи на процес претварања јединица вредности виртуелних валута у неку од националних валута (долар, евро, франак, јен, фунта и сл.) или њихову употребу за плаћање роба и услуга. Кроз тај контакт виртуелне валуте постају стварност платног промета неке државе што не може и не сме бити игнорисано.

Појава виртуелних валута отвара великих број техничко-технолошких, правних, економских, фискалних, безбедносних и други питања. Међутим, циљ рада није бављење свим овим питањима, већ научна дескрипција и експланација виртуелних валута као могућег средства за прање новца и финансирање тероризма и других облика криминалних радњи. У том смислу, претходно је потребно одговорити на следећа питања:

1. Шта су виртуелне валуте и како оне настају?
2. Да ли постојећи правни оквир нуди решења за легализовање и контролу послова у вези са виртуелним валутама?
3. Да ли постоје унутрашњи механизми који се могу применити у циљу спречавања злоупотребе виртуелних валута у процесу прања новца, до момента док се њихов правни режим не уреди на коначан начин?

ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ ВИРТУЕЛНИХ ВАЛУТА

Прва и најпознатија виртуелна валута (биткоин) настала је 2009. године као резултат рада на финансијском инструменту који би из пословне комуникације избацио посредовање треће стране, створио директан однос између две стране заснован на енкрипцији трансакција и на тај начин допринео стабилности и сигурности платног промета. Настанак биткоина везује се за име Сатоши Накамото што је заправо псеудоним творца биткоина.¹ У техничко – технолошком смислу биткоин представља низ симбола који стоје у одређеном математичком низу насталом решавањем сложених математичких једначина, док је његова вредност изражена у јединици виртуелне валуте еквивалент уложеног труда, времена и средстава који су потребни да би се те сложене математичке једначине решиле. Једноставније речено биткоин се може дефинисати као сложен “ланац дигиталних потписа”².

У литератури се поред термина виртуелна валута користи и термин *криптовалути*. Реч *крипто* указује на суштину процеса стварања *нове валуте* јер се заснива на енкрипцији односно шифровању применом SHA – 256 протокола³ (тзв. хешинг, енгл. hashing) којим се било који податак или информација претвара (хешује) у 256 битни низ података фиксне дужине који има одређену хеш вредност.⁴ Енкрипција је увек једносмерна што значи да се декрипцијом не може добити оригиналан податак или информација. Решавањем једначина може се добити само одговарајући низ нула које стоје на почетку хеша блока и чије рачунање представља коефицијент тежине копања која се подноси на мрежу ради верификације. На тај начин онемогућене су злоупотребе у виду фалсификовања кроз измене у низу података.

Међутим, у документима и прописима релевантних институција и државних органа које ово питање посматрају са правног и безбедносног становишта заступљенија је употреба термина “виртуелна валута”, због чега смо се у овом раду определили управо за термин *виртуелна валута*. Универзална дефиниција виртуелних валута не постоји из разлога што технологија на којој се заснивају виртуелне валуте веома брзо напредује. То је констатовано и у студији Међународног монетарног фонда (ММФ) посвећеној садашњем

¹ Лице под псеудонимом Сатоши Накамото објавило је на интернет страници www.bitcoin.org рад у коме је презентован нови начин финансијског пословања који комбинује различите електронске механизме у циљу сигурности и ефикасности пословања. Види Satoshi Nakamoto, Bitcoin: A Peer – to – Peer Electronic Cash System, 2008, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, приступљено 17.7.2018.

² S. Nakamoto, 2.

³ SHA (Secure Hash Algorithm) је криптографски алгоритам развијен од стране америчке Агенције за националну безбедност (NSA), <https://www.techopedia.com/definition/30570/secure-hash-algorithm-1-sha-1>, приступљено 23.7.2018.

⁴ <https://en.bitcoin.it/wiki/Hash>, приступљено 22.7.2018.

и будућем стању и перспективама виртуелних валута у којој су виртуелне валуте одређене као “дигитални приказ вредности издат од стране приватних субјеката који је изражен у сопственој јединици вредности.”⁵ Савезни органи САД такође користе термин *виртуелне валуте*. Тако Управа за сузбијање финансијског криминала САД (FinCEN) дефинише *виртуелне валуте* као средство размене које у неким околностима има функцију праве валуте, али да суштински нема све карактеристике правих валута. Пре свега, виртуелне валуте нигде нису признате као законско средство плаћања.⁶ Пореска управа САД (IRS) користи термин *виртуелна валута* и одређује је као “дигитални приказ вредности који се користи као средство размене...”⁷

У предлогу допуне Директиве 2015/849 који је саставила Европска комисија, виртуелна валута дефинисана је као “дигитални приказ вредности који није издат од стране централне банке или другог органа јавне власти, нити је нужно везан за националну валуту, али је прихваћен од стране физичких и правних лица као средство плаћања и који се може пренети, чувати или се њиме може располагати електронски.”⁸ У Директиви 2018/843 Европског парламента и Савета Европске уније од 30. маја 2018. године којом је допуњена Директива 2015/849 у делу који се односи на виртуелне валуте и послове у вези њих и у којој су прихваћени предлози Европске централне банке⁹, виртуелна валута дефинисана је као “дигитални приказ вредности који није издат од стране централне банке или другог органа јавне власти и за који не *гарантује* централна банка или други орган јавне власти, нити је нужно везан за законски прописану валуту *и* не *има правни статус валуте или новца*, али је прихваћена од стране физичких и правних лица као *средство размене* и може се преносити, похрањивати те се њиме може располагати електронски.”¹⁰

⁵ <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1603.pdf>, приступљено 30.7.2018.

⁶ Application of FinCEN’s Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies, FIN-2013-G001, March 18, 2013. <https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations/guidance/application-fincens-regulations-persons-administering>, приступљено 30.7.2018.

⁷ <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-21.pdf>, приступљено 29.7.2018.

⁸ Предложени члан 18 допуне Директиве (ЕУ) 2015/849.

⁹ Opinion of the European Central Bank on a proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and amending Directive 2009/101/EC (CON/2016/49), 12 October 2016, Frankfurt am Main. Official Journal of the European Union, C459/59. https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/en_con_2016_49_f_sign.pdf, приступљено, 24.7.2018.

¹⁰ Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, 30 May 2018, Strasbourg, Official Journal of the European Union L 156/43, <https://eur-lex.europa>.

Основе карактеристике које проистичу из претходно описаног начина настанка виртуелних валута и поменутих докумената и прописа су:

1. Дигитални приказ вредности изражен у посебној јединици вредности;
2. Могућност конверзије у законом признате националне валуте (неке виртуелне валуте, не све);
3. Децентрализација и интернационализација процеса стварања и конверзије;
4. Употреба савремене технологије и алгоритама за енкрипцију у процесу стварања и верификације решења;
5. Анонимност корисника;
6. Тренутно нема признато својство законског средства плаћања.

Енкриптоване низове података (тзв. трансакције) производе сервери са којима су повезани рачунари (нодови) који су децентрализовани односно организовани као реер – to – реер (P2P) мрежа у којој нема централног рачунара него су сви једнаки чинећи тзв. руднике. Рудници су распоређени широм света¹¹, а рудари односно лица која решавају једначине преузимају копије трансакција са сервера.

Рударење је усмерено на комбиновање и тражење решења за насумично одређен и промењив низ података (енг. nonce – нешто што је за једнократну употребу) сваке трансакције тако да се по решавању свих трансакција које чине блок добије хеш блока који почиње са одређеним бројем нула. Решење се подноси на верификацију и назива се *доказ рада* (енг. proof of work). Број нула који је на почетку низа изражава вредност која зависи од тежине копања и одређена је аутоматски правилима мреже.¹² Да би се избегло двоструко располагање свака трансакција и сваки блок имају временски жиг и на тај начин се успоставља хронологија трансакција (тзв. блокчејн, енг. blockchain). Трансакције које се односе на један блок везују се алгоритмима у те блокове, а потом се блок пушта назад на мрежу и потврђује од стране свих или већине нодова ради утврђивања његове веродостојности и исправности. За сваки потврђен блок добија се одређена вредност изражена у токенима (новчићима) одређене виртуелне валуте (биткоин, етереум, литкоин и сл).

eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32018L0843#ntr1-L_2018156EN.01004301-E0001, приступљено 26.7.2018.

¹¹ На сајту buybitcoinworldwide.com може се наћи информација да се тренутно 81% рудника налази у Кини. Ово није чудно с обзиром на то да софтверске компаније које пружају услуге у вези криптовалута теже да организују свој рад на што ефикаснији начин. Велики број рачунара троши велике количине електричне енергије и производи велику топлоту због чега се као дестинације за руднике бирају државе које имају јефтине ресурсе или су енергетски ефикасније од других (Кина, Исланд, Русија и сл). Види листу највећих рудника <https://www.buybitcoinworldwide.com/mining/pools/>, приступљено 25.7.2018.

¹² Више о томе видети у S. Nakamoto, 3.

Пример једног потврђеног блока:¹³

Хеш блока: 00000000000000000000f2c98ac713f6aec46fa9a4beb514a30b07598ad912436

Број трансакција које чине блок: 2518

Редни број блока у ланцу (blockchain-у): 533309

Вредност блока: 12.5 биткоина (BTC)

Временски жиг (изрударен): 23. јул 2018. године, 08:09:05 PM

Тежина рударења (Difficulty): 5178671069072.251

Бити: 17365a17

Величина (bytes): 929014

Nonce: 1695443723

**ПОСЛОВИ У ВЕЗИ ВИРТУЕЛНИХ ВАЛУТА СА ОСВРТОМ
НА МОГУЋНОСТ ЊИХОВЕ ЗЛОУПОТРЕБЕ У ПРОЦЕСУ
ПРАЊА НОВЦА**

Део пословања у вези виртуелних валута који може бити ризичан у контексту прања новца и који обавезно треба уредити правом односи се на ситуације у којима се виртуелне валуте претварају у националне валуте односно када се њима врши плаћање роба и услуга или се врши њихова размена. Софтверске компаније пружају услуге чувања и располагања виртуелним валутама на основу поседовања посебног налога тзв. виртуелног новчаника (Virtual Currency Wallet – VC wallet). Један корисник (рудар) може имати један или више таквих налога. Чим се инсталира апликација корисник добија адресу преко које се идентификује на мрежи (енг. public key). “Ово се може упоредити са бројем банковног рачуна. Стање биткоина (енг. balance) повезано је са биткоин адресом. Шифра (енг. private key) омогућава трошење биткоина са те адресе.”¹⁴ “Све биткоин трансакције су јавно доступне. Међутим, идентификација корисника никада се не чува. Слично рачунима Швајцарске банке, само се (биткоин) адреса бележи. Ово отежава праћење лица које је ималац адресе.”¹⁵ Приликом сваке трансакције биткоин новчаник

¹³ На следећем линку се налази својеврстан извод из списка трансакција (тзв. blockchain) у вези са неком виртуелном валутом. Овде се могу видети сви релевантни подаци који доприносе сигурности и извесности у пословима са, у овом случају, биткоинном, посебно место сваког блока у ланцу „изрударених“ блокова. <https://blockexplorer.com/block/00000000000000000000f2c98ac713f6aec46fa9a4beb514a30b07598ad912436>, приступљено 22.7.2018.

¹⁴ Sean Bennett, *Bitcoin: Understanding Bitcoin, Mining, Investing & Trading for Beginners*, Cryptomasher, 2017, 27.

¹⁵ Richard Caetano, *Learning Bitcoin*, Packt Publishing Ltd., Birmingham 2015, 17. <https://books.google.rs/books?id=2wCACwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=bitcoin&hl=sr&sa=X&ved=0ahUKEwjvushI2NzbAhXGCJoKHOTCGwQ6AEILTAB%20-%20v=onepage&q=bitcoin&f=false#v=snippet&q=bitcoin&f=false>, преузета књига у електронском формату 10.7.2018.

производи нову јавну биткоин адресу, што поступак утврђивања лица које стоји иза једног новчаника чини изузетно тешким.¹⁶

Компаније које развијају софтвер у овој области данас придружују и услуге мењачких послова. Мењачки послови могу се односити на размену виртуелних валута или на размену виртуелних валута за националне валуте као што су долари, еври или британске фунте стерлинга. Виртуелне валуте могу бити конвертибилне (имају могућност размене за неку националну валуту) и неконвертибилне. Виртуелне новчанике којима се располаже конвертибилним виртуелним валутама можемо назвати *ојвореним новчаницима* и њихово поседовање условљено је строго постављеним условима компанија које пружају услуге новчаника и мењачких послова. С друге стране новчаници на којима су неконвертибилне виртуелне валуте су *затворени новчаници* и њихово поседовање није условљено строгом процедуром која није искључена, али није ни постављена као обавезна.

Једна од већих компанија¹⁷ која нуди све врсте услуга у пословима око виртуелних валута је CEO.IX са седиштем у Лондону која мењачке послове нуди за 1664¹⁸ виртуелну валуту. На сајту компаније може се наћи информација да компанија пружа услуге у 99% држава света,¹⁹ а пре свега на подручју Европе, а добила је дозволу и за обављање послова трансфера новца на територији 24 федералне јединице у САД од Министарства финансија САД и третира се као финансијска институција.²⁰ Када је реч о безбедносним аспектима пословања, компанија предвиђа високе стандарде у области спречавања прања новца (AML Policy – Anti-Money Laundering Policy). Као посебан аспект те политике предвиђени су специфични стандарди за пружање финансијских услуга који су садржани у KYC policy (Know Your Customer Policy) односно политици „познавања купца” која захтева од клијената све

¹⁶ Група аутора је предложила комбиновање два начина утврђивања идентитета корисника. Први начин подразумева ступање у трансакције и праћење случајева у којима се у више трансакција као излазна адреса јавља једна адреса. Други начин подразумева праћење тзв. промене адресе (changes addrese). Наиме, ако корисник са две адресе пошаље две исплате у виртуелним валутама које превазилазе уговорену цену онда се остатак враћа пошиљаоцу уз креирање нове адресе која се суштински односи на исти „криптоновац” и на истог корисника. Унакрсном применом оба метода аутори верују да постоји велика могућност да се открију конкретна лица која стоје иза адреса. Видети у Sarah Meiklejohn and others, A Fistful of Bitcoins: Characterizing Payments among Men with No Names, *Communications of the ACM*, Vol. 59, No. 4, April 2016, 89-91.

¹⁷ На линку <https://coinmarketcap.com/exchanges/volume/24-hour/> може се наћи 205 компанија које нуде мењачке послове са криптовалутама.

¹⁸ Тренутно стање <https://coinmarketcap.com/exchanges/cex-io/>, приступљено 24.7.2018.

¹⁹ <https://cex.io/>, приступљено 24.7.2018.

²⁰ На сајту CEO.IX може се видети регистрација за обављање послова платног промета код Министарства финансија САД према којој се CEO.IX третира као финансијска институција. Види регистрацију <https://cex.io/promo/img/legal/msb.pdf>, приступљено 25.7.2018.

релевантне податке (име, презиме, држављанство, показивање пасоша путем web камере, ЈМБГ и сл.) да би им се отворио налог и пружиле услуге. Интерне процедуре и механизми који се предузимају у циљу спречавања прања новца, а који проистичу из поменутих стандарда односе се на:

1. Процес верификације који у себи обједињује проверу идентитета клијента и платне картице са којом клијент намерава да послује;
2. Одређивање лица које је надлежно да прати и извршава процедуре компаније у области спречавања прања новца и финансирања тероризма и сарађује са надлежним државним органима;
3. Праћење трансакција које укључује примену различитих мера и поступака у циљу спречавања недозвољених радњи са виртуелним валутама и
4. Израда процене ризика на основу које се израђују интерне процедуре.²¹

Упркос строгим стандардима које СЕО.ИХ и друге компаније прописују, без правом предвиђене и прописане контроле од стране надлежних државних органа држава у којима послују, ови стандарди се не могу сматрати гарантима интегритета финансијског система. СЕО.ИХ објављује листе држава које незадовољавају потребне стандарде и у односу на које су и трансакције забрањене. Од држава из нашег окружења на списку су БЈР Македонија и Босна и Херцеговина.²²

Пословање ових компанија може да буде забрањено или ограничено законодавством држава у зависности од тога какав третман виртуелне валуте имају у тим државама. У том смислу, државе можемо поделити на оне које дозвољавају послове са виртуелним валутама, државе које изричито не забрањују и државе које изричито забрањују послове са виртуелним валутама. Тако на пример, државе које су забраниле послове са виртуелним валутама су: Алжир, Вијетнам, Намибија, Еквадор, Непал, Индонезија, Боливија, Киргистан, Либан, Мароко и Пакистан.²³

ЗЛОУПОТРЕБА ВИРТУЕЛНИХ ВАЛУТА КАО МОГУЋИ НАЧИН ФИНАНСИРАЊА ТЕРОРИЗМА И ДРУГИХ НЕДОЗВОЉЕНИХ РАДЊИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Основни закони на плану спречавања прања новца и финансирања тероризма и других тежих облика криминалитета у Републици Србији су

²¹ AML и KYC policy стандарде које прописује СЕО.ИХ видети на <https://cex.io/aml-kyc>, приступљено 24.7.2018.

²² Листе држава у којима СЕО.ИХ не допушта трансакције на дан 24. јун 2018. године видети на <https://cex.io/limits-commissions>, приступљено 24.7.2018.

²³ Овде треба рећи да списак представља тренутно стање, јер се у овој области промене веома брзо и често дешавају. Списак држава које су забраниле послове са криптовалутама видети на <https://lawstrust.com/en/ico/pravovoj-status-kriptovalyut/forbidden>, приступљено 20.7.2018.

Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма (у даљем тексту: ЗПНФТ)²⁴ и Закон о ограничавању располагања имовином у циљу спречавања тероризма и ширења оружја за масовно уништење (у даљем тексту: ЗСТОМУ)²⁵. “Радње и мере за спречавање и откривање прања новца и финансирања тероризма предузимају се пре, у току и након вршења трансакције или успостављања пословног односа.”²⁶ Циљ свих радњи је да се спречи да финансијски систем Републике Србије послужи за прање новца и финансирање тероризма. У том смислу најважније мере и радње које се могу предузети су познавање странке и праћење њеног пословања и достављање информација, података и документације Управи за спречавање прања новца и финансирања тероризма (у даљем тексту: Управа).²⁷

Питање дозвољености и употребе виртуелних валута у Републици Србији није експлицитно одређено. Међутим, обављање послова у вези виртуелних валута помиње се управо у одредби ЗПНФТ којом се као обвезници Закона наводе и “лица која се баве пружањем услуга куповине, продаје или преноса *виртуелних валута* или замене тих валута за новац или другу имовину преко интернет платформи, уређаја у физичком облику или на други начин, односно која посредују при пружању ових услуга”.²⁸ Ова одредба ЗПНФТ представља последицу усаглашавања одредби новог закона у области прања новца и финансирања тероризма са европским прописима којима се круг обвезника прописа у области прања новца и финансирања тероризма шири и на лица која учествују у пословима са виртуелним валутама.²⁹ У том смислу, Законом се прихвата чињеница да су услуге у вези виртуелних валута у Републици Србији реалност, па се у том смислу даје могућност да се спречи злоупотреба виртуелних валута у процесу прања новца, али се не прејудуцира

²⁴ Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма – ЗПНФТ, *Службени гласник РС*, бр. 113/17.

²⁵ Закон о ограничавању располагања имовином у циљу спречавања тероризма и ширења оружја за масовно уништење – ЗСТОМУ, *Службени гласник РС*, бр.29/15, 113/17 и 41/18.

²⁶ ЗПНФТ, *Службени гласник РС*, бр. 113/17, чл. 5, ст. 1.

²⁷ ЗПНФТ, *Службени гласник РС*, бр. 113/17, чл. 5, ст. 2, тч. 1 и 2.

²⁸ ЗПНФТ, *Службени гласник РС*, бр. 113/17, чл. 4, ст. 1, тч. 17.

²⁹ Директива Европске уније која се односи на спречавање прања новца и финансирање тероризма допуњена је маја 2018. године одредбама које се односе на дефинисање и третман виртуелних валута са аспекта спречавања злоупотребе у процесу прања новца. Српски Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма донет децембра 2017. године усаглашен је са мишљењима и ставовима европских институција које су учествовале у законодавном процесу поводом допуне поменуте Директиве. Види Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, 30 May 2018, Strasbourg, Official Journal of the European Union L 156/43, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32018L0843#ntr1-L_2018156EN.01004301-E0001, приступљено 15.8.2018.

њихов правни режим (не/дозвољеност) нити њихова природа (роба или права валута), с обзиром на то да овај закон уређује област спречавања прања новца.

Република Србија није изузетак када је реч о државама које нису позитивним правом изричито одредиле став према виртуелним валутама. У неким државама послови са виртуелним валутама се прате у контексту њиховог утицаја на финансијски систем, па се у извештајима централних банака или њихових представника могу наћи ставови и мишљења поводом тога.³⁰ Народна банка Србије (у даљем тексту: НБС) издала је саопштење у коме указује да виртуелне валуте нису дозвољено средство плаћања у Републици Србији и да лица која се упуштају у послове са виртуелним валутама то чине на сопствену одговорност.³¹ Међутим, правна неуређеност ове области може довести до озбиљних последица по приватни и јавни интерес. Тако постоји могућност да се регистрована привредна друштва преко интернета представе као „криптомењачнице“, док би у званичним регистрима била регистрована као привредна друштва за трговину на мало, трговину путем поште и интернета и сл. у намери да искористе правну несуклађеност и на тај начин заобиђу законске обавезе и пажњу органа надлежних за сузбијање прања новца и финансирања тероризма.

Наведени проблем био би решен прописивањем обавезе и поступка регистрације привредних друштава за послове са виртуелним валутама, што је у складу са чланом 47. Директиве 2018/843 који предвиђа обавезу за државе чланице да се пружаоци услуга мењачких послова и виртуелних новчаника региструју за обављање делатности у вези виртуелних валута. Поступак лицензирања “криптомењачница” могао би бити прописан по аналогiji са поступком регистрације платних институција или институција електронског новца. У том смислу можемо навести одлуку НБС везану за

³⁰ Овде ћемо споменути супротна схватања финансијских институција у Француској и Немачкој. Савезни финансијски ревизор у Немачкој издао је саопштење у коме констатује да је биткоин финансијски инструмент који не представља законско средство плаћања, али да се по правилима приватног права и у складу са слободом уговарања, између два лица може уговорити исплата у биткоину. Таква исплата не подлеже контроли банака, међутим ако је реч о успостављању мењачнице криптовалута у том случају ограничења могу бити наметнута. С друге стране централна банка Француске у свом извештају наводи да се биткоин не може сматрати правом валутом и да је опасна јер може послужити за прање новца и друге незаконите радње. Види The Law Library of Congress Report on the Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions, January 2014, 9-10. <https://www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/regulation-of-bitcoin.pdf>, приступљено 27.7.2018.

³¹ Види саопштење НБС од 2.10.2014. године <https://www.nbs.rs/internet/latinica/scripts/showContent.html?id=7605&konverzija=no>, приступљено 10.10.2018. Уместо означене реченице треба да пише: Народна банка Србије (у даљем тексту: НБС) издала је саопштење у коме указује да виртуелне валуте нису дозвољено средство плаћања у Републици Србији и да лица која се упуштају у послове са виртуелним валутама то чине на сопствену одговорност. А затим убацили фус ноту: Види саопштење НБС од 2.10.2014. године <https://www.nbs.rs/internet/latinica/scripts/showContent.html?id=7605&konverzija=no>, приступљено 10.10.2018.

цији у износу од 15.000 евра или више у динарској противвредности (износ зависи од врсте обвезника, а износ од 15 000 је највиши који је предвиђен у Закону), и то одмах када је извршена, а најкасније у року од три дана од дана извршења трансакције. Обвезник је дужан да Управи достави релевантне податке увек када у вези са трансакцијом или странком постоје основи сумње да се ради о прању новца или финансирању тероризма, и то пре извршења трансакције, и да у извештају наведе рок у коме та трансакција треба да се изврши. У случају хитности, такво обавештење може се дати и телефоном, али се накнадно мора доставити Управи у писменом облику најкасније следећег радног дана.³⁶ Међутим, када је реч о трансакцијама виртуелних валута, адресе преко којих се корисник идентификује су јавне и доступне на мрежи, док је сам идентитет корисника непознат и скривен. Анонимност кориснику омогућава да “биткоин употреби за финансирање нелагалних тржишта, као што је *Пуџ свиле*³⁷, уз помоћ специјалног интернет протокола Тора-а. Тор омогућава корисницима скривање IP адресе и чини отежаним откривање физичке локације корисника. Употребом Тора корисници су у прилици да наруче забрањену робу. Са исплатама у биткоинима и еккриптованим адресама испорука веома је тешко повезати кориснике са њиховим наруџбама.”³⁸ Велика привлачност послова са виртуелним валутама доводи до сталног унапређења виртуелних валута у погледу безбедности, анонимности и приватности као основних особина виртуелних валута што се може оценити негативно са позиције органа који врше послове откривања и сузбијања прања новца и финансирања тероризма. Једна од таквих виртуелних валута је монеро. „Већина постојећих виртуелних валута, укључујући биткоин и етереум, има јавно доступан списак трансакција, што значи да било ко у свету може да провери и прати све трансакције. Такође, слање и пријем јавних адреса за трансакције могу бити повезани са идентитетом корисника. Монеро користи криптографске алгоритме да сакрије адресу пошиљаоца и примаоца, као и износ трансакције.”³⁹ Код монера постоје разни начини, између осталог тзв. стелт односно прикривене адресе, да се сакрије порекло, износ и одредиште трансакција, због чега такве виртуелне валуте предста-

³⁶ ЗПНФТ, *Службени гласник РС*, бр. 113/17, чл. 47.

³⁷ *Пуџ свиле* је назив за скривену интернет страницу коју је креирао Рос Вилијам Улбрихт с намером да „корисницима омогући куповину и продају дроге и друге незаконите робе и услуга, анонимно и ван домаћаја државних органа.“ О томе види у: Ross Ulbricht, the Creator and Owner of the Silk Road Website, Found Guilty in Manhattan Federal Court on All Counts, <https://www.fbi.gov/contact-us/field-offices/newyork/news/press-releases/ross-ulbricht-the-creator-and-owner-of-the-silk-road-website-found-guilty-in-manhattan-federal-court-on-all-counts>, приступљено 10.9.2018.

³⁸ R. Caetano, 18.

³⁹ <https://getmonero.org/get-started/what-is-monero/> приступљено 10.9.2018.

вљају савршено средство за прање новца и финансирање терористичких активности широм света.

Поред анонимности корисника, децентрализација послова са виртуелним валутама, њихова интернационализација, различит третман виртуелних валута од државе до државе и постојање тзв. пореских рајева даје могућност да се финансијски систем Републике Србије избегне у моменту претварања виртуелне валуте у националну валуту, те да се новац конвертован на некој од светских дестинација унесе у Републику Србију у виду готовине, страних улагања⁴⁰ и сл. Због наведених обавеза пријављивања сумњивих трансакција које су присутне у већини држава, лица која учествују у трансакцијама за пријављивање свог пословања и боравка бирају државе које су “порески рајеви” односно државе у којима се трансакције са великим износима не пријављују или које не сарађују са другим државама. Новац се исплаћује преко коресподентних банака на нерезидентне рачуне или се преко фиктивних предузећа на основу којих су регистровани *ошворени новчаници* новац убацује у легалне токове и послове. У том смислу посебну пажњу приликом контроле и надзора треба посветити невладиним и добротворним организацијама које су у вези или се могу довести у везу са терористичким организацијама с обзиром на то да “терористичке организације користе лажне организације како би се привидно представљале као легитимне добротворне организације ради маскирања активности на финансирању тероризма и давања привидно легитимног образложења за везе се терористичким групама.”⁴¹

Интернационализација је видљива и на примеру сервера односно рудника у којима се копају виртуелне валуте и предузећа која пружају услуге мењачких послова, а која су регистрована у једној земљи, а пословање врше у више земаља (то је случај са СЕО.ІХ). Интернационализација доводи и до проблема кривичног процесуирања с обзиром на то да се у неким државама послови са виртуелним валутама сматрају саставним делом финансијског пословања, док су у другим они забрањени. С друге стране, “према традиционалним принципима међународног јавног права државе имају надлежност само у оквиру својих суверених граница, па је самим тим и место предузимања радњи и мера надлежних органа у откривању, гоњењу и вође-

⁴⁰ Законом о улагањима статус страног улагача има и држављанин Републике Србије са сталним местом боравка изван Републике Србије дужим од једне године. Закон о улагањима, *Службени гласник РС*, бр. 89/15, чл. 3, ст. 5, тч. 3. Имајући у виду место и улогу наших држављана у интернационалним пословима кријумчарења није немогуће да се неко од ових лица појави као страни улагач (самостално или у кооперацији са страним држављанима) и да у легалне токове унесе новац стечен на незаконит начин, посебно ако се узме у обзир оријентисаност Републике Србије ка привлачењу страних инвестиција.

⁴¹ Финансирање тероризма, Радна група за финансијске мере против прања новца – материјали, Београд, 2008, 14.

њу кривичног поступка за дела високотехнолошког криминала ограничено на територију државе.⁴²

Друштво за ревизију и самостални ревизор, предузетници и правна лица која се баве пружањем рачуноводствених услуга и порески саветници дужни су да, у случају када странка од њих тражи савет у вези са прањем новца или финансирањем тероризма, о томе одмах обавесте Управу, а најкасније у року од три дана од дана када је странка тражила савет.⁴³ Иза привредних друштава која се данас оснивају у Републици Србији за обављање послова са виртуелним валутама често се крију физичка и/или правна лица која врше неформалне консултантске послове за лица која желе да учествују у криптобизнису. Потенцијални клијенти такве врсте консултантских услуга могу бити сви, од авантуриста жељних лаке зараде до лица из терористичких организација која на овај начин желе да обезбеде додатну анонимност јер су у неформалном односу са пружаоцем услуга.

Закон о ограничавању располагања имовином у циљу спречавања тероризма и ширења оружја за масовно уништење такође предвиђа мере које предузимају обвезници ради ограничавања располагања имовином означеним лицима. “Ограничавање располагања имовином у смислу овог Закона је привремена забрана преноса, конверзије, располагања и премештања имовине или привремено управљање том имовином на основу одлуке надлежног државног органа.”⁴⁴ “Означено лице у смислу овог Закона је физичко лице, правно лице, као и група или удружење, регистровано или нерегистровано, које је означено и стављено на листу терориста, терористичких организација или финансијера терориста, као и на листу лица која се доводе у везу са ширењем оружја за масовно уништење и посебним листама на основу: одговарајућих резолуција Савета безбедности Уједињених нација или аката међународних организација чији је држава члан, предлога надлежних државних органа или на основу образложеног захтева стране државе.”⁴⁵ Листе се преко Управе достављају обвезницима ЗПНФТ и другим лицима која предузимају радње и мере за спречавање финансирања тероризма, односно ширења оружја за масовно уништење, а доступне су и на сајту Управе. “Правно или физичко лице дужно је да приликом обављања посла или делатности утврди да ли има послова или других сличних односа са означеним лицем. Ако правно или физичко лице утврди да има послова или

⁴² М. Писарић, Потребни нормативни одговор на проблеме откривања и доказивања дела високотехнолошког криминала, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2013, Нови Сад, стр. 293.

⁴³ ЗПНФТ, *Службени гласник РС*, бр. 113/17, чл. 47.

⁴⁴ ЗСТОМУ, *Службени гласник РС*, бр. 29/15, 113/17 и 41/18, чл. 2, ст. 1.

⁴⁵ ЗСТОМУ, *Службени гласник РС*, бр. 29/15, 113/17 и 41/18, чл. 2, ст. 3.

других сличних односа са означеним лицем дужно је да у најкраћем могућем року ограничи располагање имовином означеног лица и о томе одмах, а најкасније у року од 24 часа, обавести Управу.⁷⁴⁶

ЗАКЉУЧАК

Виртуелне валуте могу представљати идеално средство за прање новца и финансирање криминалних радњи из више разлога. Пре свега, виртуелне валуте настају потврдом решења математичких загонетки које постављају децентрализоване рачунарске мреже и као такве, њихове вредности нису везане за реалне параметре, већ су одређене правилима мреже. Због тога, виртуелне валуте су изван контроле надлежних државних органа у погледу настанка и располагања. Следећа карактеристика виртуелних валута подобна за прање новца јесте анонимност имаоца који се “крије” иза јавне адресе на основу које се он препознаје на мрежи. Употребом посебних протокола (нпр. Тор) могуће је сакрити IP адресу корисника услед чега је додатно отежано утврђивање идентитета корисника.⁴⁷ Поред тога, анонимност се не односи само на корисника, већ и на послове у вези виртуелних валута који у потпуности могу остати ван пажње надлежних државних органа, све до тренутка када неко одлучи да виртуелну валуту претвори у правом признату валуту или изврши плаћање роба или услуга.

Прво питање од кога треба кренути у решавању статуса виртуелних валута је питање њихове дозвољености. Упоредно право и пракса у овој области нуде различита решења, од забране до изједначавања виртуелних валута са правим валутама у платном промету. У том смислу се не може рећи да постоји пожељно и униформно решење. Органи Европске уније, чија су мишљења и одлуке са становишта Републике Србије релевантна и значајна, прихватају неминовност постојање виртуелних валута и предвиђају мере на плану сузбијања прања новца према субјектима укљученим у послове са виртуелним валутама, али су уздржани када је у питању њихова шира употреба.

Међутим, решавање места и улоге виртуелних валута у финансијском и робном промету и уопште у правном поретку не сме одложити решавање неких очигледних последица које послови са виртуелним валутама имају. Када су безбедносни разлози у питању све државе и организације су свесне да се недостаци у погледу статусних питања виртуелних валута могу злоу-

⁴⁶ ЗСТОМУ, *Службени гласник РС*, бр.29/15, 113/17 и 41/18, чл. 8.

⁴⁷ О специфичностима откривања и доказивања кривичних дела у вези злоупотребе рачунарске технологије види Т. Лукић, Дигитални докази, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2012, Нови Сад, стр. 177-192.

потребити у циљу криминалних радњи. Док се питање статуса виртуелних валута не реши, треба успоставити провизорну заштиту финансијског система од злоупотреба која би онемогућила прање новца или било коју другу недозвољену радњу у коју би биле укључене виртуелне валуте. У том смислу, такав провизорни систем би требало да обезбеди контролу над субјектима који учествују у пословима са виртуелним валутама. Контрола би значила обавезну регистрацију субјеката који обављају послове у вези виртуелних валута, која би била условљена дозволом централне банке или другог државног органа. Једино на тај начин би се такви субјекти могли ефикасно укључити у круг обвезника прописа у области сузбијања прања новца. Решење присутно у српском праву које предвиђа да су обвезници ЗПНФТ и субјекти укључени у послове са виртуелним валутама не може дати задовољавајуће решење, јер не постоји прописана обавеза и поступак регистрације за такве услуге па у пракси не постоји представа о томе ко су субјекти на које се та обавеза односи.

Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs

Vladan M. Mirković, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs

Nenad P. Radivojević, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Radivojevic@pf.uns.ac.rs

Possibilities for Misuses of Virtual Currencies in Money Laundering Process and Financing Terrorism

Abstract: *Virtual currencies represent data sets that arise by solving the most complex mathematical equations by using the most sophisticated computer technologies and which are recognized as some kind of value that stands in a certain relationship with national currencies. Protection of virtual currencies from falsification or any other interference with their functioning is guaranteed by cryptographic algorithms, therefore virtual currencies can be considered as a unique financial instrument in a technological sense. The dangers of misusing virtual currency come from a non-adapted environment in which they operate and which can turn them into an effective tool for money laundering, financing of terrorism and other more serious forms of crime.*

Keywords: *Virtual currencies, money laundering, financing terrorism.*

Датум пријема рада: 19.10.2018.

Др Драго Љ. Дивљак, редовни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Divljak@pf.uns.ac.rs

ХАРМОНИЗАЦИЈА ПРАВИЛА О ЕЛЕКТРОНСКОЈ ТРГОВИНИ И ПРАВО СРБИЈЕ*

Сажетак: У раду се размађра проблем хармонизације правила у области електронске трговине, као и њени најзначајнији правни основи на међународном и ређионалном плану који се односе на електронску трговину уопште, а то је Модел закон о електронској трговини и релевантне директиве Европске уније. Анализа обухвата бивне одреднице тог процеса, њихову усмереност, као и резултате на националном плану, уз њихову критичку оцелу. У другом делу рада се размађра актуелно стање правне регулативе у Србији у овој области, како на концептуалном плану, тако и појединосћима по одабраним питањима, све у комбинацији са најред наведеним правним изворима. Такође се проблематизује и њен однос и утицај на постојећи, традиционални сисћем уђоворног права.

Хармонизација правила о електронској трговини се одвијала у врло специфичним условима, које карактерише скоро нестојање посебних националних закона из ове области, што је довело до паралелног креирања правила на међународном и националном нивоу. У овом процесу круцијалну улогу на глобалном плану је одиграо Модел закон о електронској трговини. И поред шире прихваћености и рецеиције његових правила, он није довео до глобалне униформности у овој материји, јер је изван сфере његовог утицаја остала ЕУ и земље које су у процесу пристојања тој интеграцији. С обзиром нас своју ионирску улогу, српски Закон о електронској трговини представља задовољавајући искорак у стварању одрживе правне инфраструктуре за ове полове, иако, наравно, не даје решења за сва питања и проблеме у овој области. У садржинском погледу, он је концептуално заснован на праву ЕУ, са сличним нормативним решењима појединачних питања. У том смислу,

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту: „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“, који се реализује на Правном факултету Универзитета у Новом Саду.

присутни и правила Модел закона су имала секундарни значај. Поклањање с његовим правилима постоји само у мери у којој она постоји у праву ЕУ и преваходно се односи на проблем правног признања електронских уговора.

Кључне речи: електронска трговина, хармонизација, Модел закон о електронској трговини, право ЕУ, право Србије.

УВОД

У модерном свету економске глобализације, унутрашња и међународна трговина се експанзивно шире и преплићу. Њихов учинак и интеграција данас се углавном врши путем електронских трансакција које омогућавају тренутни ток пословања на било ком тржишту. Иако постоје тешкоће у њеном појмовном дефинисању и утврђивању њене садржине,¹ трговина која се одвија на тај начин се назива електронска трговина. Њен значај стално расте и дефинитивно губи своју ауру новитета.² Иако несумњиво значајна за сваку националну економију, њен раст није без ограничења. Један од битних фактора који би могао лимитирати њен развој је правна несигурност у овој области,³ услед непостојања или неадекватности правне регулативе.⁴ Стога електронска трговина све више постаје велики изазов за национално и међународно право. Излазећи у у сусрет таквим потребама, на различитим

¹ У најширем и најчешће коришћеном смислу, електронска трговина једноставно подразумева “производњу, дистрибуцију, маркетинг, продају или испоруку роба или услуга путем електронских средстава.” (Philip M. Nichols, „Electronic uncertainty within the international trade regime,” *Am. U. Int’l L. Rev.*, 15/1999, 1380). Исто тако она се некад екстензивно види као појам који обухвата све трансакције које користе електронска средства на неки начин, или нешто уже, као трансакције обављене у потпуности електронски. (Maureen A. O’Rourke, „Progressing Towards a Uniform Commercial Code for Electronic Commerce or Racing Towards Nonuniformity,” *Berkeley Tech. L.*, 14/1999, 638). Организација за економску сарадњу и развој (OECD) дефинише електронску трговину као трговину која обухвата све облике комерцијалних трансакција који се заснивају на електронској обради и преносу података, укључујући текст, звук и визуелне слике. (Faye Fangfei Wang, *Law of electronic commercial transactions: Contemporary issues in the EU, US and China*, Routledge 2014, 4-5). У Европској иницијативи о електронској трговини она се одређује као било који облик пословне трансакције у којој стране делују електронски, а не путем физичке размене. Упор: Randy R. Sabett, „International Harmonization in Electronic Commerce and Electronic Data Interchange: A Proposed First Step Toward Signing on the Digital Dotted Line,” *Am. U. L. Rev.*, 46/1996, 526.

² Manuel Alba, „Electronic commerce provisions in the UNCITRAL convention on contracts for the international carriage of goods wholly or partly by sea,” *Tex. Int’l L.J.*, 44/2008, 388-390.

³ P. M. Nichols, 1380.

⁴ О проблему модернизације права услед промена у друштву: Сања Радовановић, „Закључивање уговора путем Интернета-иде ли право у корак са временом“, *Зборник радова Правног факултета*, Нови Сад 3/2008, 279-291.

нивоима се чине напори ка креирању одговарајуће правне регулативе у овој области, што отвара проблем њиховог усклађивања, односно хармонизације.

У раду који следи, управо ће бити разматран проблем хармонизације правила у области електронске трговине, као и њени најзначајнији правни основи на међународном и регионалном плану који се односе на електронску трговину уопште, а то је Модел закон о електронској трговини и релевантне директиве Европске уније. Анализа ће обухватити битне одреднице тог процеса, њихову усмереност, као и резултате на националном плану, уз њихову критичку оцену. У другом делу рада се разматра актуелно стање правне регулативе у Србији у овој области, како на концептуалном плану, тако и појединостима по одабраним питањима, све у компарацији са напред наведеним правним изворима. Такође се проблематизује и њен однос и утицај на постојећи, традиционални систем уговорног права.

1. БИТНА ПИТАЊА ХАРМОНИЗАЦИЈЕ ПРАВИЛА У ОБЛАСТИ ЕЛЕКТРОНСКЕ ТРГОВИНЕ

1.1. Специфичности правне регулације и хармонизације у овој области

Иако потреба за законским регулисањем електронске трговине следи потребу за регулисање трговине уопште, она се у овој области суочила са једinstвеним контекстом, другачијим од оних у другим областима међународне трговине. Новум се пре свега односио на предмет регулације, која се базира пре свега на нерегулисаној природи интернета, које је доминантно технолошка основа електронске трговине.⁵ Њега је пратила и очигледна неспремност да се предвиде брзе промене у технологији и на њих одговори адекватним правилима и у корелацији са пословном праксом која користи ту технологију.⁶

У таквим условима су започети напори за постизање оптималне правне архитектуре за област електронске трговине. Она генерално подразумева усвајање одговарајућих међународних конвенција и доношење хармонизованих националних закона из ове области, које дугорочно прати и адекватна реформа и модернизација трговачког права.

Пракса електронске трговине почела је да се развија у време када државе нису имале специјалне законе прилагођене електронској трговини и када је

⁵ Услед тога, државне границе и физичке препреке које су раније постојале између компанија и купаца, продаваца и купаца, пружалаца услуга и клијената у одређеној мери нестају.

⁶ Henry D.Gabriel, „The United Nations convention on the use of electronic communications in international contracts: an overview and analysis“, *Unif. L. Rev. ns*, 11/2006, 286.

у тој области владала изражена правна несигурност, услед примене неодговарајућих постојећих правних правила. Стога су међународне организације и позвале све државе да преиспитају своја правна правила која утичу на употребу електронских технологија у трговини.⁷ Међутим, стварање различитих националних закона само по себи не решава проблем правне несигурности у овој области.⁸ Конфликтна национална правила, чак и ако су интерно кохерентна, представљају скоро исто тако велики проблем за глобалну електронску трговину као и одсуство правила у потпуности.⁹ Јасно је да експанзивна примена електронске трговине скоро да није могућа без хармонизације националних правних правила у овој области,¹⁰ односно без хармонизованог међународног правног приступа за електронске комерцијалне трансакције. Успостављање што ширег система правне једнообразности је кључно за њихову сигурност.¹¹ Потреба за усклађивањем националних правила је додатно изражена у овој области, с обзиром на глобалне димензије електронске трговине. Стога се приступа од стране више актера, покушајима хармонизације, како на универзалном, тако и на регионалном плану, превасходно у оквиру Европске уније.

Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право (UNCITRAL) је основни¹² глобални међународни правни „кишобран“ електронске трговине.¹³ Она је одиграла кључну улогу у процесу не само хармонизације, већ и унификације правила електронске трговине на универзалном плану. Међутим, иако ови процеси имају другачију функционалну усмереност, они свакако нису стриктно одвојени, јер и продукти унификације могу бити предмет рецепције у националне правне системе. У таквом процесу тзв. вертикалне интеграције,¹⁴ за кратак период од дванаест година, у овој области

⁷ Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of Its Seventeenth Session, New York, 1984.

⁸ P. M. Nichols, 1406.

⁹ Jeffrey B. Ritter, Judith, Y Gliniecki, „International Electronic Commerce and Administrative Law: The need for harmonized national reforms“, *Harv. JL & Tech*, 6/1992, 271.

¹⁰ R. V. Sabett, 529.

¹¹ F. F. Wang, 7.

¹² У процесу налажења међународног нормативног решења у овој области се ангажују и друге међународне организације. Одређени значај су имали Међународна трговинска комора (ICC eTerms 2004, ICC Guide for eContracting 2004, ICC Global Action Plan for Electronic Business 2002), Организација за економску сарадњу и развој- OECD (Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce, 1999). О ангажману Светске трговинске организације у овој области: P. M. Nichols, 1415 и даље. Одређени допринос дају и друга тела УН и регионални програми. Шире: Amelia H. Boss, „The Evolution of Commercial Law Norms: Lessons to be Learned From Electronic Commerce“, *Brooklyn journal of international law*, 34(3), 2009, 677-678.

¹³ То логично произилази из њене мисије да ради на „даљем напретку прогресивне хармонизације и унификацији закона међународне трговине“.

¹⁴ F. F., Wang, 8.

UNCITRAL је креирао три права инструмента (два модел закона¹⁵ и једну конвенцију¹⁶) са сличним, па и идентичним одредбама.¹⁷

Изазов у погледу хармонизације је био фундаментално другачије од онога с којом се UNCITRAL суочавао у другим областима,¹⁸ у којима су већ биле развијена правила на националној основи, а проблем је једино био њихово усклађивање. Електронска трговина је била област у којој, у моменту када је UNCITRAL започео рад на правној регулацији ове области, многе земље тек предузимају прве напоре за решавање истих проблема на националном нивоу или су у најбољем случају парцијално регулисале само неке аспекте електронске трговине.¹⁹ Постојање паралелних регулаторних пројеката у истој области на међународном и националном нивоу је створио процес који би се могао описати као “симбиотски,” где пројекти правне регулације заједно настају и под међусобним су утицајем.²⁰ То илуструју примери земаља које су реципирале у своје законодавство и одредебе Модел закона у настајању и пре његовог званичног усвајања.²¹

1.2. Правни основи хармонизације

Процес хармонизације на глобалном плану је превасходно заснован на UNCITRAL-овом Модел закону о електронској трговини²² из јуна 1996. године. Иако може бити допуна и надоградња међународним конвенцијама и другим инструментима у међународном трговачком праву,²³ његова кључна улога је да уклони препреке које произилазе из неадекватног националног

¹⁵ Донет је Модел закон о електронским потписима из 2001. године. Упор: UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment.

¹⁶ Конвенција УН о употреби електронских комуникација у међународним уговорима (CUECIC) је донета 2005. године.

¹⁷ Конвенција УН о употреби електронских комуникација у међународним уговорима заснива се на ранијим инструментима које је израдили Комисија, а посебно на Модел закону о електронској трговини, што је илустративно у њеним кључним одредбама. А. Н. Boss, 702-703.

¹⁸ Нпр. продаја, превоз робе, хартије од вредности.

¹⁹ А. Н. Boss, 683.

²⁰ А. Н., Boss, 684.

²¹ Такав случај имамо са правом Канаде, али и правом Сингапура.

²² И Конвенција УН о употреби електронских комуникација у међународним уговорима у мањој мери може бити узор националним правима, што показује пример Сингапура. Он није само прва азијска држава која је приступила овој конвенцији, већ и прва држава која је имплементирала неке од њених одредби на националном нивоу. Вид: Eliza Mik, „Evaluating the Impact of the Un Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts on Domestic Contract Law-The Singapore Example,” *Y.B. Int'l L. & Aff.* 43 / 2010, 44.

²³ Ту се пре свега мисли на Конвенцију УН о уговорима о међународној продаји робе (CISG), која је донета 1980. године.

законодавства о електронској трговини²⁴ и олакша његово усклађивање. Стога је он, за разлику од других UNCITRAL-ових инструмената који су креирани за међународну употребу, он превасходно донет као модел за домаће законодавство.²⁵ Намењен је да националним законодавцима понуди сет међународно прихватљивих правила из области електронске трговине²⁶ и на тај начин креира национално законодавство које је исто или слично по приступу, али не нужно у детаљима регулације.²⁷ Као такав, Модел закона је инструмент “превентивне” хармонизације, засноване на принципима, где се национални закони заснивају на универзално прихватљивим решењима и дотадашњој пословној пракси у тој области²⁸ уместо да да она буде резултат преговарања на основу постојећих националних закона.²⁹

Осим на глобалном плану, хармонизација правила о електронској трговини се одвија и на другим нивоима, са различитим значајем и обухватом. На регионалном плану, ту су од примарног значаја релевантна правила ЕУ, где најважнију улогу у регулисању електронских трансакција на унутрашњем тржишту између земаља чланица има Директива о неким правним аспектима услуга информационог друштва, а нарочито о електронској трговини на унутрашњем тржишту (“Директива о електронској трговини”) из 2000. године.³⁰ Она превасходно има за циљ да допринесе правилном функционисању овог тржишта осигурањем слободног кретања услуга информационог друштва између држава чланица, ради осигурања правне сигурности и поверења потрошача.

Сагласно својој функцији, Директива о електронској трговини је усмерена према појединим конкретним питањима који изазивају проблеме на унутарашњем тржишту, уз битну промоцију и заштиту јавних интереса везаних за слободу пружања информационих услуга,³¹ као и за заштиту личних података и поверљивости комуникација. У том оквиру посебно се

²⁴ Tana Pistorius, „Contract formation: a comparative perspective on the Model Law on Electronic Commerce“, *Comp. & Int'l LJS Afr.*, 35/2002, 131.

²⁵ P. M. Nichols, 1405.

²⁶ United Nations Commission on International Trade Law. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce: With Guide to Enactment, 1996: with Additional Article 5 Bis as Adopted in 1998. UN, 1999, 16.

²⁷ M. A. O'Rourke, 642.

²⁸ A. H. Boss, 700.

²⁹ A. H. Boss, 687, 700.

³⁰ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (“Directive on electronic commerce”), *Official Journal of the European Communities (OJ) L* 178, 17. 07. 2000.

³¹ Слободно кретање услуга информационог друштва је у праву ЕУ често исказано општим начелом слободе изражавања у складу са чл. 10. ст. 1. Конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

бави питањима пословног настана даваоца услуга, комерцијалним саопштењима, електронским уговорима, одговорности посредника, кодексом понашања, извансудским нагодбама, могућностима тужбе и сарадњи између држава чланица. Са оваквом садржином и усмереношћу, Директива се битно разликује од приступа Модел закона о електронској трговини, а тиме и од националних кодификација које имају узор у њему.

Видљиво је да се Модел закон о електронској трговини и Директива о електронској трговини разликују по свом приступу и садржинској усмерености, што је определило и њихов међусобни однос и у процесу хармонизације права у овој области. Наиме, проток времена је показао да је циљ UNCITRAL-а да утиче на национална законодавства доношењем Модел закона реално остварив³² у релативно широкој мери, и то код земаља “дивергентних економских могућности, правног наслеђа и телекомуникационе инфраструктуре”.³³ У том погледу право Европске уније о овој материји, међутим, је логично, значајан изузетак.³⁴ Не само да је оово право генерално било имуно на јачи утицај Модел закона како у погледу концепта, тако и у погледу садржаја, већ је у том погледу определило и понашање не само земаља чланица, већ и других земаља које су у процесу придруживања овој интеграцији.

Једно од објашњења шире прихваћености Модел закона би се могло пронаћи у његовој природи, која није ишла за тим да везује и диктира државама правила у целости. Напротив, остављена је значајна флексибилност у рецепцији његових одредби, при чему државе имају могућност преузимања целог текста закона или партикаларног уграђивања појединих правила Модел закона у своје законодавство. И његова садржинска усмереност је такође била таква, да је олакшавала његову већу међународну употребу. У том погледу он је функционисао као “оквирни” закон који не садржи сва могућа и потребна правила, нити регулише сва питања из ове области.³⁵ Он подразумева међународну регулацију са оквирним принципима и правилима, која омогућава државама да њену садржину прилагоде својим националним захтевима. Циљ је био постизање оптималне равнотеже између униформности и флексибилности, што није лако оствариво.³⁶

³² А. Н. Boss, 698.

³³ Недуго након доношења, Модел закон су као основу свог законодавства прихватиле тридесетак земаља укључујући САД (Electronic Transactions Act из 1999.године), Канаду, Аустралију. Упор: Jennifer E. Hill, „The Future of Electronic Contracts in International Sales: Gaps and National Remedies under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.*, 2/2003, 30-31.

³⁴ Упор: Christina Hultmark Ramberg, „The e-commerce directive and formation of contract in a comparative perspective“, *26 European Law Review*, 2001, 429 – 431; T. Pistorius, 132.

³⁵ Модел закон се бави питањима као што је коришћење модерних средства електронских комуникација и чување информација, формирање и валидност електронских уговора, правно признање електронских порука, као и електронским комуникацијама и превоз робе.

³⁶ M. A.O'Rourke, 642-643.

Наравно, све оно што је на први поглед позитивно у Модел закону, може имати и своју другу страну. Другачије, критичко посматрање овог документа с правом нису изостала, без обзира на позитиван учинак у погледу хармонизације правила у области електронске трговине. Његова уопштеност и парцијалност се може видети и као недостатак, као његова недовољност и непрецизност. Оквирни приступ у погледу садржине, неретко се оправдано види и као његова слабост, посебно са аспекта правне сигурности. Даље, нарочито у области закључења уговора, Модел закон се сматра недостатним потребама.³⁷ Исто тако, необавезност његових правила одводи и до недовољне униформности у рецепцији његових правила,³⁸ иако је то у природи овако „меких“ правила.

2. ПРАВО СРБИЈЕ О ЕЛЕКТРОНСКОЈ ТРГОВИНИ

2.1. Концептуални приступ

И Србија, је желећи да задржи корак са међународним технолошким трендовима, приступила регулисању области електронске трговине. То је учињено Законом о електронској трговини из 2009.године,³⁹ са циљем стварања сигурног правног окружења за електронску трговину.⁴⁰ До тог момента смо имали неизвесну правну ситуацију која је манифестовала кашењењем правне рекације на нове појаве у друштву и истовремено некритичку примену постојећих неадекватних правила на ситуације створене новим технологијама, што утиче на правну сигурност и предвидљивост.⁴¹ Наравно електронска трговина се одвијала и може одвијати без правне регулативе, али се са њом сигурно ојачава њен развој. Без правних правила она неће стати, али је та ситуација чини мање ефикасном и спречава њен напредак.⁴²

У методолошком погледу наше право већ преузима уобичајену, скоро опште прихваћену праксу⁴³ да се посебно систематизују општа правила о електронској трговину, а засебно, због свог значаја и особености, правила о електронском потпису.

³⁷ P. M. Nichols, 1406.

³⁸ Некима од њих он је послужио само као општи оквир, као што је нпр. право Шведске.

³⁹ Закон о електронској трговини – ЗОТ, *Сл. гласник РС*, бр. 41/2009 и 95/2013.

⁴⁰ Без одговарајуће правне инфраструктуре у овој области, правна сигурност није могућа. Упор: J. B Ritter, J., Y. Gliniecki, 263.

⁴¹ P. M. Nichols, 1403.

⁴² Често је случај да закон заостаје за пословном праксом. У том случај он има ефекат рђе на покретној траци. Н. D Gabriel., 303.

⁴³ Препоручено је да се Модел закон посматра као уравнотежен скуп правила, која се могу имплементирати, на различите начине, било путем једног или више законских аката. T. Pistorius, 133.

У погледу нормативног приступа, законом се може ићи методом путем широке и детаљне регулације, или путем креирања основне правне инфраструктуре у датој области. Наш Закон о електонској трговини засигурно спада у другу групу, односно групу основних закона, заснованим на општим дефиницијама и минималним правилима неопходним за ефикасну електронску трговину.⁴⁴

У погледу садржине се и генерално сматра да пожељна основна регулаторна шема за електронску трговину треба да буде једноставна и да мора садржати само основна правила или концепте, као и неопходне дефиниције. То у првом реду подразумева законско признање електронских уговора, као и електронских потписа уз инаугурацију технолошке и медијске неутралности,⁴⁵ што је у највећем делу испоштовано у нашем праву. Иако Модел закон није намењен покривању свих аспеката коришћења електронске трговине,⁴⁶ он је ипак концепцијски шире постављен од нашег закона, јер се бави не само електронском трговином уопште, већ и електронском трговином у одређеним областима,⁴⁷ што није предмет регулације нашег закона. Наиме, њиме се уређују услови и начин пружања услуга информационог друштва, обавезе информисања корисника услуга, комерцијалне поруке, правила у вези са закључењем уговора у електронском облику, одговорност пружаоца услуга информационог друштва, надзор и прекршаји.⁴⁸

Читав концепт нашег закона је везан за дефинисање и утврђивања правила везаних за пружање услуга информационог друштва, што је концепт преузет од права ЕУ.⁴⁹ И услуга информационог друштва се дефинише најшире могуће, слично праву ЕУ,⁵⁰ као услуга која се пружа на даљину, уз накнаду путем електронске опреме за обраду и складиштење података, на лични захтев корисника услуга, а посебно обухвата продају робе и услуга путем Интернета, нуђење података и рекламирање путем Интернета, електронске претраживаче, као и омогућавање тражења података и услуга које

⁴⁴ H. D. Gabriel, 287.

⁴⁵ *Ibid*, 303.

⁴⁶ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis adopted in 1998, 19.

⁴⁷ Други део Модел закона који се бави електронском трговином у одређеним областима односи се засад само превоз робе. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis adopted in 1998, 19.

⁴⁸ Чл.1. Закона о електронској трговини из 2009. године.

⁴⁹ Чл.2. Директиве о неким правним аспектима услуга информационог друштва, а нарочито о електронској трговини на унутрашњем тржишту. Скоро идентичан концепт је прухваћен и у праву Црне Горе у Закону о електронској трговини („Сл.лист РЦГ“,бр.80/04).

⁵⁰ Тако појам “услуге информационог друштва” у праву ЕУ обухвата сваку услугу која се уобичајено пружа уз накнаду и “на раздаљину” што значи лицима која нису присутна на истом месту, путем електронске опреме за обраду и складиштење података, а на лични захтев примаоца услуге.

се преносе електронском мрежом, обезбеђивање приступа мрежи или складиштење података корисника услуга.⁵¹

За разлику од наведеног концепта, у Модел закону се правна регулатива заснива на електронској трговини, као кључној категорији, иако се не прецизира значење тог појма, за разлику од дефинисања електронске размене података (EDI). Међутим, садржински се ова два појма у битноме поклапају, иако је дефинисање учињено на различите методолошке начине. У Модел закону о електронској трговини истакнуто је да се он примењује на све информације у облику поруке, који се користи у контексту трговачких активности. Под таквом поруком се подразумева порука генерисана, послата, примљена или сачувана електронским, оптичким или другим начином, обухватајући, али и не ограничајући се на електронску размену података (EDI), електронску пошту, телеграм, телекс или телекопију.⁵²

2.2. Правни третман електронских уговора у праву Србије

Електронски уговор је један од најважнијих и фундаменталних института електронских комерцијалних трансакција у области електронске трговине. Такав му значај придаје и наше право, као и Модел закон и право ЕУ. У нашем праву се терминолошки он назива уговор у електронској форми и дефинише као уговор који правна и физичка лица закључују, шаљу, примају, раскидају, отказују, коме приступају и који приказују електронским путем уз коришћење електронских средстава.⁵³

У Закону о електронској трговини је стриктно утвђено да уговор може бити закључен електронским путем, односно у електронској форми. Тиме је овој области у праву Србије учињен најважнији правни искорак, правним легитимисањем и признањем електронских уговора, на методолошки начин сличан праву ЕУ.⁵⁴ Исто тако, и понуда и прихват понуде могу се дати електронским путем, односно у електронској форми. Када се електронска порука, односно електронска форма користи приликом закључења уговора, таквом уговору се не може оспорити пуноважност само због тога што је сачињен у електронској форми.⁵⁵ Законом се не предвиђа да се све комуникације на папиру могу заменити електронским комуникацијама, али се јасно предвиђа

⁵¹ Чл. 3. Закона о електронској трговини из 2009. године.

⁵² Чл.2. Модел закона о електронској трговини.

⁵³ Чл. 1. ст. 7. Закона о електронској трговини из 2009. године.

⁵⁴ Право ЕУ тражи од државе чланица да морају осигурати да њихов правни систем дозвољава закључење склапање електронским путем, као и да правни захтеви који се примењују на уговорни процес не стварају препреке коришћењу електронских уговора. Посебно је важно да такви уговори не буду правно оспорени због тога што се закључују електронским путем.

⁵⁵ Чл. 9. Закона о електронској трговини из 2009. године.

да чињеница да је комуникација електронска, сама по себи, није основа за његову правну неважност, јер постоје можда и друге основе правне неважности.⁵⁶ Овакав приступ у себи укључује примену принципа технолошке неутралности и забрану недискриминације. Они имају за циљ да обезбеде исти правни третман уговору независно од технологије или медија који се користе у његовом настанку или реализацији, односно да забрани дискриминацију или фаворизовање уговора само по наведеном основу.⁵⁷ Без принципа технолошке неутралности широко распрострањена комерцијална употреба нових технологија у унутрашњој и међународној трговини није извесна.⁵⁸

Овако правило у нашем праву је и варијација истог начела, са истоветним дејством које садржи и Модел закон. У њему је утврђено да се информацији неће ускратити правно дејство, ваљаност или извршност само на основу тога што је дата у облику поруке. Исто тако, информацији неће бити ускраћено правно дејство, ваљаност или извршност само на основу тога што није садржана у поруци која има такво правно дејство, већ се само позива на ту поруку.⁵⁹

Међутим, принцип правног признања електронских уговора није апсолутан, што је логично и оправдано. Листа изузетака у нашем праву се скоро поклапа са правом праву ЕУ. Тако су предвиђени изузеци у следећим случајевима: за правне послове којима се врши пренос права својине на непокретности или којима се установљавају друга стварна права на непокретностима; изјаве странака и других учесника у поступку за расправљање заоставштине; форму завештања; уговоре о уступању и расподели имовине за живота; уговоре о доживотном издржавању и споразуме у вези са наслеђивањем; као и друге уговоре из области наследног права; уговоре о утврђивању имовинских односа између брачних другова; уговоре о располагању имовином лица којима је одузета пословна способност; уговоре о поклону, јемству и залози; друге правне послове или радње, за које је посебним законом или на основу закона донетих прописа, изричито одређена употреба својеручног потписа у документима на папиру или овера својеручног потписа.⁶⁰

У позитивном праву Србије, у области електронских уговора, специфицирана су и нека друга питања. Прво, ту су утврђена правила о обавезним подацима и обавештењима, по којима је пружалац услуга дужан да потенцијалном кориснику услуга, пре закључења уговора о пружању услуга, обезбеди

⁵⁶ H. D. Gabriel, 296.

⁵⁷ Упор: Francesco G. Mazzotta, „Notes on the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts and Its Effects on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *Rutgers Computer & Tech. LJ*, 33/2006, 257.

⁵⁸ Упор: T. Pistorius, 135.

⁵⁹ Чл. 5. Модел закона о електронској трговини.

⁶⁰ Чл. 10. Закона о електронској трговини из 2009. године.

на јасан, разумљив и недвосмислен начин податке и обавештења о: поступку који се примењује код закључивања уговора; уговорним одредбама; општим условима пословања, ако су саставни део уговора; језицима на којима уговор може бити закључен; кодексима понашања у складу са којима поступају пружаоци услуга и како се ти кодекси могу прегледати електронским путем.⁶¹

Друго, регулисано је питање доступности уговора, на начин да је пружалац услуга дужан да обезбеди да текст уговора и одредбе општих услова пословања, које су саставни део уговора закључених у електронском облику, буду доступни корисницима услуга на начин који омогућава њихово складиштење, поновно коришћење и репродуковање.⁶²

Треће, додатно правилима се утврђује када се сматра да електронски уговор закључен, па се тако он сматра закљученим оног часа када понуђач прими електронску поруку која садржи изјаву понуђеног да прихвата понуду. Понуда и прихват понуде, као и друге изјаве воље учињене електронским путем, сматрају се примљеним када им лице коме су упућене може приступити.⁶³

Битно правило, у рангу начелног става је и да се на сва остала питања и правне односе настале из или у вези са уговорима закљученим електронским путем или у електронској форми, примењују прописи којима се уређују облигациони односи.⁶⁴ Стога се и овде намеће питање и дилема, колико напред наведена правила о електронским уговорима утичу на постојећи систем трговачких уговора у Србији,⁶⁵ односно да ли се ради о о реинтерпретацији постојећег концепта или и његовој редифиницији, како се ово питање некад у теорији језгровито предствала.⁶⁶

Стриктно гледано, увођење било које одредбе која омета или мења класичне принципе уговорног права може потенцијално створити дуални правни режим. „Двојност” је реално изражена када се ради о одребама која регулишу значајна питања или када је одступање од постојећег права садржано у већем броју законских правила. Анализом односних законских одредаби о електронским уговорима у нашем праву, видимо да су ту превасходно садржана правила која су инхерентна примени електронске технологије у

⁶¹ Чл. 12. Закона о електронској трговини из 2009. године. Ова обавеза се може изричито искључити код непотрошачких уговора.

⁶² Чл. 13. Закона о електронској трговини из 2009. године.

⁶³ Чл. 15. Закона о електронској трговини из 2009. године. С друге стране питање тренутка закључења уговора је Директива оставила државама чланицама да регулишу у складу са својим општим правилима облигационог права.

⁶⁴ Чл. 4 ст. 4. Закона о електронској трговини из 2009. године.

⁶⁵ О неким битним концептуалним питањима уговорног права Србије: Атила Дудаш, „Кауза уговорне обавезе према Закону о облигационим односима Републике Србије“, *Зборник радова Правног факултета*, Нови Сад 1/2010, 145-169.

⁶⁶ Patricia Brumfield, Fry, „X Marks the Spot: New Technologies Compel New Concepts for Commercial Law“, *Loy. LAL Rev.*, 26/1992, 614.

овој области, а да се једино правила о признању и времену закључења ових уговора могу третирати као специјална правила, којим се интервенише у постојећи систем уговора у нашој земљи. Овакав приступ можемо окарактерисати као приступ где се задржава постојећи класични концепт уговорних правила, при чему се он у мањој мери допуњује правилима која иду у корак са технолошким развојем. Он се може оценити као добар, јер је начелно решио проблем правног признања и регулације електронских уговора, а опет није значајније угрозио или искривио постојећи концепт трговинских уговора.⁶⁷

У односу на наше право, приступ Модел закона у погледу ширине интервенције у традиционални концепт трговинских уговора је другачији. У њему су таква правила екстензивније постављена и систематизована су у другом и трећем поглављу првог дела Модел закона.⁶⁸ У том погледу, од посебног значаја је део који се односи на закључење и пуноважност уговора из чл. 11. Модела закона о електронској трговини. У том оквиру је креиран нови приступ, који се најчешће назива као “еквивалентно-функционални приступ”, који се успоставља као решење проблема даљне и паралелне употребе традиционалних докумената заснованих на папиру, што се оцењује као главна препрека развоју савремених средстава комуникације и трговине.⁶⁹ Он се односи на писмени облик информације, потписа и оригинала, а његов циљ није увођење компјутерских еквивалената у односу на папирне документе. Уместо тога, “она издваја основне функције захтева за формуларе на папиру, с намером да обезбеди критеријуме који, када их задовољи порука података, омогућавају таквим порукама да уживају исти ниво правног препознавања као одговарајући папирни документи који обављају исте функција,⁷⁰ односно имају исте правне последице.⁷¹

Без обзира на могућу оправданост таквог приступа Модел закона, он је истовремено подразумевао даље, шире задирање у постојећи концепт традиционалних уговора. Стога, нису без основа тумачења да се оваквим приступом, који је још израженији у Конвенцији Уједињених нација о употреби електронских комуникација у међународним уговорима, фактички, значајније мењају класична правила уговорног права и ствара засебни правни режим. Тиме се уводи додатна неизвесност у већ уређену правну област, и то све супротно декларативној утврђеној намери да Модел закон треба да омогући државама да прилагоде домаће трговинско законодавство развоју

⁶⁷ T. Pistorius, 134.

⁶⁸ Ова правила покривају следећа питања: закључење уговора и његову пуноважност, признање пуноважности порука, утврђивање субјекта слање поруке, потврду о пријему поруке и место и време слања и пријема поруке.

⁶⁹ T. Pistorius, 134.

⁷⁰ Упор: J. E. Hill, 28; E. Mik, 44-45.

⁷¹ F. G. Mazzotta, 257.

комуникационих технологија, без потребе за уклањањем папирних документа и без угрожавања постојећег законског концепта и приступа.⁷² На овај начин створени паралелни уговорни режим за електронске уговоре може довести у питање и реално функционисање раније споменутог принципа технолошке неутралности.

ЗАКЉУЧАК

Хармонизација правила о електронској трговини се одвијала у врло специфичним условима, које карактерише скоро непостојање посебних националних закона из ове области, што је довело до паралелног креирању правила на међународном и националном нивоу. У том погледу круцијалну улогу на глобалном плану је одиграо Модел закон о електронској трговини. И поред шире прихваћености и рецепције његових правила, он није довео до глобалне униформности у овој материји, јер је изван сфере његовог утицаја остала земље ЕУ и земље које су у процесу приступања тој интеграцији.

Као и друге земље, Србија настоји да створи одговарајуће правно окружење погодно за електронску трговину, свесна да се без доступности одговарајуће правне инфраструктуре није могуће олакшати и поспешити њен преко потребан развој. С обзиром нас своју пионирску улогу, наш Закон о електронској трговини, је у основи на задовољавајући начин постигао дати циљ. Наравно, датим законом се не дају решења за сва питања и проблеме у овој области, али се њиме чини искорак у стварању одрживе правне инфраструктуре за ове послове, као једне од битних елемената у укупној стратегији развоја и раста у Србији. Исто тако, без обзира на све, то је, иако у ограниченом опсегу, значило и модернизацију постојећег трговачког законодавства, али опет без угрожавања његових темеља и основних концепата.

С друге стране, у процесу његовог доношења имали само обавезу да као и друге земље чланице и земље процеса приступања, одредбе споменутог Закона хармонизујемо са правом ЕУ, тј. практично ускладимо са споменутом Директивом о електронској трговини. Зато је у садржинском погледу, наше односно право концептуално засновано на праву ЕУ, са сличним нормативним решењима појединачних питања. У том смислу, приступ и правила Модел закона су имала секундарни значај. Поклапање с његовим правилима постоји само у мери у којој она постоји у праву ЕУ и превасходно се односи на проблем признања електронских уговора.

У нормативно-техничком погледу наше позитивно право је минималистичко и флексибилно устројено, што је кључно за област у сталним проме-

⁷² UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998, 20.

нама и развоју, као што је електронска трговина. Такав приступ може помоћи и у попуњавању постојећих правних празнина, али у примени може доћи до неизвесности и непредвидивости, посебно у ситуацији када пословна и судска пракса нису још развили униформност у разумевању текста закона. Иако релативно техницистичка, што произилази из предмета регулације, његова правила у основи су једноставна и јасна.

*Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Divljak@pf.uns.ac.rs*

Harmonisation of the Rules on Electronic Commerce and Serbian Law

Abstract: *The paper analyses the problem of harmonisation of rules in the field of electronic commerce, as well as its most important legal basis at the international and regional level related to electronic commerce in general, namely the Model Law on Electronic Commerce and the relevant European Union Directives. The analysis includes important determinants of this process, their focus, as well as the results at the national level, with their critical evaluation. The second part of the paper discusses the current state of the valid legislation in Serbia in this field, both at the conceptual level and in details per selected issues, all in comparison with the above-mentioned legal sources. Its relationship and impact on the existing, traditional contract law system is considered.*

Harmonisation of the rules on electronic commerce has been in progress in very specific conditions, characterised by the almost non-existent special national laws in this field, which led to a parallel creating of the rules at the international and national level. In this process, the crucial role at the global level was played by the Model Law on Electronic Commerce. Despite the wider acceptance and reception of its rules, it has not resulted with global uniformity in this matter, because the EU and the countries that are in the process of accession to that integration remained beyond the sphere of its influence.

Considering its pioneering role, the Serbian Law on Electronic Commerce represents a satisfactory step forward in creating a sustainable legal infrastructure for these matters, although, naturally, it does not provide solutions to all the issues and problems in this field. In terms of content, it is conceptually based on the EU law, with similar normative solutions to individual issues. In this sense, the approach and rules of the Model Law have had the secondary significance. The compliance with its rules exists only to the extent that it exists in the EU law and this refers primarily to the issue of legal recognition of electronic contracts.

Keywords: *electronic commerce, harmonisation, Model Law on Electronic Commerce, EU law, Serbian law.*

Датум пријема рада: 06.09.2018.

Др Сенад Р. Јасаревић, редовни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs

РАДНО ПРАВО СРБИЈЕ У XX И XXI ВЕКУ*

Сажетак: На прелазу два миленијума деловало је да се радно право XX и XXI века неће много разликовати. Под утицајем глобализације, економске кризе, информационе технологије, околности у којима се одвија рад у међувремену су се знатно промениле, те су ипак измењени и запослени, послодавци, радни односи и радно право. У раду се приказују досадашње промене у домену радних односа и измене радног законодавства које се очекују у будућности у свету и у Србији.

Кључне речи: рад, радни односи, нове форме рада, реформа радног права.

1. УВОД

На прелазу два миленијума деловало је да се радно право XX и XXI века неће много разликовати. Међутим, околности у којима се одвија рад у међувремену су се толико промениле, да су услед тога измењени запослени, послодавци, радни односи, па ће морати да се мења и радно право.

Крајем осамдесетих година прошлог века радно право у свету достигло је врхунац. После многих бурних и турбулентних дешавања у периоду дужем од сто година, обележених борбом радника са послодавцима и државом за увођење хуманих стандарда рада, деловало да ова грана права улази „у мирне воде“. Међународним конвенцијама и декларацијама, уставима многих земаља прокламована су право на рад и право на синдикално организовање као универзална људска права, те и многа друга социјално-економска права запослених (право на пристојне и безбедне услове рада, једнакост запослених, право за праведну зараду, право на колективно преговарање,

* Овај рад резултат је истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ који спроводи Правни факултет у Новом Саду.

право на штрајк). Сачињени су и међународни стандарди рада – Међународне организације рада (МОР), који служе за углед земљама чланицама широм света. На основу тога већина држава донела је законе о раду и другу регулативу којом се штите запослени. Стални радни однос постао је један од основа модерне економије, заштита од незаконитог отказа је постала стандард, колективно преговарање заживело је у многим земљама, легализовано је право на штрајк, радницима је обезбеђено социјално осигурање и многа друга социјална права.

Након тога, деведесетих година прошлог века неочекивано долази до дестабилизације и стагнације радног права. Основи на којима је почивало радно право почињу да се урушавају. На то је утицао стицај различитих околности широм света, а нарочито трајна економска криза, глобализација, распад социјализма, информатичка револуција. Дешавају се промене које су углавном негативно утицале на радно право у свету и положај запослених. Дотадашњи нормативни оквир који је створило радно право почиње се сматрати сувише крутим за нове околности, те долази до тренда „дерегулације“ у домену радног права. Радни стандарди се релативизују. Све то је исходovalo је смањење права радника и погоршање њиховог положаја, односно тзв. трку ка дну. „Трка ка дну“ је синтагма за константно смањивање права запослених и надметање у том погледу са сиромашним, уместо са развијенијим земљама.¹

Оваквим трендовима била је изложена и Србија, али су на економску ситуацију и развој радног права у нашој земљи додатно негативно утицале још неке околности. То су: распад социјализма, трајна економска криза, лоше спроведена приватизација, распад бивше Југославије, ратови у окружењу, санкције УН, бомбардовање од стране НАТО, масован прилив избеглица. Упоредо са овим негативним дешавањима, одвијале су се и неке позитивне промене (демократизација, увођење вишепартијског система, тржишне привреде, отварање према свету), које су позитивно утицале на развој радног права у Србији крајем XX века. Напушта се „социјалистички концепт радног односа“ и радног права, врши се прилагођавање радног права условима тржишне привреде, усклађивање са стандардима МОР, Савета Европе, Европске уније. Захваљујући томе може се рећи да тренутно нормативно

¹ Вид: А. Singh, *Labour Standards and the “Race to the bottom”*: Rethinking Globalisation and Workers Rights from Developmental and Solidaristic Perspectives, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 279, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.167.5606&rep=rep1&type=pdf>, 2004; S. L. Willborn, *Labor Law and the Race to the Bottom*, University of Nebraska at Lincoln – College of Law, Posted: 13 Oct 2013, https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2339274_code140788.pdf?abstractid=2339274&mirid=1; Н. Рујевић, *Трка према дну*, Радничка права у Србији, Deutsche Welle, 01.05.2017, <https://www.dw.com/sr/trka-prema-dnu/a-38645457>;

стање у области радног законодавства Србије није генерално незадовољавајуће (што се не може рећи и за праксу, односно фактичку заштићеност радника).² Ипак, у неким сегментима заостајемо за светом. „*Status quo*“ у овом случају није могућ, пошто је и Србија, као и друге земље изложена новим околностима. Те околности намећу да се изврше одређене промене у области радног права, чији правац ни у развијеним земљама није до краја јасан, те нас у том погледу чека неизвесна будућност. У овом раду покушаћемо укажемо на основне проблеме и евентуалне правце развоја радног права у будућности.

2. РАДНО ПРАВО И НОВЕ ОКОЛНОСТИ У СВЕТУ И СРБИЈИ

Економија у свету данас је више повезана него икада. Разлози за то су технолошка и информатичка револуција, развој саобраћаја и глобализација пословања. Економија Србије не може да се одвоји од дешавања у свету, па ни радно право.

На прелазу миленијума у контексту одвијања радних односа у свету јавља се неколико битних новина: 1) мењају се *околности одвијања рада*, 2) долази до промена у *начину одвијања радних односа*, 3) мењају се *субјекти радног односа*, 4) трансформише се и *правни њихови радним односима*.³

У погледу *околности одвијања рада* уочено је неколико битних промена. То су: 1) економске промене (глобализација пословања, криза),⁴ 2) технолошке промене (развој комуникационе и информатичке технологије – тзв. „кибернетско доба“); 3) физичке и организационе промене (измештање и релативизовање места рада, децентрализација делатности).

² Многи, нарочито представници синдиката, тврде другачије, често без озбиљног употребљавања са међународним стандардима и упоредном праксом. Нпр. многи су истicali да су нова решења у Закону о раду РС, усвојена 2014. године, потпуно противна стандардима Међународне организације рада. Сама МОР је то демантовала у извештају о законским решењима. Ради се о документу: *Меморандум о техничким коментаријима на нацрт измена Закона о раду Републике Србије (Memorandum of Technical Comments on Draft Amendments to the Labour Code of the Republic of Serbia, International Labour Organization, Geneva, 2014)*. У њему је јасно речено да МОР поздравља ове промене закона и да сматра законске измене великој мери прате стандарде МОР и ЕУ (тачка 10), а на појединим местима се врше и упоређења решења из Закона са регулативом развијених европских земаља (потврђује се усклађеност).

³ Вид: С. Јашаревић: *Уређење радног односа у Србији у контексту нових околности у свету рада*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2015, бр. 3, стр. 1053-1068. и исти аутор, *Радни однос – тенденције у пракси и регулативи*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2013, бр. 4, стр. 173-192.

⁴ Тзв. неолиберална глобализација, како је описује А. Л. Kalleberg, *Precarious Work, Insecure Workers: Employment Relations in Transition*, American Sociological Review February 2009, Vol. 74, No. 1, стр. 1.

Услед свега овога долази до промена у начину одвијања радних односа. Деведесетих година прошлог века, ради повећања конкурентности економије и лакшег прилагођавања рада новим условима уводе се иновације у форми и структури радног односа, које ће бити настављене и у овом веку. Прво се уводе тзв. *флексибилне форме рада*,⁵ да би XXI век, под великим утицајем дигиталне технологије, изнедрио неке потпуно нове облике рада (масовни или групни рад – Crowd Employment, неформални рад – Casual Work, услужни рад – Portfolio Work, дељење запослених – Labour Pooling/Employee Sharing, дељење посла – Job Sharing, привремени менаџмент – Interim Management, мобилни рад базиран на информационој технологији – ICT Based Mobile Work, рад на бази ваучера – Voucher Systems Work, заједничко запошљавање – Collaborative Employment).⁶

Овакве промене су у извесном степену захватиле и Србију, али не на исти начин као што је то било у другим, нарочито развијеним земљама тржишне привреде. Наиме, економија Србије је одавно у кризи, те је и активност у привредном сектору умањена, а новине споро продиру. Код нас су нпр. заживеле само поједине форме флексибилног рада (рад на одређено време, привремени и повремени послови, сезонско запошљавање). Нови облици рада углавном су још увек непознати на српском тржишту. Делимично је заступљена „дигитализација рада“ (рад уз помоћ рачунара), али углавном тако што се ради за стране послодавце.

Нове околности исходовале су и то да се измене *субјектии рада*, односно *радног односа*. Промене се дешавају како на страни запосленог, тако и на страни послодавца. Између осталог, опада број „класично“ (стандардно) запослених. Са друге стране, све више се користи се тзв. атипични рад који се не одвија у форми радног односа (чије смо облике горе поменули). Заједничка карактеристика ових типова рада је да су правно неуређени и махом се одвијају далеко од „очију јавности“. Последица је да овако радно ангажована лица не уживају скоро никакву правну заштиту, пошто излазе из оквира запослених које штити радно законодавство. Ову радну снагу карактерише

⁵ У флексибилне облике радног ангажовања спадају: 1) рад са непуним радним временом; 2) рад на одређено време; 3) привремени и повремени послови, 4) рад код куће и рад на даљину, 5) привремено уступање радника преко агенција, 6) самозапошљавање (при чему се ради за одређеног послодавца), 7) рад код послодавца по основу грађанско-правних уговора. Вид: Е. Cordova, *From full-time wage employment to atypical employment: A major shift in the evolution of labour relations?*, International Labour Review, Vol. 125, No 6, Nov/Dec, 1986, стр. 641.

⁶ Вид: *New forms of employment*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (EUROFOND), Dublin, 2015, доступно на: < <http://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment>>; В. Waas, „*New forms of employment*“ as a challenge for the legislator, European Labour Law Network – 7 th Annual legal seminar, New Forms of Employment and EU Law, стр. 1.

„скривеност“,⁷ јер „атипични радници“ углавном раде непријављени. Последица је да држава не убира порезе, нити доприносе за социјално осигурање, те да овакви радници немају буквално никакву физичку и правну заштиту, нити обуку за безбедан рад. Често ни сами послодавци не знају како да правно третирају ову радну снагу, што им углавном и одговара јер немају обавезе према њима какве имају према запосленима.⁸

Услед наведених тенденција досадашњи начин функционисања и оквир уређења радних односа претрпео је озбиљне промене, а и сам концепт радног права које почива на сталном радном односу се доводи у питање.⁹ Бош (Bosh) нпр. истиче да је дошло до „флексибилизације *сталног радног односа*“, те да промењена функција радних односа захтева другачији нормативни приступ и „реконфигурацију *појма радног односа*“.¹⁰

Сматрамо да није проблем у радном праву, које мора да опстане, већ у приступу новим категоријама радника. Наиме, проблем финансијске и социјалне нестабилности којој је изложена „атипична радна снага“ већи је него што на први поглед изгледа. Сиромашни радници, без сталних прихода, немају куповну моћ, што негативно утиче на потрошњу и проток капитала. Људи са нестабилним и несигурним запослењем и малим примањима, не само што мање троше, него немају услове ни за неке дугорочне инвестиције, као што је куповина куће, стана, инвестирање у акције, на чему почива тржишна економија. Крајњи резултат биће озбиљно опадање профита, запослености, раст сиромаштва, пад наталитета (услед социјалне несигурности), пораст криминалитета, социјалних немира, велике миграције становништва (што је тренутно случај са избеглицама). То су озбиљне последице и „окидачи“ социјалних проблема и сукоба, којима је боље да се друштво благовремено позабави, него да дође до потпуне дестабилизације постојећег поретка. Једна од мера би требало да буде борба за достојанство запослене популације и „ревитализацију сталности радног односа“. Не може друштво нормално да функционише и напредује ако је већина његовог становништва на ивици егзистенције, експлоатисана, болесна и живи без било какве перспективе.

⁷ Вид: C. Bernard, *Non-standard employment: what can the EU do?*, European Labour Law Network – 7 th Annual legal seminar, New Forms of Employment and EU Law, стр. 1.

⁸ Вид: С. Јашаревић: *Нове форме рада у Евројској унији*, Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније/Harmonisation of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law, Novi Sad, 2015, стр. 281-298.

⁹ О променама у области радних односа данас видети нпр: S. Deakin, *The Evolution of the Employment Relationship*, Symposium France/ILO, International Labour Organisation, Employment and Social Protections, Lyon, 17-18 Jan, 2002, стр. 191.

¹⁰ О новим функцијама радног односа и радног законодавства видети: G. Bosch, *Towards a New Standard Employment Relationship in Western Europe*, British Journal of Industrial Relations, 42:4, December 2004, стр. 633.

Неке напредне, махом европске државе, већ су то уочиле ове проблеме и реагују разним мерама. Покушава се да се појачана несигурност радника компензира већим гаранцијама људских права на раду (забрана дискриминације, узнемиравања, сексуалног узнемиравања, злостављања), јачањем социјалне подршке отпуштеним и незапосленим радницима, активнијом политиком запошљавања. Уместо „стабилности појединачног запослења“, тежи се да се изгради „стабилност током каријере“, односно да се радницима помогне у „транзиционим периодима“ у погледу запослења (тзв. *флексиџурносџи* – *flexicurity*). Као што Супиот истиче, флексибилност је нужност, али је треба контролисати и каналисати, да би се смањио „потенцијал сукоба“.¹¹ Решење је у избалансираности (тзв. координирана флексибилност).¹²

Уз то, тежи се да се умање негативне последице „ерозије сталног радног односа“, тако што се правна заштита коју пружа радно право проширује на лица ангажована на „атипичним пословима“. Она добијају правни статус еквивалентан запосленима.

Овакве промене полако захватају и Србију. Генерално, дугорочно долази до дестабилизације „сталног радног односа“ и све више људи се запошљава у нестабилним облицима рада. У Србију продире и „дигитални рад“. Зато радно законодавству неће моћи да остане недирнуто, већ ће морати да се прилагођава променама, ако се жели сачувати социјални мир. Неки позитивни кораци су већ учињени. По угледу на развијене земље уведена је заштита запослених и других лица на раду од дискриминације, узнемиравања, као и заштита узбуњивача (Законом о раду из 2005. године,¹³ Законом о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом – 2006, Законом о забрани дискриминације – 2009, Законом о равноправности полова – 2009, Законом о спречавању злостављања на раду – 2010, Законом о заштити узбуњивача – 2014).¹⁴

Међутим, то је само један аспект заштите, а радноправна и социјално-правна заштита атипичних радника је запостављена, односно скоро да не постоји. Када се ради о овим радницима, код нас влада доктрина „laissez-faire“,¹⁵ као у периоду првобитног капитализма. Радници на пословима у дигиталној економији и другим атипичним формама рада налазе се изван маргина рад-

¹¹ Вид: А. Supiot, М-Е. Casas, Р. Hanau, А. Johansson, Р. Meadows, Е. Mingione, Р. Salais, Р. van der Heijden, *A European Perspective on the Transformation of Work and the Future of Labour Law*, Comparative Labour law & Policy Journal, 1998-1999, Vol. 20, стр. 624.

¹² За коју се залаже Шмид. G. Schmid, *The future of employment relations, Goodbye 'Flexicurity' – welcome back transitional labour markets?* Amsterdam Institute for Advanced Labour Studies, University of Amsterdam, Amsterdam, 2010, стр. 36.

¹³ Сл. гласник РС, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017, 113/2017.

¹⁴ Поменути закони су објављени у: 1) Сл. гласник РС, бр. 33/2006; 2) Сл. гласник РС, бр. 22/2009; 3) Сл. гласник РС, бр. 104/2009; 4) Сл. гласник РС, бр. 36/2010, 5) Сл. гласник РС, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 6) Сл. гласник РС, бр. 128/2014.

¹⁵ Што значи: пустити да се ствари спонтано одвијају.

ног законодавства, које, пошто је „скројено“ у прошлом веку, штити само запослене, као типичну радну снагу из тог времена.

3. ПРОМЕНЕ У КОНЦЕПЦИЈИ РАДНОГ ОДНОСА И РАДНО ЗАКОНОДАВСТВО СРБИЈЕ

Према документу ЕУ из 2006. године – *Модернизација радног права у циљу суочавања са променама у XXI веку*: „Радно право је од својих почетака било концентрисано на успостављање статуса запослености као кључног фактора око којег су се развијала права (запослених), са циљем да се на тај начин изравна економска и социјална неједнакост у радном односу, својствена тој грани права.“¹⁶ Слично је мишљење изложила и МОР: „Радни однос је био, и наставља да буде, главна полуга уз помоћ које радници стичу приступ правима и бенефицијама из радног односа у области радног права и социјалне сигурности“.¹⁷

Осамдесетих година прошлог века, услед све веће међународне конкуренције, наметнула се потреба да се рад више не организује само на класичан начин, у форми сталног радног односа, већ и уз употребу другачијих (флексибилних и атипичних) облика радног ангажовања. Оно што је некада било правило, почиње да се своди на изузетак. Зато многи сматрају да је „стални радни однос“ преживела установа и да радно ангажовање у XXI веку захтева другачије оквири и форме рада. Ипак, нису сви тог мишљења. Чак су и тела ЕУ дошла у сукоб у том погледу.

Наиме, године 2006. Комисија ЕУ доноси поменути документ – *Модернизација радног права у циљу суочавања са променама у XXI веку*. У том документу изражен је став да је базирање радног права само на сталном радном односу прошлост, односно превазиђено. У делу 3. Зелене књиге (из 2006) наводи се да правни оквири који подразумевају одржање стандардног радног односа нису довољно широки и не пружају довољно подстицаја да лица у сталном радном односу истраже могућности за већу флексибилност у раду. Након тога, Европски парламент (ЕУ) наредне године доноси документ такоређи истог назива – *Резолуција Европског парламента о модернизацији радног права у циљу суочавања са променама у XXI веку*,¹⁸ у којем

¹⁶ *Green paper, Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, Commission of the European Communities, Brussels, 22.11.2006, COM(2006) 708 final, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0708en01.pdf>; део 2.

¹⁷ *The employment relationship*, International Labour Conference, 95th Session, International Labour Office, 2006.

¹⁸ *European Parliament resolution of 11th July 2007 on modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, European Parliament, (2007/2023(INI)). Доступно на: <<http://>

изражава потпуно супротно мишљење. Изражава се: „снажно неслагање са аналитичким оквиром представљеним у Зеленој књизи“. У том документу приоритет се даје сталном запослењу, за сада и убудуће јер једино оно пружа адекватну социјалну и здравствену заштиту и омогућава да фундаментална права лица која раде буду осигурана (тач. 9).¹⁹ Помиње се да су студије ОЕБС и друге студије показале да нема доказа да смањење заштите од отказа и слабљење стандардног запослења олакшава економски развој, та и да пример Скандинавских земаља показује да су висок ниво заштите од отказа и високи стандарди запослења у потпуности компатибилни са високим запосленостима (тач. 13). У истом документу (тач. 46) Европски парламент се: „строго противи сваком виду злонамерне трансформације регуларног запослења у нове форме рада без нужне економске потребе, само да би се краткорочно повећао профит, јер такве активности подривају „европски социјални модел“.

Као што се из два наведена опречна става види, постоје две основне могућности. Да се и даље инсистира на сталности радног односа или да се да предност атипичним облицима рада. Очигледно је да се, без обзира на жељу да убудуће доминира стални радни однос, тенденција флексибилизације рада и повећана употреба атипичних форми рада не могу искључити. Такође, ове форме рада се не могу још дуго игнорисати од стране законодавца, већ се тим радницима мора пружити адекватна радноправна и друга заштита, како би имали пристојне услове рада и водили достојанствен живот. Могуће је да ће они заиста у догледној будућности негде доминирати или бити изузетно много заступљени.²⁰

Зато су неке земље већ предузеле кораке да се таква лица заштите, односно да се заштите сва лица која живе од свог рада. Тиме се, са друге стране, неутралише избегавање обавеза према држави које после друштво може много да кошта. Наиме, ова лица немају пензијско и социјално осигурање, а када наступи период неспособности за рад због старости, држава ће морати да им пружи заштиту из својих фондова (који неће постојати, јер средства нису уплаћивана у буџет).

www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT%20TA%20P6-TA-2007-0339%200%20DOC%20XML%20V0//EN

¹⁹ Има и истраживања која оповргавају да је у индустријализованим економијама дошло до значајнијег опадања стабилности радних односа, као нпр: Р. Auer & S. Cazes, *The resilience of the long-term employment relationship: Evidence from the industrialized countries*, International Labour Review, Vol. 139 (2000), No. 4.

²⁰ Нпр. у једној од највећих компанија у Србији – „НИС“ (Нафтна Индустрија Србије) већ је само 4.000 радника стално запослено, док 4.500 ради „на лизинг“ (како се популарно назива уступање запослених, односно рад преко агенција). Вид: „Рад на изнајмљивање“, објављеном у дневном листу „Данас“; од 18. јануара 2018, <https://www.danas.rs/ekonomija/rad-na-iznajmljivanje/>.

Да би се изједначиле све категорије које живе од свог рада, Малта је 2012. године усвојила *Одлуку о националним стандардима о стању зајо-слености*.²¹ У том акту се наводи да ће статус еквивалентан запосленом има-ти „лице које обавља послове сличне задацима већ постојећих запослених, или, у случају да лице ради као уступљена радна снага, ако обавља исти посао као што су обављала раније запослена лица код послодавца“ (тачка 3 Одлуке). Слично томе, Закон о раду Португала предвиђа проширење његовог деловања изван оквира радног односа, на лица која врше услуге под влашћу и контролом друге особе без правне субординације. Уговори о радном анга-жовању оваквих лица се сматрају „еквивалентним уговорима“ уговору о раду, те за њих важе принципи Закона о раду (у погледу личних права, забране дискриминације, здравља и безбедности на раду).²²

Према немачком праву постоји пет услова који служе да се утврди да је лице у радном односу, односно када се сматра да има статус који одговара положају запосленог: 1) ако обавља плаћени рад, 2) ради у континуитету и у основи једино за једног послодавца, 3) врши рад на начин који је типичан за запослена лица, 4) добија инструкције од послодавца и интегрисан је у радну организацију послодавца, 5) не обавља посао који има карактеристике типичне предузетничке активности.²³

Српски законодавац за сада није био довољно сензибилизан за ову про-блематику. Потојећи Закон о раду има неколико слабости у том погледу, а постоји и извесна системска неусаглашеност са законима који делимично уређују област рада.

Као прво, као инструмент којим се заснива радни однос, у чл. 30, ст. 1. Закон о раду (даље: ЗР), одређује се искључиво – уговор о раду.²⁴ Међутим, у пракси у Србији уговор о раду није једини акт којим се заснива радни однос. У Закону о државним службеницима, од 2005. године,²⁵ такође се користи појам „радни однос“, али је правни основ заснивања други (решење руково-диоца о пријему у радни однос).²⁶ Дакле, радни однос се не заснива искљу-чиво уговором о раду и то треба прецизирати.

Друго, за разлику од многих модерних законодавстава у свету, у праву Србије не постоји законска *дефиниција радног односа*, иако законодавац у више прописа користи појам „радни однос“. Мислимо да је, с обзиром на

²¹ *Legal Notice 44 of 2012*, as amended by Legal Notices 110 and 364 of 2012, SL 452108.

²² Вид у: *The employment relationship*, 38.

²³ Вид: *The employment relationship*, 31; N. Contouris, *The Changing Law of the Employment Relationship. Comparative Analyses in the European Context*, Ashgate Book, England, 2007, стр. 65.

²⁴ „Радни однос се заснива уговором о раду“.

²⁵ Сл. гласник РС, бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009, 99/2014.

²⁶ Чл. 57, ст. 3 Закона.

нове околности у свету рада, тај радни однос све компликованији и замахљенији, па би га требало јасно дефинисати.

Треће, сва права из радног односа према Закону о раду се везују за статус „запосленог“, при чему ни тај појам није прецизан. Закон о раду предвиђа следеће: „*Запослени*, у смислу овог закона, јесте физичко лице које је у радном односу код послодавца“ (чл. 5, ст. 1). Дакле, појам запосленог се одређује уз помоћ појма који уопште није дефинисан (радни однос). Овако штура и не-прецизна дефиниција је изузетно подобна за изигравање закона. Из оваквог уређења произилази да свако ко ради код послодавца, а није формално у радном односу, није запослени и не мора имати права из радног односа.

Већ у следећем ставу истог члана (5) ЗОР законодавац уноси додатну нејасноћу у погледу појмова. Наиме, дефинише се појам послодавца, као: „...домаће, односно страно правно или физичко лице које запошљава, односно радно ангажује, једно или више лица“. Намеће се питање, ко су то „*рад-но ангажована лица*“, да ли су то запослени или неки други? И, пошто се „*рад-но ангажована лица*“ ипак помињу у Закону о раду, да ли она уживају исту заштиту као и запослени?

Из неких других закона Србије тако нешто би требало да произилази. Нпр. ако узмемо Закон о забрани дискриминације, из 2009, у глави у којој се уређује дискриминација у области рада, у чл. 16 се каже: „(1) Забрањена је дискриминација у области рада, односно нарушавање једнаких могућности за заснивање радног односа или уживање под једнаким условима свих права у области рада...²⁷ (2) Заштиту од дискриминације из става 1. овог члана ужива лице у радном односу, лице које обавља привремене и повремене послове или послове по уговору о делу или другом уговору, лице на допунском раду, лице које обавља јавну функцију, припадник војске, лице које тражи посао, студент и ученик на пракси, лице на стручном оспособљавању и усавршавању без заснивања радног односа, волонтер и свако друго лице које *ио било ком основу учесћује у раду*.“ Дакле, заштиту уживају не само запослена него и друга лица – тзв. радно ангажована лица. Очигледно је да се овај закон није задовољио појмом запосленог садржаним у Закону о раду у погледу обухватности заштите од дискриминације, већ је следио новију упоредну праксу (што одговара и пракси ЕУ). Необично је једино што је исти законодавац донео оба закона, па би њему требало да буде јасно кога жели да заштити на раду. Закључак је да би се у Закону о раду и лица која се „*рад-но ангажују*“ по другим основима морала у погледу свих или већине

²⁷ У наставку члана се набраја која су то права: „...право на рад, на слободан избор запошљавања, на напредовање у служби, на стручно усавршавање и професионалну рехабилитацију, на једнаку накнаду за рад једнаке вредности, на правичне и задовољавајуће услове рада, на одмор, на образовање и ступање у синдикат, као и на заштиту од незапослености.

права јасно изједначити са запосленима. Дакле, матичним законом би требало проширити појам запосленог или увести лица еквивалентна запосленима као у страним правима.

Са друге стране, иако се у Закону о раду не разјашњава појам запосленог и радно ангажованог лица, то је учињено једним другим законом. Ово сматрамо системском неусаглашеношћу. Наиме, према Закону о заштити узбуђивача из 2014. године (чл. 2, ст. 1. ал. 5): „*радно ангажовање*“ је радни однос, рад ван радног односа, волонтирање, вршење функције, као и сваки други фактички рад за послодавца;“. Према овом закону „*радно ангажовање*“ је шире од радног односа и обухвата и запослене. Мислимо да ове законе и појмове треба ускладити, а нарочито да правилну и јасну дефиницију треба да има матични закон.

Поред поменуте дефиниције у Закону о раду, у нашем законодавству постоји и другачија и потпунија дефиниција запосленог.²⁸ Наиме, према Закону о безбедности и здрављу на раду (чл. 4),²⁹: „*Зајослени* јесте домаће или страно физичко лице које је у радном односу код послодавца, као и *лице које њо било ком основу обавља рад* или се оспособљава за рад код послодавца, осим лица које је у радном односу код послодавца ради обављања послова кућног помоћног особља;“. Дакле према овом закону запослени је и лице које по било ком основу обавља рад или се за њега оспособљава. Овакво, шире схватање, више одговара новијој упоредној пракси (проширеном појму запосленог), те може бити неки путоказ законодавцу за дефинисање запосленог или радног односа у ЗОР.

Интересантно је да наше законодавство прави и разлику између „*зајосљавања*“ и „*радног односа*“, чега сам законодавац изгледа да није свестан. Нпр. у једном од новијих прописа, у Закону запошљавању странаца, из 2014. године,³⁰ у чл. 2, ст. 1, ал. 2 наводи се: „*запошљавање странца* је закључивање уговора о раду или другог уговора којим странац без заснивања радног односа остварује права по основу рада у складу са законом“. Из овакве дефиниције произилази да је „*запошљавање*“ шири појам од „*радног односа*“, те укључује лица у радном односу и сва друга лица која раде по било ком другом правном основу за послодавца (нпр. у флексибилним формама рада). То би могло да одговара новом појму „*радника*“ у упоредној пракси. Наиме, МОР у својим новијим документима предлаже да се заштита са запослених из „*радног односа*“ (employees) прошири на „*раднике*“ (workers), односно на

²⁸ Поред дефиниције која следи, постоји и једна новија дефиниција, у Закону о запосленима у јавним службама (чл. 3, ст. 1). Она се не разликује много од дефиниције из ЗОР: „...запослени је физичко лице које обавља рад за послодавца на основу уговора о раду.“ Сл. гласник РС, бр. 113/2017.

²⁹ Закон је објављен у: Сл. гл. РС, бр. 101/2005.

³⁰ Сл. гласник РС, бр. 128/2014.

сва лица која се налазе у правним односима који су упоредиви са запосленима (слично горе поменути, проширеним дефиницијама запосленог).³¹

Сходно овоме и код нас би се појам запосленог могао проширити, или да се паралелно законски уведе и појам „радник“, који би подразумевао све који живе од свог рада, радећи за другог. Они би уживали исту базичну заштиту и права као лица у радном односу. Овако нешто би било корисно, нарочито имајући у виду да се форме радног ангажовања у свету, па и код нас све више обогаћују, те листа „радно ангажованих“ лица свакако није закључена.

Један од проблема са којима се суочава радно право у свету, и у Србији, су „*лажни облици флексибилног рада*“. Овакви облици рада се све више користе, да би се прикрило да постоји радни однос, односно, како би послодавци избегли обавезе које произилазе из радног односа (поштовање услова рада, ограничавање отказивања, избегавање уплаћивања дацбина држави). Примери оваквог поступања су: „скривено запошљавање“,³² „лажно самозапошљавање“, лажно приказивање радног односа као грађанског или привредног уговора (франшизинг, лизинг, инжерњеринг, факторинг, трансфер знања), злоупотребе уобичајених флексибилних форми рада.³³

Код нас је нарочито заступљена *злоупотреба флексибилних форми рада* (рада на одређено време и привремених и повремених послова), а у последње време и „*лажно самозапошљавање*“. Често су у питању запослени који су раније радили код послодавца, па су ради растерећења и смањења трошкова преведени у овај статус. Они и даље стално раде за послодавца, али се формално воде другачије.³⁴

Држава би требало да одлучније сузбија овакву праксу. Ниме, постоје већ одређена нормативна решења, али су недовољна. Нпр. предвиђена је правна претпоставка да уколико у уговору о раду није утврђено време на које се закључује, сматра се да је закључен уговор о раду на неодређено време (чл. 31, ст. 2 ЗОР).³⁵ Такође, у чл. 32 ЗОР, прописано је да се уговор о раду

³¹ Године 2003. ова организација усвојила је Резолуцију о радном односу (*Resolution concerning the employment relationship*), а 2006. године – *Препоруку о радном односу*, бр. 198. Вид: *Regulating the employment relationship in Europe: A guide to Recommendation No. 198*, International Labour Organization, 2013, Geneva.

³² Према поменутој Зеленој књизи ЕУ о модернизацији радних односа из 2006. године: „Скривено запошљавање“ постоји када се особа која је запослена води на други начин, а не као запослени, како би се сакрио њен/његов истински правни статус и да би се избегли трошкови који могу да укључују порезе и доприносе за социјално осигурање. *Green paper, Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, стр. 10. и 11.

³³ Вид: *Characteristics of the Employment Relationship*, увод – стр. X, 2, 3, 82; *Green paper, Modernising labour law to meet the challenges of the XXI century*, 10, 11.

³⁴ Вид: С. Јашаревић: *Флексибилизација рада – решење или заблуда*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2012, бр. 4, стр. 173-192.

³⁵ Врховни касациони суд Србије сматра да у таквом случају, иако није закључен уговор о раду, постоји „*правна фикција*“ да је заснован радни однос. Пресуда Врховног

закључује пре ступања на рад, у писаном облику. Ако послодавац пропусти да то учини, сматраће се да је радни однос заснован на неодређено време даном ступања на рад.

Исто тако, у чл. 37, ст. 6 ЗОР, превиђа се да се, уколико се уговор о раду на одређено време закључи супротно одредбама закона или ако запослени остане да ради код послодавца најмање пет радних дана по истеку времена на које је закључен, сматра да је радни однос заснован на одређено време. Ипак, изгледа да ова и горе поменуте забране нису довољно прецизне и да их треба појачати. Наиме, послодавци масовно злоупотребљавају рад на одређено време, тако што праве прекиде од пет дана или само формално мењају основе закључивања. Исто тако, комбинују овакве уговоре са привременим и повременим пословима. То представља злоупотребу, пошто запослени све време ради исте послове и ти послови немају карактер привремених и повремених послова у складу са Законом о раду (чл. 197).

Поред непотпуно и недовољно јасног радног законодавства, проблем су и судови. Они су прилично нефлексибилни и буквално се држе слова закона (не водећи рачуна о циљу норме), тако да се дешавало да запослени годинама раде лажно на одређено време или „привремено“, а да суд пресуди да није у питању стални радни однос. Постоји пример сукцесивног заснивања уговора о привременим и повременим пословима чак седамнаест пута, у периоду од око три и по године, када је суд ипак пресудио да није у питању стални радни однос, односно злоупотреба.³⁶

При оваквом поступању нижи судови су се у ствари руководили ставовима Врховног касационог суда (ВКС), од којих су неки били неповољни и прилично нелогични када се радило о овом питању.³⁷ Коначно, Суд је недавно променио своје становиште. У пресуди из 2016. године,³⁸ овај суд између осталог изражава следеће мишљење: „Према становишту првостепеног суда, имајући у виду да је тужилац почев од... непрекидно код туженог обављао послове ..., ови послови код туженог нису повремени нити привремени, што потврђује рад тужиоца на овим пословима далеко дуже од 120 дана

касационог суда, Рев. 2 761/2012, од 23. 1. 2013, Београд и Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 602/2014 од 23. 10. 2014. године.

³⁶ Одлука Основног суда у Новом Саду, Посл. бр. П1 – 1753/2014, 29. 02. 2016. године.

³⁷ Нпр. према Пресуди Врховног касационог суда, Рев2. 1153/2012 од 27. 2. 2013. године: „Обављање послова по уговору о обављању привремених и повремених пословима представља рад ван радног односа, односно *закључењем таквог уговора се не заснива радни однос, због чега он не може йостийи радни однос на одређено време, а йојом радни однос на неодређено време.*“ На истој линији је Пресуда Врховног суда Србије, Рев. П 1696/07 од 27. 12. 2007. године: „Обављање привремених и повремених послова представља рад ван радног односа, отуда извршилац тих послова *нема нији йо йом основу може сйећи својсйво зайосленој лица.*“

³⁸ Рев2 601/2015, од 27. 12. 2016. године.

(521 радни дан) те чињеница да је тужени иако је у отказима констатовао да је престала потреба за обављањем тих послова,...непосредно затим закључивао нове уговоре за исте послове.“ У истој одлуци наводи се и следеће: „*Правну природу уговора не одређује његов назив, већ суштина правног односа који је њиме заснован...* ако би се у случају обављања истоврсних послова код истог послодавца, у конитунитету, сваки уговор третирао као посебан уговор, омогућила би се злоупотреба права...Првостепени суд је правилно закључио да је тужени кроз фиктивно отказивање, односно прекиде уговора, покушао да радни однос тужиоца представи као рад ван радног односа, док у суштини тужилац није имао прекида у раду у обављању послова код туженог, који су трајни, континуирани и предвиђени Правилником о систематизацији... што упућује да је закључивањем појединачних уговора са тужиоцем, тужени злоупотребио право из цитираног члана 197. Закона о раду... Злоупотреба права је забрањена (члан 13. ЗОО) и суд јој не може пружити правну заштиту, како је правилно закључио првостепени суд.“

Овакву праксу би требало би да следи и законодавац тако што ће поставити јасне оквире за употребу флексибилних и нових видова рада. Поред тога, овим лицима треба да пружи потпуну нормативну заштиту из радног односа, те ће након тога послодавцу бити свеједно који уговор о радном ангажовању користи. Заштиту треба јасно пружити свим лицима који трајно раде за другог, од њега примају налоге и од тог прихода се издржавају. У том смислу корисна може да буде и одлука ВКС у којој се Суд делимично дотакао ове теме: „Рад код послодавца без уговора о раду који би водио заснивању радног односа у смислу члана 32. Закона о раду поред воље послодавца да раднику омогући рад и спремности радника да ради, мора имати карактеристике радног односа како у погледу квалитета рада, тако и у погледу права и одговорности које произилазе из радног односа као што је радно време, зарада, накнада зараде и друга примања из радног односа.“³⁹

Потребно је иновирати и прецизније уредити и појам послодавца. Дефиниција у Закону о раду је застарела. Наиме, у последњих тридесетак година у домену статуса послодавца десиле су се многе промене. Радник често нема само једног послодавца, већ може да исти посао обавља преко или за више послодаваца (уступање запослених или рад преко платформе). Разлог је што је све чешће подуговарање и дислоцирање производње и услуга (неретко на други континент), нарочито захваљујући „дигитализацији рада“. Нису ретке ситуације да један послодавац преузима обавезу да за другог врши производњу или услуге, на начин и по динамици коју утврђује први послодавац. Или нпр. запослени ради преко платформе за другог, често невидљивог послодавца, привремено, повремено или у континуитету.

³⁹ Вид: Пресуда Врховног касационог суда, Рев2. 705/2014 од 1. 10. 2014. године.

Тако се ствара „*троси́рани радни однос*“ (triangle employment), који веома компликује уређење радног односа. Није реткост да основне услове рада контролише један послодавац (нпр. налогодавац или платформа), а да конкретне налоге, динамику рада и остало врши други послодавац – подуговарац (или лице за које се ради преко платформе). Запослени, у ствари има два послодавца, понекад и више. У упоредној пракси у оваквим случајевима први послодавац се назива „примарни послодавац“, а други – „послодавац корисник услуга“ или „секундарни послодавац“. ⁴⁰ Уведени су и појмови: „здружени послодавац“, „законски послодавац“, „директни послодавац“, „клијент послодавац“. ⁴¹

Закон о раду уређује појам *послодавца* у поменутом чл. 5, ст. 2: „Послодавац, у смислу овог закона, јесте домаће, односно страно правно или физичко лице које запошљава, односно радно ангажује једно или више лица“. Логичку допуну овом члану представља чл. 2 ЗОР, у којем се одређује на се које се све запослене примењује Закон, односно код којих су послодавца запослени. То су лица која раде код домаћег или страног правног, односно физичког лица, као и у државним органима, органима територијалне аутономије и локалне самоуправе и јавним службама.

Не предвиђа се, даке, могућност да запослени има два или више послодавца (тзв. дељење, односно уступање запослених), нити се регулише ко има статус послодавца ако се ради уз помоћ информационе технологије или у новим формама рада. Ово питање се већ испољило као проблем у пракси. Наиме, потребно је одредити ко је послодавац због регулисања права запосленог из радног односа, уплате пореза и доприноса, обезбеђења заштите на раду, те утврђивања одговорности у случају повреде на раду или болести.

Нарочито би се требало позабавити појмом послодавца код „*усти́пуања зајџослених*“, за лица када раде преко агенција за уступање запослених (тзв. лизинг запослених). Број радно ангажованих особа у овој форми рада у Србији је све већи (процењује се да је достигао 10% радне снаге). ⁴² При томе се њихов рад одвија „у законском вакуму“, односно крајње је необично уређен. Делатност „уступања запослених“ не помиње се у ЗОР, нити другом закону, већ се обавља на основу Уредбе о класификацији делатности. ⁴³ Уредба садржи делатност 78.20 у области запошљавања, која се назива „делатност агенција

⁴⁰ Вид: С. Јашаревић, *Радни однос – тенденције у пракси и регулативи*, 173.

⁴¹ Вид: С. Becker, *Labor Law outside the Employment Relation*, Texas Law Review 1995-1996, стр. 1544, 1548, 1556, 1560.

⁴² Према раније наведеном тексту „*Рад на изнајмљивање*“, објављеном у дневном листу „Данас“; од 18. јануара 2018: „Иако се оваква врста запошљавања одвија у некој врсти законског вакуума, током последњих седам година број агенција констатно расте, као и број радника који су запослени на овај начин. Процењује се да је у Србији готово 100.000 људи запослено преко агенција за привремено запошљавање.“

⁴³ Службени гласник РС, број 54/2010.

за привремено запошљавање“. Та делатност: „Обухвата обезбеђивање радника клијентима за одређени период, као допуну или привремену замену радне снаге клијента, где су запослени појединци стално запослени у јединицама за привремено пружање услуга. Јединице које се сврставају у ову групу не врше директан надзор над својим запосленима који раде на радним местима на које их распоређује клијент-послодавац.“⁴⁴

Парадокс је да, пошто нису основане на основу Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености,⁴⁵ Министарство рада чак нема право да контролише ове агенције (односно инспекција рада).

Између агенције и предузећа закључује се уговор о “уступању запослених”, “лизингу запослених” или пружању “услуге привременог запошљавања”. Садржина, назив уговора, обавезе уговорних страна нису нигде регулисани, као ни обавезе једног или другог послодавца према запосленом. Сваки послодавац поступа онако како сматра да је најбоље за њега, при чему многа права запослених остају „у вакуму“, па се може рећи да се у овој области примењује приступ „*laissez-faire*“.⁴⁶ Све ово положај ове групе радника чини веома неповољним и фактички дискриминисаним. Наиме, пошто нема друге регулативе, на ове уговора, примењиваће се класична правила уговорног права, која се налазе у *Закону о облигационим односима*.⁴⁷ Примена оваквих стандарда је давно превазиђена у радним односима, услед чега је уосталом и настало радно право као посебна дисциплина.

Промена става законодавца о појму запосленог (радника) могла би имати утицаја и на синдикалне активности. Могло би да дође и до приширења појма и делатности синдиката, пошто код нас ове организације по правилу окупљају „запослене“. На тој линији је нпр. чл. 6 ЗОР, према којем: „Синдикатом, у смислу овог закона, сматра се самостална, демократска и независна *организација запослених* у коју се они добровољно удружују ради заступања, представљања, унапређења и заштите својих професионалних, радних, економских, социјалних, културних и других појединачних и колективних интереса.“ Такође, према чл. 206 ЗОР, право на синдикално организовање је резервисано само за запослене: „Запосленима се јамчи слобода синдикалног организовања и деловања без одобрења, уз упис у регистар.“

⁴⁴ Сматра се да је ова одредба незаконита, зато што Закон о раду, као матични закон не познаје „привремено запошљавање“. Уредбом се не може самостално уредити материја тог типа. Поред тога, Закон о раду не познаје термин „радник“, „клијент“, „јединица“ и „клијент-послодавац“. Вид: Марио Рељановић, *Ко (не) штити права радника на лизинг?* Бизнис & Финансије, < <http://bif.rs/2016/06/ko-nestiti-prava-radnika-na-lizing/> > (25. 10. 2018)

⁴⁵ Сл. гласник РС”, бр. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017 и 113/2017.

⁴⁶ Вид *Без права заштите 70.000 радника-најамника*, Б 92 онлине, 16. 3. 2016. [хттп://www.b92.net/биз/вести/србија.пхп?уууу=2016&мм=03&дд=16&нав_ид=1108535](http://www.b92.net/биз/вести/србија.пхп?уууу=2016&мм=03&дд=16&нав_ид=1108535)

⁴⁷ Службени лист СФРЈ, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989, Службени лист СРЈ, бр. 31/1993, и Сл. гласник РС, бр. 1/2003..

Из наведене две норме произилази да лица која раде у осталим формама рада немају право да буду чланови синдиката, тако да остају без било какве професионалне заштите или морају да формирају неке нове организације. Потреба организовања ове групације радника већ постоји, пошто их има све више. Устав,⁴⁸ као највиши акт земље не забрањује њихово синдикално организовање. У чл. 55 Устава, у којем се регулише „Слобода удруживања“, ова слобода не ограничава, односно не резервише само за запослене.⁴⁹ И пракса у свету, а нарочито у Европи, потврђује потребу да се и „атипични“ радници синдикално организују. Наиме, синдикалне централе у многим земљама увелико се баве покушајем да придобију, односно укључе у синдикате и ове категорије. Забележени су примери да синдикати примају у синдикално чланство студенте (Белгија), младе (Белгија, Финска, Француска, Норвешка), запослене преко агенција (Данска, Аустрија), раднике на „атипичним пословима“ (нпр. сезонским пословима – Грчка, Италија), тзв. слободне стрелце (Италија), samozапослене (Холандија), мигранте (Кипар, Норвешка), лица која траже запослење (Литванија), пензионере итд.⁵⁰ Такође, постоје бројни примери самоорганизовања оваквих радника и покушаја да се колективним преговарањем заштите њихова права.⁵¹

4. ЗАКЉУЧАК

Данашње стање у погледу права запослених и одсуства заштите растућег броја радника у невидљивим секторима економије (нарочито на Интернету), указује да ће приступ у домену радног права морати коренито да се мења. Правац свакако не би требало да буде даље урушавање права радника, већ обрнуто, да се нађу решења која ће допринети „пристојним условима рада“ и достојанственој егзистенцији свих који живе од свога рада. Овакав приступ неће користити само радницима, већ ће допринети социјалној стабилности, уместо да се ступи у неизвешан период социјалних немира.

⁴⁸ Службени гласник РС, бр. 98/2006.

⁴⁹ Овај члан Устава гласи: „Јемчи се слобода политичког, синдикалног и сваког другог удруживања и право да се остане изван сваког удружења.“ Устав је објављен у Сл. гласнику РС, бр. 98/2006.

⁵⁰ Вид: *Trade union strategies to recruit new groups of workers*, EUROFOND, Dublin, Ireland, 2010, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/eiro/tn0901028s/tn0901028s.pdf, стр. 37-49.

⁵¹ Н. Džonston, К. L. Kaslauskas, *Организовање по позиву: Заступање, видљивост и колективно преговарање у економији хонорарних послова*, Едиција Услови рада и запошљавања, књига бр. 94, International Labour Office, Центар за истраживање јавних политика, Београд, 2018.

Да би се у овоме успело потребно је у појам „запосленог“, односно у оквире заштите коју пружа радно право, укључити сва лица која раде у новим, атипичном формама рада. Она су за сада у многим законодавствима „невидљива“, односно потпуно незаштићена. Сматрамо да је доктрина „*laissez faire*“, која се за сада примењује на ове раднике неподобна и одавно превазиђена. Уосталом, њено напуштање је било један од услова за настанак и развој радног права.

У радном законодавству Србије су појмови „радни однос“, „запослени“, „послодавац“, непотпуни и превазиђени. Да би се прилагодили новим захтевима које намећу услови рада у свету и код нас, ти појмови ће морати да буду преиспитани и дорађени. Најједноставније речено, законодавац би изменама Закона о раду и других прописа требало да обезбеди да сва лица која живе од свог рада имају исти правни и фактички положај, односно да имају достојанствене услове рада и живота. У противном, ствара се армија обесправљених радника, чија ће егзистенција и услови живота бити све гори, будући да послодавци у Србији показују све већу склоност ка „атипичним формама рада“, на уштрб сталног запошљавања. Држава ће, као уставни гарант владавине права и „социјалне правде“, једнакости, достојанства грађана,⁵² морати да предузме кораке да испуни своје обавезу, тако што ће заштитити „атипичне раднике“.

⁵² Видети чл. 1 Устава Србије, чл. 21 (Забрана дискриминације), чл. 23 (Достојанство и слободан развој људске личности).

Senad R. Jašarević, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs

Labour Law of Serbia in the XX and XI Century

Abstract: *At the turn of the two millennia, it seemed that the labour laws of the XX and XXI centuries would not be much different. Under the influence of globalization, the economic crisis, information technology, the circumstances in which the work is taking place in the meantime have changed significantly, and workers, employers, labor relations and labour law have also been changed. The paper presents the current changes in the field of labor relations, the changes of the working legislation that are expected in the future in the world and in Serbia.*

Keywords: *labour, labour relations, new forms of work, labour law reform.*

Датум пријема рада: 02.11.2018.

*Др Таијана Д. Буџарски, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs*

*Др Бојан Н. Тубић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Tubic@pf.uns.ac.rs*

*Др Милана М. Писарић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs*

УПРАВЉАЊЕ ОТПАДОМ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ*

Сажетак: У протеклих неколико деценија појавила се значајна забрињеност о утицају отпада на животну средину, и сходно томе су некадашње Европске заједнице и Европска унија усвојиле велики број прописа о животној средини. Неадекватно управљање отпадом је довело до бројних случајева загађивања земљишта и подземних вода, чиме је угрожено природно функционисање екосистема и здравље популације која је изложена загађењу. Стратегија одрживог развоја Европске уније идентификује сирецавање напнатка отпада и правилно управљање њиме као један од својих главних приоритета. Јасно се истиче потреба за управљањем отпадом, на који начин се обезбеђује најмањи ризик по угрожавање живота и здравља људи и животне средине. Циљ овог рада је да се прикажу најзначајнији прописи Европске уније о управљању отпадом, као и да се анализира релевантна судска пракса.

Кључне речи: Европска унија, отпад, управљање отпадом, прописи ЕУ, пракса Суда ЕУ.

* Овај рад је резултат истраживања на пројекту „Биосенсинг технологије и глобални систем за континуирана истраживања и интегрисано управљање екосистемима“ (бр. пројекта – 43002). Средства за реализацију овог пројекта обезбедило је Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. УВОД

У протеклих неколико деценија некадашње Европске заједнице и Европска унија усвојиле су велики број прописа о животној средини.¹ Као резултат тога, загађивање воде, земљишта и ваздуха је значајно смањено. Такође, промет и коришћење многих токсичних или опасних супстанци је ограничено. Под отпадом се подразумева све оно што више није од користи за људе и што желе да одложе на неки начин. Такође, под отпадом се подразумевају и предмети којих се људи морају решити, на пример због њихових опасних својстава. Постоје различите врсте отпада које насатају из различитих извора. Они укључују, на пример, отпад из домаћинства, отпад који настаје услед комерцијалних активности, индустрије, рада медицинских установа, пољопривреде, грађевинарства и др. У Европској унији годишње од 16 тона материјала који се користи по особи настане шест тона отпада, од чега се свега 36% рециклира. Само у домаћинству се произведе пола тоне отпада по особи, од чега се поново користи или рециклира свега 40%.²

У последњим деценијама се појавила значајна забринутост о утицају отпада на животну средину, и сходно томе, потреба за управљањем отпадом. Управљање отпадом може да има потенцијално значајне последице, које зависе од количине и састава отпада, као и од метода који се примењују за њихов третман. Неадекватно управљање отпадом је довело до бројних случајева загађивања земљишта и подземних вода, чиме је угрожено природно функционисање екосистема и здравље популације која је изложена загађењу. Из тог разлога, Стратегија одрживог развоја Европске уније³ из 2001. идентификује спречавање настанка отпада и правилно управљање њиме као један од својих главних приоритета.⁴ Стратешки циљ је да се спречи настанак отпада на извору, како би се смањио штетан утицај на животну средину. Стратегија за смањење количине отпада заснована је на четири основне поставке: спречавање настанка отпада и његово поновно коришћење, рециклирање отпада, претварање отпада у изворе енергије који не производе ефекат стаклене баште и унапређивање поступака коначног одлагања отпада. Спречавање настанка отпада се може постићи путем коришћења чистих

¹ И. Јоксић, Ж. Бјелајац, Д. Димитријевић, Могућности и перспективе заштите животне средине у Европској унији, *Евројско законодавство*, 2/2012, 51-69.

² Подаци су преузети са Интернет странице: <http://ec.europa.eu/environment/waste/index.htm> (децембра 2018).

³ Communication from the Commission A Sustainable Europe for a Better World: A European Union Strategy for Sustainable Development (Commission's proposal to the Gothenburg European Council) /* COM/2001/0264 final */ , <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52001DC0264&from=EN> (децембра 2018).

⁴ D'Amato A., M. Mazzanti, F. Nicolli, M. Zoli, „Illegal waste disposal: Enforcement actions and decentralized environmental policy“, *Socio-Economic Planning Sciences*, 64/2018, 56-65.

технологија, или еколошки ефикасне производње и потрошње. Рециклирање отпада такође може да смањи његов утицај на животну средину.⁵ У случајевима када отпад не може да буде рециклиран или поново коришћен, треба да буде безбедно уништен. Одлагање у земљиште би требало да буде примењено као последња опција.

Циљ овог рада је да се прикажу најзначајнији прописи Европске уније о управљању отпадом, као и да се анализира релевантна судска пракса.

2. ПРОПИСИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О УПРАВЉАЊУ ОТПАДОМ

Политика у одређеној области обухвата активности владе државе чланице које прерастају у стратегију, средства или друге јавне одлуке, и обично укључује: постављање циљева и развијање инструмената регулаторне и економске природе. Постоји међународна политика, заснована на конвенцијама и протоколима или програмима (нпр. Базелска конвенција) које дају одговоре на транснационалне изазове, а постоје и националне политике, које се креирају у складу са социјалним, економским и еколошким контекстом сваке државе чланице. Националне политике могу да инкорпорирају циљеве дефинисане у међународним политикама, или да постављају и амбициозније циљеве. Осим тога, постоје и политике које се развијају на нивоима региона, федералне јединице или општине и оне су углавном у складу са националним циљевима. Међутим, оне могу да буду примењене различито, у циљу решавања локалних питања. Циљеви политика и инструменти се дефинишу прописима. У федералним и децентрализованим унитарним системима, региони и локалне самоуправе могу да поседују одређену законодавну аутономију, док у унитарним системима ова аутономија обично остаје резервисана за централну владу.

Управљање отпадом на безбедан и еколошки прихватљив начин представља сложен задатак, који захтева различите стратегије у зависности од производа и у складу са сваким посебним поступком настанка отпада, укључујући и промене у производном процесу.

Политика управљања отпадом у Европској унији се прогресивно развијала од седамдесетих година прошлог века, а заснива се на тематским стратегијама о спречавању настанка и рециклирању отпада. Последња Тематска стратегија о спречавању и рециклирању отпада⁶ из 2005. укључује главне

⁵ Park S., T.J. Lah, „Same material different recycling standards: comparing the municipal solid waste standards of the European Union, South Korea and the USA“, *Int. J. Environment and Waste Management* 21(1)/2018, 80-93.

⁶ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and The Committee of the Regions – Taking sustainable

политике, опште циљеве и акциона начела, која обухватају, пре свега, обавезу да се управља отпадом без проузроковања негативног утицаја на животну средину или људско здравље, а на другом месту хијерархију најбољих могућих опција у области управљања отпадом, од спречавања настанка до одлагања.

Стратегија управљања отпадом заснива се на ревидираној Оквирној Директиви о отпаду,⁷ којом су установљени програми држава чланица за превенцију настанка отпада и дефинисани временски оквири за активности на нивоу Европске уније.⁸ Директива о отпаду омогућава бољу униформност примене права ЕУ, задржавајући исте циљеве код свих чланица. Она такође обезбеђује подстицај за развој политика и законодавства како би се постигли амбициознији циљеви од оних који су већ примењени на националном нивоу. Последње измене ове Директиве усвојене су 2018. године.⁹

Хоризонтална легислатива у Европској унији у области животне средине обухвата питања која имају међусекторски значај.¹⁰ Она успоставља општи оквир за управљање отпадом, укључујући дефиниције и начела. Прописи о поступцима за третирање отпада, као што су одлагање на депоније или спаљивање, постављају техничке стандарде за рад постројења за третман отпада, а међу њима се посебно издвајају Директива о депонијама¹¹ и Директива о спаљивању отпада.¹² Такође, усвојени су прописи о посебним токовима отпада, као што су батерије,¹³ амбалажни отпад,¹⁴ дотрајала возила¹⁵

use of resources forward – A Thematic Strategy on the prevention and recycling of waste {SEC(2005) 1681} {SEC(2005) 1682} /* COM/2005/0666 final */,<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005DC0666&from=EN> (децембра 2018).

⁷ Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on waste and repealing certain Directives, OJ L 312, 22.11.2008, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008L0098>, члан 29 (децембра 2018).

⁸ Ibid., члан 9.

⁹ Directive (EU) 2018/851 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive 2008/98/EC on waste, OJ L 150, 14.6.2018, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2018.150.01.0109.01.ENG (децембра 2018).

¹⁰ Д. Димитријевић, Д. Тодић, Б. Миљаш, Хоризонтално законодавство ЕУ у области животне средине, *Евројско законодавство*, 41/2012, 28.

¹¹ Directive 1999/31/EC of 26 April 1999 on the landfill of waste, OJ L 182, 16.7.1999, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A31999L0031> (децембра 2018).

¹² Directive 2000/76/EC of the European Parliament and of the Council of 4 December 2000 on the incineration of waste, OJ L 332, 28.12.2000, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0076> (децембра 2018).

¹³ Directive 2006/66/EC of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 on batteries and accumulators and waste batteries and accumulators, OJ L 266, 26.9.2006, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32006L0066> (децембра 2018).

¹⁴ European Parliament and Council Directive 94/62/EC of 20 December 1994 on packaging and packaging waste.

¹⁵ Directive 2000/53/EC of the European Parliament and of the Council of 18 September 2000 on end-of-life vehicles.

и електрични и електронски отпад.¹⁶ Ови прописи укључују мере усмерене ка повећању рециклаже, или смањивање опасности. Директиве јасно стављају терет одговорности на произвођаче, који би требало да сnose трошкове сакупљања, сортирања или тертирања и рециклирања отпада. Одговорност произвођача је заправо наставак начела „загађивач плаћа“ и усмерена је на обезбеђивање да компаније које пласирају одређене производе на тржиште сnose одговорност за те производе када они заврше свој век трајања.

Важећи акциони план за животну средину¹⁷ усвојен је 2013, ступио је на снагу у јануару наредне године, а пројектован је да усмерава европску политику у области животне средине до 2020. године. Такође, овим планом је чак постављена и визија како треба да изгледа управљање животном средином у Европско унији до 2050. године. У Плану су идентификована три кључна циља: заштита, очување и унапређење природног капитала ЕУ, стварање од ЕУ ефикасне, зелене економије и заштита грађана ЕУ од притисака који потичу од угрожавања животне средине и ризика по њихово здравље и добробит. Предвиђено је да се то може постићи бољом применом прописа, бољом информисаношћу, већим улагањима у животну средину и климатску политику и пуном интеграцијом правила о животној средини у друге политике ЕУ. Такође, усвојена су још два додатна хоризонтална приоритетна циља а то су чињење градова ЕУ одрживијим и помагање ЕУ да се што ефикасније суочи са међународним еколошким и климатским изазовима.¹⁸

Управљање отпадом је на нивоу Уније скоро у потпуности регулисано директивама које доносе Савет и Европски парламент и које треба да усвоје све државе чланице. Пракса је започела седамдесетих година прошлог века и имала је за циљ хармонизацију националних правила у погледу стратегија управљања, технолошких мера и стандарда животне средине. Међутим, примена директива је различита у појединим државама чланицама, како би то одговарало њиховим суштинским различитостима. Ово објашњава разлоге за различите политике и законодавство у државама чланицама ЕУ.¹⁹

Оквирна директива 75/442/ЕЕЗ о одлагању отпада донета је 1975. године. Она је била мењана више пута. У овој Директиви су дате опште смернице о управљању отпадом и његовом одлагању. Њени циљеви су: смањење настајања отпада, забрана неконтролисаног одлагања, или одбацивања отпада

¹⁶ Directive 2002/96/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 on waste electrical and electronic equipment (WEEE).

¹⁷ Decision No 1386/2013/EU of the European Parliament and of the Council of 20 November 2013 on a General Union Environment Action Programme to 2020 'Living well, within the limits of our planet' Text with EEA relevance, *OJ L 354*, 28.12.2013, p. 171–200.

¹⁸ <http://ec.europa.eu/environment/action-programme/> (децембра 2018).

¹⁹ Ines Costa, G. Massard, A. Agarwal, „Waste management policies for industrial symbiosis development case studies in European countries“, *Journal of Cleaner Production* 18/2010, 816–817.

и промовисање интегрисаних система управљања отпадом у складу са филозофијом избегавања, рециклирања и претварања отпада са циљем обнављања материје и енергије.

На основу ове директиве, усвојен је велики број директива којима се регулише одлагање и рециклирање посебних врста отпада: комуналног, амбалажног, дотрајалих возила, електронског отпада, полихлоровсних бифенила и батерија и акумулатора.

Оквирном директивом о отпаду²⁰ постављен је основни концепт управљања отпадом и дате су дефиниције појмова које се односе на ову област, као што су дефиниције отпада, рециклаже и слично. У наведеној директиви се објашњава када отпад то престаје да буде и када постаје секундарна сировина и како да се разликује отпад и нус-производи. Директива наводи нека основна начела управљања отпадом, као што је: управљање отпадом тако да не долази до угрожавања здравља људи и животне средине, а посебно без ризика по воду, ваздух, земљиште, биљке и животиње, као и заштиту од буке и других непријатних емисија и без негативног утицаја на природу, или места од посебног интереса.

Директива уводи начело загађивач плаћа и продужену одговорност произвођача. Она инкорпорира одредбе о опасном отпаду и нафтном отпаду и укључује два нова циља у вези са рециклирањем које треба постићи до 2020, а то су 50% припрема за поновно коришћење и рециклирање одређених отпада из домаћинстава и других сличних извора, као и 70% припрема за поновно коришћење и рециклирање отпада у грађевинарству.

Директива о депонијама,²¹ као део легислативе о одлагању отпада, је такође подједнако важна. Она је требало да спречи, или смањи штетне ефекте директног одлагања нетретираног отпада на здравље људи и животну средину, а посебно на површинске и подземне воде, земљиште и ваздух. Овом Директивом су установљени услови за одлагање отпада на депонијама. Уводи се и забрана одлагања одређених врсту отпада на комуналне депоније, као на пример за коришћене гуме, при чему је постављен и циљ да се прогресивно смањи количина биоразградљивог отпада који се одлаже на депоније. Државе које накнадно буду примљене у чланство ЕУ имају транзициони период за потпуно усвајање ових правила ЕУ. Мере којима треба постићи ове циљеве укључују рециклирање, производњу биогаса и обнову материјала и енергије. Ова директива промовише не само рециклажу него и све више спаљивање отпада које се показало као једина доказано ефикасна технологија за уништавање органских материја. Критеријуми које би требало усвојити за одлагање отпада на депоније, укључују основно утврђивање,

²⁰ Directive 2008/98/EC, op.cit.

²¹ Council Directive 1999/31/EC, op. cit.

тестирање и верификацију на лицу места. Директива утврђује само опште критеријуме и принципе које треба поштовати за одлагање отпада, али не садржи посебне параметре и њихове граничне вредности. Они су наведени у Одлуци Савета 2003/33/ЕЗ, која прописује не само опште критеријуме за прихватање отпада за сваку класу земљишта већ такође и методе које треба користити за узорковање и анализу отпада. Критеријуми за одлагање су прво засновани на тестовима у складу са стандардизованим процедурама Европског комитета за стандардизацију.²²

Спаљивање отпада је било регулисано бројним директивама још од осамдесетих и двадесетих година прошлог века. Дошло је до непрестаног подизања стандарда, што је за резултат имало усвајање Директиве 2000/76/ЕЗ Европског парламента и Савета о спаљивању отпада, која је објављена децембра 2000. године. Наведеном Директивом постављени су стандарди за руковање чврстим комуналним отпадом и фабрикама за спаљивање опасног отпада, у смислу температуре, времена одлагања, обнављања енергије и вредности емисија у ваздуху.

Управљање електричним и електронским отпадом дефинисано је Директивом 2002/96/ЕЗ²³ а ова врста отпада представља отпад у смислу значења члана 1а Директиве 75/442/ЕЕЗ, укључујући и све његове компоненте, које су део производа у тренутку одлагања.²⁴ Према Базелској конвенцији о контроли прекограничног кретања опасног отпада и његовом одлагању, ова врста отпада је наведена у Анексима VIII и IX и представља отпад који садржи компоненте као што су акумулатори, живини прекидачи, или друге компоненте које садрже или су контаминирани кадмијумом, живом, оловом или сличним супстанцама.²⁵

Директива из 2002. захтева од произвођача и увозника из држава чланица ЕУ да узму производе од својих потрошача и обезбеде да су они одложени на начин који је у складу са начелима заштите животне средине. Њен циљ је да се спречи настанак оваквог отпада, као и да промовише његово поновно коришћење и рециклирање.²⁶ Поред ове директиве, значајна је и Директива о ограничењу коришћења одређених опасних супстанци, која забрањује стављање на тржиште ЕУ електричне и електронске опреме која

²² J.Vehlow et al, „European Union waste management strategy and the importance of biogenic waste“, *Journal on Material Cycles of Waste Management* 9/2007, 133.

²³ Directive 2002/96/EC, op. cit.

²⁴ Више о томе, вид. М.Писарић, „Противправна трговина и одлагање отпада електричном и електронском опремом“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2014, 401-415.

²⁵ J. Li, et al, „Regional or global WEEE recycling. Where to go?“, *Waste Management* 33/2013, 923.

²⁶ F.O. Ongondo, I.D. Williams, T.J. Cherrett, „How are WEEE doing? A global review of the management of electrical and electronic wastes“, *Waste Management*, 31/2011, 716.

садржи веће количине од дозвољене следећих материјала: олова, живе, кадмијума и сл.

Такође, постоје посебни прописи о одлагању коришћених аутомобилских гума. И у овој области се прво покушава спречити настанак отпада, па уколико то није могуће, отпад треба да буде поново коришћен након рециклаже и покушава се елиминисати колико год је то могуће нагомилавање отпада на депонијама. Због тога се стратегија ЕУ о управљању односно употреби коришћених гумених производа а посебно коришћених гума, заснива на Директиви из 1999. о одлагању отпада на депоније. Овом директивом су се државе обавезале да забране нагомилавање отпадних гума на депоније. Поред овог извора, значајно је поменути и Директиву о дотрајалим возилима, која регулише поступање са возилима која су повучена из употребе. У складу са овим, гуме морају да буду скинуте са возила пре него што се она уништавају, како би могле да буду рециклиране.²⁷

3. УЛОГА СУДА ЕУ У ПРИМЕНИ ПРОПИСА О УПРАВЉАЊУ ОТПАДОМ

Суд ЕУ је у више предмета поводом захтева за претходну одлуку, на основу члана 267 Уговор о функционисању Европске уније²⁸, дао тумачења поједних одредаба прописа ЕУ о управљању отпадом.

3.1. Пресуда у предмету C-487/14

Суд ЕУ је у предмету C-487/14²⁹ дао тумачење члана 2 тачке 35 под (д), члана 17 става 1 и члана 50 Уредбе 1013/2006 Европског парламента и Савета од 14.07.2006. о пошиљкама отпада, које је измењена Уредбом Комисије бр. 669/2008 од 15.07. 2008.³⁰

Захтев за претходну одлуку је упутио Суд за управне и радне спорове у Будимпешти, одлуком од 22.10.2014, у оквиру спора између предузећа за

²⁷ M. Sienkiewicz et al, „Progress in used tyres management in the European Union: A review“, *Waste Management*, 32/2012, 1743.

²⁸ *Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)*, OJ C 326, у даљем тексту: УФЕУ.

²⁹ Пресуда у предмету C-487/14 од 26.11.2015. године. Вид. Judgment of the Court (Seventh Chamber) of 26 November 2015, SC Total Waste Recycling SRL v Országos Környezetvédelmi és Természetvédelmi Főfelügyelőség, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=172141&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2320379> (децембра 2018).

³⁰ Regulation (EC) No 1013/2006 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 on shipments of waste (OJ 2006 L 190), as amended by Commission Regulation (EC) No 669/2008 of 15 July 2008, OJ 2008 L 118.

управљање отпадом (*SCTotal Waste RecyclingSRL*) и националног органа надлежног за инспекцијски надзор у области заштите животне средине (*Országos Környezetvédelmi és Természetvédelmi Főfelügyelőség*), а у вези с новчаном казном коју је инспекција изрекла због повреде прописа о пошиљкама отпада.

Наиме, дана 21.10.2013. камион предузећа, који је превозио 8380 тона отпадног терета са „жутог“ пописа отпада из Прилога IV Уредби бр. 1013/2006, односно отпада на који се примењује поступак претходног писаног обавештења и одобрења, био је подвргнут контроли на једном граничном прелазу (*Nagylak*) приликом уласка у Мађарску. Том приликом је утврђено да за превоз терета постоји одговарајућа документација: образац обавештења из Прилога I.A Уредби, документ о промету из Прилога I.B Уредби, као и друга потребна одобрења предвиђена Уредбом, али да је у обрасцу обавештења и одобрењима као тачно одређена тачка уласка у Мађарску означен други гранични прелаз (*Ártánd*), на око 180 километара северно од граничног прелаза ком је камион приступио. Према наводима предузећа, возач камиона је, због грешке у комуникацији, покушао да уђе у Мађарску на граничном прелазу, који је био ближи његовом пребивалишту. Предузеће је било у обавези да одмах обавести надлежне органе о свакој битној промени начина превоза, укључујући и итинерар и планирани план пута. Како предметни терет није ушао на територију Мађарске на граничном прелазу наведеном у одобрењима, а предузеће није обавестило надлежне органе о промени претходно одобреног плана пута, с обзиром да се ради о незаконитој пошиљци, у смислу члана 3 тачке 35 под (д) Уредбе бр. 1013/2006, Одлуком од 4.2.2014. инспекцијски орган је у складу са Законом бр. CLXXXV који уређује управљање отпадом, наложио предузећу да плати новчану казну у износу од 8.380.000 форинти, због повреде обавезе из овог Закона, као и трошкове поступка у износу од 256.500 форинти. Против одлуке предузеће је изјавило жалбу Суду за управне и радне спорове у Будимпешти, тражећи њено поништење, уз тврдњу да се не ради о незаконитој пошиљци отпада у смислу чланка 2 тачке 35 под (д) Уредбе бр. 1013/2006, јер се „начин“ на који је та пошиљка отпремљена (друмом) није изменио, него само план пута.³¹

³¹ Уводна изјава 14 Уредбе бр. 1013/2006 гласи: Кад пошиљка отпада намењеног поступцима одлагања, те отпада који није наведен у Прилогу III, IIIA или IIIB, потребно је осигурати оптимални надзор и контролу, захтевајући претходно писано одобрење за такве пошиљке, чему претходи обавештење пошиљаоца. Члан 3 став 1 тачка (б) подтачка (и) Уредбе бр. 1013/2006 предвиђа да пошиљке отпада намењене поступцима и увршћене на „жути“ попис отпада у Прилогу IV тој Уредби подлежу поступку претходног обавештења и одобрења. У смислу члана 4 обавештење о пошиљкама отпада даје се тако да подносилац испуни образац из Прилога I.V и, према потреби, документ о промету из Прилога I.V, наво-

Суд за управне и радне спорове у Будимпешти је био у недоумици у погледу одређења појма незаконита пошиљка, у смислу Уредбе, јер се у њој не наводи јасно да ли чињеницу у вези с отпадним теретом, који улази у државу провоза на месту које се разликује од граничног прелаза наведеног у обрасцу обавештења и у одобрењу, треба разумети тако да се ради о промени начина превоза или пошиљком превоза отпремљеном на начин који није био наведен у обавештењу, и према томе незаконитом пошиљком отпада. Због тога су Суду ЕУ упућена *следећа љрејћходна љићћања*: 1) Да ли се пошиљка отпада, која се отпрема „на начин који није у битноме наведен у обавештењу” у смислу члана 2 тачке 35 под (д) Уредбе бр. 1013/2006/ЕЗ односи на превозна средства (друмом, железницом, морским, ваздушним или речним путевима), како је наведено у *Прилоћу I.A или I.B* Уредби? 2) Уколико је дошло до битне промене у појединостима и/или условима отпреме пошиљке за коју је дато одобрење, да ли необавештавање надлежних органа има за последицу да се пошиљка отпада отпрема „на начин који није у битноме наведен у обавештењу“ у смислу члана 2 тачке 35 под (д) Уредбе, односно да се ради о незаконитој пошиљци? 3) Да ли је дошло до битне промене у појединостима и/или условима отпреме за коју је дато одобрење, у складу с чланом 17 став 1 Уредбе, када отпадни терет уће у државу провоза на граничном прелазу различитом у односу на онај који је наведен у одобрењу и обрасцу обавештења?

Суд ЕУје одговорио на питања, заузевши став да члан 17 став 1 Уредбе о пошиљкама отпада треба тумачити на начин да пошиљку отпада, попут оних наведених у Прилогу IV, у држави провоза путем граничног прелаза различитог од оног наведеног у обрасцу обавештења и за који су надлежни органи дали одобрење, треба сматрати битном променом у појединостима и/или условима отпреме за коју је дато одобрење, тако да чињеница да надлежни органи нису бии обавештени о тој промени има за последицу да је та пошиљка отпада незаконита јер се отпрема на начин који није битно наведен у обавештењу, у смислу члана 2 тачке 35 под (д) Уредбе.

дећи у тим документима или прилажући им информације и документацију према попису из делова 1. и 2. Прилога II. Члан 9 Уредбе предвиђа поступак који се односи на одобрења која надлежни органи државе одредишта, полазишта и провоза дају за пошиљке отпада о којима су обавештена. Члан 17 Уредбе насловљен „Промене пошиљке након одобрења“, одређује да, ако је дошло до битне промене у појединостима и/или условима отпреме за коју је дато одобрење, укључујући промене планиране количине, итинерара, смера, датума отпреме или превозника, подносилац обавештења је дужан да одмах или, ако је могуће, пре почетка отпреме, обавести релевантне надлежне органе и примаоца отпада. У смислу члана 2 Уредбе (тачка 35) незаконита пошиљка је свака пошиљка отпада која се отпрема на начин који није битно наведен у претходном обавештењу или документу о промету.

3.2. Пресуда у предмету C-147/15

У предмету C-147/15³² Суд ЕУ је дао тумачење члана 10 став 2 Директиве 2006/21/ЕЗ Европског парламента и Савета од 15.03.2006. о управљању отпадом од индустрија вађења минерала и о измени Директиве 2004/35/ЕЗ.³³

Захтев за претходну одлуку је упутио Државни савет Италије (*Consiglio di Stato, Council of State, Italy*), одлуком од 16.12.2014, у спору између града Бари (*Città Metropolitana di Bari*) (односно, претходно Провинције Бари (*Provincia di Bari*) и предузећа (*Edilizia Mastrodonato srl*) у вези са системом за издавање дозвола за делатност затрпавања затвореног каменолома.

Предузеће је поднело захтев за проширење каменолома, уз који је био приложен и план за санацију животне средине у смислу затрпавања претходно експлоатисаних подручја с 1 200 000 m³ отпада, који није отпад од истраживања и експлоатације минералних сировина. Регионална служба за делатности ископавања одобрила је проширење каменолома, под условом да се предвиђена санација спроведе у складу с модалитетима предвиђеним у истовремено одобреном плану. У погледу поступка затрпавања раније експлоатисаног подручја, предузеће и Провинција Бари имали су различит став. Наиме, 19.01.2012. предузеће је у складу с поједностављеним поступком који се примењује на поступке управљања отпадом, упутила Провинцији Бари обавештење о започињању делатности. Међутим, 15.11.2012. руководиоца службе државне полиције, Сектора цивилне заштите и заштите животне средине Провинције Бари, одбио је да се пројект затрпавања спроведе у складу с таквим поједностављеним поступком, јер наведено затрпавање представља пројект збрињавања специјалног инертног отпада обима од 1 200 000 m³ одлагањем истог, за које је потребно спровести уобичајени поступак издавања одобрења, у складу с чланом 10 став 3 Законске уредбе бр. 117/2008 којом је пренесен члан 10 став 2 Директиве 2006/21. Такву одлуку Регионални управни суд је поништио поводом захтева предузећа, јер је сматрао да се предвиђено затрпавање може спровести у складу с поједностављеним поступком, независно од члана 10 став 3 Законске уредбе бр. 117/2008, односно из разлога што ту одредбу треба тумачити у складу с развојем права Уније о отпаду. Наиме, члан 3 тачка 15 и члан 11 Директиве 2008/98 указују на то да затрпавање, чак и отпадом који није отпад од истраживања и експлоатације минералних сировина, не мора представљати збрињавање, већ опоравак отпада за коју италијанско право предвиђа појед-

³² Пресуда у предмету C-147/15 од 28.07.2016. године. Вид. Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 28 July 2016, *Città Metropolitana di Bari, formerly Provincia di Bari v Edilizia Mastrodonato Srl*, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=176782&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2321657> (децембра 2018).

³³ Directive 2006/21/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the management of waste from extractive industries and amending Directive 2004/35/EC, OJ 2006 L 102.

ностављени поступак. Против ове одлуке Регионалног управног суда жалбу је Државном савету (*Council of State*) изјавила провинција Бари.

Државни савет је у тим условима Суду ЕУ поставио следеће претходно питање: Да ли члан 10 став 2 Директиве 2006/21³⁴ треба тумачити на начин да је затрпавање одлагалишта, када се користи отпад који није отпад од истраживања и експлоатације минералних сировина, у сваком случају треба да буде подвргнуто одредбама о отпаду садржанима у Директиви 1999/31,³⁵ чак и када се не радио збрињавању отпада, него о опоравку?³⁶

Суд ЕУ је дао следеће тумачење: Члан 10 став 2 Директиве 2006/21/ЕЗ о управљању отпадом од индустрија вађења минерала и о измени Директиве 2004/35/ЕЗ треба тумачити на начин да се одредбе Директиве 1999/31 не примењују за затрпавање каменолома отпадом различитим од отпада од истраживања и експлоатације минералних сировина, у случају када то затрпавање значи опоравак тог отпада,³⁷ коју чињеницу у конкретном случају треба да провери суд који је упутио захтев.

3.3. Пресуда у предмету C-626/16

На основу члана 260 став 2 УФЕУ,³⁸ Суд ЕУ је у предмету C-626/16³⁹ у поступку између Европске комисије и Словачке утврдио повреду обавезе

³⁴ У члану 2 став 1 Директиве 2006/21 прописано је да се она односи на *управљање отпадом који настаје истраживањем, вађењем, обрадом и складиштењем минералних сировина, те радом каменолома* (отпад од вађења минерала), а у смислу члана 10 став 2 оператер је дужан да, при враћању отпада насталог површинским или подземним вађењем минерала натраг у експлоатацијске јаме *ради санације или изградње, предузме одговарајуће мере*.

³⁵ Council Directive 1999/31/EC of 26 April 1999 on the landfill of waste, OJ 1999 L 182.

³⁶ У члану 3 Директиве 2008/98/ЕЗ о отпаду и стављању изван снаге одређених директива, опоравак је одређен као сваки поступак чији главни резултат је отпад који је користан, јер замењује друге материјале које би иначе требало употребити за ту одређену сврху, или отпад који се припрема како би испунио ту сврху, а у Прилогу I налази се попис поступака збрињавања. (Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on waste and repealing certain directives, OJ 2008 L 312).

³⁷ У уводној изјави 15 Директиве 1999/31/ЕЗ опоравак инертног или неопасног отпада који је прикладан за коришћење код реконструкције/обнове и насапавања терена или за потребе у градитељству, не представља делатност одлагања отпада. У члану 3 је предвиђено да се из подручја примене ове Директиве искључује, између осталог, коришћење инертног отпада на одлагалиштима који је погодан за радове на обнови/реконструкцији, за насапање терена или за потребе у градитељству, као и одлагање неонечишћене земље или неопасног инертног отпада који је настао тражењем руде, вађењем прерадом и складиштењем минералних ресурса, те радом каменолома.

³⁸ Више о поступку поводом повреде прописа ЕУ, вид. Т. Бугарски, Б. Тубић, М. Писарић, „Повреде прописа Европске Уније о заштити животне средине I“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 3/2017, том 1, 736.

³⁹ Пресуда у предмету C-626/16 од 4.7.2018. Вид. Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 4 July 2018, European Commission v Slovak Republic, <http://curia.europa.eu/juris/document/>

државе чланице у погледу прописа о одлагању отпада, конкретно обавезе из Директиве Савета 1999/31/ЕЗ од 26.4.1999. о депонијама.⁴⁰ Наиме, Комисија је 30.11.2016. поднела тужбу којом се тражи од Суда даутврди да је Словачка повредила обавезе које има на основу члана 260 став 1 УФЕУ, тиме што није предузела мере за поступање у складу с пресудом Суда од 25.04.2013. у предмету С 331/11 Комисија против Словачке⁴¹. У овој пресуди Суд је закључио да је Словачка, тиме што је одобрила рад одлагалишта отпада (*Žilina – Považský Chlmec*) без плана санације и без доношења коначне одлуке о томе може ли оно наставити с радом на основу одобреног плана санације, повредила обавезе из члана 14 тачке (а) до (ц) Директиве 1999/31/ЕЗ.

Приликом контроле извршавања ове пресуде, Комисија је у више наврата тражила, а Словачка је достављала обавештења о поступању у складу са утврђеним обавезама. Комисија је дописом од 30.04.2013. од Словачке затражила информације о мерама које су предузете ради спровођења обавеза из пресуде, као и распоред за усвајање могућих додатних мера. У одговору од 7.7.2013. Словачка је навела да је орган управе надлежан за заштиту животне средине 31.5.2013. покренуо нови поступак за измену интегрисане дозволе за одлагалиште, као и да намерава коначно да затвори одлагалиште и обезбеди његово праћење (до 31.10.2013). Дана 21.11.2013. Комисија је Словачкој упутила писмо опомене у ком ју је подсетила на то да још није поступила у складу с обавезама из пресуде С 331/11, те је позвала да поднесе додатна обавештења у року од два месеца. У одговору од 13.1.2014. Словачка је обавестила Комисију да је 21.10.2013. донета одлука о затварању и обнови делова 2а и 2б одлагалишта, али да је поступак за затварање и обнову у делу 2ц прекинут због спора о имовинскоправном питању над земљиштем која чине тај део одлагалишта, с тим да је обављање делатности на одлагалишту забрањено одлуком од 7.1.2014. Након тога је Комисија 5.5.2014. примила ново обавештење Словачке о две одлуке, које је централни орган управе надлежан за заштиту животне средине донео 10. 10.2014: првом одлуком поништена је одлука од 21.10.2013, а другом одлуком усвојене су привремене мере, којима се оператеру налаже да се суздржи од свих активности повезаних с одлагањем отпада на одлагалишту. Маја наредне године, Словачка је упутила још једно обавештење Комисији да је датум предвиђен за коначно затварање одлагалишта померен за средину децембра 2015, ког месеца је Комисији достављен ажурирани распоред поступка процене утицаја на

document.jsf?text=&docid=203542&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2322810.

⁴⁰ Council Directive 1999/31/EC of 26 April 1999 on the landfill of waste, OJ 1999 L 182.

⁴¹ Пресуда у предмету С-331/11 од 25.04.2013. године. Вид. Judgment of the Court (Tenth Chamber) of 25 April 2013, European Commission v Slovak Republic, <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62011CJ0331&lang1=en&lang2=HR&type=TEXT&ancre=>.

животну средину, а датум одлуке о коначном затварању одлагалишта одређен је за мај 2016. О доношењу одлуке о затварању делова 2а и 2б одлагалишта и обустављању рада на одлагалишту одлука је донета током 2016. године.

Сматрајући да Словачка Република није у одређеном року предузела потребне мере како би поступила у складу с пресудом у предмету С 331/11, Комисија је поднела тужбу Суду ЕУ. Дана 14.11.2017, након затварања писаног дела поступка, Словачка је доставила Суду ЕУ додатне информације о затварању и обнови делова одлагалишта и законодавном поступку у току, али како се из њих не може закључити да је поступила у складу с пресудом у предмету С 331/11, Комисија је остала при свим тужбеним захтевима.

Поступање по обавезама из пресуде у предмету С 331/11 подазумевало је да надлежни органи, у складу са чланом 14 тачка (б) Директиве 1999/31, одобре наставак рада одлагалишта, на основу плана санације којим се испуњавају захтеви те Директиве или да наложе престанак рада и коначно затворе то одлагалиште у складу с чланом 13 Директиве. Суд ЕУ је зато испитивао да ли су органи у прописаном року донели коначну одлуку о наставку рада тог одлагалишта или о његовом затварању и, ако је то случај, да ли мере које су ти органи предузели ради стварног затварања треба сматрати довољнима, што Комисија оспорава. При томе, дан према ком се одређује постојање повреде обавезе на основу члана 260 став 1 УФЕУ је дан када је истекао рок одређен писмом опомене упућеним на основу те одредбе (у конкретном случају, у писму опомене одређен је 21.1.2014). Међутим, до тог дана није била донета коначна одлука (односно, није био завршен поступак затварања). Иако је Словачка истакла да је, с обзиром на број корака које треба извршити, доношење коначне одлуке захтевало знатно дужи временски период, и да упркос великим напорима, још увек није било могуће потпуно и коначно затворити наведено одлагалиште, такво оправдање кашњења у спровођењу пресуде С 331/11 се не може прихватити, јер се према праски Суда ЕУ, држава чланица не може позивати на одредбе, праксе или ситуације из унутрашњег правног поретка, како би оправдала непоштовање обавеза које произлазе из права Уније.

На основу тога, Суд ЕУ је утврдио да Словачка, тиме што није предузела све мере потребне за извршење пресуде у предмету С 331/11 у прописаном року, није испунила обавезе које има на основу члана 260 став 1 УФЕУ. Сходно томе, донета је одлука којом је, уколико повреда утврђена и даље траје на дан проглашења ове пресуде, Словачкој наложено да Европској комисији плати новчану казну од 5000 еура по дану закашњења у спровођењу мера потребних за поступање у складу с пресудом у предмету С 331/11, рачунајући од дана проглашења ове пресуде до потпуног спровођења пресуде у предмету С 331/11, као и паушални износ од 1 000 000 еура.

4. ЗАКЉУЧАК

Европска унија и њене државе чланице су развиле стратегије да успоставе системе управљања отпадом. Циљеви ове политике су смањивање настајања отпада, затим забрана његовог неконтролисаног одлагања и његово рециклирање. Легислатива Уније о отпаду је веома развијена, а правосудне институције ЕУ имају задатак да тумаче и примењују право Европске уније, као и да обезбеде да државе чланице поштују и примењују право ЕУ на исправан начин. Значајну улогу у примени прописа о управљању отпадом има Суд ЕУ, који је у одређеном броју предмета дао тумачења појединих чланова, односно утврдио повреду обавеза државе чланице у погледу прописа о управљању отпадом.

Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs

Bojan N. Tubić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Tubic@pf.uns.ac.rs

Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

Waste Management in the European Union

Abstract: *Over the past few decades, there has been significant concern about the impact of waste on the environment, and accordingly, the former European Communities and the European Union have adopted a number of environmental legislation. Inadequate waste management has led to numerous cases of pollution of land and groundwater, which jeopardized the natural functioning of the ecosystem and the health of the population exposed to pollution. The EU Sustainable Development Strategy identifies the prevention of waste generation and proper management of it as one of its main priorities. The need for waste management is clearly emphasized, in order to minimize the risk of endangering the lives and health of people and the environment. The aim of this paper is to present the most important EU legislation on waste management, as well as to analyse relevant case law of Court of Justice of European Union.*

Keywords: *European Union, waste, waste management, EU legislation, case law of Court of Justice of European Union.*

Датум пријема рада: 18.12.2018.

Др Срећен М. Југович, редовни професор
Криминалистичко-полицијска академија
Београд
sreten.jugovic@kpa.edu.rs

(НЕ)ДЕЛОТВОРНОСТ ЗАКОНА О СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ*

Сажетак: У првом делу рада указује се на начелне номојтехничке пројусће законодавца. Појом се анализирају најзначајније одредбе Закона, појом оних о нейосредној ојасности од насиља у породици у смислу Закона. У централном делу рада обрађене су законске новине у појсувању полиције, с посебним освртом на одредбе о хијним мерама које по Закону о спречавању насиља у породици изриче полиција. При појом, указује се на пројусће сјручних обрађивача у формулисању одредаба о анализи ризика, задржавању, и оних које се односе на наређење којим се изричу хијне мере. Такође, дојичу се и појвања судске заштитије од насиља у породици. Као посебан проблем исјиче се (у закључку) одсуство делотворне прекрцајне одговорности учинилаца насиља у породици, а по би се могло ојклонити *de lege ferenda* изменама анализираног закона, Закона о ЈРМ и Закона о прекрцајима.

Кључне речи: полиција; насиље у породици; задржавање лица; хијне мере.

1. УВОД

Закон о спречавању насиља у породици¹ (даље Закон), практично од свог доношења 2016. године, односно од почетка примене (01. јуна 2017. г.) изазива велику пажњу научне, стручне, политичке и друге јавности. При том, Закон се, с једне стране глорификује, углавном од стране невладиног

* Рад је настао у оквиру научно-истраживачког пројекта бр. 179045, финансираног од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја и интерног пројекта Криминалистичко-полицијске академије, под називом *Криминалијет у Србији и инсјрументни државне реакције*, за период 2015-2019.

¹ Службени гласник Републике Србије, број 94/2016.

сектора, различитих удружења (оних са феминистичким циљевима на чије је залагање и донесен), као и носилаца извршне власти која са поносом истиче петоцифрене бројке изречених хитних мера, али се, с друге стране, и оштро критикује од стране појединих теоретичара.² Подељена и опречна мишљења о Закону, период од годину дана његове примене, учесталост пријава насиља у породици, као и осам убистава за прва два месеца 2018. г. због насиља у породици³, довољни су подстицаји за анализу његових најбитнијих одредаба, нарочито оних које се односе на нова полицијска овлашћења у спречавању насиља у породици (хитне мере).

Као претходно питање јавља се дилема да ли је уопште било потребно доносити посебан закон, будући да већ постоји плурализам субјеката, механизма и поступака за спречавање и сузбијање насиља, односно заштиту безбедности људи и имовине (полиција, тужилаштво, судови, јавне установе, професионална удружења и др.), као и да се контрола насиља у породици спроводила и пре доношења Закона. Ипак преовладао је став код законодавца да постојећи механизми заштите од насиља у породици нису довољни, и да практичне проблеме треба решавати посебним законом. Ово нарочито због тога што се сви државни органи, као и јавне установе (центри за социјални рад) строго држе својих одредаба о надлежности, које су, узгред буди речено императивне. Стога се идеја о законској „мултисекторској сарадњи“ чини целисходном. Дакле, реч је о томе да се једним законом успоставе одређене нове надлежности за више органа и јавних служби, односно да се успостави законска координација и сарадња свих субјеката у спречавању насиља у породици, без које нема ефикасне и ефективне контроле насиља у породици. Могло би се рећи да је такав приступ по себи исправан, али не и непходан будући да већ постоји мноштво институција, поступака и механизма заштите од било ког облика насиља, па и насиља у породици.

Закону се, у „занатском смислу“ може упутити низ начелних и конкретних номотехничких и редакторских примедба, премда то није циљ рада. Начелна је примедба да појмовни апарат Закона, односно његови појмови, установе и институти нису комплементарни са односним појмовима, институтима и установама у правном поретку, предвиђених пре свега Породичним законом, Законом о полицији, ЗКП-ом и другим законима. Стога је у извесној мери нарушена јединственост правног поретка (члан 4, став 1 Устава Србије, као и члан 194. став 1), о којој треба да води рачуна Уставни суд. Уставни суд

² Б. Ристивојевић, С. Самарцић, Закон о спречавању насиља у породици – критички осврт из угла кривичног права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2017, 1441-1451.

³ Дневне новине Политика од 28. Фебруара 2018. године, 12. Исти извор наводи да је током 2017. године у породичном насиљу убијено 26 жена.

у примени наведених уставних одредаба о јединственом правном поретку цени међусобну усклађеност појединих закона са становишта јединства правног система. Нејединственост се пре свега односи на интенцију законодавца да се (скоро увек) изричу хитне мере, које су супротне духу Породичног закона, према којем сличне мере строго рестриктивно изриче суд у судском поступку. Затим, то су законски појмови породице, непосредне опасности од насиља, као и задржавање могућег учиниоца насиља, и др. Без обзира на то што је реч о посебном закону (специјални закон), његови институти треба да су у духу односних института из осталих закона, дакле требало је уредити само посебности, односно одступања од општих обележја законских појмова из осталих закона. Закон је нека врста *lex specialis-a*, будући да се у члану 5 каже да ако Законом није друкчије одређено, на спречавање насиља у породици у поступцима против учинилаца кривичних дела одрђених овим законом и на пружање заштите и подршке жртвама насиља у породици и жртвама кривичних дела одређених овим законом примењују се КЗ, ЗКП, ЗПП, Породични закон и Закон о полицији. Закон, дакле, има првенство примене у спречавању насиља у породици у односу на наведене законе, према правилу *lex specialis derogat legi generalis*. Будући да се у практичној примени јављају дилеме који закон треба у конкретним случајевима применити, подсећања ради треба рећи да су сви закони у нашем правном систему једнаке правне снаге, нема више експлицитне хијерархијске поделе на системске и друге законе, више и ниже, каква је постојала некад у југословенском праву.⁴ Закон се примарно примењује, а поред њега или уз њега, у зависности од исходишне конкретне ситуације примењују се и други наведени закони (супсидијарно), дакле и ЗКП. Према томе, уколико је насиље у породици и кривично дело, примењиваће се и кривичноправни режим (КЗ, ЗКП), а фактичко је питање да ли ће се претходно изрећи и хитне мере према Закону, при чему је то правно посматрано могуће, будући да је реч о превентивном Закону.

Начелна је примедба и то да текст закона пре подсећа на текст из стратегије него на текст закона. Више је некакав правни оквир за спречавање насиља у породици него правни основ. Уз то, законски текст није лишен редакторских пропуста и номотехничких мањкавости, што све отежава његову примену, нарочито полицијским службеницима који су, у недостатку подзаконског прописа за његову примену, принуђени да његове празнине, недоречености па и контрадикторности сами тумаче и допуњавају. То, разуме се може водити у арбитарност, опортунизам и неуједначену полицијску праксу.

⁴ Примера ради системски је био ранији југословенски Закон о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе из 1978. године.

2. ЗАКОНСКИ ПОЈАМ ПОРОДИЦЕ И НЕПОСРЕДНЕ ОПАСНОСТИ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Породица у европском праву претежно спада у домен приватног права. Нормама породичног права уређују се породични односи. Рецимо, свађа, вика или туча супружника не сматра се повредом јавног реда, због тога што та повреда није учињена на јавном месту, које је елеменат појма јавног реда (и прекршаја). У нашем праву (полицијској и судској пракси) у другој и трећој Југославији (све до доношења последњег Закона о ЈРМ из 2016), свађа, вика, или туча брачних другова сматрала се повредом јавног реда и мира, док то данас, по правилу није случај, јер стан није јавно место. То нам само говори да нешто што је на граници између јавног и приватног права може да се преокрене у корист јавног или приватног права. Како су границе ове поделе релативне, то се породица може сматрати категоријом приватног права са елементима јавног права, или мешовитом категоријом јавног и приватног права. За те односе заинтересована је и држава па су многи елементи личног положаја појединца регулисани управноправним прописима, што значи да држава посредством управне власти интервенише и у породичне односе и односе који су са њима изједначени.⁵

Закон о спречавању насиља у породици, супротно Породичном закону, породици даје „безобални“ карактер. Дефинише је посредно, код одређивања насиља у породици, које постоји према „лицу са којим се учинилац налази у садашњем или *ранијем* (подвукао С.Ј.) брачном или ванбрачном или партнерском односу или према лицу са којим је крвни сродник у правој линији, а у побочној линији до другог степена или са којим је сродник по тазбини до другог степена или коме је усвојитељ, усвојеник, храненик или хранитељ или према другом лицу са којим живи или *је живео* (италик С.Ј.) у заједничком домаћинству“ (члан 3, став 3). Закон посредно и прешироко одређује породицу, тако да насиље у породици, у смислу Закона, може постојати између *некадашњих* (sic!) партнера који су живели (у прошлом времену) у заједничком домаћинству, што је аномалија. Кад је реч о одређивању насиља у породици стручни обрађивачи преузели су у Закон теоријско одређење насиља у породици, одређујући га као „акт физичког, сексуалног, психичког или економског насиља“, (члан 3, став 1). При том, за разлику од физичког насиља које је лакше установити, постоје тешкоће приликом утврђивања психичког или економског насиља. Проблем је, примера ради код економског насиља, како привремено раздвојити партнере изрицањем хитне мере ако је један економски зависан од другог?

⁵ Р. Марковић, *Управно право*, Београд, 2002, 49.

Највише критика у појединим радовима изазива номотехничко формулисање одредаба о непосредној опасности од насиља у породици. Наиме у члану 3, став 2 каже се: „Непосредна опасност од насиља у породици постоји када из понашања *могуће учиниоца* (италик С.Ј.) и других околности произлази да је он *спреман да у времену које непосредно предстоји по први пут учини или понови* (италик С.Ј.) насиље у породици“.⁶ Овако формулисана непосредна опасност има много непознаница, у смислу „шта би било кад би било“. Формулације „могући учинилац“ и његова „спремност да учини насиље по први пут“, номотехнички су проблематичне.⁷ Јасно је да је законодавац хтео да нагласи превентивни карактер Закона и да установи могућност полиције да интервенише и спречи насиље и пре него што до њега дође. То није спорно, полиција треба да има и има таква овлашћења (тзв. превентивна овлашћења за спречавање угрожавања безбедности), она постоје у свим правним системима (полицијском законодавству). Отуда и подела полиције на превентивну и репресивну (Немачка) или управну и судску (Француска). Само што је то требало другачије формулисати. Као што је познато, нема примене права без претходно утврђених чињеница. Примењивач права увек одређеној чињеничној ситуацији (чињеничном стању) даје одређену правну квалификацију. Овде се могла употребити формулација из немачког полицијског права, која представља неку врсту генералне клаузуле а према којој је полиција увек овлашћена да примењује мере ради отклањања непосредне опасности по безбедност људи и имовине. Она једноставно гласи: ако постоје чињенице које оправдавају претпоставку угрожавања безбедности. Дакле, *de lege ferenda* би се могло предвидети да непосредна опасност од насиља у породици постоји ако постоје чињенице које оправдавају претпоставку од непосредног насиља у породици, или које указују на могућност непосредног насиља. Такве чињенице морају постојати да би полиција могла да интервенише, у супротном, без таквих чињеница отвара се могућност лажног пријављивања и злоупотребе читавог механизма превентивне заштите од насиља. Неопходност постојања чињеница требало би предвидети и због тога што исту формулацију користи Европски суд за људска права у пресудама по тужбама појединаца против држава, које се односе на полицијске мере, при чему ЕСЉП, начелно узев, заузима ставове да су мере основане уколико су постојале *чињенице које оправдавају претпоставку* угрожавања безбедности.⁸ Додуше, Законом се у члану 15, ставу 1 захтева утврђивање

⁶ Б. Ристивојевић, 1441-1443.

⁷ Б. Ристивојевић, „Да ли је Закон о спречавању насиља у породици казао“ *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2018, 145.

⁸ Д. Симовић, М. Станковић, В. Петров, *Људска права*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2018, 129-163, 305-317. Бојан Тубић, „Насиље у породици у пракси Европског суда за људска права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2018, 211-225.

свих битних чињеница пре изрицања хитних мера, али се код одређивања непосредне опасности од насиља у породици не захтевају чињенице, што је пропуст стручних обрађивача.

Поједини кривичноправни теоретичари критикују постојеће одредбе о непосредној опасности од насиља у породици и, из њиховог угла су у праву, јер не постоји могући учинилац кривичног дела, нити полицајац може бити пророк, нити се може судити могућем учиниоцу! Али кривичноправни теоретичари често превиђају право (овлашћење) полиције да интервенише ради заштите безбедности (јавне и државне), и пре него што дође до њеног угрожавања, дакле у превентивне сврхе. Та интервенција се означава као интервенција на полицијскоправној основи спрам интервенције на кривичноправној (кривичнопроцесној) основи. Ова разлика се тешко уочава од стране јавног тужиоца, криминалистичког полицајца, судије кривичног суда, кривичноправних теоретичара и практичара, јер њихов професионални резон је кривично дело, односно има ли или нема кривичног дела? Али исходишна разлика у поступању је битна и она постоји. Према томе могуће је, и нужно је да полиција примени полицијске мере ради заштите жртве насиља, а да те мере не морају да имају кривичноправни (кривичнопроцесни) контекст. Постоји мноштво превентивних полицијских овлашћења и полицијских мера у полицијском законодавству, које се у те сврхе могу применити.⁹ Њихова примена означава се заједничким изразом као превентивна полицијска овлашћења или полицијске мере, од којих су неке превентивне а неке репресивне.¹⁰ Свакако да поступање полиције у случајевима насиља у породици има доста додирних тачака са кривичним правом због кривичног дела насиља у породици и примене Закона и на друга кривична дела из члана 4 Закона (углавном против полне слободе), али бар толико и много више интенција законодавца је била да ближе уреди поступање полиције и других субјеката у циљу спречавања насиља у породици. Другим речима, насиље у породици може бити латентно, не мора (*а може*) истовремено представљати и кривично дело насиља у породици или друго кривично дело или прекршај, при чему се тада користе кривичноправни и прекршајноправни поступци за доказивање и сузбијање.

⁹ Више о томе: С. Југовић, Обележја управних овлашћења полиције – полицијских овлашћења, Наука, Безбедност, Полиција, НБП, бр. 2/2008, 73-81. Видети и одредбе о полицијским мерама и полицијским овлашћењима у Закону о полицији из 2016. „Сл. Гласник Републике Србије“, бр. 6/2016.

¹⁰ Сретен М. Југовић, Дарко З. Симовић, „Закон о полицији Републике Србије од 2016. године-критички поглед“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2016, 81, 82.

3. НОВИНЕ У ПОСТУПАЊУ ПОЛИЦИЈЕ, ХИТНЕ МЕРЕ КОЈЕ ИЗРИЧЕ ПОЛИЦИЈА

Закон предвиђа посебан режим за носиоце спречавања насиља у породици, тј. полицију, јавна тужилаштва, судове и центре за социјални рад. При том, законодавац у члану 2 погрешно статуира да је циљ Закона „да на општи и јединствен начин уреди *организацију* (италик С.Ј.) и поступање државних органа ...“, као да је могуће уредити организацију полиције, тужилаштва и судова тим законом (узгред речено њихова организација уређена је њиховим „матичним“ законима). Законски је принцип да се у свим тим органима и установама одређују лица за поступање у случајевима насиља у породици, која су обучена (специјализована) и одређена од стране старешина тих органа и установа. Ипак, Полиција је стожерна институција за спречавање насиља у породици из више разлога. Пре свега она одмах по сазнању (пријави) излази на место догађаја и *нејосредно* и *конкретно* спречава и сузбија насиље у породици, односно прва пружа заштиту жртви од (могућег) насилника, а насилника ставља под контролу. С друге стране, она је та која обавештава тужиоца о чињеничном стању. Креатори Закона су били свесни чињенице да је полиција институција извршне власти, стога су јој доделили кључну улогу у контроли насиља у породици.

Кад је реч о поступању полиције у случајевима насиља у породици, Закон заправо уводи две новине: једна је тзв. надлежни полицијски службеник (члан 8), односно његово поступање, а друга је, у вези са тим изрицање хитних мера (члан 15, 17). Формулација „надлежни полицијски службеник“ је погрешна, јер кад се тако каже онда се закључује да остали полицијски службеници из патрола или са сектора нису надлежни за поступање у случајевима насиља у породици, што није тачно. Због тога је требало једноставно рећи „специјализовани“, или „обучени“ одређени полицијски службеник (онај који има лиценцу или сертификат). Јер, разликује се поступање полицијских службеника на „месту догађаја“ (члан 14, став 1) и поступање надлежног полицијског службеника, који практично преузима даље поступање по обавештавању, односно довођењу насилника или „могућег учиниоца“ (члан 15). Идеална ситуација била би да надлежни полицијски службеник увек излази (са патролом) на место догађаја насиља, јер то је *implicite* идеја законодавца, али за то не постоје организационе претпоставке, нити је реално. Због тога се чини да би што већи број полицијских службеника (униформисаних) требало да заврши специјализовану обуку и тиме постану „надлежни“ за поступање у случајевима насиља у породици, како би практично спроводили поступање у потпуности (бар из сваке патроле по један полицајац). На тај начин би се створиле организационе претпоставке без промене организационе структуре и увећаних трошкова за делотворнију

заштиту од насиља, а циљ Закона био би остварен. Коначно, елиминисали би се недостаци који могу настати приликом преношења информација о чињеницама са места догађаја насиља у породици тзв. надлежном полицијском службенику, будући да би полицајци који интервенишу на лицу места спроводили полицијско поступање до краја.

Поступање полицијских службеника уређено је члановима 14-18 Закона. Само не треба губити из вида да је поступање полицајаца (који излазе на место догађаја, па и „надлежних“) у основи уређено Законом о полицији и подзаконским прописима за његово извршавање, ЗКП-ом и другим законима, при чему се тим овлашћењима и мерама придодају овлашћења и мере из чланова 14-17 Закона (довођење, задржавање, процена ризика, хитне мере). Поступање полицијских службеника је, у ствари, операционализовање полицијских овлашћења, која се примењују у складу са тактиком поступања. Према томе, тактика поступања и примена овлашћења две су стране исте ствари, практичног поступања полицијског службеника. Колико је важно поступање тзв. надлежног полицијског службеника, исто толико је битно и поступање његових колега „на месту догађаја“. Штавише, од тог примарног поступања умногоме зависи реално спречавање насиља, као и даље поступање и коначно, кажњавање насилника.

Посебан пропуст законодавца представља недореченост код одредаба о задржавању лица. Једине одредбе о задржавању у Закону односе се на трајање задржавања до осам часова (члан 14, став 2) и права лица на браниоца и правну помоћ у складу са Уставом и законима Републике Србије (члан 14, став 3). Законом се не предвиђа доношење било какве одлуке, акта којим се задржавање одређује (решења, закључка и сл.), већ се непосредно примењује Закон (без доношења појединачног акта). Тако је „полицијско“ задржавање остало без непосредне правне заштите, тј. без права на правно средство којим се проверава законитост задржавања, односно без судске контроле, што је у супротности са уставним одредбама о ограничавању слободе кретања из Устава Србије (члан 36, став 2 и члан 39 Устава) и са праксом ЕСЈП. Да проблем буде већи и Закон о полицији садржи упућујуће одредбе о задржавању лица у складу са другим законима. Штавише, у члану 86, став 1 и 2 Закона о полицији каже се да се одлука („решење“) о задржавању доноси у складу са законом којим се задржавање одређује. А Закон о спречавању насиља предвиђа задржавање, али не предвиђа доношење појединачног акта о задржавању! То само потврђује исправност става појединих аутора о томе да Закон о полицији треба да буде место за уређивање полицијског задржавања, као што је то било према законима о унутрашњим пословима и Закону о полицији из 2005. године, према којем би се решење о задржавању доносило у складу са тим законом, осим када је реч о задржавању по

Закону о прекршајима, ЗКП-у, или у складу са другим законом.¹¹ Овако постоји правни вакуум, правна празнина о доношењу одлуке којом се задржавање одређује због насиља у породици, уколико се испостави да нема елемената кривичног или прекршајног дела, односно да се лице не задржава по одредбама ЗКП-а или Закона о прекршајима. Будући да задржавање (као и довођење) има акцесорни карактер, односно да увек служи неком другом циљу, сврха задржавања јесте да се за време његовог трајања утврде битне чињенице о догађају, прикупљањем обавештења од (могућег) учиниоца и других полицијских службеника, као и да се изврши процена ризика. Постојећи проблем могао би се превазићи тако што би се у Закону елиминисало задржавање и временски ограничило трајање довођења, које је већ предвиђено Законом (нпр. на шест часова и сл.), или задржавање потпуно уредило, тако што би се предвидело доношење одлуке о задржавању и поступак судске контроле.

Процена ризика није никаква новина, она није ништа друго до конкретизована процена ситуације карактеристична за примену било ког полицијског овлашћења. Само што се Законом (члан 15, 16), поред тога што се каже да се процена ризика заснива на доступним обавештењима (став 1), даје оквир за ту процену (став 2), у смислу да ли је „могући учинилац“ раније (у)чинио насиље у породици и да ли је спреман да га понови, да ли је претио убиством или самоубиством, поседује ли оружје, да ли је ментално болестан или злоупотребљава психоактивне супстанце, да ли постоји сукоб око старатељства над дететом или око начина одржавања личних односа детета и родитеља који је могући учинилац насиља, да ли је родитељу изречена хитна мера или одређена мера заштите од насиља у породици, да ли жртва доживљава страх и како она процењује ризик од насиља. Смисао тих одредаба јесте да се надлежном полицијском службенику конкретизује оквир за процену ризика од насиља, односно да се олакша доношење одлуке о изрицању хитних мера. Само се поставља питање да ли је законодавац у томе успео. Наиме, ризик од насиља може постојати и ако ништа од наведеног не стоји, као и обратно, могуће је да ризик фактички не постоји и ако неки од законских разлога за процену ризика стоје.¹² Законодавац у одредбама о процени ризика само указује о чему нарочито треба повести рачуна, а коначну одлуку доноси сам надлежни полицијски службеник. При том, треба имати у виду да је право и дужност (надлежност) процене ризика Законом дата надлежном полицијском службенику, а не суду или неком другом органу. *Процена ризика* је у надлежности надлежног полицијског службеника и

¹¹ С. Милетић, С. Југовић, *Право унутрашњих послова*, Београд, 2016, 183, 184.

¹² Више о процени ризика: Обрад Стевановић, Дане Субошић, Далибор Кекић, „Специфичне карактеристике Закона о спречавању насиља у породици“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр 1/2018, 161, 162.

обавезно претходи доношењу одлуке о изрицању хитних мера. У зависности од процене ризика зависи и одлука о хитним мерама. Одредбе о процени ризика немају дикцију класичне дискреционе оцене, већ се полицијски службеник мора одредити за ону алтернативу која највише погађа вољу Закона, односно законодавца. Као што каже Р. Марковић, „где се има ићи за вољом закона, односно објективном вољом неког другог чиниоца (*интересима службе* С.Ј.), не може бити говора о дискреционој оцени“.¹³ Одредбе о процени ризика су више наведене као смернице, путоказ, разлози који се посебно имају узети у обзир приликом утврђивања ризика. Као што се каже у члану 16, став 2 при процени ризика *нарочито* се води рачуна о наведеним околностима. Класична дискрециона оцена има другачију дикцију, најпре се наводе услови који *морају* бити испуњени, а потом и услови (разлози) због којих се *може* негативно решити нека управна ствар, при чему се доносилац појединачног (управног) акта одређује за једно од два или више *једнако законитих* решења, водећи при том рачуна о јавном интересу. Са овим одредбама то није случај, јер оне пре свега нису процесног карактера, премда садрже слабију правну везаност, односно одређену (минималну) могућност избора, како би се циљ Закона што боље постигао. Овако формулисане одредбе о овлашћењу процене ризика истовремено представљају и дужност процене ризика, али у складу са схватањем ризика законодавца, *а што тојово* *увек* *води* *изрицању хитних мера*. Примера ради, довољно је да жртва насиља изјави да доживљава страх и да процењује постојање ризика од насиља (последња формулација из става 2), или да постоји било који други разлог из законског оквира анализе ризика, па да полицајац утврди ризик и изрекне меру. Ипак, суд кад одлучује о продужетку мера, у складу са чланом 19 Закона који предвиђа *вредновање процене ризика*, или у евентуалном судском (кривичном) поступку који је покренут против полицијског службеника који није изрекао хитне мере, *не би требало да улази у меритум процене ризика надлежној полицијској службеника*, јер је Законом предвиђено да процену ризика врши надлежни полицијски службеник, који може о томе затражити мишљење центра за социјални рад. Суд може само да проверава да ли се надлежни полицијски службеник кретао у *границама овлашћења* и да ли је овлашћење процене ризика вршио у складу са *циљем* у којем му је овлашћење дато. Свако друго судско „вредновање“ процене ризика представљало би прекорачење судске надлежности. Разуме се да више хијерархијске инстанце у полицији могу и треба да врше контролу законитости и правилности процене ризика (тзв. надзорна или службена унутрашња контрола).

Хитне мере су кључ Закона, а судећи по броју изречених мера стиче се утисак да је Закон ради њиховог изрицања и донесен. Наиме, према пода-

¹³ Р. Марковић, 105.

цима МУП-а Србије, само до краја 2017. године (за првих седам месеци примене Закона) изречено је 13808 хитних мера!¹⁴ Ова бројка прогресивно расте, што све неспорно говори о огромном (повећаном) броју пријава насиља у породици, али може да указује и на изрицање тих мера због страха од одговорности, односно ради тзв. „полицијског покривања“ изреченим мерама, у складу са интенцијом законодавца из члана 15 Закона. Са изреченом хитном мером полицијски службеник формалноправно мање може да погреша, док у случајевима њеног неизрицања, уколико се насиље у породици заврши са смртним или другим последицама, полицијски службеник ће готово сигурно бити правно санкционисан због тога што није изрекао хитну меру. Отуда и толики број изречених хитних мера. Али, хитне мере би требало да се изричу само у случајевима непосредне опасности од насиља у породици, а не олако и увек. Међутим, стручни обрађивачи Закона управо су хтели да тај ударни инструмент ставе у руке полицији, и у том науму су успели. Хитне мере су потпуна новина у нашем правном систему, тешко пријемчива за наше услове. Закон у члану 17, став 2 предвиђа две врсте хитних мера: 1) мера привременог удаљења учиниоца из стана; и 2) мера привремене забране учиниоцу да контактира жртву насиља и прилази јој. Могу се изрећи кумулативно обе мере. Хитне мере које одређује надлежни полицијски службеник трају 48 часова од момента уручења. Одлуку о њиховом продужењу доноси судија појединац, без одржавања рочишта, дакле у скраћеном поступку, а могу се продужити за још 30 дана. При том, нема законског ограничења о броју продужавања мера, у Закону не стоји да се могу продужити само једанпут, тако да се могу продужавати више пута. Односне одредбе карактеришу недоречености, одсуство механизма за њихово спровођење, контролу и сл.

У вези са хитним мерама постављају се два битна питања. Прво питање тиче се правне природе наређења којим се хитне мере изричу, а друго, у вези са тим, какви су (правни) ефекти тих мера? Акт којим се мере изручу јесте писано наређење. Наређење је у суштини *правни налоз* за одређено понашање, чињење или нечињење од којег зависи успешно извршење *одређених* полицијских задатака. Конкретно, овде се наређењем одређеном лицу налаже привремено удаљење из стана и /или забрана да контактира жртву насиља и прилази јој у трајању од 48 часова, при чему се прецизира дан и време отпочињања мера. Премда ово наређење има обележја посебног управног акта (ауторитативност, конкретност, извршивост, правни ефекти)¹⁵ *законодавац наређење о хитним мерама није у њој њуној и подвео под управно-*

¹⁴ Податак са округлог стола о насиљу у породици у Вршцу, од помоћника министра Катарине Томашевић.

¹⁵ О појму управног акта: Д. Милков, *Појам управног акта*, докторска дисертација, Београд-Нови Сад, 1983, 1-368.

йравни режим доношења уйравних акайа. Законом није предвиђена супсидијарна примена Закона о општем управном поступку, што значи да се поставља питање могућности коришћења правног средства у управном поступку и тужбе у управном спору. Следствено томе, произлази да је наређење из Закона комплементарно са полицијским овлашћењем наређења из Закона о полицији (члан 73, став 1, тач. 1,2,3,8). Наређењем као полицијским овлашћењем заснива се правни однос који има обележја особеног управноправног односа. Ту се непосредно примењује Закон за конкретан случај, при чему се наређење одмах и извршава, ако треба и принудним путем, ради заштите безбедности људи и имовине, у овом случају жртве насиља. Дакле, реч је о ауторитативној конкретизацији полицијског овлашћења наређења, особене садржине, која се односи на хитне мере из Закона. Писано наређење садржи оне саставне делове који су прописани Законом, а то су подаци о доносиоцу, правном основу доношења, подаци о лицу коме се мере изричу и њихово трајање, дан и час изрицања хитне мере и обавезу лица да се по истеку мере јави полицијском службенику. Наређење још садржи и обавештење адресату да суд може на предлог тужиоца хитну меру да продужи за 30 дана, као и обавештење да ће се могући учинилац казнити затвором до 60 дана уколико прекрши хитну меру. Такође, садржи и податке о жртви, као и обавештење о томе коме је све наређење достављено (тужиоцу, центру за социјални рад, групи за координацију и сарадњу). Све ове чињенице садржане су у *диспозитиву (изреци) йписаноџ наређења о изрицању хийних мера.* Наређење на крају садржи потпис надлежног полицијског службеника, као и потпис лица коме се мера изриче, а после диспозитива *не садржи образложење, као ни йоуку о йравном средсйву.* Изостављањем образложења и поуке о правном средству, као и супсидијарне примене ЗУП-а, законодавац је циљано избегао да акт којим се одређују хитне мере у целости подведе под *уйравнойравни режим* доношења управних аката, а тиме управну и судску контролу у управном спору тог акта, која је, по правилу (не и нужно) јефтинија од судске контроле у парничном поступку. Овако тај акт представља само конкретизацију примене полицијског овлашћења наређења, тачније хитне мере чине симбиозу са издавањем наређења, што значи да се судска контрола тог наређења и хитних мера може вршити само посредно, по правилу, тужбом за накнаду штете, у парничном поступку. Уз то, образац наређења о хитним мерама је интерни акт, подложен лакшим административним променама, не представља саставни део подзаконске легислативе. Хитне мере по својој природи представљају ограничавање слободе понашања и слободе кретања у уставноправном смислу. Полиција у упоредним системима има разна овлашћења за ограничавање наведених слобода, што је иманентно самој природи полицијске делатности. Али механизам тог ограничавања за који се определио наш законодавац није најсрећнији.

Што се тиче правних ефеката издатог наређења о хитним мерама, њима се ауторитативно, конкретно и непосредно извршава примарна диспозиција опште правне норме у конкретном случају, према конкретном лицу и на тај начин штити безбедност жртве насиља у „проширеној породици“, што је обележје управноправног односа. Реч је практично о примени Закона посредством писаног наређења, које у теоријскоправном смислу има сва обележја управног акта, али не и у позитивноправном смислу, будући да је законодавац *предвидео судску заштити у њарничном њосиуику*. Наиме одговор на питање правне природе акта (наређења) којим се изричу хитне мере треба да пружи судска пракса. А какве су социолошке или криминолошке последице изрицања хитних мера, питање је на које одговоре треба да понуде ванправни теоретичари и други практичари.

4. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Одговор на питање да ли је сврха Закона (о спречавању насиља у породици) постигнута није могуће добити без квалитетног емпиријског истраживања, које је условљено протоком времена.¹⁶ Међутим, и самом критичком анализом законских одредаба, уз одговарајуће податке о броју изречених хитних мера, могуће је извести одређене закључке о ефектима примене (квалитету) Закона.

Наиме, ако се анализирају одредбе о непосредној опасности од насиља у породици, као и одредбе о процени ризика, стиче се утисак да је Закон донесен *ради изрицања хитних мера*. То потврђују и петоцифрене бројке изречених хитних мера. Лошим формулисањем одредаба о процени ризика нарушена је преко потребна равнотежа која је императив сваког правног система. Те одредбе готово увек воде изрицању хитних мера или одговорности полицијског службеника уколико их не изрекне. Уместо тога требало је предвидети објективну процену ситуације од насиља у породици, номотехничком дикцијом слободне (дискреционе) оцене, а само у случајевима стварне непосредне опасности од насиља у породици, дакле строго рестриктивно предвидети могућност ограничавања слободе кретања у превентивне сврхе (тзв. хитне мере).

Следеће питање које се намеће јесте да ли се тако уређеним хитним мерама постиже безбедносна заштита жртава насиља у породици. Чини се да је одговор негативан, судећи по кршењу хитних мера па и убиствима која се дешавају за време трајања изречених хитних мера. Наивно је веровање

¹⁶ Одређена истраживања вршена су на подручју Новог Сада: Т. Бугарски, „Борба против насиља у породици у пракси надлежних органа у Новом Саду“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2018, 106-118.

законодавца да ће се прави насилник придржавати изречених мера. Такве мере могу бити делотворне код савесних људи, а то су они који, по правилу, не врше никакво насиље. То значи да су законски конципиране хитне мере од којих се највише очекује, у ствари, ограниченог домашаја.

Такође, посебан проблем представља законска чињеница да акт којим се одређују хитне мере, премда има сва обележја управног акта, није управни акт у смислу Закона. Законом се установљава хибридна природа тог акта (наређења), премда Закон о општем управном поступку (ЗУП) каже да управни акт може имати и друкчији назив од решења. Уместо судске контроле тог акта у управном спору, јер према Закону о управним споровима, управни спор се може водити против свих управних и других појединачних аката *ако не постоји друга судска заштита*, Законом је установљена судска заштита у парничном поступку. На тај начин законодавац наређење о хитним мерама није подвео под управноправни режим издавања управних аката, тако је изостала могућност судске контроле у управном спору, а судска заштита је скупља и дуготрајнија. При том, Законом је извршена непримењена симбиоза наређења и хитних мера из Закона, што се може означити као својеврсно експериментално решење.

Конечно, Законом се предвиђа само делимична прекршајна одговорност насилника (у случају кршења мера), а не постоје ефикасни механизми прекршајне одговорности учинилаца насиља у породици. Установљавање ефикасне прекршајне одговорности подразумева измене Закона, као и комплементарне измене одредаба Закона о ЈРМ и Закона о прекршајима (елиминисање јавног места као услова за остваривање прекршајне одговорности за насиље у породици). Ефикасна прекршајна одговорност умногоме би допринела заштити жртава насиља, а циљ Закона био би остварен. Прекршајно кажњавање насилника требало би да буде тежиште законодавца, оно би било ефикасније и делотворније од тзв. хитних мера и кривичног прогона, које опет треба задржати приликом измена постојећег или доношења новог закона. Државна реакција треба да се састоји од делотворних полицијских (управних), прекршајних и кривичних мера. Само применом свих наведених мера, уз нормативну разраду подзаконским прописима (коју иначе допушта Закон о полицији, јер Закон не садржи одредбе о разради поступања полицијских службеника), могуће је контролисати свако насиље, па и насиље у породици.

Sreten M. Jugović, Ph.D., Full Professor
The Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade
sreten.jugovic@kpa.edu.rs

(In) Effectiveness of the Act on Prevention of Domestic Violence in the Republic of Serbia

Abstract: *In the first part, the paper points to general nomotechnical omissions of the lawmaker. Next, it analyses the most important provisions of the Act, such as those concerning the immediate threat of domestic violence within the meaning of the Act. Central part of the paper deals with legislative novelties pertaining to police conduct, with special reference to the provisions on urgent measures whose issuance the Act on Prevention of Domestic Violence vests in the police. It thereby points to the flawed formulation by professional legislative drafters of the provisions on risk assessment, detention, and ones relating to the order imposing urgent measures. Additionally, it touches upon the issues of judicial protection against domestic violence. As a special problem, the author emphasizes (in the Conclusion) the absence of effective misdemeanour liability for the perpetrator of domestic violence, which could be solved by de lege ferenda amendments to the analysed Act, the Public Order and Peace Act and Misdemeanour Act.*

Keywords: *police; domestic violence; detention of persons; urgent measures.*

Датум пријема рада: 18.09.2018.

*Др Зоран Р. Радивојевић, редовни професор
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
zoranr@prafak.ni.ac.rs*

*Др Весна П. Кнежевић Предић, редовни професор
Универзитет у Београду
Факултет политичких наука у Београду
vesna.knezevicpredic@fjp.bg.ac.rs*

НАЧЕЛО СУПСИДИЈАРНОСТИ И ЊЕГОВА ПРИМЕНА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

Сажетак: Начело супсидијарности изражава идеју да се вишем нивоу или широј заједници преушћу само оно што се може боље и ефикасније остварити него на нижем нивоу власти. Преузето из уставног права појединих држава чланица, ово начело ушло је без изричитог помињања у примарно право Европских заједница као руководни принцип у области заштите животне средине. Са оснивањем Европске уније начело супсидијарности је доживело значајан развој постигајући како политички принцип њене организације, тако и руководеће начело у вршењу овлашћења која немају искључиви карактер. Лисабонски уговор задржава супсидијарности у оба ова вида, али проширује домен њене примене на све области деловања Европске уније, укључујући бивши други и трећи стуб. У исто време успостављају се механизми који омогућавају имплементацију и стални надзор над применом начела супсидијарности у поступку усвајања законских аката. Ради се заправо о механизму који обезбеђује ex ante контролу, односно систем рано уозоравања у који су укључени национални парламенти држава чланица. С друге стране, правосудну или ex post контролу врши Суд правде у поступку оцене законитости законодавних аката поводом поднетих жалби за поштовање због повреде начела супсидијарности. Као овлашћени субјекти

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Политички идентитет Србије у регионалном и глобалном контексту“ бр. 179076 који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

у овом *йосѣуѣу*ку, *йоред држава чланица*, *йојављују се национални йарламентѣи*, *йихови домови или Комѣйейѣи региона*.

Кључне речи: *суйсидијарностѣи*, *Евройска унија*, *Лисабонски уѣговор*, *си-сѣем раноѣ уйозоравања*, *йравосудна конѣирола*.

1. УВОД

Начело супсидијарности сматра се „једним од највише разматраних, анализираних, критикованих, презрених и, веома ретко, вољених концепата права Европске уније“.¹ За принцип супсидијарности често се каже да није обавио оно што се од њега у првом реду очекивало: спречавање случајева тзв. пузеће надлежности (*creeping competence*), односно заустављање сталног и прогресивног ширења овлашћења институција Европске уније (даље: ЕУ) на рачун држава чланица. Уз то, ово начело се оптужује да је с друге стране и у мери у којој се то тиче односа у ЕУ, омогућило државама чланицама да унутар себе додатно развlaste ниже нивое власти. И коначно, њему се приговара да је замаглило и напустило своју изворну сврху, а то је да подигне брану између приватне сфере слободe појединаца и сфере јавне власти.

Иако доста озбиљне и бројне, све ове критике указују да се од начела супсидијарности очекивало да испуни различите функције у правном систему ЕУ. У намери да пронађемо одговоре на примедбе упућене на рачун супсидијарности, најпре истражујемо развојни пут овог начела у праву ЕУ. Пажњу, затим, усмеравамо на два облика у којима се ово начело појављује у праву ЕУ: као политичко начело организације Уније и као руководећи принцип за вршење овлашћења ЕУ. Расправу завршавамо разматрањем правосудне контроле примене начела супсидијарности.

2. РАЗВОЈНИ ПУТ НАЧЕЛА СУПСИДИЈАРНОСТИ У ПРАВУ ЕУ

Супсидијарност² је у право ЕУ, као уосталом и низ других института, „увезена“ из унутрашњих поредака држава чланица. У оквиру њих ово начело изражава идеју да се „вишем нивоу власти или широј заједници препушта само оно што он може боље и ефикасније да оствари, односно да сва

¹ Andrea Biondi, “Subsidiarity in the Courtroom”, *EU Law After Lisbon* (eds. Andrea Biondi, Piet Eeckhout, Stefanie Ripley), Oxford University Press, Oxford 2012, 213.

² Реч супсидијарност вуче своје корене од латинске речи *subsidium* која значи помоћ, заштита. Видети: Ante Romac, *Riječnik latinskih pravnih izraza vademecum iuridicum*, Informator, Zagreb 1985, 333.

питања која могу да се реше на нижим нивоима, не треба да се преносе на више нивое власти и управљања. Односно, још прецизније, да држава не треба да се бави оном што могу да ураде појединац и мање јединице³.

Стандардне расправе о супсидијарности као начелу ЕУ, по правилу, истичу његове сакралне корене позивајући се на енциклику Папе Пија XI „*Quadregesimo Ano*“ која носи веома упућујући поднаслов „О реконструкцији друштвеног поредка“⁴. У њој папа указује на потребу пажљивог повлачења границе између приватне сфере појединца и сфере интервенције државе. Притом истиче да држава не треба да интервенише ако то није неопходно и да треба да интервенише тамо где постоји потреба за тим⁵. У својој световној варијанти начело супсидијарности је из релације приватно *versus* јавно у целини пребачено у јавну сферу⁶.

У дискурс европских интеграција ово начело улази 1975. године под утицајем немачке доктрине уставног права са превасходим циљем да буде руководећи принцип приликом расподеле надлежности између Европске економске заједнице (даље: ЕЕЗ) и држава чланица⁷. Иако није изричито поменуто, начело супсидијарности прожима читав извештај Комисије ЕЕЗ о економској унији, колоквијално познат као Тиндемансов извештај (*Tindemans' Report*)⁸. Под својим именом ово начело се први пут појављује у нацрту Уговора о ЕУ који је Европски парламент усвојио 1984. године⁹.

Тиндеменсов извештај, као и нацрт Уговора о ЕУ, нису прошли без икаквог одјека. Приликом прве озбиљније ревизије оснивачких аката која је извршена Јединственим европским актом 1986. године начело супсидијарности се појављује у релативно скромној улози. Поново без изричитог помињања, ово начело постаје руководећи принцип у новоуведеној области заштите животне средине. Тим актом било је предвиђено деловање ЕЕЗ ако се циљеви еколошке политике могу успешније остварити на „комунитарном нивоу него на националном нивоу“¹⁰.

³ Илија Вујачић, „Држава, демократија и супсидијерност“, *Савремена држава* (ур. Вукашин Павловић, Зоран Стојиљковић), Чигоја, Београд 2008, 87.

⁴ Више о томе видети: Patrik McKinley Brennan, „Subsidiarity in the tradition of Catholic Social Doctrine“, *Global Perspective of Subsidiarity* (ed. Augusto Zimmermann) Springer Dordrecht, Heidelberg-New York-London 2014, 29-48.

⁵ И. Вујачић, 88.

⁶ Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Markus Kotzur, *European Union Treaties*, C.H.Beck, Hart, München-Oxford-Portland 2015, 36.

⁷ Trevor C. Hartly, *The Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford 2014, 123.

⁸ Извештај носи назив по тадашњем белгијском премијеру Леу Тиндемансу (Leo Tindemans) који га је поднео. Доступно на: http://aci.pitt.edu/942/1/political_tindemans_report.pdf.

⁹ Текст документа доступан на: https://www.cvce.eu/content/publication/2002/5/6/0c1f92-e8-db44-4408-b569-c464cc1e73c9/publishable_en.pdf.

¹⁰ Чл. 130 п Уговора о оснивању ЕЕЗ, како је формулисан Јединственим европским актом.

Убрзо се показало да је имплицитно увођење супсидијарности у област заштите животне средине представљало иницијалну капислу која ће ово начело поставити у епицентар расправа о даљем току развоја европских интеграција, а посебно дискусија о вертикалној подели власти између ЕУ и држава чланица. Када су започели преговори о закључивању Уговора из Мастрихта, управо се супсидијарност нашла у самом њиховом средишту. И не само то, већ ће се по њиховом окончању говорити о супсидијарности „као речи која је спасла Мастрихт“¹¹. Начело супсидијарности нашло је своје место у Уговору о Европској заједници (даље: ЕЗ) који му поверава функцију регулаторног принципа само у домену ЕЗ и само за она овлашћења која нису искључивог карактера. У тим областима „Заједница предузима активности, у складу са начелом супсидијарности, само ако и у оној мери у којој државе чланице не могу у задовољавајућој мери постићи циљеве предложене активности и које, због свог обима и дејства предложене активности, може боље постићи Заједница“¹². Уговор из Мастрихта открио је и легализовао још једну функцију супсидијарности. Она се, наиме, појављује као политички принцип на коме се темељи и на коме ће се у будућности заснивати изградња „све тешње уније народа Европе“ у којој се одлуке доносе што је могуће ближе грађанима, а у складу са начелом супсидијарности¹³.

Интерес за начело супсидијарности није престао са усвајањем Уговора из Мастрихта. Напротив, и пре него што се мастило којим је он потписан осушило, то начело ће се појавити као најважнија тачка дневног реда састанка Европског савета који је одржан у Единбургу 11. и 12. децембра 1992. године. Осим што је начело супсидијарности инаугурисано као темељни принцип ЕУ, шефови држава и влада су у форми анекса усвојили „Свеобухватни приступ Савета примени принципа супсидијарности и чл. 3б Уговора о ЕУ“¹⁴. У овом заиста свеобухватном документу начело супсидијарности је анализирано заједно са друга два темељна принципа ЕУ, а то су начело поверених овлашћења и начело пропорционалности. Коначан резултат ових напора било је усвајање Протокола бр. 2 о примени начела супсидијарности и пропорционалности уз Уговор из Амстердама 1997. године.

Јачање примене начела супсидијарности било је једна од важнијих тема Конвента који је усвојио Уговор о уставу за Европу. Показало се да је то

¹¹ Видети: Deborah Z. Cass, „The Word that Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community“, *Common Market Law Review*, 29/1992, 1107-1136.

¹² Чл. 3 б, ст. 2 Уговора о ЕЕЗ, како је формулисан Уговором из Мастрихта.

¹³ Тач. 11 преамбуле Уговора о ЕУ, како је усвојен 1992. године Уговором из Мастрихта. Шире о томе видети: Herman-Josef Blanke, Stelio Mangiameli, *The Treaty on the European Union: a Commentary*, Springer, Berlin 2013, 75-77.

¹⁴ Доступно на: http://www.europarl.europa.eu/summits/edinburgh/default_en.htm; 15-23.

уједно и један од неспорних елемената овог иначе неуспелог подухвата. Када се касније приступило ревизији неприхваћеног Уговора о уставу државе чланице су готово једногласно инсистирале не само на опстанку начела супсидијарности у новом реформском уговору, већ и на јачању његове улоге¹⁵. Тако је Лисабонски уговор углавном преузео раније формулације начела супсидијарности, што, између осталог, значи да је ово начело преживело у обе своје варијанте: као политички принцип организације ЕУ, али и као руководећи принцип који уређује вршење овлашћења ЕУ.

3. СУПСИДИЈАРНОСТ КАО ПОЛИТИЧКО НАЧЕЛО ОРГАНИЗАЦИЈЕ ЕУ

Као политичко начело, супсидијарност претпоставља постојање одређене замисли о томе каква јесте и треба да буде заједница чије устројство оно уређује. Другим речима, супсидијарност подразумева постојање одређене идеје и теорије о интеграцији. Као што један теоретичар интеграције пише „да би се начело супсидијарности инструментализовало у политичке сврхе, потребно је да већ постоји замисао о томе за шта га треба инструментализовати”¹⁶.

Тачка 13 Преамбуле Уговора о ЕУ (даље: УЕУ) као одговор на то питање нуди концепт „тешње уније народа Европе”. Са становишта историје примарног права, управо концепт „тешње уније народа Европе” претходи начелу супсидијарности. У оснивачким уговорима он се појављује већ 1957. године у Уговору о ЕЕЗ, прецизније у његовој преамбули и то као самостални концепт. До његовог повезивања са начелом супсидијарности, као и са принципом блискости, дошло је тек са Уговором из Маастрихта.

Такав историјски развој навео је један број теоретичара да закључе како се концепт „тешње уније народа Европе” има свести на начело супсидијарности¹⁷. Доминантна школа мишљења препознаје, међутим, његову самосталну егзистенцију и инсистира на његовом телеолошком садржају. Сматра се, наиме, да он указује на општи, генерални циљ коме интеграције унутар ЕУ треба да воде, а то је трансформација Уније какву познајемо на овом степену развоја. У прилог томе несумњиво говоре и одредба чл. 1 УЕУ који представља „једну нову фазу у процесу стварања све тешње уније народа Европе”, а у којој се одлуке доносе у складу са принципом транспарентности и блискости.

¹⁵ Више о томе видети: David Pinnemore, *The Treaty of Lisbon Origins and Negotiation*, Palgrave Macmillan, Basingstoke 2013, 34-38; 76-77; 94; 230.

¹⁶ H.-W. Micklitz, 514.

¹⁷ Vaughne Miller, „‘Ever Closer Union’ in the EU Treaties and Court of Justice Case Law“, *House of Commons Library, Briefing Paper*, No.07230, 16 November 2015, 6.

Несагласност у мишљењима наступа када је потребно да се та будућа, жељена унија ближе објасни. Федералисти тврде да се ради о политичком телу које имплицира тешње везе између власти држава чланица, унију влада држава чланица, међународну или наднационалну државу, да се послужимо језиком Јиргена Хабермаса¹⁸. Насупрот њима, значајан број аутора ову фразу тумаче тако да циљ није стварање тешње уније држава, већ ближе повезивање народа Европе, те се жељена, будућа унија има схватити као стварање блиских културних и духовних веза. Другим речима, ако је икад и постојала, „данас не постоји заједничка визија јединственог *telos*-а уније 28 држава чланица ЕУ. У најмању руку, нема јединственог циља политичке интеграције који је заједнички за све њих”¹⁹. Чак постоји озбиљна сумња да се иза ове формулације крије било каква конкретна политичка, а још мање правна обавеза²⁰.

Имајући све то у виду, нимало не чуди запитаност над садржајем супсидијарности као политичког начела. Одмах се намеће питање да ли то начело уопште ствара било какве обавезе субјектима правног поретка ЕУ, а посебно институцијама и државама чланицама у погледу структуре ЕУ и њене даље еволуције. Оно што је сасвим сигурно јесте да се на тачки 13 преамбуле УЕУ не може темељити никаква правна обавеза која би била подвргнута правосудној контроли и уживала заштиту Суда правде ЕУ²¹. Исто тако је ван сваке сумње да се супсидијарности као политичком начелу не може одрећи било какав значај. Реч је заправо о концепту који је инспирирао и снажно утицао на политичке перцепције држава чланица и изградњу консенсуса између њих о развоју институционалног система и балансирању вертикалне поделе власти у процесу измене оснивачких уговора ЕУ.

4. СУПСИДИЈАРНОСТ КАО РУКОВОДЕЋЕ НАЧЕЛО У ВРШЕЊУ ОВЛАШЋЕЊА ЕУ

Уговор из Лисабона углавном преузима формулације које су већ биле садржане у Уговору о ЕЗ, с тим што се у примарном праву ЕУ први пут, осим државног, помиње регионални и локални ниво организовања власти. Уз овај уговор усвојен је и Протокол бр. 2 о примени начела супсидијарности и пропорционалности, који укључује националне парламенте и Комитет региона у механизам праћења и контроле примене принципа супсидијарно-

¹⁸ Jürgen Habermas, „Why Europe Needs a Constitution“, *New Left Review* 11, sep oct 2001, 6-8.

¹⁹ *Ever Closer Union, Report of hearing held on 15th April, 2016* (eds. Simon Glendinning, Roch Dunin-Wasowicz), London School of Economics and Political Science, European Institute, London 2016, 8.

²⁰ *Ibid.*, 18.

²¹ Koen Lenaerts, Piet Van Nuffel, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, London 2011, 133.

сти на нивоу ЕУ. Па ипак, најзначајнија новина коју Лисабонски уговор доноси у вези са овим принципом јесте његово конституисање као руководећег принципа за ЕУ у целини, дакле за све области њеног деловања, укључујући бивши други и трећи стуб.

Начело супсидијарности представља регулаторни принцип у вршењу овлашћења која не припадају искључивој надлежности Европске уније²², односно у оним случајевима у којима ЕУ ужива подељена овлашћења или овлашћење да подржава, координира и допуњава активности држава чланица²³. Када је реч о подељеним овлашћењима, ЕУ може донети одлуку да стави изван снаге акт који је раније донела и препусти државама чланицама да регулишу релевантну материју, уколико то поштовање принципа супсидијарности и пропорционалности захтева²⁴.

Према слову оснивачког уговора²⁵ начело супсидијарности дозвољава ЕУ да врши своја овлашћења ако су испуњена два услова. Први од њих, тзв. негативни услов или тест неопходности (*necessity test*) састоји се у томе да државе чланице својим активностима не могу у задовољавајућој мери постићи циљеве које ЕУ намерава да оствари својом активношћу, било на државном, регионалном или локалном нивоу. У теорији се овај критеријум назива и тестом националне недовољности²⁶.

Други, позитиван услов или тест додатне вредности (*value added test*), односно компаративне ефикасности (*comparative efficiency*) захтева да се циљеви предложене мере, с обзиром на њен домашај и ефекте, могу боље постићи на нивоу ЕУ. Наиме, када је реч о овлашћењима која нису искључивог карактера, претпоставка је да су државе чланице превасходно позване да раде на остваривању релевантних циљева. ЕУ је, пак, допуштено да делује само ако државе чланице не могу постићи циљ предложене активности у довољној мери, већ ће то боље учинити ЕУ²⁷.

²² Чл. 3 Уговора о функционисању ЕУ (даље: УФЕУ). Суд правде је у неколико наврата потврдио становиште које одбацује примену начела супсидијарности у односу на искључива овлашћења ЕУ. Видети случајеве: C-288/11 P, *Mitteldeutsche Flughafen AG and Flughafengesellschaft v. Commission*, ECLI:EU:C:2012:821, para.79; T-31/07, *Du Pont de Nemours (France) SAS v. Commission*, ECLI:EU:T:2013:167, para.204-205; T-420/05 *Vischim Srl. v. Commission*, ECLI:EU:T:391.

²³ Чл. 4, 5 и 6 УФЕУ. Више о томе: Весна Кнежевић Предић, Зоран Радивојевић, „Границе надлежности Европске уније – начело поверених овлашћења“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3/2018, 108-128.

²⁴ Чл. 241 УФЕУ.

²⁵ Чл. 5, ст. 3 УЕУ

²⁶ Robert Schütze, „EU Competences Existence and Exercise“, *The Oxford Handbook of European Union Law* (eds. Anthony Arnall, Damian Chalmers), Oxford University Press, Oxford 2015, 91.

²⁷ *Ibid.*, 90. Занимљиво је да Протокол о примени начела супсидијарности и пропорционалности усвојен уз Амстердамски уговор изричито прецизира критеријум „незадовољавајућег постигнућа“, док Протокол бр. 2 уз Лисабонски уговор то не чини.

Већ помињани закључци Европског савета из Единбурга захтевају да се испита да ли ће активност ЕУ у конкретном случају донети предност која је толико значајна у односу на предност коју би донела активност држава чланица да ограничење њиховог деловања изгледа прихватљиво. Оцена да ли се на нивоу ЕУ боље постижу циљеви мора бити заснована на квантитативним, и када је год могуће, квалитативним мерилима. Неопходно је укалкулисати и све административне и финансијске трошкове који падају на терет ЕУ, држава чланица, регионалних и локалних власти, као и могућност да се они минимализују и доведу у сразмеру са циљевима које треба постићи²⁸.

Као адресат обавезе поштовања начела супсидијарности у оснивачком уговору се помиње ЕУ²⁹, што заправо значи да је морају поштовати све њене институције³⁰, као и сва тела, службе и агенције које извршавају поверена овлашћења. Деловању овог принципа подвргнути су сви акти ових органа без обзира да ли имају правно обавезујући акарактер. Посебан значај, међутим, примарно право ЕУ посвећује контроли примене начела супсидијарности у законодавном поступку. Стога поменути Протокол бр. 2 установљава посебну процедуру контроле примене овог начела како од стране органа учесника у законодавном поступку, тако и других институција када учествују у том процесу. Конкретно, реч је о њиховој обавези да узму у обзир мишљење националних парламената о усаглашености нацрта законодавног акта са начелом супсидијарности.

С друге стране, као бенефицијари обавезе поштовања начела супсидијарности појављују се државе чланице. Овај принцип не ствара никаква права за индивидуалне субјекте права ЕУ, тј. за физичка и правна лица. Као што је Суд правде истакао, „начело супсидијарности уређује вертикалну поделу власти, поделу власти између држава чланица и ЕУ, а не њихова овлашћења и обавезе према појединцима“³¹.

О значају који начело супсидијарности има у процесу функционисања ЕУ речито сведочи решеност твораца Лисабонског уговора да изграде механизам перманентног надзора над његовом применом, да у њега активно укључе националне парламенте чланица и обезбеде судски систем контроле. Ради се заправо о механизму који обезбеђује како *ex ante* контролу, односно систем раног упозоравања (*early warning system*), тако и правосудну или *ex post* контролу о којој ће бити речи нешто касније.

Према систему раног упозоравања свака од институција која учествује у процесу усвајања законодавних аката дужна је да поштује и обезбеди при-

²⁸ Чл. 5 Протокола бр. 2 уз Лисабонски уговор.

²⁹ Чл. 5, ст. 3 УЕУ.

³⁰ Чл. 13 УЕУ.

³¹ C-221/10 P, *Artgodan GmbH v. Commission*, EU:C:2012:216, para. 75.

мену начела супсидијарности³². Том приликом посебно значајна улога намењена је Комисији. Пре него што поднесе предлог законодавног акта она је у обавези да спроведе широке консултације са заинтересованим субјектима, узимајући у обзир регионалне и локалне димензије мере. Предлози законодавних аката морају садржати образложење у погледу поштовања начела супсидијарности и, када је то неопходно, посебан додатак који детаљно разматра ово питање.

Институције које учествују у законодавном поступку упућују националним парламентима нацрте свих законодавних аката и предлоге амандмана истовремено када и другим органима³³. Сваки нацрт акта мора садржати детаљна образложења која омогућавају националним парламентима оцену да ли је нацрт у складу са начелом супсидијарности³⁴. Национални парламент или дом националног парламента имају рок од осам недеља од дана достављања нацрта да пошаљу одговарајућој институцији образложено мишљење о томе зашто достављени нацрт сматрају супротним начелу супсидијарности³⁵.

Предлагач акта је дужан да узме у обзир достављено образложено мишљење. У случају да мишљење о несагласности са начелом супсидијарности подржи најмање једна трећина од укупног броја гласова које имају национални парламенти предлог акта се враћа Комисији на поновно разматрање (тзв. жути картон). Притом сваки национални парламент располаже са два гласа, а у случају дводомних парламената сваки дом има по један глас. Ако је реч о акту из области слободе, безбедности и правде³⁶ потребна већина за оспоравање сагласности са начелом супсидијарности износи једну четвртину гласова који припадају националним парламентима.

Комисија или друга институција којој је образложено мишљење упућено, може одлучити да измени, повуче или остане при предлогу акта. Ако се определи да задржи предлог неопходно је да своју одлуку образложи. У случају да се акт усваја у редовном законодавном поступку, а његовом предлогу се због непоштовања начела супсидијарности противи више од половине од укупног броја гласова додељених националним парламентима, Комисија је дужна да преиспита свој предлог. После тога она може изменити или повући свој предлог. Уколико, пак, одлучи да остане при предлогу обавезна је да у свом образложеном мишљењу наведе разлоге због којих сматра да је предлог законског акта у складу са начелом супсидијарности.

³² Чл. 1 Протокола.

³³ Чл. 4 Протокола.

³⁴ Чл. 5 Протокола.

³⁵ Чл. 6 Протокола.

³⁶ Чл. 76 УФЕУ.

Образложени предлог, заједно са ставом националних парламената, подноси се институцијама које су овлашћене да донесу законодавни акт. Ови органи заузимају свој став о спојивости законодавног акта са начелом супсидијарности у току првог читања. Савет може већином од 55% својих чланова, а Парламент већином својих чланова, предлог законодавног акта прогласити несагласним са начелом супсидијарности. У том случају предлог више неће бити предмет разматрања³⁷, односно законодавни поступак се не наставља (тзв. наранџасти картон)³⁸.

Парламенти чланица су се до сада у неколико наврата определили да искористе могућност *ex ante* контроле, усвајајући образложена мишљења о несагласности предлога законодавних аката ЕУ са начелом супсидијарности. Систем раног упозоравања први пут је активиран у мају 2012. године када је предлог Уредбе који је сачинила Комисија о начину вршења права колективног деловања у области слободе оснивања предузећа и слободе пружања услуга (тзв. *Monti II*) добио жути картон 12 од 40 националних парламената или њихових домова (укупно 19 гласова) због несагласности за начелом супсидијарности. Комисија је изјавила да предлог не крши ово начело, али га је ипак повукла. У октобру 2013. године национални парламенти и њихови домови из 13 држава чланица (укупно 18 гласова) дало је жути картон предлогу Уредбе о оснивању Канцеларије европског јавног тужиоца. Пошто је размотрила образложена мишљења националних парламената, Комисија је закључила да предлог не крши начело супсидијарности и одлучила да остане при њему. Том приликом изразила је своју намеру да уредбу спроведе кроз механизам ближе сарадње.³⁹

5. ПРАВОСУДНА КОНТРОЛА ПРИМЕНЕ НАЧЕЛА СУПСИДИЈАРНОСТИ

Правосудна или *ex post* контрола заснива се на надлежности Суда правде да одлучује у поступку оцене законитости легислативних аката ЕУ⁴⁰, а у

³⁷ Чл. 7 Протокола.

³⁸ Назив „жути картон“ настао је као резултат аналогије са сакцијама које се примењују у фудбалској игри. Други термин „наранџасти картон“ инспирисан је, чини се, саобраћајном сигнализацијом, односно светлима на семафору. Више о томе: Jean-Victor Louis, „National Parliaments and Principle of Subsidiarity – Legal Opinions and Practical Limits“, *European Constitutional Law Review*, 4/2008, 429-438.

³⁹ Видети: Commission, Annual Report 2012 on subsidiarity and proportionality, 30.7.2012 COM(2013) 566 final, 7; Commission, Annual Report 2013 on subsidiarity and proportionality, 5.8.2014 COM(2014) 506 final, 8. Више о томе: Davor Jančić, „The game of cards: national parliaments in the EU and the future of the early warning mechanism and the political dialogue“, *Common Market Law Review*, 52/2015, 945-948.

⁴⁰ Чл. 263 УФЕУ.

вези са обавезом поштовања начела супсидијарности. Активну легитимацију у овом поступку имају државе чланице или национални парламенти, односно њихови домови у чије име тужбу подноси влада државе којој припадају. Могућност да државе чланице подносе тужбе за поништај због повреде начела супсидијарности постојала је и раније,⁴¹ те Лисабонски уговор у том погледу не доноси ништа ново. Међутим, главна промена коју предвиђа Протокол бр. 2 је у томе што сада владе које заступају државе пред Судом то чине на иницијативу и у име националног парламента или једног од његових домована.⁴²

Из ове нове одредбе није сасвим јасно да ли национални парламенти и нека од њихових већа имају право да самостално подносе тужбу или у њихово име тужбу нотификује држава чланица као једини овлашћени тужилац у овом поступку. Преовлађује став да је овде реч о индиректној процесној легитимацији националних парламената чија имплементација захтева усвајање адекватних процедура на националном нивоу.⁴³ Према томе, законодавству сваке државе чланице препуштено је да уреди однос парламента и владе у вези са начином остваравања овог права. Интерни системи неких држава ово питање уносе у националне уставе (на пример, Немачка, Француска, Аустрија и Ирска⁴⁴), док је у већини других (нпр. Велика Британија) оно регулисано актима ниже правне снаге (законима или пословницима о раду парламената). У периоду након ступања на снагу Лисабонског уговора није поднета ниједна тужба за поништај због повреде начела супсидијарности од стране држава чланица на основу иницијативе или у име националних парламената.

Као други активно легитимисани подносилац тужбе за поништај због повреде начела супсидијарности може се појавити Комитет региона. У овом случају процесна легитимација Комитета резултат је његове основне функције заступника интереса локалних и регионалних власти на нивоу ЕУ због

⁴¹ Philipp Kiiver, „The Composite Case for National Parliaments in the European Union. Who Profits from Enhanced Involvement?“, *European Constitutional Law Review*, 2/2006, 247.

⁴² Чл. 8 Протокола.

⁴³ Више о томе: Зоран Радивојевић, „Реформа поступка судске контроле ваљаности аката институција Европске уније: тужба за поништај“, *Усклађивање права Србије са правом Европске уније* (ур. Саша Кнежевић), Правни факултет у Нишу, Ниш 2017, 40-42.

⁴⁴ Тако је, рецимо, немачким Основним законом ово право гарантовано и горњем (Bundesrat) и доњем (Bundestag) дому, с тим да је Bundestag дужан да подржи тужбу и у случају када једна четвртина његових чланова гласа за такав предлог (чл. 23, ст. 1, тач. а). За став Савезног уставног суда Немачке видети превод његове одлуке од 13. јуна 2009. године: *Common Market Law Review*, 12/2010, 371. Са своје стране француски устав прописује да ће се поступак због кршења начела супсидијарности покренути на захтев 60 чланова Доњег дома или/и 60 чланова Сената (Горњи дом), при чему први има 577, а други 348 чланова (чл. 88, ст. 6).

чега му је признато право да у саветодавном својству учествује у законодавном поступку. Протоколом бр. 2 Комитет региона добио је овлашћење да поднесе тужбу за поништај због повреде начела супсидијарности приликом доношења свих законодавних аката код којих је оснивачким уговором предвиђено његово консултовање⁴⁵.

После ступања на снагу Лисабонског уговора пред Судом правде није било ниједног предмета по тужби за поништај Комитета региона. За такво стање судске праксе доктрина нуди два могућа објашњења. Најпре, то се тумачи као евентуална последица успешног ангажовања овог Комитета на плану поштовања начела супсидијарности у предзаконодавним консултацијама због чега до сада није било потребе за подношењем тужбе за поништај по основу повреде овог начела. Друго могуће објашњење везано је за јуриспруденцију Суда која свакако не мотивише Комитет да користи своје ново овлашћење.⁴⁶ Наиме, Суд правде у овој материји није до сада показао активизам као у неким другим областима, што је можда обесхрабрило Комитет региона као потенцијалног тужиоца и утицало да своју активност преусмери на *ex ante* контролу примене начела супсидијарности.⁴⁷

6. ЗАКЉУЧАК

Досадашња разматрања упућују на наизглед парадоксални закључак да је супсидијарност можда један од најкритикованијих, презрених и ретко вољених концепата, да парафразирамо цитат са почетка овог текста, али свакако концепт који, захваљујући у првом реду вољи држава чланица, истрајава и чак се развија у праву ЕУ. У примарно право ЕЗ он је ушао тихо и безимено, као руководеће начело за вршење овлашћења у релативно уској и у то време новој области заштите животне средине. Са оснивањем ЕУ супсидијарност доживљава значајну еволуцију постајући како руководеће начело за вршење подељене надлежности у оквиру ЕЗ, тако и политички принцип организације новонастајуће ЕУ. Лисабонски уговор задржава супсидијарност у оба ова вида, али шири домен њене примене на све области подељене надлежности ЕУ. У исто време се појављују и развијају механизми који омогућавају имплементацију и контролу примене супсидијарности, али само у његовој функцији регулаторног начела. Насупрот томе, супсидијарност као политички принцип организовања ЕУ стагнира и остаје онаква каква је

⁴⁵ Чл. 8, ст. 2 Протокола.

⁴⁶ Tunjica Petrašević, „Postupci pred Sudom EU“, *Procesno-pravni aspekti prava EU* (ur. Tunjica Petrašević, Igor Vuletić), Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera, Osijek 2016, 40.

⁴⁷ Gabriel A. Moens, John Trone, „The Principle of Subsidiarity in EU Judicial and Legislative Practice: Panacea of Placebo?“, *Journal of Legislation*, 2015, Volume 41, Issue 1, 65-102

предвиђена и прописана уговором из Мاستрихта сада већ далеке 1992. године. Судбински повезан са концептом „све тешње уније народа Европе“, о чијем значењу сагласности још увек нема, тај политички принцип остаће неискоришћено средство великог потенцијала све док се не постигне консенсус о основним карактеристикама те жељене заједнице.

Развојни пут супсидијарности као начела које уређује начин на који се подељена овлашћења ЕУ врше дуг је и богат. Његов домаћај је, чини се, најшири могућ јер се примењује на сва овлашћења ЕУ, изузев искључивих овлашћења. Круг аката који су подвргнути контроли је, такође, најшири могућ. Посебно створене процедуре за контролу примене начела супсидијарности у поступку усвајања законодавних аката постоје и то како *ex ante*, тако и *ex post*. Увођење националних парламената у ове поступке требало је да ту контролу ојача и да јој демократски легитимитет. Уколико постоји незадовољство њиховим функционисањем, јер се сматра да, упркос свему, ЕУ и даље на себе преузима овлашћења која би ваљало оставити државама чланицама или чак нижим нивоима власти, терет кривице за такво стање не може се превалити искључиво на Комисију и Савет. Пре ће бити да се у оним институцијама од којих се највише очекивало, а то су национални парламенти, још увек није кумулирао довољан квантум сагласности о томе да је нека од предложених мера заиста супротна начелу супсидијарности. Другим речима, околност да механизам који стоји на располагању није донео резултат у погледу очувања домена држава чланица још увек не значи да је супсидијарност лишена своје заштитне улоге.

С друге стране, опрез који је Суд правде показао у ретким споровима који се тичу супсидијарности не мора да буде разлог за задовољство, али се може схватити и као спремност овог органа да поштује границе између правосудне функције, чији је он носилац, и функција институција укључених у поступак усвајања аката, тј. Комисије, Савета и Парламента, који су, између осталог, овлашћени да предложи и одлуче о потреби усвајања неке мере и правном основу на коме ће се она засновати. Рецимо, на крају, да се начелу супсидијарности не може замерити да је изневерило функцију заштите индивидуалног субјекта и његове приватне сфере. Увођење овог начела у право ЕУ никада није обећавало заштиту физичких и правних лица од стране јавних власти, било на нивоу ЕУ или на нивоу држава чланица. Чак ни у свом тврђем правном облику, супсидијарност као регулаторни принцип у вршењу овлашћења ЕУ, није имало такву улогу, будући да му је изреком одузето непосредно дејство.

Zoran R. Radivojević, Ph.D., Full Professor
University of Niš
Faculty of Law Niš
zoranr@prafak.ni.ac.rs

Vesna P. Knežević Predić, Ph.D., Full Professor
University of Belgrade
Faculty of Political Sciences Belgrade
vesna.knezevicpredic@fpn.bg.ac.rs

The Principle of Subsidiarity and its Application in European Union Law

Abstract: *The principle of subsidiarity embodies the idea of conferring a specific power to the higher level or wider community only provided that it is more effective for accomplishing the envisaged objectives than the action taken at the lower level of authority. Taken from the constitutions of some of the EU Member States, this principle was first introduced into the primary law of the European Communities, although without an explicit reference, as a guiding principle in the field of environmental protection. With the establishment of the European Union, the subsidiarity principle has substantially developed, both as a main principle of political organisation for the EU and as a governing principle in the exercise of non-exclusive powers which are conferred to the EU. The Lisbon Treaty has retained the principle of subsidiarity in both aforementioned forms, but it extends the scope of its application to all areas of the EU activities, including the former second and the third pillar. Concurrently, it establishes mechanisms which enable the implementation and continuous monitoring of the application of the subsidiarity principle in the process of adopting legislative acts. It is actually a mechanism that ensures ex ante control, which entails an early warning system involving the scrutiny of national parliaments of Member States. On the other hand, the judicial or ex post control is carried out by the Court of Justice in the process of judicial review, on the basis of filed actions for annulment on the ground of violation of the subsidiarity principle. In addition to the Members States, the applicants authorized to initiate this proceeding are also the national parliaments, their chambers or the Committee of the Regions.*

Keywords: *subsidiarity, European Union, Lisbon Treaty, early warning system, judicial control.*

Датум пријема рада: 14.11.2018.

Др Саша Б. Бован, редовни професор
Универзитета у Београду
Правни факултет у Београду
bovan@ius.bg.ac.rs

ПОЈАМ ТУМАЧЕЊА ПРАВА ПОСМАТРАНО СА СТАНОВИШТА ЈЕДНЕ СОЦИОЛОШКЕ ТЕОРИЈЕ ПРАВНОГ РАСУЂИВАЊА

Сажетак: У овом раду је изложен предлог једне прагматичке, али, у исто време, и синтетичке дефиниције постојка тумачења права који треба да изрази јединство субјективне и објективне теорије правног расуђивања. Осим тога, покушаћемо да докажемо како постојећи заузети у раду омогућава превазилажење слабости ових теорија онда када се тумачење права одређује као откривање “воље законодавца” или “воље закона”. Коначно, биће предложени аргументи да један такав постојећи у највећој мери корелира са правном праксом, односно да се постојећи правничког резонавања у судници заиста одвија по овом моделу.

Теоријска платформа овог постојећа изражена је кроз једну социолошку теорију тумачења права коју смо формулисали у серији ранијих радова из ове области. Суштина ове теорије је у хипотезирању мале премисе јуристичког закључка, када се указује на моменат објашњења чињеница који се умишља између њиховог утврђивања и квалификације, што постојећи тумачења права даје изглед једне развијене микросоциолошке анализе.

Кључне речи: Тумачење права. – Субјективна и објективна теорија правног расуђивања. – Природа јуристичког закључка. – Социолошка теорија тумачења права.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Социологизација јуристичке херменеутике, тј., заснивање једног реалистичког и прагматичког приступа овој материји је наша интелектуална преокупација у последњих десетак година. Овај наум, по себи амбициозан, подразумевао је, наравно, одређене теоријске изворе и узоре. У том смислу,

два најчвршћа епистемолошка међаша ових напора оличени су у теорији правног расуђивања америчких и скандинавских правних реалиста. Њихов значај за истраживања у изложеном правцу био је велики, поготово имајући у виду уврежено схватање у литератури из ове области да наука (социологија) најмање има шта да каже на тему природе правног расуђивања.¹

Међутим, у читавој овој интелектуалној авантури некако је испало да је у свим нашим радовима из области правне херменеутике најмање цитирано управо аутора који су представници ове две теоријске оријентације. Тако је дошло време за враћање академских дугова. У том правцу, у једном од последњих радова детаљно смо приказали на који начин социолошка теорија права кореспондира са америчким правним реализмом.² Драго нам је да се реафирмација и реинтерпретација њихових идеја, нарочито на тему тумачења и примене права, управо одвија у америчкој правној филозофији, на пример код Б. Лајтера, Б. Таманахе, Џ. Зарембија, В. Твининга, итд..³ Када се ради о скандинавском правном реализму, нарочито нас је задужио А. Рос, сигурно најзнаменитији представник овог теоријског правца. Наиме, у финализацији сопственог гледишта на ову тему, управо Росова радикална критика постојећих теорија правног расуђивања понајвише нас је инспирисала у правцу формулисања једне синтетичке дефиниције тумачења права која ће изразити: (1) јединство субјективне и објективне теорије тумачења права; (2) једну нову равнотежу у односу велике и мале премисе јуристичког закључка; и (3) релативно јасно формулисане критеријуме правне интерпретације; (4) те изразити поступак тумачења права онако како се он и заиста одвија у судници.

2. ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА КАО „ОТКРИВАЊЕ” ЗНАЧЕЊА ОПШТЕ ПРАВНЕ НОРМЕ

Но, вратимо се на почетак. Посматрано у нашој литератури, пре свега оној уџбеничког карактера јер монографских дела из правне херменеутике практично нема (осим Р. Лукића), наилазимо на доминантно одређење тумачења

¹ Један такав приступ у нашој литератури, на крају догматски и површан, код: Јасминка Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова рејторика*, Београд 2006, 101-102..

² Саша Бован, „Амерички правни реализам као покрет праведног права“, *Правни животи* 12/2017, 475-497

³ Justin Zaremby, *Legal Realism and American Law*, New York-London-New Delhi-Sidney 2014. William Twining, *Karl Llewellyn and the realist movement*, Cambridge 2012. Brian Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist – Realist Divide: The role of Politics in Judging*, New Jersey 2010, 91-108. Dragan Milovanović, *An Introduction to the Sociology of Law*, New York 2003, 109-117. Brian Leiter, “Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalize Jurisprudence”, *Texas Law Review* 2/1997, 267-285.

права где се каже, на пример код Д. Митровића, да је у питању утврђивање правог (истинитог, исправног, тачног) значења правне норме,⁴ при чему остаје могућност (према различитим школама) да право значење правне норме може бити само њено језичко значење или да право значење не мора бити везано за језичко значење норме (чиме се отвара питање судског стварања права).⁵

Иначе, идеју о тумачењу права као откривању правог значења правне норме увео је у нашу литературу Р. Лукић. Конструкција „право значење правне норме” код њега подразумева оно значење које изражава улогу норми у друштву.⁶ Овим приступом Лукић стаје на позицију објективне теорије тумачења права, а својим ставом да се језичко и право значење правне норме врло често не подударају,⁷ отвара простор једном правнохерменеутичком релативизму који нас може одвести даље од одређења где се каже да је тумачење права откривање значења правне норме. Лукић ипак није направио тај корак даље, ка идеји тумачења права као “формирању” а не “откривању” значења правне норме. Он наиме сматра да се исправљање језичког значења правим значењем ипак испољава као избор између једног од могућих језичких значења неке правне норме.⁸

Ово Лукићево гледиште, али у смислу потпуног епигонства и неинвентивности проналазимо и код Б. Кошутића. Иако указује на идеје херменеутичког релативизма, те говори да тумачење права није само откривање значења већ и једна врста вредновања,⁹ он опстаје на Лукићевој позицији тумачења права као избору између могућих језичких значења, али у једној немуштој формулацији (тумачење права као утврђивање најприхватљивијег значења правне норме).¹⁰

У нашој старијој литератури из ове области (рачунајући аутор из региона), помињемо тек оне најпознатије, пре свега Н. Висковића и М. Павчника, који међутим и сами стоје на становишту да је тумачење права избор између једног од могућих језичких значења правне норме.¹¹ Наравно, овим ауторима није страна идеја да се тумачење права посматра са становишта херменеутичког релативизма (Висковић – када указује на контекст тумачења и вишезначност норми, Павчник – исто, само што контекст тумачења посматра са становишта

⁴ Драган М. Митровић, *Увод у право*, Београд 2014, 247, 266.

⁵ *Ibid.*, 267-268.

⁶ Радомир Д. Лукић, *Тумачење права*, Београд 1961, 73-74.

⁷ *Ibid.*, 49, 185.

⁸ *Ibid.*, 78, 185.

⁹ Будимир Кошутић, *Увод у јуриспруденцију*, Подгорица 2008, 262-263.

¹⁰ *Ibid.*, 264.

¹¹ Никола Висковић, *Теорија државе и права*, Загреб 2006, 242-243. Маријан Павчник, *Теорија права*, Љубљана 2007, 477-478.

Гадамеровог појма предразумевања),¹² али, коначно, тумачење права се ипак посматра као избор једног од могућих значења које је „право значење“ или „најпогодније значење“ с обзиром на интенције творца нормe и других чинилаца везани за контекст примене норми.

У нашој новијој литаратури из ове области проналазимо решења која су на трагу управо представљених. Тако је у случају К. Чавошког који под тумачењем у првом кораку подразумева откривање значења неког текста (законске нормe),¹³ а да потом у другом кораку, полазећи од природе правних норми те њихове неодређености услед тога, заузима релативистичку позицију критикујући улогу правосуђа посматрано кроз топос судије као логичког аутомата.¹⁴

Најновији уџбеник из Увода у право на Правном факултету у Београду такође садржи дефиницију где се тумачење права испољава као откривање или утврђивање значења правне нормe.¹⁵ Исто тако, указује се на потребу посматрања интерпретације права са становишта херменеутичког релативизма,¹⁶ мада идеја тог релативизма није „уграђена“ у дефиницију тумачења права, нити је изведена на равни одређења циљног тумачења (објективно – функционалног тумачења по овим ауторима), које се сасвим неодређено посматра као сазнавање циља или циљева нормe, те откривање аргумената „да ће конкретна одлука у конкретном случају бити у складу са тим циљем или циљевима“.¹⁷

Посматрано на равни шире литературе поменућемо неколико аутора чији радови у последњих 20-30 година дају основни тон развоју правне херменеутике. Тако на пример Р. Алекси, предлаже једну типологију средстава тумачења права (*die Mittel der Interpretation*) гд се поред стандардних канона тумачења права појављују и општи практички аргументи,¹⁸ које он дели на телеолошке и деонтолошке.¹⁹ Алекси придаје већи значај овим аргументима у односу на институционалне аргументе (стандардни канони тумачења: језичко, систематско, генетичко),²⁰ тако да у неком смислу његова теорија представља прелаз од субјективне на једну мешовиту теорију тумачења

¹² Никола Висковић, *Појам ѡрава*, Сплит 1981, 289-290. Маријан Павчник, “О Лукићевом тумачењу права“, *Научно наслеђе Радомира Д. Лукића* (ур. Д. Баста, С. Аврамовић), Београд 2015, 13.

¹³ Коста Чавошки, Радмила Васић, *Увод у ѡраво*, Београд 2011, 358, 365.

¹⁴ *Ibid.*, 371-378.

¹⁵ Радмила Васић, Миодраг Јовановић, Горан Дајовић, *Увод у ѡраво*, 325.

¹⁶ *Ibid.*, 323-324.

¹⁷ *Ibid.*, 352.

¹⁸ Robert Alexy, „Juristische Interpretation“, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie* (hrsg. R. Alexy), Frankfurt am Main 1995, 84.

¹⁹ *Ibid.*, 89.

²⁰ *Ibid.*, 88.

права са јаким ослоном на силогистику када говори о интерном оправању пресуде, тј. о аргументативној структури правне аргументације. Међутим, када даје дефиницију тумачења права он се враћа на субјективну теорију и на идеју о тумачењу као откривању (избору) значења када каже да се правна интерпретација састоји у избору између више интерпретативних алтернатива на основу аргумената (*Die Interpretation besteht daher aus der Wahl zwischen mehreren Interpretationalalternativen aufgrund von Argumenten*).²¹

Тако је и код Макормика који такође тумачење посматра као одлучивање о значењу које се сматра најразумнијим у датом контексту (*Interpretation is forming a judgment to resolve the doubt by deciding upon some meaning which seems most reasonable in the context*).²²

Ипак, најодлучнији повратак на управо изложену дефиницију тумачења права проналазимо код А. Барака, израелског судије највиших судова и теоретичара права, чију је књигу о тумачењу права високо оценио и Р. Алекси. Но, питање је да ли код њега има неког квалитативног искорака. Барак је на ову тему прво неодређен када каже како је тумачење права рационална активност којом се приписује значење неком тексту,²³ Он се потом више пута изјашњава на ову тему када се изричито враћа на позицију субјективне теорије тумачења права јер тврди да је правна интерпретација избор једног од могућих лингвистичких значења (семантичких могућности) текста.²⁴ Он наравно признаје судијску креативност у поступку примене права, али је, забринут за правну сигурност и принцип поделе власти, ипак заговорник једне у суштини субјективне теорије тумачења права што се види и из дефиниције коју брани.

Наравно, дискусија на ову тему не може проћи без указивања на идеје америчке правне теорије, у овом случају на ставове текстуалиста (оригиналиста), који стоје на позицији субјективне теорије правног расуђивања и појмовног одређења тумачења права где се оно посматра као избор између једног од могућих језичких значења текста. Овом приликом помињемо два можда најупорнија, а може се рећи и најстраственија заговорника ове концепције: једно је А. Скалиа, судија Врховног суда САД, а друго, из области правне теорије, Р. Познер. А. Скалиа је заправо најдоследнији заговорник субјективне теорије тумачења права у САД који инсистира да се под тумачењем права подразумева само откривање оног значења које је у текст закона утиснуо законодавац (семантичко значење текста).²⁵ Овако резонује

²¹ *Ibid.*, 78.

²² Neil MacCormik, "Argumentation and Interpretation in Law", *Ratio Juris* 6/1993, 20.

²³ Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton-Oxford 2005, 3.

²⁴ *Ibid.*, 7, 23, 89, 91, 208, итд.

²⁵ Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton- New Jersey 1997, 23-24. Још оштрије и исцрпније у том правцу: Antonin Scalia, Brian A. Garner,

и Р. Познер, који упорно иступа са тезом да је објективно тумачење заправо субјективније од субјективног,²⁶ а који присталице објективне теорије означава синтагмом „хиперактивно судство”.²⁷ Овде не треба ићи даље у доказивању кореспонденције између оригинализма и дефиниције тумачења права као „откривања” ауторовог значења (воље законодавца), између осталог и стога што је једно овакво одређење, како каже. П. Брест, најупечатљивија одлика оригинализма као доктрине правног расуђивања.²⁸ Иначе, увек при помињању спорова у америчкој правној теорији указујемо и на Р. Борка, судију и теоретичара права који у својим радовима можда најубедљивије износи теоријско – идеолошку платформу оригинализма, а све против судијског активизма који по њему субверзивно мења систем традиционалних вредности америчког друштва.²⁹

Најзад, остаје нам да се критички осврнемо на дефиниције тумачења права које наступају под заставом тумачења права као „откривања” воље законодавца, тј. једног од могућих језичких значења закона. У том правцу најважније је указати на следеће:

(1) Све могуће дефиниције тумачења права које реферирају ка семантичкој димензији текста (закона) кореспондирају са субјективним теоријама тумачења права унутар којих се воља законодавца појављује као кључни критеријум тумачења закона;³⁰

(2) С обзиром да воља законодавца није поуздан критеријум правне интерпретације из разлога неспорних у теорији тумачења права,³¹ у правној

Reading Law: The Interpretation of Legal Text, St. Paul 2010.

²⁶ Richard A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge 2008, 365.

²⁷ *Ibid.*, 364. Видети више Драгутин Аврамовић, „Ричард Познер подвлачи црту – правни реализам као одговор на изазове данашњице“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2015, 1231-1245.

²⁸ Paul Brest, „The Misconceived Quest for the Original Understanding”, *Boston University Law Review* 60/1980, 204-238.

²⁹ Нарочито у књизи: Robert H. Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, Washington, D. C. 2003. Видети више Драгутин Аврамовић, „Одлука или норма – слободно судијско уверење као претња владавини права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2012, 311-325.

³⁰ Унутар ових теорија поред воље законодавца који је више или мање јасно изражена појављује се као критеријум тумачења права и легислативна прошлост закона. Детаљније код: Andrei Marmor, „Textualism in Context”, *Legal Studies Research Paper Series* 2012, 2-3. G. Hassold, «Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes – subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung», *Ztschr. für Zivilprozes* 2/1981, 199. Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart 1956, 80. Alf Ros, *Pravo i pravda*, Podgorica 1996, 168-169, итд.

³¹ Типично о тим разлозима у новијој немачкој литератури из ове области код: Ingeborg Pupe, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, Göttingen 2011, Детаљније о тешкоћама тумачења права (где спадају пре свега: 1. семантичка неодређеност језика; 2. инхерентна неодређеност правног језика с обзиром на општост правних норми и коришћење правних

херменеутици преовлађују мешовите теорије тумачења права по матрици о којој говори Г. Хасолд: субјективна теорија допуњена (употпуњена) са елементима објективне теорије.³² Као типичан пример у овом смислу може да послужи теорија Енекеруса и Нипедрија, који полазе од воље законодавца као критеријума тумачења закона. Они чак изричито тврде да је само откривање воље законодавца примена права *secundum legem*, док је све друго примена права *praeter legem* или чак *contra legem*.³³ Међутим, свесни ограничености субјективне теорије, у своју формулу тумачења права укључују и елементе објективне теорије у виду „корекције тумачења према вредности резултата”,³⁴ када се заправо тумачење подешава према одговарајућим етичким, друштвеним или привредним схватањима.

Овде се у суштини ради о покушајима релативизације позиција субјективне теорије тумачења права према владајућим трендовима у општој (филозофској) херменеутици, нарочито после Гадамера. Ублажава се тврда позиција субјективне теорије тумачења права по којој је тумачење откривање воље законодавца, тј. откривање једног и несумњивог значења правне норме. Међутим, тај херменеутички релативизам, тј. признавање извесне судијске креативности и слободе, поготово имајући у виду тешкоће пред којима се налази судија који доноси одлуку, остаје суздржан и сапет, тј. није добио одговарајући правнохерменеутички израз. Коначни домет овог приступа је дефиниција тумачења права по којој се овде ради, не о откривању значења правне норме него о избору једног од њених могућих језичких значења.

(3) Изложене дефиниције тумачења права оптерећење су силогистиком и телеологизмом. Полази се од тога да одговарајућа логичка форма (силогистика – *modus barbara*) омогућава поуздани закључак, при чему се тумачење права коначно испоставља као одлучивање полазећи од циљева регулисања, када се заправо и дефинитивно одиграва суштинска епистемолошка и (практичка) дискриминација мале премисе јуристичког закључка.

(4) Потребно је нарочито нагласити да дефиниције тумачења права које се свде на откривање једног или више могућих језичких значења правне норме, када се открива воља законодавца, показују једну неоправдану претензију на објективност. Овде би једна, тек квантитативна анализа садржаја ових дефиниција, убедљиво показала да је „објективност у одлучивању”

стандарда; 3. динамика, сложеност и идеологичност друштвених односа; 4. садржинска неодређеност основних правних начела (циљевљ регулисања правног поретка – правда, правна сигурност, мир); 5. међусоби однос циљева регулисања – циљеви регулисања могу бити застарели, противречни, алтернативни, конкурентски постављени, у нашој књизи: Саша Бован, *Правна херменеутика између филозофије и логики*, Београд 2014, 50-66.

³² G. Hassold, 210. Тако и Барак: A. Barak, 152-153.

³³ Ludvig Ennecerus/Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner teil des Bürgerlichen Rechts*, vol.1, Tübingen, 324-325, 326.

³⁴ *Ibid.*, 331.

реч која се у највећој мери везује за њих. Наравно, овде није место једној таквој анализи, али преглед оних дефиниција тумачења права из наше литературе недвосмислено указује на једну овакву тенденцију. Уосталом, сужавање херменеутичког контекста на његов семантички оквир, што је неспорно у овим дефиницијама, само по себи је доказ да се сматра како семантика, потпомогнута са силогистиком и телеологизмом, подразумева и објективност у тумачењу права (доношењу судске одлуке).

(5) Најзад, непоузданост воље законодавца као критеријума тумачења правних норми, те коначно непоузданост изложених дефиниција правног резонувања, нарочито долази до изражаја приликом покушаја да се изложи схватање које ће у себи укључити оправдане и озбиљне критике упућене семантичким дефиницијама. Б. Ритерс, један од најреспектабилнијих аутора из ове области, у чланку где је у полемици са В. Хасмером у најјаснијем и оштром виду изложио становиште субјективне теорије тумачења права (полемика вођена у часопису *Rechtstheorie* 2008-20009. године), имајући у виду поменуте критике из табора објективне теорије, закључује, сасвим неуверљиво па и бизарно, како је кључни критеријум тумачења права размишљајућа послушност (*denkedem Gehorsam*) према закону.³⁵

3. ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА КАО „ФОРМИРАЊЕ” ЗНАЧЕЊА ОПШТЕ ПРАВНЕ НОРМЕ

Према изложеној матрици чини се неспорним да дефиниције тумачења права које говоре о формирању значења треба (1) везати за објективне теорије тумачења права и (2) да оне подразумевају широко отварање простора судијској креативности и слободи. Ове се дефиниције могу изразити тако што ћемо рећи да је тумачење права откривање значења правне норме полазећи од тренутка примене (*ex nunc*), а не према времену доношења неког закона (*ex tunc*).

Оваквих дефиниција има две врсте – идеалистичке и реалистичке (прагматичке). У идеалистичким се дефиницијама, на пример код К. Ларенца, тумачење права испољава као откривање објективног смисла закона (*objektivierter Geist*),³⁶ односно објективираних опште правних воља (*objektivierten allgemeinen Rechtswillen*).³⁷ Ипак, у литератури преовлађују реалистичке дефиниције тумачења права које имају превагу и над оним утемељеним на субјективним концепцијама правног расуђивања. Унутар ових дефиниција

³⁵ Bernd Rüthers, „Methodenfragen als Verfassungsfragen“, *Rechtstheorie* 3/2009, 283.

³⁶ Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960, 239-240.

³⁷ *Ibid.*, 240.

указује се на контекстуални карактер правне интерпретације, односно да се као основни критеријум тумачења појављују садашњи (реални, данашњи, савремени) друштвени односи, односно актуелне потребе и интереси заједнице. Тако је на пример код Ф. Бидлинског који каже да је тумачење права, у својој суштини и када се нађемо пред тешким случајевима „откривање релевантне садржине закона тако што се стручно и са дужном пажњом оцењује ообјављени текст у контексту садашњих односа”.³⁸ Убедљиво у том смислу делује и резоновање Р. Ципелијуса који каже да „онда када јасно препознатљиве законодавне одлуке о циљевима и сврсисходности више не одговарају социјално – етичким представама које данас важе, сасвим је легитимно закон интерпретирати сходно савременим представама” (*Auch dann aber, wenn deutlich erkennbare gesetzgeberische Ziel und Zweckmäßigkeitssentscheidungen den heute herrschenden sozaillethischen Vorstellungen nicht mehr entsprechen, ist es legitim, das Gesetz den heutigen Vorstellungen gemäß umzuinterpretieren*).³⁹

У дефиницијама овог типа, у коначници, тумачење права се испољава као трагање за вољом закона, односно откривање језичког значења које изражава ту вољу. Код Ларенца је то објективна воља закона (правнохерменеутички идеализам), док је код већине аутора то воља закона која изражава савремене потребе, интересе и културне вредности неке заједнице (правнохерменеутички реализам, прагматизам).⁴⁰

Овде се поставља питање како закон може имати своју вољу независно од воље законодавца, односно како се воља законодавца може разликовати од тренутка доношења до тренутка његове примене, или мало кроз шалу и афористички речено, како нешто жељено и намеравамо, може и само да жели и намерава. Такође је у том духу и Енгишова констатација да према објективној теорији испада да закон може да буде паметнији од законодавца, а интерпретатор паметнији од закона.⁴¹ Како указује И. Пупе, овде се очигледно ради о фикцији којом се воља законодавца замењује вољом онога ко тумачи закон.⁴²

Коначно, белодано је да се унутар ових дефиниција иза еуфемизма о „откривању воље закона“, заправо крије одређење где се каже да је тумачење права увек и неизоставно „формирање“ значења опште правне норме.

У социолошкој теорији тумачења права коју ћемо сасвим сажето изложити у следећем одељку брани се ова позиција. Међутим, поставља се питање,

³⁸ Франц Бидлински, *Правна методологија*, Подгорица 2011, 31-32.

³⁹ Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, München 2003, 51-52.

⁴⁰ G. Hassold, 200.

⁴¹ K. Engisch, 104.

⁴² I. Puppe, 95.

како се идеја о тумачењу закона као формирању значења конкретно испољава и развија унутар објективних теорија правног резонаовања?

Тада се заправо сусрећемо са једним херменеутичким антропоморфизмом који се у првом кораку испољава као аксиологизација мале премисе јуристичког закључка, док се у другом кораку хипостазирањем велике премисе одвија процес аксиоматизације правног тумачења. Антропоморфизам ових теорија огледа се у чињеници да судија није више неко ко тумачи закон већ се ставља у позицију законодавца. Аксиологизација мале премисе испољава се тако што се једном телеолошком инверзијом „садашњи друштвени односи“ који треба да изразе случај тумачења у његовом фактицитету и одређеном емпиријском оквиру идеализују кроз појмове као што су „доминантне културне вредности“ или „савремене представе заједнице“, итд. „Садашњи друштвени односи“ се тада испољавају као један вредносни садржај и исти такав критеријум тумачења права. Елем, тумачење се тада испољава као једна објективно – телеолошка операција у којој се хипостазира велика премиса јуристичког закључка (чињенице се мере према циљевима, а не обрнуто, где треба циљеве регулисања самеравати према чињеницама случаја који се нашао пред судијом). Коначно, ово хипостазирање велике премисе подразумева, логички посматрано, њену аксиоматизацију и силогистичку форму јуристичког закључка (судијског одлучивања)..

У сваком случају, удаљавањем од воље законодавца полазећи од фикције воље закона и сличних, критеријуми тумачења закона постају неодређени и магловити, а дефиниција по којој је тумачење права формирање значења опште правне норме постаје крајње непоуздана и прексеолошки неплаузибилна, оптерећена хипотеком субјективности и арбитрерности.

У том правцу поучно и убедљиво делује упозорење Б. Ритерса који тврди да због оптерећености различитим херменеутичким фикцијама објективна теорија тумачења права постаје субјективнија од субјективне теорије. Он доказује ван сваке сумње да размишљање сходно конкретном поретку (*das Denken in konkreten Ordnungen*),⁴³ или трагање за објективним смислом закона (*Objektiver Sinn der Norm*),⁴⁴ није ништа друго него једна фикција којом се прикрива судијско стварање права. На ту тему он каже „да не постоји једна засебна воља закона. Таква фикција води у свет правних бајки. Ако се призивају воља и дух закона, онда се не појављује ништа друго него воља призивача“ (*Einen eigenen Willen des Gesetzes gibt es nicht. Seine fiktion führt in eine juristische Märchenwelt. Wenn der Wille und der Geist des Gesetzes beschworen werden, erscheint nichts anderes als der Wille des Beschwörers*).⁴⁵

⁴³ B. Rüthers, 260.

⁴⁴ *Ibid.*, 264.

⁴⁵ *Ibid.*, 262.

У литератури из ове области на тлу САД, унутар објективне теорије тумачења права, овај поступак се такође посматра кроз идеју формирања значења само што се тамо користи појам „приписивање значења“, на пример код А. Мармора.⁴⁶ Он долази до дефиниције тумачења као приписивања значења (*attribution of meaning*) указујући на контекстуални и конструктивни карактер тог поступка. У оквиру опште теорије тумачења Мармор обрађује контекстуални карактер тумачења позивајући се на лингвистичку прагматику тврдећи како значење неког исказа у највећој мери одређује контекст његове употребе, а то значи одређени ванјезички садржај.⁴⁷ Указујући на контекстуални карактер тумачења Мармор развија идеју о конструктивном карактеру тумачења. Наиме, он тврди како тумачење не можемо изједначавати са разумевањем значења једног текста, већ је оно нешто наметнуто (додато) значењу (*Hence the conclusion that interpretation should not be equated with understanding the meaning of an expression, but be seen as parasitic on the latter*).⁴⁸ Другим речима, Мармор тврди да је тумачење увек нешто друго и ново у односу на буквално (језичко, семантичко) значење.

У оквиру теорије правног разумевања Мармор је присталица, сасвим логично, објективне теорије тумачења права. Његов пут ка овој херменеутичкој опцији полази од критике субјективне теорије тумачења када прави разлику између непосредних и даљих намера (*further intentions*) законодавца где постојање ових других указује на све апорије историјског тумачења.⁴⁹ Када говори о судијском одлучивању његов концепт приписивања (формирања) значења у поступку тумачења изражен је ставом где каже: „Судијске одлуке увек додају тексту нова правна значења, а стога и нова правна рачвања и тиме мењају, у правном смислу, и сам текст, а не само наше разумевање текста“ (*Judicial decisions attach new legal meanings, and thus new legal ramifications, to the text, and in this they change, in the legal sense, the text itself, not only our understanding of it*).⁵⁰ Међутим, синдром аксиологизације погађа и његову теорију правног расуђивања. Наиме, као кључни критеријум тумачења код Мармора искрсавају „моралне и етичке вредносни које су заједничке за целу заједницу“,⁵¹ где уочавамо идеализацију концепта „садашњих друштвених односа“ који је иначе базични критеријум интерпретације права унутар објективних теорија.⁵²

⁴⁶ Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Portland 2005, 10.

⁴⁷ *Ibid.*, 19.

⁴⁸ *Ibid.*, 15-16.

⁴⁹ *Ibid.*, 127-129.

⁵⁰ *Ibid.*, 165.

⁵¹ *Ibid.*, 161.

⁵² Критика оригинализма (текстуализма) и залагање за објективну теорију тумачења права, у истом духу као код Мармора, код: Frank B. Cross, *The Failed Promise of Originalism*, Stanford 2013, Steven Calabresi, *Originalism: A Quarter-Century of Debate*, Washington, D.C,

Критички осврт на дефиниције тумачења права које правно расуђивање посматрају као откривање воље закона, тј. полазећи од идеје „формирања значења“ подразумева следеће закључке: (1) Овај тип дефиниција ослања се на објективне теорије тумачења права, нарочито оне које су израз једног херменеутичког реализма и прагматизма; (2) У овим теоријама се широко отварају врата судијској креативности и слободи која код неких аутора иде до граница отвореног волунтаризма;⁵³ (3) Као неминовна последица претходног подразумева се да су критеријуми тумачења унутар ових теорија и истих таквих дефиниција још непоузданији него у случају субјективних теорија тумачења права; (4) Ове су дефиниције тумачења права оптерећене телеологизмом, попут оних субјективних, што значи да се не увиђа значај мале премисе за разумевање поступка тумачења права; (5) Дефиниције тумачења права које овај поступак посматрају као формирање значења правне норме такође претендују на објективност која ипак остаје њихов недостижни сан;⁵⁴ (6) на крају крајева, када ове дефиниције суочимо са критикама из табора субјективних теорија права оне показују немоћ (као и у супротном случају) да пруже једну реалну и оперативну дефиницију тумачења права кроз коју ће судије, тужиоци и адвокати препознати оно чиме се заиста и баве у судници. Тако на пример Мармор, у покушају да коначно сагледа поступак тумачења права полазећи од правне праксе и критика којима је изложена објективна теорија тумачења права не успева да закључи ништа друго него да каже како се судије у свом раду морају придржавати здравог моралног расуђивања (*sound moral judgment*).⁵⁵

Посматрано како на равни субјективних тако и објективних теорија тумачења права управо изложени став А. Мармора, као и онај Б. Ритерса на крају претходног одељка, показују како ове теорије не успевају да формулишу поуздане критеријуме интерпретације права, па на крају ни одговарајуће дефиниције којима ће сагледати поступак тумачења права у свој његовој

2007. David O. Brink, „Legal Interpretation, Objectivity and Morality“, *Objectivity in Law and Morals* (ed. B. Leiter), Cambridge 2001, 12-57.

⁵³ Тако код: Winfried Hassemer, „Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik“, *Rechtstheorie* 1/2008, 1-22. Овај аутор чак сматра да се једини критеријум тумачења права налази у „глави судије“ и његовој разумној процени случаја без позивања на било које каноне правне интерпретације: *Ibid.*, 17-21.

⁵⁴ Типично код Ларенца код кога се општа правна воља или дух закона или смисао норме увек појављује уз квалификатив „објективности“. Тако је на пример и код Ципелијуса када говори о томе како су схватања правде у једној заједници или правно – политичке представе „објективне“ у смислу своје интерсубјективности, па чине тако и тумачење полазећи од њих објективним: R. Zippelius, 22.

⁵⁵ А. Мармор, 168. Тако је и код Дворкина, који сматра да у пресуђивању тешких случајева, када се позивамо на принципијелне аргументе (опште правне принципе), судија „компликоване случајеве треба да пресуђује са свом потребном смерношћу“. Роналд Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, Београд-Подгорица 2001, 170.

комплексности и онако како се и заиста тај поступак одиграва у судници. Сасвим је интересантно, у случају поменутих аутора, да се на крају, независно од теоријске супротстављености, обојица (што важи и за обе кључне теорије тумачења права – субјективну и објективну) залажу за један најмање објективан, а заправо и коначно, персоналистички критеријум тумачења права – то је судија који се у свом одлучивању руководи професионалном одговорношћу, личном моралношћу и смерношћу према закону. Како видимо, у овој и сличним изјавама, тј. дефиницијама нема, нити позивања на циљеве регулисања (воља законодавца или воља закона), нити на легислативну прошлост закона, нити на друштвени контекст битан приликом пресуђивања (потребе и интереси заједнице). Заправо, нема ничега осим празног телеологизма и фикција којима се прикрива непоузданост критеријума тумачења на које се позивају. И онда, када се конкретно изјашњавају о поступку правног расуђивања читава конструкција јуристичког закључивања се своди, ни мање ни више, на савесност и одговорност судија. Најважније, и као њихова највећа мањкавост, у дефиницијама где се тумачење права представља као откривање значења (откривање једног значења или избор једног између више могућих значења) или формирање значења опште правне норме (приписивање значења полазећи од аргумената, контекста, итд), занемарује се значај мале премисе за дубље разумевање поступка правног расуђивања и за заснивање одговарајуће дефиниције која ће комплексно сагледати и изразити поступак тумачења права.

4. ЕЛЕМЕНТИ ЈЕДНЕ СОЦИОЛОШКЕ ТЕОРИЈЕ ТУМАЧЕЊА ПРАВА

Социолошка теорија тумачења права о којој је овде реч развијана је уназад десетак година у више наших радова и две монографије. Она је заснована на сопственој консултантско – правној пракси и пажљивој обради праксе Европског суда за људска права када је исцрпно обрађено око педесетак пресуда ове институције, а све у покушају да се покаже како то ново прецедентно право почива на развоју и примени херменеутичких инструмената који у суштини имају наглашено социолошку природу. Идејни корени ове теорије чине концепције правног расуђивања у којима се може препознати посматрање ове проблематике из социолошке перспективе.⁵⁶ Иако је социо-

⁵⁶ Овде пре свега мислимо на амерички и скандинавски правни реализам као и на слободноправни покрет у Немачкој. Код нас елементе социолошког приступа у тумачењу права можемо открити пре свега код Ж. Спасојевића и Р. Лукића о чему смо се изјаснили у два научна рада: Саша Бован, „Социолошка теорија права Живана Спасојевића”, *Социолошки преглед* 1/2012, 279-297. Саша Бован, „Социолошкоправна херменеутика Радомира Д.

логизам ових концепције понекад тек наслеђен, а у неким случајевима се ради о неосвешћеном или несвесном социологизму, постоји једна епистемолошка тачка која је њихов заједнички именитељ. То је околност да се правно расуђивање посматра пре свега из угла мале премисе јуристичког закључка. У концепцији која се овом приликом излаже то је такође случај, само што је овде у питању покушај да се пронађе равнотежа између велике и мале премисе, али полазећи ипак од извесног хипостазирања мале премисе правног расуђивања (премисе чињеничног стања).⁵⁷

Суштина овог приступа јесте у томе да се покаже како је тумачење права не само телеолошко – нормативни већ и каузално – нормативни поступак, и то пре свега ово друго. Тада, приступамо проблематизацији мале премисе тако што се посвећујемо дубље питањима: (1) структуре, (2) природе и (3) херменеутичког статуса мале премисе.

(1) Када се ради о структури (садржини) мале премисе полази се од тога да се она мора посматрати реалистички, у свом фактичком капацитету и опсегу, тј. кроз оптику чињеница које творе случај тумачења (случај који је предмет судијског одлучивања), а без аксиологизације и онтолошке трансформације премисе чињеничног стања у неодређене категорије (културне вредности, потребе заједнице, итд.). Социолошки приступ овом питању подразумева, додатно, да се чињенице случаја посматрају у ужем или ширем социјалном контексту када судија одлучује у којој мери ће се тај контекст ширити односно сужавати. Такође, социологизација поступка тумачења подразумева да се као део контекста подразумева и упућивање у легислативну прошлост неког закона или правног института у мери у којој је то потребно или могуће (рачунајући овде и анализу начелних ставова појединих судских инстанци или анализу аутентичних тумачења која евентуално постоје а тичу се случаја тумачења). Овде се ради о Гадамеровом стапању хоризоната интерпретације (*Horizontverschmelzung*), што значи да је тумачење дијалог не само између интерпрета и текста већ и интерпрета и аутора текста.⁵⁸

(2) Најважније аспекте социологизације поступка тумачења права тичу се природе мале премисе када полазимо од тога да малу премису морамо посматрати не само кроз утврђивање и квалификацију чињеница већ и кроз њихово објашњење које се умеће између утврђивања чињеница и њихове квалификације. Иначе, потпуно је невероватно да правној херменеутици измиче овај

Лукића”, *Научно наслеђе Радомира Д. Лукића* (ур. Д. Баста, С. Аврамовић), Београд 2015, 303-321.

⁵⁷ Темелје овог приступа проналазимо и у општој (философској) херменеутици, пре свега код Х. Г. Гадамера, и поготово у његовом осврту на правно тумачење где се он више пута изричито изражава на ову тему ставом да „јуриста смисао закона схвата полазећи од датог случаја”: Ханс Георг Гадамер, *Истина и метода*, Сарајево 1978, 359, и даље 360-362.

⁵⁸ *Ibid.*, 339.

аспект правног расуђивања. Овде је у питању једна наглашено каузална анализа заснована на сложенем детерминистичком моделу обраде података када треба утврдити круг битних чињеница за доношење одлуке, релативни детерминистички значај тих чињеница и када је потребно те чињенице поставити у међусобни однос.⁵⁹ Иначе, објашњење чињеница у изложеном смислу, које, како је указано, измиче традиционалној теорији правног расуђивања није спектакуларна новина овог приступа посматрано из угла правне праксе. Напросто, овај поступак белодано долази до изражаја у сваком образложењу појединачних судских одлука (онда када судије савесно и одговорно раде свој посао, а не онда када у образложењу судске одлуке само понављају тј. поново набрајају утврђене чињенице без њихове каузалне интерпретације).

(3) Коначно, у погледу херменеутичког третмана (статуса) мале премисе, а као последица изложеног, указује се на претежни карактер мале премисе за разумевање поступка правног тумачења. Ово заправо значи да поступак правног расуђивања посматрано у логичком смислу има првенствено индуктивни карактер.⁶⁰ То даље значи да у формули тумачења права где се оно коначно испољава као вагање интереса полазећи од вагања чињеница силогистички аспект правног расуђивања долази до изражаја тек на крају овог поступка, а битан је пре свега за уклапање судских одлука у правни поредак и за поступање по правним лековима. У садржинско и суштинском смислу силогистика ни на који начин не доприноси судијском одлучивању.⁶¹

Полазећи од изложеног можемо формулисати дефиницију тумачења права која ће: (1) изразити јединство субјективне и објективне теорије тумачења права; (2) изразити равнотежу између велике и мале премисе јуристичког закључка; (3) изразити релативно јасно одговарајуће критеријуме тумачења правних норми; (4) изразити поступак тумачења права онако како се он и заиста одвија у судници; (5) изразити индуктивну логичку природу овог поступка.

⁵⁹ С. Бован, 114-120.

⁶⁰ У том правцу Х. Г. Гадамер: 364, 554. Класична теорија правног расуђивања и на овом питању показује своју јаловост. Приликом отклона у односу на категорички силогизам у представљању логичке природе јуристичког закључивања, она је успела да направи готово неважан помак тврђом да правни закључак има форму дијалектичког силогизма с обзиром да његове премисе нису нужне него само вероватне. Овим није направљен дубљи помак у разматрању логичке природе и најдубље суштине јуристичке интерпретације, а поготово је бизарно како се не увиђа предност приступа где се логичка природа правног закључка посматра кроз индуктивну оптику, бар у његовом најбитнијем делу.

⁶¹ Један овакав приступ, где се поступак судијског одлучивања посматра по логици развијене социолошке анализе, а указујући пре свега на значај мале премисе у изложеном смислу, нарочито долази до изражаја код америчких правних реалиста са почетка 20. века. На пример: Karl N. Llewellyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago 1962, 28-29. Herman Oliphant, „A return to stare decisis“, *American Bar Association Journal* 14/1928, 71. Max Radin, „The theory of Judicial Decision: Or How Judges Think“, *American Bar Association Journal* 11/1925, 357-358.

Међутим, треба рећи још нешто. Један овакав приступ у односу на постојеће дефиниције тумачења права, осим што може показати извесне предности у изложеном смислу, може омогућити да се теоријска саморефлексија правне херменеутике уздигне на виши ниво, и то једним разоткривајућим и разобличавајућим потенцијалом који поседује, и то по два основа: *прво*, у смислу јачине аргумената којима се брани идеја социологизације поступка тумачења права: *друго*, у смислу да белодано указује како се у теорији правног расуђивања на један бизаран и аутистичан начин, прикрива права (дубља, тј. социолошка) природа поступка тумачења права.

Поред америчког правног реализма (фн. 61), сматрамо да овакав епистемолошки и самоспознајући потенцијал има теорија изрицања правде А. Роса чија се критика постојећих тенденција унутар теорије правног расуђивања због своје проницљивости и оштрине уздиже изнад сличних настојања у литератури, где наравно проналазимо сијасет покушаја да се на недогматски начин изложи природа поступка тумачења права.⁶²

А. Рос у том правцу користи још јаче и теже речи. Он практично говори о томе како се теорија правног расуђивања користи крупним обманама у покушају да одбрани силогистику, празни телеологизам и наводно поуздане критеријуме тумачења права онако како су присутни у литератури.

У свом осврту на процес примене права овај аутор, у складу са прагматичком традицијом, указује на контекстуални,⁶³ и конструктивни карактер поступка тумачења права.⁶⁴ Оштрина Росових ставова у изложеном смислу испољава се на пример када каже да су „природа ствари“ или „циљеви рагулисања“ догматски постулати, потпуно безвредни и бескорисни као канони тумачења

⁶² Овде мислимо на читав покрет стваралачке јуриспруденције, нарочито на прагматичке варијанте објективне теорије тумачења права. Међутим, с обзиром на изречене критике у другом одељку рада, може се речи да све такве теорије ипак показују једну основну слабост: недоречени прагматизам и неосвешћени социологизам. У сваком случају, међу покушајима превазилажења слабости постојећих теорија тумачења права, по својој оштрини Росу се могу приближити на пример (заправо пре свега) Х. Перелман и Х. Канторович. Перелман указује врло радикално да изједначавања судског расуђивања са силогизмом (категоричким али и дијалектичким – прим. С. Б) значе маскирати саму природу практичног расуђивања, па и оног правног које је изразити пример оваквог резонувања: Хаим Перелман, *Право, морал и филозофија*, Београд 1983, 95. Реч „маскирати“ у овој Перелмановој изјави треба читати као „прикривати“, имајући у виду неке његове друге изјаве на исту тему (*Ibid.*, 102-103, 106.), а поготово имајућу у виду значај који у својим радовима придаје малој премиси јуристичког закључка (*Ibid.*, 106-107), даље, његов коначни и скептични став према логици вредносних судова (*Ibid.*, 41, 58, 62-63), као и извесно нагињање према етичком индуктивизму Леви – Брила (*Ibid.*, 87-88, 90-94). Када се ради о Х. Канторовичу треба рећи да смо се више пута изјаснили о разорној критици силогистике у његовим радовима, коју смо именovali као „поглед преко кинеског зида догматског метода”: С. Бован, 83-88.

⁶³ Алф Рос, *Право и правда*, Подгорица 1996, 140, 143, 144, 161-162.

⁶⁴ *Ibid.*, 163, 165, 166.

права.⁶⁵ Исто тако, приликом излагања критике топоса судије као логичког аутомата (критика категоричког силогизма), он закључује како таква слика судијског рада нема никакве сличности са оним што се и заиста дешава у судници.⁶⁶ Затим, у истом тону он констатује како позиција механичке јуриспруденција има за циљ одржављење привида да судија представља уста закона и ништа више, односно да сакрије креативну улогу судије у процесу тумачења права.⁶⁷ У исто време, каже Рос, и судије учествују у овом прикривању правога стања ствари. Наиме, сви канони тумачења права само су аргументативне технике које имају за циљ да прикрију судијску слободу (канони тумачења као оправдавајућа фасада) и да одрже привид судске одлуке као модела просте супсумције.⁶⁸ Он даље одбија да технике тумачења права означи термином „канони тумачења“, већ користи реч „стилови тумачења“, чиме свесно и са намером и на семантичком плану оспорава њихов интерпретативни потенцијал.⁶⁹ У критици постојећих теорија тумачења Рос указује како се разни телеолошки изрази попут „воље законодавца“ или „воље закона“ судије користе по логици: „Све оно што сам судија сматра исправним, он љубазно приписује стварној или хипотетичкој вољи законодавца“.⁷⁰ На исту тему и ово: „Судија обично неће признати да његово тумачење има конструктивни карактер, већ ће покушати, техником аргументације, да представи како је до одлуке дошао објективно и да је она обухваћена значењем закона или намером законодавца“.⁷¹

Конечно, у истом духу је и Росов закључак приликом анализе постојећих теорија правног расуђивања. Он каже: „Може представљати интересантан проблем социјалне психологије зашто се жели прикрити оно што се стварно дешава приликом изрицања правде. Овде се морамо задовољити тврдњом да изгледа да постоји универзални феномен претварања да је изрицање правде проста логичка дедукција из правних правила без икаквог вредновања од стране судије“.⁷²

5. ДЕФИНИЦИЈА ТУМАЧЕЊА ПРАВА ПРЕМА СОЦИОЛОШКОЈ ТЕОРИЈИ ПРАВНОГ РАСУЂИВАЊА

Позивањем на изложена становишта, тј. на један правнохерменеутички радикализам који се на пример негује код америчких правних реалиста, те

⁶⁵ *Ibid.*, 161.

⁶⁶ *Ibid.*, 163.

⁶⁷ *Ibid.*, 165.

⁶⁸ *Ibid.*, 165, 178.

⁶⁹ *Ibid.*, 166.

⁷⁰ *Ibid.*, 175.

⁷¹ *Ibid.*, 178.

⁷² *Ibid.*, 181.

Роса и Канторовича, подразумева да се ни на који начин не можемо враћати на старе идеје и теорије које у суштини пружају пример једног недореченог еклектизма у комбиновању субјективне и објективне теорије тумачења права.

Према томе, остаје нам да изложимо дефиницију тумачења права за коју сматрамо да може бити корак даље у разматрању ове материје. Тај корак даље, поновимо још једном, подразумева превазилажење бизарног догматизма, разноразних телеолошких заблуда и позитивистичких фикција које доминирају у литератури, потпуно глувих и слепих у односу на потребе правне праксе и стварни живот права онако како се он одвија у судници.

У том правцу, у првом кораку, указујемо пре свега да се тумачење иначе, што у потпуности важи и за тумачење права, мора посматрати као вредновање на основу одговарајућег контекста. Сва херменеутичка поља правне интерпретације потврђују овај приступ: непоузданост канона тумачења, језичке и остале тешкоће које стоје на путу правне интерпретације, слобода и стваралаштво тумача тј. његова субјективност која се мора признати, указују да је тумачење права увек и неизоставно конструктивна делатност, акт воље како каже А. Рос, односно вредновање у пуном смислу те речи.⁷³ То вредновање се одвија, што је такође неспорно, увек у одређеном контексту, семантичком и ситуационом.⁷⁴

У другом кораку, имајући у виду неравнотежу између велике и мале премисе, односно телеологизацију поступка тумачења права где се хипостазира велика премиса јуристичког закључка (и унутар субјективне и објективне теорије тумачења права, само на разне начине), указујемо на приступ где се тумачење права посматра као вагање интереса полазећи од вагања чињеница. У једну овакву, на први поглед једноставну и неодређену формулу, могу се уклопити и постојећа одређења тумачења права унутар субјективних и објективних теорија. Међутим, њена конструкција је таква да отвара могућност дубљег размишљања на тему херменеутичког статуса мале премисе, а потом и на тему логичке природе јуристичког закључка генерално. Када ово кажемо, мислимо пре свега на радове К. Енгиша и А. Кауфмана

⁷³ А. Рос, 162. Потребно је указати да се у оквиру модерне социалингвистике и само значење третира као вредносна категорија. О томе код: Hilary Putnam, "The Meaning of Meaning", *Minnesota Studies in the Philosophy of Science* 7/1975, 131-193. На вредносну природу значења као таквог указује и Витгенштајн својом тврдњом да значење увек изражава социјалне услове употребе знака: Лудвиг Витгенштајн, *Филозофска истраживања*, Београд 1980, 56.

⁷⁴ А. Рос, 140-141, 143. Видети о томе и наша рад: Саша Бован, "Тумачење права као вредновање на основу контекста – прилог конструктивној теорији тумачења", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 83-107. Не заборавимо да и у науци о језику већ одавно, нарочито развојем лингвистичке прагматике, доминира гледишта о контекстуалном карактеру језика (и тумачења). У нашој литератури о томе код: Ранко Бугарски, *Језик у друштву*, Београд 1986, 262-263, Милка Ивић, *Правици у лингвистички књ. 2*, Београд 2001, 125-126. Такође и: Едмунд Лич, *Култура и комуникација*, Београд 2002, 51.

који су управо полазећи од изложене формуле посматрали поступак правног расуђивања и извели одговарајуће закључке на поменуте теме.

Формула тумачења права као вагања интереса полазећи од вагања чињеница непосредно долази до изражаја у Енгишевој идеји „лутајућег погледа“ (*ein Hin und Herwaidern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt*),⁷⁵ где он говори о дијалектичком прожимању велике и мале премисе (теорија изједначавања), које се никако не може уподобити једном силогистичком поступку већ више представља модел закључивања по аналогiji (супсумција као поистовећивање норме и случаја – *Subsumtion als Gleichsetzung*).⁷⁶

А. Кауфман је најдетаљније разрађивао формулу тумачења права као вагања интереса на основу вагања чињеница. Његова теорија изједначавања (он користи исти термин као Енгиш), подразумева став да је остваривање права увек једно огледање норме у чињеницама и чињеница у нормама (*ein Wiedererkennen der Norm im Sachverhalt und des Sachverhalts in der Norm*).⁷⁷ Полазећи од ове матрице Кауфман се изричито изјашњава о аналогној а не силогистичкој природи поступка тумачења права.⁷⁸

Ипак треба истаћи да су Енгиш и Кауфман (и други, на пример Фикенчер, итд.) превасходни значај посветили проблему херменеутичког значаја (статуса) али не и структури мале премисе, тако да њихова теорија у том смислу има карактер једног недореченог прагматизма и неосвешћеног социологизма (као код многих аутора који су заступали објективну теорију тумачења у прагматичкој варијанти).

У том смислу, у трећем кораку, управо удубљивање у проблем структуре мале премисе (превасходни значај објашњења чињеница које се умеће између утврђивања и квалификације чињеница), омогућава нам да направимо корак даље у правцу једне доследно реалистичке, синтетичке, а коначно, и социолошке дефиниције тумачења права.

Али, кренимо прво од велике премисе. Имајући у виду *йрироду велике йремисе* правног закључивања (намерна недовршеност закона – А. Кауфман, отворен садржај закона – Х. Харт), откривамо општост законских норми које се односе на читаве класе појава и односа и инхерентну неодређеност

⁷⁵ Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heildeberg 1963, 14-15, 19.

⁷⁶ *Ibid.*, 26. Тако и код: Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts – in vergleichender Darstellung*, Band IV, Tübingen 1976, 129-130, 202.

⁷⁷ Arthur Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache“*, Heildeberg 1982, 41.

⁷⁸ *Ibid.*, 37-38, 42. Тако и у: Arthur Kaufmann, „Das Hermeneutische Verstandnis der juristischen Methode“, Архив за правне и друштвене науке 4/1996, 998. Такође, у једној од најпрецизнијих формулација: „Свака примена права има аналоган карактер, јер се нерашчлање аморфан случај, емпијско бивство, не може без даљег доделити (супсумирати) појмовно – апстрактној норми, општем требању. Такво додељивање је могућно тек ако су случај и норма међусобно доведени у прикладност, тј. у однос сличности“ (Артур Кауфман, *Право и разумевање йрава*, Београд-Ваљево 1998, 245).

правних принципа (циљева регулисања) и правних стандарда који чине ко-
стур правног система С обзиром на ту околност, тумачење права се испоста-
вља као једна конструктивна делатност (као акт воље, извесно вредновање,
тј. формирање значења) која се испољава као довршавање значења закона,
тј. као идентификација и прецизирање циљева закона, тј. прецизирање са-
држине појединих правних инстинкција чија је примена у питању. Овом се
дефиницијом постижу два циља: (1) прави се отклон према „вољи законо-
давца“ и „вољи закона“ онако како егзистирају у субјективним и објективним
теоријама тумачења права – а наиме, као телеолошке фикције; (2) указује се
на херменеутички потенцијал мале премисе за разумевање поступка тумачења
права.

А сада оно најважније. Имајући у виду природу мале премисе, тј. димен-
зију објашњења чињеница које се одвија као социолошка (каузална) анализа,
тј. полазећи од једног сложеног детерминистичког модела,⁷⁹ једна потпуни-
ја дефиниција би гласила да је тумачење права довршавање значења општих
правних норми тј. идентификација и прецизирање циљева закона, тј. преци-
зирање садржине појединих правних инстинкција полазећи од објашњења
чињеница случаја који се нашао пред судијом (случај тумачења).

Конечно, имајући у виду изложено, у једној сажетијој и донекле апстракт-
нијој дефиницији може се закључити да је тумачење права испољавање
садржином потреба из општих правних норми полазећи од чињеница слу-
чаја тумачења посматраних у ужем или ширем социјалном контексту.

Један овакав приступ теорији правног расуђивања, и једна оваква дефи-
ниција тумачења права, белодано указују на неутемељеност, површност па
и бизарност оних дефиниција које тумачење права посматрају кроз матрицу
„воље законодавца“ или „воље закона“, а на начин присутан у литератури
где се испоставља да су тада у питању најобичније телеолошке фикције а не
поуздани критеријуми тумачења права. Поделићемо са читаоцима овог ра-
да једну велику збуњеност у том смислу, збуњеност која траје годинама увек
када се враћамо изложеним гледиштима, имајући у виду како се процес
изрицања правде и заиста одиграва у судници, а како се упорно али нетачно
представља у теорији тумачења права (како проницљиво закључује Џ. Дјуи:
Нити један адвокат није никада разматрао случај свога клијента под усло-
вима силанизма).⁸⁰

У сваком случају, заузета перспектива у раду и дефиниција која се
предлаже носе у себи, бар се тако чини, извесне новине, како на теоријском
тако и на практичном плану. Њене предности на теоријском плану су: (1)
Указивање на претежно индуктивни карактер поступка тумачења права,

⁷⁹ Саша Бован, *Правна херменеутика између филозофије и логики*, 114-120.

⁸⁰ код: К. Чавошки, Р. Васић, 396.

поготово у његовој најважнијој фази када се успоставља однос велике и мале премисе;⁸¹ (2) Успостављање дијалектичког јединства закона и случаја као критеријума тумачења права у пуном капацитету онога што може бити један „дијалектички однос“, тј. суштинско прожимање велике и мале премисе; (3) Успостављање синтезе у дубљем смислу између субјективне и објективне теорије тумачења права по изложеној матрици тумачења полазећи од природе мале премисе (а не механичко повезивање ове две теорије по логици прво субјективно па онда објективно тумачење у случају када су резултати нејасни); (4) Заузимање чврсте и јасне перспективе о телеолошко – нормативној (аксиолошкој) али и каузално – нормативној (емпиријској) природи поступка тумачења права; (5) Излаже се предлог за превазилажење дихотомије битак/требање који је оперативан са становишта правне праксе (судијског одлучивања), али има и чврсто епистемолошко утемељење, и то у теорији етичког реализма;⁸²

Предности изложеног приступа и дефиниције на практичном плану (посматрано са становишта правне праксе) могу бити: (1) приказивање поступка тумачења права онако како се оно и заиста одвија у судници, што омогућава дубљу самоспознају правничке струке;⁸³ (2) Заснивање критеријума тумачења права који нису неодређени и неприменљиви у пракси, већ су колико толико прецизно изражени у смислу свог емпиријског карактера (мала премиса као рад на чињеницама и њиховом објашњењу – почетни и базични критеријум тумачења) и егзактног карактера (велика премиса као рад на идентификацији и избору циљева рагулисања, те њихово прецизирање полазећи од чињеница случаја – завршни критеријум тумачења закона); (3) Указивање на контекстуални и конструктивни карактер тумачења права (тумачење права као формирање значења по изложеној херменеутичкој матрици), чиме се признаје и подржава судијска слобода али и најозбиљније призива судијска одговорност.

⁸¹ Ретки су примери отвореног „признавања“ ове чињенице, као на пример код Е. Ерлиха, који је одлучно заступао став да је тумачење права по својој логичкој природи облик индуктивног закључивања: Eugen Erlich, *The Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New York 1979, 9. У нашој литератури, у том правцу се поприлично одлучно изјашњава К. Чавошки позивајући се на Џ. Дјуна: К. Чавошки, Р. Васић, 396.

⁸² Peter Railton, „Moral Realism”, *The Philosophical Review* 2/1986, 163-207. О могућностима превазилажења антиномије битак/требање полазећи од једне прагматичке теорије тумачења и упливу теорије тумачења у аксиологију, а не само обрнуто код: Саша Бован, *Случај тумачења као утемељење херменеутичког посматрања*, Београд 2013, 112-118.

⁸³ С. Бован, 120-124.

Dr. Saša B. Bovan, ordentlicher Professor
Universität Belgrad
Juristische Fakultät Belgrad
bovan@ius.bg.ac.rs

Die Deutung des Rechts aus der Sicht einer soziologischen Theorie des Urteilsvermögens

Zusammenfassung: Diese Arbeit stellt einen Versuch dar, eine pragmatische und synthetische Definition eines Verfahrens der Deutung des Rechts darzustellen. Das Ziel ist einerseits die Überwindung der Schwächen in den heutzutage bestehenden Definitionen der Deutung des Rechts innerhalb der subjektiven und objektiven Theorie des juristischen Urteilsvermögens zu erläutern, und andererseits soll es möglich sein, das Rechtsverfahren auf die Art und Weise zu deuten, wie es tatsächlich im Gerichtssaal hervorgeht. In dem Sinne sind der Kritik diejenigen Meinungen ausgesetzt, die dieses Verfahren als die Erkennung „des Willens des Gesetzgebers“ oder „des Willens des Gesetzes“ betrachten. Diese Meinungen sind, ausgehend von bestimmter Argumentation, bezeichnet als theleologische Fiktionen oder als positivistisches Irrtum. Bei einigen Autoren hat man Elemente einer soziologischen Einstellung zu diesem Thema erkannt, die doch Formen eines nicht erläuterten Pragmatismus und eines unbewussten Soziologismus beinhalten. Letztendlich bekommt diese pragmatische und synthetische Einstellung die Form einer soziologischen Theorie des juristischen Urteilsvermögens und ebenfalls so eine Definition, in welcher gesagt wird, dass die Deutung des Rechts aus den generellen juristischen Normen hervorgeht, aber ausgehend von der Erklärung der Fakten des Falls, der sich vor dem Richter befindet. Diese Einstellung stellt eine Affirmation dar und eine Hypothese von kleinen Prämissen einer juristischen Schlussfolgerung, wobei sich die größte Neuigkeit darin befindet, dass man in der Struktur der kleinen Prämissen einen Moment der Erläuterung der Fakten sieht, der sich zwischen die Feststellung und die Qualifikation drängt. Dieser Moment gibt der Deutung des juristischen Verfahrens die Form einer entwickelten mikrosoziologischen und induktiven Analyse. Am Ende der Arbeit werden theoretische und praktische Vorteile der gegebenen Einstellung der Problematik der Deutung des Rechts präsentiert.

Schlüsselwörter: Deutung des Rechts, subjektiven und objektiven Theorie des juristischen Urteilsvermögens, Natur der juristischen Schlussfolgerung, soziologische Theorie der Deutung des Rechts.

Датум пријема рада: 28.12.2018.

Др Маџа М. Кулаузов, ванредни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs

ТУЖБА ПО ОДРЕДБАМА ЗАКОНИКА О ГРАЂАНСКОМ СУДСКОМ ПОСТУПКУ ИЗ 1865. ГОДИНЕ*

Сажетак: Аутор у раду врши историјскоправну анализу одредаба Законика о грађанском судском поступку из 1865. године које се односе на тужбу. Детаљно су размотрени садржај тужбе и процесне претпоставке које су морале бити испуњене да би се по њој могло поступиити, одговор на тужбу и рокови за његово подношење, као и проивитужба. Изложено је како је 1864. године шекла процедура коначног уобличавања норми о иницијалном парничном акту у законском шексу. Са тим циљем анализирани су примедбе које је Комисија именована од стране Државног савета изнела на рачун појединих одредаба законског нацрта, као и одговор министра правде, аутора кодификације на њих. Иако одредбе о тужби нису новелиране за све време важења процесног кодекса, скренућа је пажња и на измене и допуне појединачних чланова о тужби предложене 1872. године и реакцију надлежних судских власита на њих. У шом коншексу размотрени су коментари изнети поводом појединих важећих, али и суђерисаних законских решења.

Кључне речи: Парнично законодавство, грађански судски поступак, тужба, Законик из 1865. године, законски пројекат из 1872. године.

1. УВОД

С обзиром на то да се тужбом покреће парнични поступак она има карактер иницијалне процесне радње. Представља средство путем којег активно легитимисана странка захтева од суда да јој према туженом досуди одређену

* Рад је настао као резултат научног ангажовања на пројекту Правног факултета у Новом Саду под називом „Правна традиција и нови правни изазови” у 2018. години.

правну заштиту. Да би суд могао да одлучи о основаности тужбеног захтева он мора бити јасно формулисан и заснован на чињеницама на којима тужилац темељи своје тражење, а исто тако и снабдевен доказима којима се поткрепљују наведене чињенице. Због значаја који тужба има у поступку остваривања субјективних грађанских права, у свим процесним кодификацијама донетим у Србији у току XIX века њеном прецизном одређењу је била посвећена велика пажња. Наиме, уколико је тужба непрецизна и недовољно аргументована одговарајућим чињеничним и доказним материјалом, вероватноћа да дође до грешака у суђењу и повреде закона је много већа. Наравно, постоји инстанциона контрола судских одлука у другом степену која је изузетно значајна за остваривање правне заштите у случају када је повређен или угрожен неки правом заштићен интерес.¹ Ипак, треба имати у виду да је жалбена процедура повезана са великим трошковима и значајним пролонгирањем поступка те је стога неопходно настојати да, кад год је то могуће, пресуда донета у првој инстанци буде законита.

2. ФОРМУЛИСАЊЕ ОДРЕДАБА О ТУЖБИ У ЗАКОНСКОМ ПРОЈЕКТУ

Како је Законик о поступку судејском у грађанским парницама из 1860. године претрпео бројне критике у научној и стручној јавности, министар правде Рајко Лешјанин је израдио нацрт нове процесне кодификације и поднео га 23. новембра 1864. године Државном савету на одобрење.² Тим поводом Савет је три дана касније сазван у заседање на којем је одлучено да се образује четворочлана комисија (чинили су је Димитрије Црнобарац, Филип Христић, Ђорђе Ценић и Димитрије Матић) која би пројекат размотрила и своје мишљење о њему, уз евенталне примедбе, поднела Савету на даље поступање.³

Тужба је иницијална парнична радња којом се покреће парнични поступак, јер се, сходно акузаторском начелу, на парницу примењује латинска правна максима *nemo iudex sine actore* (нема суђења без тужбе). Зато је она врло детаљно нормирана у глави четири законског пројекта која носи назив „О поступању код суда”. Тужби и одговору на њу посвећено је чак 23 члана,

¹ Вид. Маша Кулаузов, „Редовни правни лекови по одредбама парничног законодавства из 1853. и 1860. године”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)* 3/2016, 862.

² Писмо Министра правде Државном савету од 23. новембра 1864. године, Архив Србије (у даљем тексту: АС), фонд *Државни савети* (у даљем тексту: ДС), 1865, број документа (у даљем тексту: док. бр.) 53, лист (у даљем тексту: л.) 1.

³ Белешка са седнице Савета од 26. новембра 1864. године, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 1.

од којих су неки врло опширни, у оквиру I одељка четврте главе под насловом „Припрема за извиђање”.

Комисија се најпре осврнула на члан 107 пројекта учивши једну терминолошку недоследност. Наиме, министар је у горепоменутом члану означио да је одбор задужен да усмену тужбу заведе у протокол што је било у колизији са чл. 106. У њему је прописано да председник суда одређује једног од судија или, пак, најбољег судског званичника, да у име суда прима тужбе, одговоре, заказује рочишта и обавља друге процесне радње неопходне за припрему главне расправе.⁴ Како је из њега уочљиво да је председник суда имао у виду једно а не више лица, Комисија је резоновала да би исправније било употребити термин „пријавник” а не „одбор”. Министар је ову примедбу усвојио уз опаску да је он, узимајући у обзир значај и обим посла, сматрао да би на то место требало поставити више лица, али како кадровски капацитети судова не дозвољавају да већи број судског особља буде ангажован на оваквим дужностима, прихватио је мишљење Комисије.⁵

Критиковано је и решење садржано у параграфу 111 пројекта према којем би тужба која не садржи све битне елементе била одбачена као неуредна, а тужитељ упућен на могућност улагања жалбе суду против те одлуке.⁶ Комисија је сматрала да би, уколико би се оваква одредба усвојила, правно неуке странке трпеле штетне последице, те је стога инсистирала да се формулација члана 111 ублажи. У том смислу она је предложила да о непотпуној, односно нејасној тужби пријавник обавештава председника суда који би се са своје стране постарао да се, у сарадњи са странком, тужба допуни и исправи. Наравно, тужиоцу је увек била остављена могућност да инсистира на томе да се његова тужба у изворном облику узме у разматрање. Ако је, пак, било очигледно да је тужба неуредна, председник би решењем одбацио такву тужбу и о томе обавестио тужиоца. Са овако предложеном изменом

⁴ Законик о поступку судском у грађанским парницама, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 22.

⁵ Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 104-105. Министар је сигурно имао у виду и законско решење садржано у чл. 30 Законика о судејском поступку у парницама грађанским за Књажество Србију (у даљем тексту: Законик из 1853. године), Београд 1853. У поменутом члану је, наиме, било прописано да ће свако лице које лично дође у суд да усмено изјави тужбу бити саслушано од стране одбора сачињеног од једног члана и записничара. Исти одбор је, по чл. 29 Законика био надлежан да поступа и по писмено поднетој тужби. Са све учесталијим подношењем тужби у писменој форми престала је потреба да се за пријем тужби и предузимање првих процесних радњи по њој именује више лица, тако да је већ у наредном процесном законик у прописано да те радње врши један за то одређени судски званичник. Вид. чл. 28 Законика о поступку судејском у грађанским парницама за Књажество Србију (у даљем тексту: Законик из 1860. године), Правитељствена печатња, Београд 1860.

⁶ Законик о поступку судском у грађанским парницама, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 23-24.

чл. 111 министар се сагласио.⁷ Очигледно неуредна је вероватно била она тужба у којој нису биле означене ни странке, ни суд, нити тужбени захтев, тако да је по њој било апсолутно немогуће поступати.

Тужбе су се по правилу узимале у разматрање редоследом којим су подношене, осим уколико се радило о тужбама у стварима које су решаване по хитном поступку. Министар је у свом нацрту врло исцрпно навео које се ствари сматрају хитним у чак 11 тачака члана 116, али је на крају додао да ће се ургентним сматрати и сви они предмети које министар правде тако квалификује.⁸ Овако широка и неодређена формулација изазвала је подозрење код чланова Комисије да би хитност ствари могла бити плод произвољне процене ресорног министра, те да самим тим овако непрецизно регулисање отвара простор за арбитрерност и самовољу надлежних органа. Министар је у одговору на примедбу истакао да је тешко законом предвидети све хитне случајеве и да је само из тог разлога себи доделио овлашћење да процењује који је предмет хитан, али да је спреман да уважи аргументацију Комисије и спорну тач. 12 чл. 116 избрише из пројекта.⁹

Одговор на тужбу је важно процесно средство туженог путем којег он даје свој став о наводима из тужбе, пре свега износи своје процесне приговоре и изјашњава се да ли признаје или пак оспорава тужбени захтев. У првобитној верзији чл. 120 пројекта одговор на тужбу је био крајње сумарно регулисан. У поменутом члану само је било наведено да је тужена страна дужна да у року који јој је одређен потпуно одговори на тужбу и наведе све оно што поткрепљује њену одбрану.¹⁰ Комисија је сматрала да овако штура формулација доводи туженог у неравноправан процесни положај са тужиоцем и да је потребно допунити чл. 120 поуком туженом да одговор подноси у два примерка, како би један могао бити достављен тужиоцу. Уколико би тужени дао усмен одговор на тужбу ни тада не би требало да трпи штетне последице, већ би се поступало на исти начин као и са усменом тужбом, а то значи да би се одговор о трошку туженог преписивао у довољном броју примерака за све учеснике у поступку. Министар је прихватио примедбу Комисије, те је у наведеном смислу одредба чл. 120 допуњена. Комисија је предлагала да се одговор доставља тужиоцу пре заказивања рочишта како би имао довољно времена да се упозна са наводима противне странке, али

⁷ Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 105.

⁸ Законик о поступку судском у грађанским парницама, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 24-25.

⁹ Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 106.

¹⁰ Законик о поступку судском у грађанским парницама, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 25.

је оцењено да би усвајање оваквог решења било на уштрб концентрације поступка и процесне ефикасности.¹¹

Одговор на тужбу помињао се и у оквиру главе III пројекта која носи назив „О роковима и рочиштима”. У чл. 154 прописано је да приликом одређивања рока за одговор на тужбу суд мора водити рачуна о важности предмета спора, као и о времену потребном за прибављање доказног материјала.¹² Ова одредба задржана је у изворном облику и у коначној редакцији законског текста. Наравно, приликом одређивања рока за одговор на тужбу, судија је био дужан да се придржава општег рока за предузимање парничних радњи који, у дефинитивној законској верзији није могао бити краћи од осам дана нити дужи од два месеца. У првобитном тексту пројекта он је износио између 15 дана и два месеца (чл. 148),¹³ али га је Комисија сматрала предугачким и усмереним на одуговлачење поступка, те је на њену интервенцију скраћен.¹⁴

У глави X која се односила на противтужбу Комисија није ни на који начин интервенисала. Она се састојала из свега четири кратка члана и усвојена је у интегралном тексту,¹⁵ а из сачуваних бележака саветске Комисије која је прегледала нацрт види се да на седницама није вођена расправа ни о садржини ни о систематици одредаба наведеног поглавља.

3. ТУЖБА ПО ОДРЕДБАМА ЗАКОНИКА

Тужба, усмена или писмена, морала је задовољавати минималне захтеве у погледу садржине да би суд уопште могао по њој поступати. У свакој тужби, да би се сматрала уредном и потпуном, тужилац је био дужан да означи туженог, предмет спора, чињенице на којима заснива свој захтев и доказе којима се те чињенице поткрепљују, вредност предмета спора, да приложи пуномоћ адвоката ако има заступника и, што је најважније, да јасно и прецизно одреди тужбени захтев (чл. 93-94 Законика).¹⁶ Тужбени захтев је, наиме, централни део тужбе у коме тужилац формулише свој предлог

¹¹ Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 106.

¹² Законик о поступку судском у грађанским парницама, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 31.

¹³ *Ibid.*, л. 30.

¹⁴ Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 109.

¹⁵ Законик о поступку судском у грађанским парницама, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 70.

¹⁶ Законик о поступку судском у грађанским парницама са свима изменама и допунама (у даљем тексту: Законик из 1865. године), Државна штампарија Краљевине Србије, Крф 1917. Интересантно је да је по одредбама процесне кодификације из 1860. године за пријем тужбе и предузимање припремних радњи који претходе рочишту поред суда била

како би требало да гласи диспозитив пресуде, односно тражи од суда да му досуди испуњење дуговане чинидбе. Његово јасно и прецизно одређење од пресудног је значаја за успех тужиоца у спору с обзиром да, у складу са начелом формалне (процесне) истине, суд у парничном поступку одлучује искључиво у границама захтева странака. Дакле, поступајући суд не предузима ниједну процесну радњу *ex officio*, већ само у оквирима предлога парничних странака утврђује истинитост њихових тврдњи и основаност њихових захтева. Зато се у парници фаворизују процесна начела која омогућавају концентрацију поступка, у првом реду начело диспозиције и правно начело.¹⁷ У сваком случају тужилац није трпео штетне последице ни уколико би поднео непотпуну или нејасну тужбу, под условом да је на захтев председника суда допунио или исправио (чл. 97). Иако је било предлога да се наведени члан измени тако да би председник одмах по пријему непотпуне и нејасне тужбе исту решењем одбацивао што би значајно отежало процесни положај тужиоца,¹⁸ чл. 97 је остао непромењен за све време важења Законика из 1865. године.

Странка која је покретала спор требало је јасно да истакне захтев не само у погледу главне ствари већ и споредних тражења (интереса, трошкова поступка, накнаде штете, кирије) јер се након изрицања пресуде о главној ствари више није могло тражити намирење споредних потраживања (чл. 98).¹⁹

Тужилац није био у обавези да наведе правни основ тужбе, а то значи законски пропис на којем се заснивало његово право. У сваком случају, и уколико би га означио, суд није био везан његовом оценом, јер је тужилац правно неука странка која је могла и погрешно правно квалификовати свој захтев. Ту празнину би попунио суд по службеној дужности у складу са начелом *iura novit curia* („суд познаје право“).²⁰ Интересантно је да у чл. 94 Законика није била прописана обавеза тужиоца да у свом иницијалном правном акту именује суд стварно и месно надлежан за пресуђење његовог спора. Непостојање дужности да се означи суд којем се као адресату упућује први поднесак у парници тим је неразумљивија уколико се има у виду да су законске одредбе о стварној надлежности императивног карактера. У том смислу суд је био обавезан да по службеној дужности у току целог поступ-

овлашћена и полицијска власт среза из којег је тужени. Вид. чл. 32-47 главе III, одељка I који носи назив „Пријављивање код полицајне срезске власти и њени позиви”.

¹⁷ Снежана Бркић, „Терет доказивања у кривичном и парничном поступку”, *Зборник радова ПФНС* 1/2012, 317.

¹⁸ Приметбе Чачанског окружног суда од 2. априла 1873. године, АС, фонд *Министарство правде* (у даљем тексту: МП), 1873, док. бр. 4, л. 36-37.

¹⁹ Законик из 1865. године.

²⁰ Андра Ђорђевић, *Теорија грађанског судског поступка с погледом на Законик о поступку судском у грађанским парницама I* (приредио Д. Аранђеловић), Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1924, 130-131.

ка води рачуна о својој стварној надлежности, као што су и парничне странке у сваком тренутку могле тражити од њега да се огласи ненадлежним.²¹

У једној тужби могло се истаћи више захтева али само уколико су повезани истим чињеничним и правним основом. Кумулација тужбених захтева је у функцији процесне ефикасности и економичности у вођењу поступка, јер се о више спорова истовремено расправља и одлучује једном пресудом. Међутим, више предмета који потичу из разних основа, или из истог основа али је за њих потребно извођење различитих доказа, нису могли бити обједињени једном тужбом (чл. 96).²²

Министар правде Стојан Вељковић поднео је 1872. године Државном савету и свим судовима предлог измена и допуна појединих чланова Закона, између осталог и чл. 96 у том правцу да се више предмета из разних основа који се доказују различитим средствима могу обухватити једном тужбом. Овај предлог наишао је на критике код судских власти које су размотриле пројекат. Поменута законска измена оцењена је као нецелисходна и предложено решење као контрапродуктивно за ефикасно и брзо решавање спора. Сматрало се, наиме, да би кумулација разнородних захтева само искомпликовала поступак и створила непремостиве тешкоће како судијама, тако и парничним странкама.²³ Једино је председник Ужичког окружног суда, лично оцењујући предлог као неприхватљив и наводећи да је то мишљење и већине судија, истакао да поједини носиоци судских функција сматрају да треба усвојити предложену измену јер олакшава положај парничара који се због претераног инсистирања на форми излажу непотребном трошку.²⁴ Како је законски пројекат у целини негативно оцењен од стране Комисије која га је по налогу Државног савета размотрила,²⁵ никада није ни ушао у скупштинску процедуру, а чл. 96 је задржан у првобитној редакцији.

Суд би *ex officio* решењем одбацио тужбу која се односила на нешто што је законом забрањено или физички немогуће. На исти начин би поступио и уколико је иницијална парнична радња била усмерена против наредбе полицијске или политичке власти или, пак, против чиновника због дела

²¹ Живојин М. Перић, Драгољуб Аранђеловић, *Грађански судски поступак, Предавања на Правничкоме факултету, Прва књига: О устројству судова и њиховој надлежности*, Издавач: Књижара Геце Кона, Београд 1920, 133-135.

²² Законик из 1865. године.

²³ Вид. Мишљење судије Неготинског окружног суда Симе Симића о предложеним допунама и изменама у поступку судском за грађанске парнице од 1865. год. од 2. априла 1873. године, АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 30; Приметбе председника Чачанског окружног суда од 2. априла 1873. године, АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 36; Мњење Београдског окружног суда од 31. марта 1873. године, АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 42.

²⁴ Примјетбе Ужичког окружног суда од 12. фебруара 1873. године, АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 14-15.

²⁵ Комисија Државном савету 22. септембра 1872. године, АС, МП, 1872, док. бр. 6.

учињеног у вршењу службене дужности уколико надлежни министар није одобрио вођење поступка против таквог државног службеника (чл. 99).

Тужбе су у суду примане редом којим су подношене (чл. 100), осим уколико су биле у питању тужбе у хитним стварима које су налагале неодложно решавање. Хитне ствари су у чл. 102 таксативно наведене у 12 тачака које обухватају: 1) стављање и скидање обезбеђења; 2) спор о праву због којег би започета градња била заустављена; 3) спор о издржавању; 4) спор о васпитању деце; 5) спор о продатој стоци када би њено издржавање парничару проузроковало велике трошкове; 6) спор о ствари подложној кварењу; 7) жалба против пресуде изабраног суда; 8) парница између закуподавца и закупца о узајамним правима и дужностима; 9) парница механције и путника о трошковима; 10) тужба слуге против газде у погледу плате; 11) тужба за уништење неуредне јавне продаје и 12) све парнице у вези са стечишном масом.²⁶ Ствари квалификоване као хитне у чл. 102 сматране су таквим у свим фазама поступка и пред свим судским инстанцама. Имајући то у виду, министар правде је 31. јула 1865. упутио распис свим првостепеним судовима у којем им налаже да у спроводном писму адресованом на виши суд надлежан да поступа по изјављеном незадовољству или жалби назначе уколико је ствар хитна. Наиме, хитне ствари се, истакао је ресорни министар, и у Апелационом и Касационом суду ургентно решавају тако да би представљало губљење драгоценог времена уколико би се препустило вишим судовима да се тек увидом у парничне списе осведоче о хитности неког предмета.²⁷ У том смислу је и у последњем ставу чл. 102 Законика назначено да ће се поступати без одлагања и у оним хитним предметима враћеним првостепеним судовима на поновно одлучивање.²⁸

У складу са начелом обостраног саслушања странака (*audiatur et altera pars*) и начелом контрадикторности била је обавеза суда да достави примерак тужбе туженом на одговор у складу са општим правилима о достављању судских пресуда и решења. Као и тужба, и одговор на њу је могао бити усмен и писмен (чл. 104-105).²⁹

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Распис министра правде од 31. јула 1865, АС, МП, 1865, Рс I-74.

²⁸ Законик из 1865. године.

²⁹ *Ibid.* Достављање тужбе на одговор противној странци значајно је успоравало поступак. На то је указивао судија Неготинског окружног суда Симо Симић у свом мишљењу израженом поводом предложених измена законика из 1872. године. Наиме, поменути судија је истакао да је читава процедура у вези са достављањем тужбе на одговор (која се, узгред буди речено, уколико је усмена морала и преписати), слањем одговора туженог и заказивања рочишта тим поводом трајала најмање шест месеци. Вид. Мишљење судије Неготинског окружног суда Симе Симића о предложеним допунама и изменама у поступку судском за грађанске парнице од 1865. год. од 2. априла 1873. године, АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 29.

Тужени је био дужан да у току предвиђеног за то рока одговори на све наводе тужиоца као и да предложи све доказе којима поткрепљује своје тврдње. Свој одговор требало је да поднесе у два примерка јер се један достављао тужиоцу, али, уколико би одговор поднео усмено, он би био преписан у суду о његовом трошку (чл. 106).³⁰ Задоцнели одговор туженог поднет по истеку прописаног рока не би био узет у обзир уколико тужени не би оправдао кашњење (чл. 111).

Ако би тужени у свом одговору на тужбу затражио да се парница одбаци или одложи, суд би најпре расправио да ли за то има основа. Против решења којим се тражење туженог одбија није била дозвољена посебна жалба, али се оно могло нападати у оквиру незадовољства или жалбе против пресуде донете у главној ствари. Суд би усвојио захтев туженог и парницу одбио уколико би предлагач доказао: 1) да је ствар већ пресуђена (*res iudicata*) или да о њој тече друга парница; 2) да је тужилац већ намирио своје потраживање или закључио поравнање; 3) да је уговор чије испуњење тужилац тражи незаконит и 4) да је тужитељево право застарело (чл. 109). Парница би била одложена ако би се утврдило да њено решење зависи од исхода парнице која је у току или уколико рок испуњења уговора још увек није наступио (чл. 110).³¹

Министар правде Стојан Вељковић је у свом законском пројекту из 1872. године предложио да се одредба чл. 110 прошири тако што би се међу разлоге за одлагање парнице уврстили и избијање рата и наступање неких других догађаја у којима се суђења обустављају. Саветска комисија која је размотрила нацрт успротивила се предложеној измени уз аргументацију да је само највиша државна власт овлашћена да оцењује када наступа ванредно стање и да то нарочитим актом и прогласи.³²

По пријему одговора на тужбу или након истека рока остављеном туженом да се изјасни о тужбеним наводима, суд би заказао рочиште за извиђај и суђење (чл. 112). Рокови, укључујући и рок за одговор на тужбу нису могли бити краћи од осам дана нити дужи од два месеца, рачунајући од дана достављања писмена пасивно легитимисаној странци (чл. 116-117).³³

³⁰ Законик из 1865. године. Председник Чачанског окружног суда је 1872. године предлагао да се, у циљу постизања веће процесне дисциплине, одредба члана 106 поопштри на тај начин што би убудуће требало сматрати да, уколико тужени не одговори на тужбу, то значи да признаје све тужбене наводе у целости. Вид. Приметбе председника Чачанског окружног суда од 2. априла 1873. године, АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 37. Да је ово решење усвојено, то би практично значило да би суд, ако пасивно легитимисана странка у поступку не пошаље свој одговор, без икакве даље расправе констатовао да тужени признаје све тужбене наводе и доносио пресуду на основу признања.

³¹ Законик из 1865. године.

³² Комисија Државном савету 22. септембра 1872, АС, МП, 1872, док. бр. 6, л. 3.

³³ Законик из 1865. године.

Комисија именована од стране Државног савета 1864. године са задатком да прегледа законски нацрт и изнесе своје примедбе, сматрала је да је овакво одређење рокова сувише уопштено. Њена сугестија ресорном министру је била да би рокове требало прецизније утврдити, као што је то било учињено у првом парничном закону из 1853,³⁴ узимајући притом у обзир важност спорног предмета, место пребивалишта странака и њихово евентуално одсуство из земље. У том смислу Комисија је предлагала да, уколико парничне странке живе у истом округу а не постоји опасност од одлагања, рокови не буду краћи од осам нити дужи од 15 дана, ако живе у различитим окрузима не буду краћи од 15 дана нити дужи од месец дана а, уколико се, пак, парничари налазе у иностранству, не буду краћи од једног нити дужи од два месеца.³⁵ Министар није изменио чл. 148 законског пројекта у траженом правцу вероватно сматрајући целисходнијим не везивати судију тако стриктном формулацијом, већ му оставити више слободе да у конкретном случају процени који је рок довољан за извршење неке процесне радње.

Законска материја која се односила на иницијални парнични акт завршавала се кратким поглављем о противтужби од свега четири члана (глава Х). Противтужбени захтев није био везан са тужбеним захтевом истим чињеничним и правним основом. Уколико је тужени имао противпотраживања према тужиоцу која проистичу из истог предмета њих је требало да истакне у одговору на тужбу. Смисао противтужбе се огледао само у томе да се пред истим судом расправља о захтевима обе процесне странке, али се на основу противтужбе водила посебна парница чији исход ни на који начин није зависио од судске одлуке о тужиоцевом тражењу. Противтужба се могла поднети у року од шездесет дана од пријема тужбе,³⁶ а није била дозвољена у споровима вођеним због непокретности, службености и залогe (чл. 342-345).³⁷

4. ЗАКЉУЧАК

Законик о грађанском судском поступку представља непобитан доказ да је законодавац у потпуности био свестан значаја тужбе за остваривање субјективног грађанског права оштећене странке. Зато су врло детаљно, у чак 23 члана, нормирани садржина тужбе и с тим у вези њени обавезни елементи, форма, главна и споредна тражења, тужбе у хитним стварима, одговор

³⁴ Вид. чл. 121 и 130 Законика из 1853. године.

³⁵ Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 109-110.

³⁶ По чл. 170 Законика из 1853. године противтужба се могла поднети све до изрицања првостепене пресуде.

³⁷ Законик из 1865. године.

на тужбу и поступање с њим. Аутор кодекса је водио рачуна да одредбе о тужби буду формулисане у складу са начелом диспозитивности, начелом контрадикторности, расправним начелом и начелом обостраног саслушања странака на којима почива и модеран парнични поступак. О квалитету законског текста говори податак да су правосудни органи који су 1872. коментари-сали предложени законски пројекат упутили мериторне примедбе на рачун само четири члана Законика. Све остале сугестије и критике биле су стилске и терминолошке природе и нису се тицале суштине ствари. Међутим, о високом нивоу законског нормирања материје о тужби пре свих убедљиво сведочи чињеница да за пуне 64 године важења процесне кодификације није измењен ниједан члан који се односи на иницијални парнични акт.

*Maša M. Kulauzov, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs*

Complaint According to Provisions of Code of Civil Procedure from 1865

Abstract: *In civil law, a complaint is the very first formal action taken to officially begin a lawsuit. It contains the allegations against the defense, the specific laws violated, the facts that led to the dispute, and any demands made by the plaintiff to restore justice. If a complaint is incomplete in a way that it does not comprise all the necessary facts and legal reasons sufficient to support a claim against the defendant, it can lead to judicial errors and breaches of laws. That is a reason why precise and detailed legal regulation regarding initial document in a lawsuit is of great significance for plaintiff's success in litigation. The author of Code of Civil Procedure from 1865 was fully aware of this fact and therefore complaint was meticulously regulated in 23 paragraphs. As these provisions were in all respects satisfactory, they were not amended during the whole period that the Code was in force. Minister of Justice Stojan Veljković, however, proposed amendments to a few paragraphs concerning complaint in his draft from 1872 but, since this document was never enacted, aforementioned provisions remained unrevised.*

Keywords: *Legislation on civil procedure, civil proceedings, complaint, Code from 1865, draft from 1872.*

Датум пријема рада: 15.11.2018.

Др Владимир Ж. Марјански, ванредни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
V.Marjanski@pf.uns.ac.rs

ВРСТЕ, ЦИЉ (СВРХА) И НАЧИНИ СМАЊЕЊА ОСНОВНОГ КАПИТАЛА ДРУШТВА С ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ*

Сажетак: Смањење основног капитала је законом утврђен постојећи начин који се сировођење за последицу има смањење вредности до тада регистровано основног капитала. Предмет овог рада су нека од најзначајнијих питања у вези са постојећом смањења основног капитала: врсте, сврха (циљ) и начини смањења основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу. Иако се у Закону о привредним друштвима не помињу врсте смањења основног капитала, у економској и правној теорији, али и уједно праву изражена је идеја смањења основног капитала према два критеријума. Према економском критеријуму, једнако као и код повећања основног капитала, разликују се ефективно и номинално смањење основног капитала. Поменути економски идеја довела је до стварања два различита правна постојећа смањења основног капитала у праву привредних друштва. У том смислу разликују се редовни (нем. *ordentliche Kapitalherabsetzung*) и појединачни постојећи смањења основног капитала (нем. *vereinfachte Kapitalherabsetzung*). Циљ или више њих су разлози због којих се сировође смањење основног капитала. Циљ (сврха) смањења основног капитала је, с једне стране, обавештење повериоцима о стању друштва и, с друге стране, заштити чланова друштва с ограниченом одговорношћу. Од врста и циљева смањења основног капитала треба разликовати начине и правне технике којима се долази до смањења основног капитала. До последњих измена и допуна Закона о привредним друштвима на смањење основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу сходно су се примењивале одредбе о смањењу основног капитала акционарског друштва. Дакле, није постојала посебна регулатива која би се односила на смањење основног капитала

* Рад је посвећен пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

друштва с ограниченом одговорношћу. Нова регулатива је, међутим, нејошћива. Овакво нејошћиво регулисање овог јосћивука, уз истовремено јошћивуно укидање сходне примене норми о смањењу основног капиталa акционарског друштва, вероватно ће изазвати још веће проблеме у пракси.

Кључне речи: основни капитал, смањење основног капиталa, друштво с ограниченом одговорношћу, улози, удели.

1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

Основни (регистровани) капитал друштва је новчана вредност уписаних улога чланова друштва у друштво која је регистрована у складу са законом о регистрацији.¹ Основни капитал може се променити – повећати или смањити само спровођењем законом утврђеног поступка повећања или смањења основног капитала.

Смањење основног капитала је законом утврђен поступак чије успешно спровођење за последицу има смањење вредности до тада регистрованог основног капитала. До последњих измена и допуна Закона о привредним друштвима (даље у тексту ЗПД)², на смањење основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу сходно су се примењивале одредбе о смањењу основног капитала акционарског друштва.³ Дакле, није постојала посебна регулатива која би се односила на смањење основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу. Ово није била најбоља законска техника за уређење оваквог важног поступка, јер је у пракси захтевала правилан одабир одредби које су се могле применити на смањење основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу. Изменама и допунама ЗПД које се примењују од 1. октобра 2018. године поступак смањења основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу је посебно регулисан. Истовремено је обрисана одредба о сходној примени правила о смањењу основног капитала акционарског друштва. Иако поздрављамо увођење посебних норми о смањењу основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу, истовремено одмах на почетку указујемо да је нова регулатива непотпуна. Овакво непотпуно регулисање овог поступка, уз истовремено потпуно укидање сходне примене норми о смањењу основног капитала акционарског друштва вероватно ће изазвати још веће проблеме у пракси о чему ће бити више речи на одговарајућем месту.

¹ Закон о привредним друштвима, („Сл. Гласник“ бр. 36/11,99/11, 83/14- др. закон, 5/15, 44/2018 – даље у фуснотама ЗПД), чл. 44, ст. 3.

² Закон о привредним друштвима („Сл. Гласник“ бр. 44/2018 – примена од 1. октобра 2018. године)

³ Вид. ЗПД, чл. 149, ст. 1 – брисана последњим изменама и допунама („Сл. Гласник“ бр. 36/11,99/11, 83/14-др. закон, 5/15).

Текст ЗПД који се примењивао до 1. октобра 2018. године предвиђао је сходну примену норми о смањењу основног капитала акционарског друштва на друштва с ограниченом одговорношћу, па је у складу са тим примењивана и норма о обавезној садржини одлуке о смањењу основног капитала. Према норми која и даље важи за акционарска друштва одлука о смањењу основног капитала мора да садржи назначење циља, обима и начина смањења основног капитала, а нарочито да ли се смањење спроводи у складу са одредбама о заштити поверилаца.⁴ Утврђивање циља и начина смањења основног капитала су, према нашем мишљењу, најважнија питања поступка смањења основног капитала. У уској вези са циљевима и начином смањења основног капитала су и врсте поступка смањења основног капитала, па ће предмет овог рада бити врсте, циљ (сврха) и начини смањења основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу.

2. ВРСТЕ СМАЊЕЊА ОСНОВНОГ КАПИТАЛА

Иако се у ЗПД не помињу врсте смањења основног капитала, у економској и правној теорији, али и упоредном праву изграђена је подела смањења основног капитала према два критеријума.

Према економском критеријуму, једнако као и код повећања основног капитала, разликују се ефективно и номинално смањење основног капитала. Ефективно смањење основног капитала постоји када смањење основног капитала узрокује одлив финансијских средстава из привредног друштва или отпуст дела или целокупног потраживања које друштво има према члану/члановима у вези са већ преузетом а неизвршеном обавезом уплате односно уношења улога. Због тога је у случају ефективног смањења основног капитала неопходно поштовање норми о заштити поверилаца друштва. Одлука о смањењу основног капитала обавезно садржи назначење да ли се смањење спроводи у складу са одредбама о заштити поверилаца. Уколико се смањење основног капитала врши уз примену одредби о заштити поверилаца (ЗПД, чл. 147а), одлука о смањењу основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу обавезно садржи позив повериоцима да пријаве своја потраживања ради обезбеђења тих потраживања.⁵

Номинално смањење основног капитала постоји када услед смањења основног капитала не долази до одлива финансијских средстава или отписа потраживања према члановима друштва. Номинално смањење служи искључиво покрићу губитака, стварању и или повећању средстава резерви за

⁴ Вид. ЗПД, чл. 314, ст. 5.

⁵ Вид. ЗПД, чл. 147, ст. 5.

покриће будућих губитака или повећања основног капитала из нето имовине друштва, побољшању биланса и олакшавању тзв. санирања (о чему ће бити више речи касније). У том случају није неопходна примена одредби о заштити поверилаца друштва.

Поменута економска подела довела је до стварања два различита правна поступка смањења основног капитала у праву привредних друштава. У том смислу разликују се редовни (нем. *ordentliche Kapitalherabsetzung*)⁶ и поједностављени поступак смањења основног капитала (нем. *Verainfachte Kapitalherabsetzung*)⁷. Редовни поступак смањења основног капитала примењује се када је реч о ефективном смањењу основног капитала и спроводи уз истовремену примену норми заштити поверилаца друштва.⁸ Поједностављени поступак смањења основног капитала примењује се када је реч о номиналном смањењу основног капитала и спроводи се без примене норми о заштити поверилаца друштва.

Постоји неколико суштинских разлика између ове две врсте поступака. Прво, поједностављени поступак смањења спроводи се када је реч о номиналном смањењу основног капитала које не изазива одлив финансијских средстава из друштва, нити отпис потраживања према члановима друштва (нема умањења имовине друштва). Друго, циљеви поједностављеног поступка смањења основног капитала су покриће губитака, уклањање презадужености (подкапитализације) друштва – успостављање билансне равнотеже, санирање и стварање или повећање резерви друштва за покриће будућих губитака или за касније повећање основног капитала из нето имовине друштва. Треће, у поједностављеном поступку смањења основног капитала није неопходна примена норми о заштити поверилаца друштва. Четврто, разликује се поступак регистрације смањења у Агенцији за привредне регистре. У поједностављеном поступку регистрација смањења је могућа одмах након доношења одлуке о смањењу (нема обавештавања поверилаца и процедуре у вези са њиховом заштитом). Као резултат тога поједностављени поступак смањења основног капитала захтева мање времена.⁹ Пето, поједностављени поступак најчешће се спроводи техником снижавања номиналне

⁶ Вид. Закон о друштвима с ограниченом одговорношћу СР Немачке (*Gesetz betreffend die Gessellschaften mit beschränkter Haftung* (последња измена BGBl. I. S. 2446, даље у фуснотама: *GmbHG*), чл. 58. и *Zakon o trgovačkim društvima Republike Hrvatske* („*Narodne novine*“, бр. 111/93, 34/99, 121/99 – *vjerodostojno tumačenje*, 52/00. – *Odluka USRH*, 118/03, 107/07, 146/08 i 137/09), чл. 342-348.

⁷ Вид. *GmbHG*, чл. 58а.

⁸ У вези са заштитом поверилаца у поступку смањења основног капитала видети опширније код Зоран Арсић, „Смањење основног капитала акционарског друштва и заштита поверилаца“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3-1/2017, 625-638.

⁹ Holger Fleischer, Wulf Goette (hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG*, München 2011, 396.

вредности улога (вредност уписаних улога) чланова друштва уз поштовање једнаког третмана свих чланова друштва.¹⁰

3. ЦИЉ (СВРХА) СМАЊЕЊА ОСНОВНОГ КАПИТАЛА

Циљ/циљеви представљају разлоге због којих се спроводи смањење основног капитала. Циљ (сврха) смањења основног капитала мора бити конкретно утврђен. Сврха смањења основног капитала је, с једне стране, обавештење повериоцима о стању друштва и, с друге стране, заштита чланова друштва с ограниченом одговорношћу.¹¹ Уколико је реч о више циљева (нпр. покриће губитака, уклањање презадужености и сл.) они сви морају бити наведени. При томе је могуће алтернативно навођење и утврђивање приоритета.¹²

Циљеве (сврху) смањења основног капитала не треба мешати са начинима тј. техником којом се врши смањење основног капитала. Само у једном случају циљ и начин могу бити истоветни (смањење основног капитала повлачењем и поништењем сопственог удела). Систематика норми о смањењу основног капитала код друштва с ограниченом одговорношћу у ЗПД, међутим, није постављена на јасан начин па се у истој норми мешају циљеви и начини смањења основног капитала.¹³

У теорији права привредних друштава, домаћем и упоредном праву циљ (сврха) смањења може бити различита: 1. Омогућавање исплата члановима на терет основног капитала (повраћај улога); 2. Потпуно или делимично ослобађање члана/чланова од обавезе уплате односно уношења улога; 3. Покриће губитака; 4. Уклањање презадужености (подкапитализације) друштва – успостављање билансне равнотеже; 5. Санирање – истовремено номинално смањење и ефективно повећање основног капитала; 6. Стварање или повећање резерви друштва за покриће будућих губитака или за касније повећање основног капитала из нето имовине друштва. Смањење основног капитала у циљу омогућавања исплата члановима на терет основног капитала (повраћај улога) и уклањање презадужености (подкапитализације) друштва

¹⁰ Начело једнаког третмана акционара исте класе акција у поступку смањења основног капитала је предвиђено и даље код акционарских друштава (вид. ЗПД, чл. 318). Укидањем сходне примене одредби о смањењу основног капитала акционарских друштава на друштва с ограниченом одговорношћу отпао је основ за примену наведене одредбе. Ипак, природа номиналног смањења уз примену технике снижавања номиналне вредности улога налаже и даље неопходност једнаког третмана чланова друштва с ограниченом одговорношћу у том случају, па се оно спроводи истовременим сразмерним снижавањем њихових улога, без промене процентуалне вредности њихових удела.

¹¹ Зоран Арсић, Владимир Марјански, *Право привредних друштава*, Нови Сад 2018, 304.

¹² Ибид.

¹³ Вид. ЗПД, чл. 147, ст. 1.

– успостављање билансне равнотеже као циљеви смањења према нашем ЗПД нису предвиђени.

Сви горе побројани циљеви смањења основног капитала даље се могу поделити у две групе: 1. циљеви ефективног смањења основног капитала и 2. циљеви номиналног смањења основног капитала.

3.1. Циљеви ефективног смањења основног капитала

Циљеви ефективног смањења основног капитала су: 1. Омогућавање исплате члановима на терет основног капитала (повраћај улога) и 2. Потпуно или делимично ослобађање члана/чланова од обавезе уплате односно уношења улога. Иако се смањење основног капитала, по правилу, спроводи ради остварења једног од ових циљева, могућа је и комбинација оба циља ефективног смањења.¹⁴

3.1.1. Омогућавање исплате члановима на терет основног капитала (повраћај улога)

С обзиром на то да се основни капитал (збир вредности уписаних улога) формира из оснивачких улога приликом оснивања друштва, нових улога чланова или трећих лица¹⁵, из нето имовине друштва (нераспоређене добити и средстава резерви), или по основу статусне промене, у упоредном праву, циљ смањења може да буде и ослобађање средстава која су оснивањем или повећањем основног капитала била везана за основни капитал. За разлику од упоредног права где је прописана могућност смањења основног капитала исплатом члановима на терет основног капитала (повраћај улога), у нашем ЗПД неоправдано је пропуштено да се предвиди овај начин смањења основног капитала, па се чланови који су већ у потпуности извршили уплате односно уношење уписаних улога у том погледу налазе у неправном положају у односу на оне који уопште нису или су само делимично извршили обавезу уплате односно уношења улога. Наиме, као што је горе поменуто, предвиђена је само могућност смањења основног капитала потпуним или делимичним ослобађањем члана/чланова од обавезе уплате од-

¹⁴ Max Gellis, *Kommentar zum GmbH – Gesetz*, 4. Auflage, Wien 2000, 498.

¹⁵ Вид. ЗПД, чл. 146. У тексту није посебно наведено а помињу се као начини повећања основног капитала у поменутом члану – повећање претварањем (конверзијом) потраживања према друштву у основни капитал и повећање претварањем (конверзијом) додатних уплата у основни капитал јер је у тим случајевима у суштини реч о повећању основног капитала новим улозима. Видети опширније о томе код Владимир Марјански, „Одлука о повећању основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2017, 753-766.

носно уношења улога.¹⁶ Последица тога је и да се средства која су једном везана за основни капитал, на пример, повећањем основног капитала из нето имовине друштва (нераспоређене добити и средстава резерви) не могу више ослободити исплатом члановима друштва на терет основног капитала. Институт забране повраћаја улога је уобичајен код друштава капитала и служи очувању вредности основног капитала, али се у упоредном праву у случају спровођења смањења основног капитала предвиђа могућност исплате члановима на терет основног капитала¹⁷, те се то третира као изузетак од правила о забрани повраћаја улога. Према ЗПД, такав изузетак, међутим, није предвиђен па норма из члана 60, ст. 1 ЗПД која гласи „Члановима друштва не може се извршити повраћај уплаћених односно унетих улога, нити им се може платити камата на оно што су уложили у друштво“ не допушта овакву сврху смањења. Тиме чланови друштва који су у потпуности извршили своју обавезу остају у неравноправном положају у односу на оне који своју обавезу нису испунили. У сваком случају нелогично је и да средства којима су чланови једном могли слободно да располажу доношењем одлуке о расподели добити више не могу да их ослободе ако су их на основу претходне одлуке о повећању основног капитала из нераспоређене добити везали за основни капитал.

До исплате чланова на терет основног капитала (ефективног смањења основног капитала) могуће је евентуално доћи само код вишечланих друштава уз примену института повлачења и поништења удела неког од чланова друштва у складу са чланом 155 ЗПД који за последицу има смањење основног капитала друштва без посебне одлуке о смањењу основног капитала.¹⁸ Код једночланих друштава с ограниченом одговорношћу, међутим, ово није могуће применити јер је према поменутом члану 155 ЗПД могуће само повући и поништити целокупан удео члана друштва, а није правно могуће да привредно друштво остане без чланова. У сваком случају циљ повлачења и поништења удела члана у складу са чланом 155 ЗПД није ефективно смањење основног капитала, већ престанак чланског односа члана чији се удео повлачи и поништава. Ефективно смањење основног капитала је овде само последица повлачења и поништења удела члана под условом да се исплата члану чији се удео повлачи и поништава врши на терет основног капитала. Ипак, уколико се исплата врши на терет средстава резерви које

¹⁶ Вид. ЗПД, чл. 147, ст. 1, тач. 3 у вези са чл. 46, ст. 3.

¹⁷ Вид. *Zakon o trgovačkim društvima Republike Hrvatske* („Narodne novine“, br. 111/93, 34/99, 121/99 – vjerodostojno tumačenje, 52/00. – Odluka USRH, 118/03, 107/07, 146/08 i 137/09), čl. 462, st. 2. За немачко право: Welf Müller, Burghard Hense (hrsgb.), *Beck'sches Handbuch der GmbH – Gesellschaftsrecht, Steuerrecht*, München, 1995, 393. За аустријско право, Max Gellis, *Kommentar zum GmbH – Gesetz*, 4. Auflage, Wien 2000, 497-498.

¹⁸ Вид. ЗПД, чл. 155, ст. 5.

се могу користити за те намене уз поштовање одредбе члана 275 ЗПД о ограничењима плаћања, тада се овакво смањење основног капитала не третира ефективним па се норме о заштити поверилаца не примењују.¹⁹

3.1.2. Пошћуно или делимично ослобађање члана/чланова од обавезе уписања односно уношења улога

У складу са ЗПД, оснивачким актом или одлуком о повећању основног капитала новим улозима постоји могућност да чланови упишу улоге и тиме преузму обавезу уплате односно уношења улога, а да ту обавезу касније уопште не изврше или је само делимично изврше (нпр. изврше уплату половине новчаног улога приликом оснивања, а да за остатак буду у обавези према друштву у одређеном року у складу са оснивачким актом²⁰). „Лица која су оснивачким актом или на други начин (приликом повећања основног капитала) преузела обавезу да уплате односно унесу у друштво одређени улог одговарају друштву за извршење те обавезе и у обавези су да накнаде штету која је друштву проузрокована пропуштањем или кашњењем извршења те обавезе“.²¹ Друштво не може да ослободи та лица обавезе да уплате односно унесу улог у друштво, осим у поступку смањења основног капитала уз примену одредби члана 147а ЗПД о заштити поверилаца.²² Дакле, сврха смањења основног капитала може бити и потпуно или делимично ослобађање члана/чланова од обавезе уплате односно уношења улога. У овом случају такође долази до ефективног смањења основног капитала јер привредно друштво отпушта део или целокупно потраживање које има према члану/члановима у вези са већ преузетом а неизвршеном обавезом уплате односно уношења улога. С обзиром на то да у имовину друштва улазе и потраживања, њиховим испуштањем долази до умањења имовине привредног друштва, па је у случају спровођења смањења основног капитала неопходна и примена норми о заштити поверилаца.

Различите су последице и висине смањења основног капитала у зависности од тога да ли је реч о потпуном или делимичном ослобађању члана од обавезе уплате односно уношења улога, као и у односу на то да ли је члан претходно барем делимично извршио своју обавезу или је уопште није извршио. Уколико члан уопште није извршио своју обавезу, а друштво га у потпуности ослободи обавезе, његов уписани улог се брише и истовремено долази до престанка чланског односа повлачењем и поништењем његовог удела, али не уз примену члана 155 ЗПД, већ уз директну примену норми о

¹⁹ Вид. ЗПД, чл. 147б.

²⁰ Вид ЗПД, чл. 46, ст. 1.

²¹ ЗПД, чл. 46, ст. 1.

²² Вид. ЗПД, чл. 46, ст. 3.

поступку смањења основног капитала из члана 147 ЗПД (доноси се одлука о смањењу основног капитала). Уколико га друштво само делимично ослободи обавезе, доћи ће до снижавања номиналне вредности улога (снижавање вредности уписаног улога), али то неће изазвати престанак чланског односа, нити до повлачења и поништења удела тог члана друштва.

Уколико је члан делимично извршио обавезу уплате односно уношења улога, друштво га може у потпуности или делимично ослободити испуњења до тада неизвршене обавезе, али се тада смањење номиналне вредности улога може извршити највише до износа до тада извршене обавезе, па у складу са тим тада не долази до престанка чланског односа.

У вези са нормом која у случају смањења основног капитала допушта ослобађање члана од обавезе уплате односно уношења улога још једно питање завређује посебну пажњу. Наиме, поставља се питање да ли друштво може само истовремено ослободити ове обавезе све чланове који обавезу нису испунили (ако више чланова није извршило ову обавезу) или је могуће да се ослобођење односи само на појединог члана друштва? Изричита забрана за тако нешто не постоји, па је могуће да дође до несразмерног (диспропорционалног) снижења номиналне вредности улога само једног или појединих чланова, а да остали и даље остану у обавези без снижавања номиналне вредности њихових улога. У том случају ће такво смањење изазвати и промену власничке структуре – процентуална вредност удела члана који се ослобађа обавезе ће се умањити, а процентуална вредност удела чланова на које се ослобођење не односи ће истовремено порасти. У прилог оваквој могућности говори и норма о искључењу права гласа члана друштва са ограниченом одговорношћу. Члан друштва не може гласати у скупштини када се доноси одлука о његовом ослобађању од обавеза према друштву, или о смањењу тих обавеза.²³ Дакле, тзв. диспропорционално снижавање номиналне вредности улога могуће је само када је циљ смањења основног капитала ослобађање појединог члана од обавезе уплате односно уношења улога.²⁴

Иако је ослобађање члана од обавезе уплате односно уношења улога један од могућих циљева смањења основног капитала, оно може да послужи и као начин да се обезбеде услови за спровођење других врста поступака у којима долази до стицања сопственог удела.²⁵ Сопственим уделом друштва сматра се удео или део удела који друштво стекне од свог члана.²⁶ У појединим случајевима, уколико се сопствени удео стиче бестеретним правним послом, откупом удела или дела удела од члана друштва (теретним правним

²³ ЗПД, чл. 214, ст. 1, т. 1.

²⁴ Holger Fleischer, Wulf Goette (hrsg.), 392.

²⁵ Вид. ЗПД, чл. 157, ст. 3. И 187, ст. 1.

²⁶ Вид. ЗПД, чл. 157, ст. 1.

послом)²⁷ или иступањем члана из друштва без потраживања накнаде за удео²⁸ улог претходно мора бити у потпуности уплаћен односно унет. Ослобађањем члана од обавезе уплате односно уношења улога и истовременим снижавањем вредности уписаног улога долази до изједначавања износа уписаног (номинална вредност улога) и уплаћеног односно унетог улога, па се стичу услови за спровођење горе наведених поступака у којима долази до стицања сопственог удела друштва.

3.2. Циљеви номиналног смањења основног капитала

Циљеви номиналног смањења основног капитала су: 1. Покриће губитака; 2. Уклањање презадужености (подкапитализације) друштва – успостављање билансне равнотеже; 3. Санирање – истовремено смањење и повећање основног капитала; и 4. Стварање или повећање резерви друштва за покриће будућих губитака или за касније повећање основног капитала из нето имовине друштва.

3.2.1. Покриће губитака

Уколико привредно друштво током свог пословања у годишњем финансијском извештају искаже губитак, тај губитак под одређеним условима може бити покривен на терет основног капитала, па је могући циљ смањења основног капитала покриће губитака.²⁹ Овај циљ смањења основног капитала изричито је предвиђен у ЗПД. Основни капитал друштва с ограниченом одговорношћу може се смањити, али не испод минималног основног капитала (према ЗПД, чл. 145) ради покрића губитака друштва.³⁰ Да би се спровело смањење основног капитала у циљу покрића губитака морају бити испуњени одређени услови. Смањење основног капитала ради покрића губитака може се вршити само ако друштво, према објављеном финансијском извештају за годину која претходи години у којој се одлука доноси, не располаже нераспоређеном добити и резервама које се могу користити за те намене, и то у износу који не може бити већи од износа губитака који се покривају.³¹ Другим речима, уколико друштво у објављеном финансијском извештају за годину која претходи години у којој се одлука доноси има исказану нераспоређену добит или резерве које се могу користити за ту намену, покриће губитака мора се прво извршити на терет нераспоређене добити

²⁷ Вид. ЗПД, чл. 157, ст. 2, т. 1 и т. 4. и ЗПД, чл. 157, ст. 3.

²⁸ Вид. ЗПД, чл. 187, ст. 1.

²⁹ Welf Müller, Burghard Hense (hrsg.), 394.

³⁰ ЗПД, чл. 147, ст. 1, т. 1.

³¹ ЗПД, чл. 147б, ст. 2.

или таквих средстава резерви. Тек уколико по исцрпљивању нераспоређене добити или средстава резерви и даље постоји губитак, може се приступити покрићу губитка на терет основног капитала у ком случају се спроводи смањење основног капитала ради покрића губитка.

Смањење основног капитала ради покрића губитака спроводи се у поједностављеном поступку смањења јер је реч о номиналном смањењу основног капитала. Оно не узрокује одлив финансијских средстава из друштва, па се у том случају не примењују норме о заштити поверилаца друштва. Одредбе о заштити поверилаца из члана 147а ЗПД не примењују се у случају када се смањењем основног капитала покривају губици друштва.³²

Када се смањење основног капитала врши ради покрића губитака обавезно се поштује једнак третман чланова па је могуће само сразмерно (пропорционално) снижавање вредности њихових улога. Власничка структура се не мења јер процентуална вредност удела (учешћа) сваког члана у основном капиталу друштва остаје неизмењена, тј. остаје онаква каква је била пре спроведеног поступка смањења основног капитала.

3.2.2. Уклањање презадужености (подкапитализације) друштва – успостављање билансне равнотеже

У упоредном праву као један од могућих циљева смањења основног капитала наводи се уклањање презадужености (подкапитализације) друштва. Презадуженост (подкапитализација) постоји када је вредност која се добије одузимањем обавеза од имовине друштва (тзв. нето имовина) мања од вредности основног капитала.³³ С обзиром на то да се основни капитал евидентира у оквиру капитала у пасиви биланса стања, могуће је смањењем основног капитала извршити тзв. изравнавање биланса и поново успоставити билансну равнотежу. Овде се на терет основног капитала не покривају губици, јер губитак у билансу не мора уопште бити исказан. Вредност имовине је већ изгубљена, па се смањењем основног капитала који се евидентира на пасиви успоставља билансна равнотежа. Овде је реч о номиналном смањењу основног капитала које се спроводи по правилима поједностављеног поступка без примене норми о заштити поверилаца друштва. Ово из разлога што ни у овом случају не долази до одлива финансијских средстава из друштва. Чланови се не исплаћују на терет основног капитала, нити се ослобађају обавезе уплате односно уношења улога. Када се смањење основног капитала врши ради успостављања билансне равнотеже, обавезно се поштује једнак третман чланова па је могуће само сразмерно (пропорционално) снижавање вредности њихових улога. Власничка структура се не

³² ЗПД, чл. 147б, ст. 1, т. 3.

³³ Welf Müller, Burghard Hense (hrsg.), 394.

мења јер процентуална вредност удела (учешћа) сваког члана у основном капиталу друштва остаје неизмењена, тј. остаје онаква каква је била пре спроведеног поступка смањења основног капитала.

Ипак, ЗПД, за разлику од покрића губитака, уклањање презадужености (подкапитализације) друштва не предвиђа као могући циљ смањења основног капитала, па је питање да ли би регистратор (Агенција за привредне регистре) уопште допустио регистрацију смањења основног капитала са овим циљем. Пропуст законописца да предвиди могућност смањења основног капитала ради успостављања билансне равнотеже таквом привредном друштву отежава превазилажење овог проблема. То има и извесне практичне последице. Наиме, према одредби члана 275 ЗПД у којој се регулишу ограничења плаћања акционарима (постоји сходна примена на друштво с ограниченом одговорношћу³⁴) друштво не може вршити плаћања акционарима ако је према последњим годишњим финансијским извештајима нето имовина друштва мања или би услед такве исплате постала мања, од уплаћеног основног капитала увећаног за резерве које је друштво у обавези да одржава у складу са законом или статутом, ако такве резерве постоје, осим у случају смањења основног капитала (изузетак се односи само на ефективно смањење основног капитала). Дакле, до успостављања билансне равнотеже исплате члановима из добити нису допуштене. Смањење основног капитала у циљу успостављања билансне равнотеже би могло да помогне превазилажењу овакве ситуације довођењем биланса у позицију којом би се поново успоставила могућност исплате члановима уз поштовање правила о ограничењима плаћања.

3.2.3. Санирање – истовремено смањење и повећање основног капитала

Као што је већ наведено, смањење основног капитала, по правилу, није допуштено испод законом утврђеног минимума. У појединим ситуацијама, међутим, вредност основног капитала изнад законом утврђеног минимума није довољна да се на терет основног капитала покрије читав губитак. Тада је допуштено да се смањењем иде и испод законом утврђеног минимума, али само уколико се истовремено спроведе и региструје повећање основног капитала новим улозима.³⁵ Неопходно је да након истовременог смањења основног капитала ради покрића губитака (номинално смањење) и повећања

³⁴ Вид. ЗПД, 184, ст. 1.

³⁵ У нашем ЗПД је оваква могућност предвиђена код акционарских друштва (вид. ЗПД, чл. 324-325). Иако је укинута сходна примена одредби на друштво с ограниченом одговорношћу, сматрамо да не би требало да постоји сметња да се овакво смањење основног капитала спроведе и код друштава с ограниченом одговорношћу.

основног капитала новим улозима (ефективно повећање) основни (регистровани) капитал буде барем на законом прописаном минимуму. У упоредном праву се оваква правна техника назива санирањем.³⁶ Дакле, реч о два одвојена поступка који се спроводе истовремено. С обзиром на то да су према нашем ЗПД смањење основног капитала ради покрића губитака и повећање основног капитала новим улозима предвиђени као могући циљ смањења и начин повећања основног капитала, и у нашем праву је могуће спровести наведено санирање.

У упоредном праву где одступање од корелације вредности улога – удела није допуштено (процентуална вредност удела стиче се искључиво у сразмери са вредношћу уплаћеног улога) истовремено смањење основног капитала и повећање основног капитала новим улогом трећих лица понекад служи и лакшем уласку потенцијалног инвеститора – трећег лица у друштво.³⁷ Наиме, уколико је висина основног капитала мања, вредност појединачног улога трећег лица (улагача) опредељује му већи проценат удела у основном капиталу. Према нашем ЗПД, међутим, једногласном одлуком скупштине о повећању основног капитала може се одступити од правила да се удели стичу сразмерно вредности улога³⁸, па претходно смањење основног капитала ради лакшег пријема трећег лица – улагача у друштво кроз поступак повећања основног капитала новим улогом није неопходно.

3.2.4. Стварање или повећање резерви друштва за покриће будућих губитака или за касније повећање основног капитала из нето имовине друштва

ЗПД као могући циљ смањења основног капитала предвиђа и смањење основног капитала ради стварања или повећање резерви друштва за покриће будућих губитака или за касније повећање основног капитала из нето имовине друштва.³⁹ Као што је један од начина повећања основног капитала повећање основног капитала из нето имовине друштва – нераспоређене добити или средстава резерви, допуштен је и делимично реверзибилан – супротан поступак у којем се основни капитал смањује ради стварања или повећања резерви друштва за покриће будућих губитака или за касније повећање основног капитала из нето имовине друштва. Ипак, овакво смањење основног капитала је допуштено само у правцу „трансфера“ средстава са конта основног капитала на конто наменских резерви – за покриће будућих губитака или за касније повећање основног капитала из нето имовине

³⁶ Welf Müller, Burghard Hense (hrsg.), 394.

³⁷ Welf Müller, Burghard Hense (hrsg.), 395.

³⁸ Вид. ЗПД чл. 151, ст. 1.

³⁹ Вид. ЗПД, чл. 147, ст. 2

друштва. „Трансфер“ средстава са конта основног капитала на конто општих (ненаменских) средстава резерви или на конто нераспоређене добити није допуштено. Дакле, овакав поступак смањења основног капитала не омогућава поновно ослобађање средстава у правцу нераспоређене добити за даљу расподелу члановима. Ово је логично уколико се узме у обзир да би се у супротном са наведеним средствима даље могло поступати као са нераспоређеном добити која у случају исплате члановима на основу одлуке о подели добити свакако не захтева примену норми о заштити поверилаца. Уколико су средства из нераспоређене добити по основу повећања основног капитала из нето имовине друштва једном везана за основни капитал, она се према нашем ЗПД више не могу ослободити ради исплате члановима друштва, јер ни исплата члановима на терет основног капитала према нашем ЗПД, како је горе већ наведено, није предвиђена као могући циљ смањења основног капитала. Средства од овог смањења могу бити употребљена даље само у сврху покрића будућих губитака или за повећање основног капитала из нето имовине друштва.

Смањење основног капитала у овом циљу спроводи се у поједностављеном поступку смањења јер је реч о номиналном смањењу основног капитала. Оно не узрокује одлив финансијских средстава из друштва, па се у том случају не примењују норме о заштити поверилаца друштва. Одредбе о заштити поверилаца из члана 147а ЗПД не примењују се у случају када се смањењем основног капитала стварају или повећавају резерве за покривање будућих губитака друштва или за повећање основног капитала из нето имовине друштва.⁴⁰

У случају смањења основног капитала ради стварања или повећања резерви за покриће будућих губитака постоји додатни услов који се према ЗПД мора поштовати. Резерве по спроведеном поступку смањења основног капитала које је спроведено ради стварања или повећања резерви за покриће будућих губитака не могу бити веће од 10% основног капитала.⁴¹ Реч је дакле о вредности резерви намењених за покриће будућих губитака у односу на нову – мању вредност основног капитала која ће настати „по спроведеном“ поступку смањења. То значи да овакво смањење може бити извршено за највише 9,09% у односу на вредност основног капитала пре смањења и то под условом да претходно такве резерве уопште нису постојале.⁴² Свако смањење

⁴⁰ ЗПД, чл. 147б, ст. 1, т. 4.

⁴¹ Вид. ЗПД, чл. 147б, ст. 3.

⁴² Пример: вредност основног капитала пре смањења износи 1.000.000 динара. Уколико се вредност основног капитала смањи за 9,09% претварањем у средства резерви за покриће будућих губитака, вредност основног капитала након смањења износиће 909.100 динара, а вредност резерви за покриће будућих губитака 99.900. динара. Смањење основног капитала које би ишло преко тог износа створило би резерве које су веће од 10% вредности основног капитала, што према наведеној норми није допуштено.

преко наведене вредности довело би до вредности резерви које би превазилазило 10% вредности основног капитала насталог по спроведеном поступку смањења, а то према ЗПД није допуштено.

Када се смањење основног капитала врши у овом циљу обавезно се поштује једнак третман чланова па је могуће само сразмерно (пропорционално) снижавање вредности њихових улога. Власничка структура се не мења јер процентуална вредност удела (учешћа) сваког члана у основном капиталу друштва остаје неизмењена, тј. остаје онаква каква је била пре спроведеног поступка смањења основног капитала.

4. НАЧИНИ (ТЕХНИКА) СМАЊЕЊА ОСНОВНОГ КАПИТАЛА

Од врста и циљева смањења основног капитала треба разликовати начине тј. правне технике којима се долази до смањења основног капитала.

Наш ЗПД у делу који се односи на смањење основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу не регулише начине смањења основног капитала, па у одсуству сходне примене норми о смањењу основног капитала код акционарских друштава (брисана је ранија норма о сходној примени) ово питање остаје нерегулисано. У делу ЗПД који се односи на смањење основног капитала акционарског друштва предвиђено је да се одлуком о смањењу основног капитала утврђује и начин тог смањења.⁴³ Надаље предвиђени су и могући начини смањења основног капитала. Основни капитал акционарског друштва може се смањити: 1. Повлачењем и поништењем акција у поседу акционара; 2. Поништењем сопствених акција друштва; 3. Смањивањем номиналне вредности акција, односно рачуноводствене вредности код акција без номиналне вредности.⁴⁴ Исте норме су се до 1. октобра 2018. године сходно примењивале на смањење основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу. Укидањем сходне примене питање начина смањења основног капитала код друштва с ограниченом одговорношћу остаје отворено. Ипак, узимајући у обзир природу друштва с ограниченом одговорношћу и карактеристике удела као чланског односа код ове правне форме привредног друштва, једини логичан закључак је да се основни капитал друштва с ограниченом одговорношћу може смањити на три начина: 1. повлачењем и поништењем удела у власништву чланова друштва; 2. повлачењем и поништењем сопственог удела и 3. смањењем номиналне вредности улога (смањење вредности уписаног улога). Слични начини смањења предвиђени су и у упоредном праву.

⁴³ Вид ЗПД, чл. 314, ст. 5.

⁴⁴ ЗПД, чл. 316.

У оним правним системима где се удели не изражавају у процентима већ у новчаној противвредности, уместо снижавања номиналне вредности улога, предвиђа се смањење основног капитала снижавањем номиналне вредности удела (нпр. у Немачкој, Аустрији, Хрватској).

4.1. Смањење основног капитала повлачењем и поништењем удела у власништву чланова друштва

Један од могућих начина смањења основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу је смањење основног капитала повлачењем и поништењем удела у власништву чланова друштва. Иако се у члану 147 ЗПД који се односи на смањење основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу ово помиње као могући „случај“ смањења основног капитала⁴⁵, детаљнија регулатива у вези са повлачењем и поништењем удела уређена је у члану 155 ЗПД под насловом „повлачење и поништење удела“. Друштво може повући и поништити удео члана друштва само у случајевима и на начин изричито предвиђен оснивачким актом, који је важио на дан када је члан друштва чији се удео повлачи и поништава стекао тај удео.⁴⁶ Друштво може повући и поништити удео члана друштва и ако није испуњен наведени услов, ако је изменом оснивачког акта за коју је гласао тај члан друштва то предвиђено.⁴⁷ Одлуку о повлачењу и поништењу удела доноси скупштина.⁴⁸ Законом је утврђена обавезна садржина те одлуке. Одлука о повлачењу и поништењу удела члана друштва садржи: 1) основ повлачења и поништења; 2) чињенице из којих произлази да су остварени услови за доношење одлуке о повлачењу и поништењу удела; 3) износ и рок за исплату накнаде за удео члану друштва чији се удео повлачи и поништава, који не може бити дужи од две године и 4) дејство поништења удела на основни капитал друштва.⁴⁹ Садржину одлуке на овом месту нећемо посебно анализирати. За овај рад је важно навести да се приликом повлачења и поништења удела спроводи поступак смањења основног капитала друштва у коме није потребно доносити посебну одлуку о смањењу основног капитала.⁵⁰

У оквиру циљева смањења је овај начин смањења већ делимично образложен, па на овом месту наводимо само неколико правила. У случају повлачења и поништења удела долази до исплате неког од чланова друштва. Код једночланих друштава с ограниченом одговорношћу, међутим, ово није

⁴⁵ Вид ЗПД, чл. 147, ст. 1, т. 3.

⁴⁶ ЗПД, чл. 155, ст. 1.

⁴⁷ Вид ЗПД, чл. 155, ст. 2.

⁴⁸ ЗПД, чл. 155, ст. 3.

⁴⁹ ЗПД, чл. 155, ст. 4.

⁵⁰ Вид ЗПД, чл. 155, ст. 5.

могуће применити јер је према поменутом члану 155 ЗПД могуће само повући и поништити целокупан удео члана друштва, а није правно могуће да привредно друштво остане без чланова.⁵¹ У сваком случају циљ повлачења и поништења удела члана у складу са чланом 155 ЗПД није ефективно смањење основног капитала, већ престанак чланског односа члана чији се удео повлачи и поништава. Повлачење и поништење удела у суштини служи иступању члана из друштва применом аутономних норми предвиђених у оснивачком акту у складу са ЗПД, без истовременог стицања сопственог удела (у случају престанка чланског односа у поступку иступања увек долази до стицања сопственог удела). Смањење основног капитала је овде само последица повлачења и поништења удела члана. Уколико се исплата члану чији се удео повлачи и поништава врши на терет основног капитала реч је о ефективном смањењу основног капитала код којег се примењују норме о заштити поверилаца. Уколико се, међутим, исплата врши на терет средстава резерви које се могу користити за те намене уз поштовање одредбе члана 275 ЗПД о ограничењима плаћања, тада се овакво смањење основног капитала не третира ефективним па се норме о заштити поверилаца не примењују.⁵²

4.2. Смањење основног капитала повлачењем и поништењем сопственог удела

Један од могућих начина смањења основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу је смањење основног капитала повлачењем и поништењем сопственог удела. Сопственим уделом друштва сматра се удео или део удела који друштво стекне од свог члана. Друштво може стицати сопствене уделе на основу одлуке скупштине: 1) бестеретним правним послом; 2) по основу искључења члана друштва; 3) откупом удела или дела удела од члана друштва⁵³; 4) принудним откупом удела преминулог члана, ако је то право друштва предвиђено оснивачким актом и 5) по основу статусне промене.⁵⁴ Поред стицања сопственог удела на основу одлуке скупштине, могуће је и да друштво стекне сопствене уделе у случајевима иступања члана из друштва у складу са чланом 187, ст. 2 (иступање без потраживања накнаде за удео) и члана 189, ст. 6 (иступање из оправданог разлога уз потраживање

⁵¹ Иако је то теоријски логично, посредно на то упућује и норма ЗПД, која регулише стицање сопствених удела (вид. ЗПД, чл. 157, ст. 5).

⁵² Вид. ЗПД, чл. 147б.

⁵³ У вези са стицањем сопственог удела теретним правним послом видети опширније код Владимир Марјански, „Стицање сопственог удела друштва с ограниченом одговорношћу откупом од члана друштва“, *Зборник Радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2015, 671-681.

⁵⁴ Вид. ЗПД, чл. 157, ст. 2.

накнаде за удео). Друштво сопствени удео може повући и поништити у сваком тренутку, а уколико у року од три године од дана стицања не располаже сопственим уделом (не распореди га на чланове или га не пренесе члану друштва или трећем лицу уз накнаду), дужно је да сопствени удео поништи и спроведе поступак смањења основног капитала.⁵⁵

Норма којом се од 1. октобра 2018. године уводи обавеза друштва да сопствени удео повуче и поништи и спроведе смањење основног капитала, уколико друштво у року од 3 године од дана стицања не располаже сопственим уделом је новина. Према ЗПД који се примењивао до 1. октобра 2018. године, сопствени удео је могао остати у том режиму у неограниченом временском периоду (није постојало наведено ограничење). Законописац је изменама закона пропустио да у прелазним и завршним одредбама предвиди да ли се ово ограничење односи и на уделе стечене до 1. октобра 2018. године, па у том случају могу настати проблеми у тумачењу наведене одредбе. Уколико би се ова норма односила и на сопствене уделе стечене пре 1. октобра 2018. године, могло би се десити да је тај рок већ истекао (нпр. сопствени удео је стечен 1. октобра 2015. године) или ће тај рок истећи врло брзо у ком случају би се привредна друштва која су сопствене уделе стекла пре 1. октобра 2018. године нашла у неравноправном положају у односу на друштва која сопствене уделе стекну након 1. октобра 2018. године. Такође, уколико је сопствени удео који је стечен пре наведеног датума био предмет заложног права⁵⁶ обавезним повлачењем и поништењем сопственог удела заложни поверилац би изгубио важно средство обезбеђења. Према другом тумачењу, које би међутим морало имати неко законско упориште (нпр. у прелазним и завршним одредбама закона), за сопствене уделе стечене пре 1. октобра 2018. године би почео да тече рок од 3 године из почетка од дана примене наведене норме тј. 1. октобра 2018. године. Такав законски основ, међутим, тренутно не постоји. Према трећем тумачењу, које је према нашем мишљењу најисправније, због опште забране ретроактивног дејства закона наведена норма не би требало да се примењује на сопствене уделе стечене пре 1. октобра 2018. године јер у време њиховог стицања такво ограничење није постојало, па друштво и није могло да рачуна са таквим ограничењем у тренутку стицања сопственог удела.

У случају смањења основног капитала повлачењем и поништењем сопственог удела доноси се одлука о смањењу основног капитала а као циљ и начин смањења у одлуци се наводи повлачење и поништење сопственог удела. Дакле, у овом случају су циљ и начин смањења истоветни. Уколико

⁵⁵ Вид ЗПД, чл. 159, ст. 3.

⁵⁶ Сопствени удео као и било која друга имовина може бити предмет заложног права, нпр. ради обезбеђења кредита и сл.

је друштво сопствени удео стекло на бестеретан начин и за који су улози у потпуности уплаћени односно унети (бестеретним правним послом⁵⁷, искључењем члана из друштва без исплате накнаде⁵⁸, иступањем члана из друштва без потраживања накнаде за удео⁵⁹) реч је о номиналном смањењу основног капитала па се не спроводе норме о заштити поверилаца.⁶⁰ Уколико је друштво сопствени удео стекло теретним путем (откупом удела или дела удела од члана друштва⁶¹, принудним откупом удела од наследника⁶² или иступањем члана из друштва уз потраживање накнаде за удео⁶³) реч је о ефективном смањењу основног капитала па се примењују норме о заштити поверилаца.

4.3. Смањење основног капитала снижавањем номиналне вредности улога (смањење вредности уписаног улога)

Као што је већ наведено, у делу ЗПД који се односи на акционарска друштва као начин (техника) смањења основног капитала предвиђено је смањивање номиналне вредности акција.⁶⁴ Удели у друштву с ограниченом одговорношћу, међутим, у нашем праву немају номиналну вредност – изражавају се у процентима, па смањење основног капитала смањивањем номиналне вредности удела није могуће. Улози у друштво, међутим, имају номиналну вредност, па је основни капитал друштва с ограниченом одговорношћу могуће технички смањити и снижавањем номиналне вредности улога. Номинална вредност је вредност уписаног улога. То је вредност улога за коју је лице преузело обавезу да изврши уплату односно уношење улога у оснивачком акту или на неки други начин⁶⁵ (нпр. уписним уговором на основу одлуке поступку повећању основног капитала новим улозима). Вредност уписаног улога је номинална и као таква је регистрована у Агенцији за привредне регистре. Она може бити једнака вредности уплаћених односно унетих улога уколико је чланска обавеза чинидбе улога извршена у потпуности или већа од вредности уплаћеног односно унетог улога уколико обавеза чинидбе улога није уопште извршена или је само делимично испуњена према друштву. На основу уписаног улога члан стиче уделе или акције у друштву оригинерним путем.

⁵⁷ Вид. ЗПД, чл. 157, ст. 2, т. 1.

⁵⁸ Вид. ЗПД, чл. 157, ст. 2, т. 2. у вези са чл. 195, ст. 3.

⁵⁹ Вид. ЗПД, чл. 187.

⁶⁰ Вид. ЗПД, чл. 1476, ст.1, т. 1.

⁶¹ Вид. ЗПД, чл. 157, ст. 2, т. 4.

⁶² Вид. ЗПД, чл. 157, ст. 2, т. 5.

⁶³ Вид. ЗПД, чл. 188-193.

⁶⁴ Вид. ЗПД, чл. 316, ст. 1, т. 3.

⁶⁵ Вид. ЗПД, чл. 46, ст. 1.

Снижавање номиналне вредности улога као начин (техника) смањења основног капитала примењује се код свих врста номиналног смањења основног капитала. Једини случај примене овог начина (технике) смањења основног капитала у случају ефективног смањења постоји када се смањење основног капитала врши у циљу ослобађања члана од обавезе уплате односно уношења улога у складу са чланом 46, ст. 3 ЗПД. У том случају се износ уписаног улога смањује највише до износа до којег је улог већ уплаћен односно унет.

5. ЗАКЉУЧАК

До последњих измена и допуна Закона о привредним друштвима на смањење основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу сходно су се примењивале одредбе о смањењу основног капитала акционарског друштва. Дакле, није постојала посебна регулатива која би се односила на смањење основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу. Иако поздрављамо увођење посебне регулативе поступка смањења основног капитала за друштва с ограниченом одговорношћу, истичемо да је нова регулатива непотпуна. Овакво непотпуно регулисање овог поступка, уз истовремено потпуно укидање сходне примене норми о смањењу основног капитала акционарског друштва, вероватно ће изазвати још веће проблеме у пракси. У том смислу наводимо неколико суштинских недостатака нове регулативе.

Прво, систематика норми о смањењу основног капитала код друштва с ограниченом одговорношћу није постављена на јасан начин па се у истој норми мешају циљеви и начини смањења основног капитала.

Друго, пропуштено је да се регулише садржина одлуке о смањењу основног капитала.

Треће, за разлику од упоредног права у ЗПД нису на јасан начин одвојене две врсте поступака смањења основног капитала – редовни поступак који се спроводи уз заштиту интереса поверилаца друштва и поједностављени поступак који се спроводи без тих заштитних норми.

Четврто, за разлику од упоредног права где је прописана могућност смањења основног капитала исплатом члановима на терет основног капитала (повраћај улога), у нашем ЗПД неоправдано је пропуштено да се предвиди овај начин смањења основног капитала, па се чланови који су већ у потпуности извршили уплате односно уношење уписаних улога у том погледу налазе у неравноправном положају у односу на оне који уопште нису или су само делимично извршили обавезу уплате односно уношења улога. Наиме, као што је горе поменуто, предвиђена је само могућност смањења основног капитала потпуним или делимичним ослобађањем члана/чланова од обавезе уплате односно уношења улога. Последица тога је и да се средства

која су једном везана за основни капитал, на пример, повећањем основног капитала из нето имовине друштва (нераспоређене добити и средстава резерви) не могу више ослободити исплатом члановима друштва на терет основног капитала.

Vladimir Ž. Marjanski, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
V.Marjanski@pf.uns.ac.rs

The Type, the Purpose (Goal) and the Ways of Reducing the Share Capital of the Limited Liability Company

Abstract: *Decrease in share capital is a procedure established by law, the successful implementation of which results in a decrease in value up to then registered share capital. The subject matter of this paper is one of the most important issues related to the process of reducing the share capital: the type, the purpose (goal) and the ways of reducing the share capital of the limited liability company. Although the Companies Act of Republic of Serbia does not mention the type of reduction in the share capital, in economic and legal theory, but also comparative law, the type of the decrease in the share capital was made according to two criteria. According to the economic criterion, as well as in the increase in the share capital, the effective and nominal decrease in the share capital is different. This economic classification has led to the creation of two different legal procedures for reducing the share capital in the law of companies. In this regard, the regular and the simplified procedure for the reduction of the share capital differ. The goal or more of them are the reasons why the reduction in share capital is being implemented. The purpose (goal) of reducing the share capital is, on the one hand, the notification to the creditors of the company and, on the other hand, the protection of members of the limited liability company. Until the recent amendments to the Serbian Companies Act on the reduction of the share capital of a limited liability company, provisions on the reduction of the share capital of the joint stock company were applied accordingly. Therefore, there was no special regulation that would apply to the reduction of the core capital of a limited liability company. The new regulation, however, is incomplete. Such incomplete regulation of this procedure will probably cause even greater problems in practice.*

Keywords: *share capital, reducing the share capital, limited liability company, contributions, shares.*

Датум пријема рада: 12.12.2018.

*Др Драгужин С. Аврамовић, ванредни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
d.avramovic@pf.uns.ac.rs*

*Илија Д. Јованов, асистент
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
i.jovanov@pf.uns.ac.rs*

ДРУШТВЕНИ УГОВОР КАО ИЗВОР СУВЕРЕНОСТИ – УЧЕЊА ОД XII ДО XIV ВЕКА*

Сажетак: Идеја о владавини на основу споразума у теоријској мисли присутна је од античких дана до савременог доба. У овом тексту аутори покушавају да расветле теорију друштвеног уговора у једном краћем периоду средњег века, од 12. до 14. века, истичући поједине мислиоце који су својим ставовима и писањем дојавили уговорну теорију владавине. У том смислу се истичују неки од основних елемената развијене, нововековне теорије друштвеног уговора из 18. века, попут одређених права народа у вези са успостављањем властодржаца и успостављање ограничене власти. У периоду у којем је црква имала изузетну улогу у друштвеном животу, па и у вршењу световне власти, црква је посвећена и односу између духовног и световног поглавара две конкурентне организације које су временом почеле по техници управљања да личе једна на другу. Из свега тога аутори изводе закључак који указује да се више ради о концепту развоја него о заокруженој теорији владавине на основу друштвеног уговора.

Кључне речи: друштвени уговор, ограничена власт, црква, сувереност монарха, народна сувереност.

* Овај рад је резултат реализовања пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ који се финансира средствима Правног факултета Универзитета у Новом Саду.

УВОД

Рефлекси идеје друштвеног уговора током средњовековног развоја могу се посматрати кроз два временска периода. У првом, који траје од пада Западног римског царства до 11-12. века, настајали су феудални друштвени односи. Племена која су населила територију Западног римског царства била су изразито разједињена и у покушајима да се организују у неки облик државне организације, уз примену партикуларног права. Имајући у виду феудалне својинско-правне односе и чињеницу да је у основи свих облика испољавања моћи у раном средњем веку била лична веза, монархијски облик владавине је, практично без конкуренције, сматран исправним обликом државе. Повезаност између монарха и друштвене заједнице је била стабилна и заснована на узајамним политичким правима и обавезама. Институционализација владара је била у циљу добробити народа, па је следствено томе и његова моћ ограничена, а доктрина безусловне обавезе на послушност према владару у раном средњем веку је углавном непозната. Појединац је безусловну послушност дуговао само богу, док је световног владара следио уколико је постојало уверење у исправност његовог поступања. Тако је рана средњовековна теорија указивала да је свака наредба владара која прекорачује његова овлашћења за поданике непостојећа и овлашћује их да одрекну своју послушност или чак пруже оружани отпор тиранину.

У поменутом периоду црква је подржавала монархију. Франци и остали германски народи су читајући Стари завет дошли на идеју да услове владавине између краља и народа регулишу путем *pactum-a*. Такође, народ је имао своју улогу приликом ступања владара на трон, иако о томе постоје различити ставови. Међутим, идеја верности остаје главна карактеристика односа између владара и народа у првој половини средњег века. То није био друштвени уговор, па чак ни уговор о владању како је касније схватан, већ само један инструмент уређивања постојећих друштвених односа који је био неопходан у периоду изградње државности. Поред описаног владајућег схватања о односима у заједници, већ у 12. веку се појавила клица идеје о суверенитету апсолутног владара. Ипак, она је све до последње етапе средњег века остала у сенци „добрих односа“ између владара и народа. Чак се појавило мишљење да папа, не само да нема било какву моћ у световним стварима, већ и у духовним пословима располаже ограниченим овлашћењима (*potestas limitata*). Тиме су се доктрине условне послушности, права на отпор против тираније и права на револуцију из разлога нужности постепено уводиле и у црквену политику.¹

¹ О идеји друштвеног уговора у периоду до 12. века видети више И. Јованов, „Удруживање као заповест разума – трагање за друштвеним уговором у раној средњовековној мисли и друштвеној пракси“, *Правни живоиш*, 12/2018, 463-479.

ИДЕЈА НАРОДНЕ СУВЕРЕНОСТИ

Елемент ограничења владарева моћи који је био иманентан средњовековној монархији од њених самих зачетака до 12. века ускоро је почео да добија теоријску разраду у разматрањима о грађанској власти и правима заједнице. Владајуће црквено учење било је засновано на традицији св. Августина и његовом ставу да је световна власт, настала људском одлуком, последица првобитног греха. Тако идеја о супрематији црквене власти над световном, у периоду борбе око инвеституре, није била само последица конкретних борби око одбране територија већ је била и доктринарно утемељена.² Имајући у виду да је у овом периоду једина исправна аргументација била она која је обојена идеологијом хришћанске цркве, заговорници државне власти морали су да се боре против црквеног учења без рушења њених старих темеља. Као контраст теоријама које су мање или више инсистирале на узурпацији и нелегитимном пореклу световне власти, појавила се доктрина која је учила да је држава имала правилан почетак у уговору (*pactum subjectionis*) у којем је народ био једна од страна.³

Један од првих који је размишљао на овај начин био је Манеголд, немачки црквени писац с краја 11. века.⁴ Манеголд је сматрао да владар мора да се истиче својим врлинама и мудрошћу, јер га народ не поставља изнад себе да би био тиранин, већ због заштите од тираније и неправде. Уколико поступа супротно, сматра се да је народ ослобођен од односа подређености. То је праведно и разумно, јер је монарх први раскинуо веру која их је повезивала и споразум по којем је изабран. Народ се увек управља према сопственом добру, никада себе не обавезује заклетвом да ће слушати владара који је вођен бесом и није у било каквој обавези да прати таквог човека куд год га његова лудост води.⁵

Манеголдова тврдња да народ не треба да следи тиранина није била новина. Међутим, владајуће уверење је било да папа има моћ да збаци не-

² О различитим ставовима поводом реформе цркве у овом периоду као и о сукобима световних и духовних поглавара у вези са том темом видети више U. R. Blumenthal, *The Investiture Controversy: Church and Monarchy from the Ninth to the Twelfth Century*, Philadelphia 1995; *The Investiture Controversy: Issues, Ideals and Results*, ed. K. F. Morrison, New York 1971.

³ O. Gierke, *Political Theories of the Middle Age*, transl. F. W. Maitland, Cambridge 1913, 37-39.

⁴ Манеголд је био један од млађих монаха малог манастира у Лаутенбаху, али је по одлуци старешине манастира на њега пала дужност да одговори на нападе против гргуоровске црквене реформе који су потицали из кругова око Дитриха, бискупа из Вердуна. Тако је настао спис „Манеголдово писмо Гебехарду“ (*Manegoldi ad Gebehardum liber*).

⁵ J. W. Gough, *The Social Contract: A Critical Study of its Development*, Oxford, 1957, 30. За детаљну анализу аргументације Манеголда од Лаутенбаха видети M. T. Stead, „Manegold of Lautenbach“, *The English Historical Review*, Vol. 29. No. 113, Oxford 1914, 7. и даље.

праведног владара, што је утемељено још на поменутом Августинском виђењу да секуларна монархија почива на греху. Манеголд је отишао корак даље са тезом да је папа само формално давао ефекат ономе што се већ десило због монархове повреде вере. Немачки писац је преузео историјску чињеницу да је монархија у његово време била изборна и условна, и на тој основи је креирао својеврсну теорију народног суверенитета. Идеја да суверенитет потиче од народа може да се пронађе и у другим делима тог временског периода, на пример *Policraticus* Џона од Солзберија (*John of Salisbury*). Ипак, Манеголд је, како сматра Гоф, за разлику од својих савременика који су употребљавали термин уговор, али не у контексту доктрине о народној суверености, био први који је повезао уговор са правима народа. У томе се огледа његова иновативност, антиципирајући суштинску карактеристику уговорне теорије у предстојећим годинама.⁶ Врло сличног мишљења је и Стедова (*M. T. Stead*), али је она још смелија у закључцима па износи јасну тврдњу да постоји „нека сличност“ између Манеголдове теорије и теорије друштвеног уговора 18. века. Краљ је био званичник изабран од народа у циљу његове заштите од унутрашњих нереда и спољних претњи. У случају да не испуњава своје дужности, народ може да изабере другог владара и таква теорија, према Стедовој, није остављала много места за утицај папе. Он није имао улогу судије већ „духовног саветника“. Тако се показује да, иако је Манеголд имао задатак да одбрани црквене реформе које је спроводио папа Гргур VII и да стане на папину страну у његовој борби против цара Хајнриха IV, његова теорија сигурно није ишла у прилог „гргуровцима“. Међутим, како наводи Стедова, мало је вероватно да је папа уопште имао било каквих сазнања о Манеголдовом спису. Ова ауторка, чини се с правом, такође поставља питање одакле Манеголду идеја за овакву теорију. Актуелни догађаји му нису давали повода да размишља о идеји народног суверенитета. Упркос томе, Стедова наводи више могућих извора оваквог закључивања, истичући да су можда сви донекле утицали, али да се не може рећи да је било који од њих био пресудан. Исто тако сматра да је упитно да ли је и сам Манеголд у потпуности разумео смисао сопствене теорије. Питање је да ли би је предочио тако „тихо“ да је био свестан њеног пуног значења, мада постоји и друга могућност, а то је свест о опасностима које су вребале због изношења једне такве теорије. Свакако да таква мудрост једног револуционарног писца у историји не би представљала преседан. У прилог закључку да је теорија била јасна у Манеголдовој мисли, односно да није некаква случајност, указује и њена конзистентна употреба и логичка изведеност. Ипак, теорија је остала у запећку јер није представљала добро оружје ни за напад ни за одбрану у борби са државом. Ниједна страна није благонаклоно гледала на

⁶ Gough, нав. дело, 30-32.

народни суверенитет, иако су обе желеле подршку народа. Укратко речено, није постојала реална могућност да се народу призна таква моћ какву му је Манеголд, у том моменту непознати монах једног малог манастира у Лаутенбаху, приписивао.⁷

Џон од Солзберија је један од најистакнутијих политичких теоретичара 12. века. Значај његове мисли се огледа у схватању морала као критеријума исправности поступања владара, као и у истицању правних ограничења у монарховом делању. Разлог за овакав став је поновно изучавање *Јусџинијанове кодификације* средином 12. века које је започело радом глосатора, а максима да је владар изнад закона овом писцу је била добро позната. Због тога је сматрао да онај ко је примио моћ од бога треба да служи законима, он је роб правди и исправноме. Владар слуша право зато што мора да поштује правду, цени једнакост и у свим стварима преферира вољу других у односу на своју сопствену. У супротном, ради се о узурпацији моћи, потискивању правде и стављању личне воље изнад закона. Суштинска разлика између доброг владара и тиранина, кога Џон од Солзберија означава као јавног непријатеља, је у послушности праву и управљању народом тако да је њему на услузи. Исправан владар треба да ради оно што је у најбољем интересу народа, да му буде и мајка и отац и да тражи љубав више него страх, јер љубав је снажнија од смрти и та веза се неће лако раскинути. Наравно, правда и божји закони су изнад владаревих правила. Божја правда је вечна правда, а његово право је отеловљење правичности.⁸

Осим што је правом утврђена граница легитимитета, па самим тим и однос између владара и народа, сам избор државног поглавара је био чин вредан помена, с обзиром на политичке и филозофске консеквенце. У начелу, народ није имао некакву активну улогу у обреду устоличења. Бог одређује владара који носи божји дух у себи, који поступа у складу са божјим заповестима и који познаје право. Овакав начин ступања на престо утемељен је на ауторитету Старог завета,⁹ па Монахан истиче да је његова доктрина директно рефлектовала став о сакралном карактеру краља и није могуће дати било какву другу интерпретацију која ће бити макар делом сагласна са некаквом демократском мисли.¹⁰ Ипак, избор, макар био и простим провиђењем, морао је на неки начин да се легитимише пред народом, како би се њихов узајамни однос учврстио. У том смислу Џон од Солзберија нигде не спомиње уговор или споразум, што представља корак у назад у односу на Манеголда од Лаутенбаха, чиме се још једанпут потврђује оригиналност

⁷ Stead, нав. дело, 11-14.

⁸ John of Salisbury, *Policraticus*, transl. Cary J. Nederman, Cambridge 2007, 25-34.

⁹ Исто, 69-70. Видети 5 Мој. 31, Још. 1.

¹⁰ A. P. Monahan, *Consent, Coercion and Limit: The Medieval Origins of Parliamentary Democracy*, Leiden 1987, 57-70.

овог аутора. Али, обавезивањем владара да се понаша у складу са правом заправо се утврђују одређена права заједнице. Једина разлика је у томе што се она не заснивају на уговору већ на теорији о божанском карактеру монарха. Суштина ипак остаје и испољава се кроз неки вид ограничене монархије и кроз однос између краља и народа који је заснован на љубави према богу, на узајамној љубави и поштовању, као и на праву на отпор. Џон од Солзберија је саветовао да светина мора да сачува послушност према владару чак и када је он зао, осим ако његови пороци нису апсолутно погубни. У том смислу, рехабилитујући идеје Манеголда од Лаутенбаха, у литератури се обично наводи да се у његовој доктрини први пут јавља идеја о оправданом убиству неморалног владара који се сматра тиранином.¹¹

Многи догађаји у историји средњовековног права и црквене традиције утицали су да се напусти Августиново наслеђе о пореклу државе у првобитном греху и да настане теорија о исправном почетку државе путем споразума. Један од значајнијих момената је позивање на Стари завет, када је закључен уговор у Херону између Давида и старешина Израилевих.¹² Даљи напори су подразумевали доказивање да новопронађени људски основи државе нису у супротности са духовним пореклом и правима монархије, јер је народ добио од бога духовну моћ да устоличи монарха и његову функцију. Победа оваквог начина размишљања је у великој мери заслуга рада глосатора у 12. веку који су открили у *Јустинијановој кодификацији* текст који, како се чини, изричито указује да је воља народа, изражена путем *lex regia*, позитивно-правна основа световне власти.¹³

Када је једном моћ (*imperium*) пренета са народа на монарха, поставило се питање да ли она може да се врати у случају неправедног владања. Ту су настала два учења, чиме се, заправо, изнова посредно разматрао однос између владара и народа. Транслатисти су поменути закон тумачили у смислу да је народ извршио пренос власти (*translatio*) на монарха, што је за учинак имало, према њиховом мишљењу, успостављање суверенитета владара. Друго објашњење су предложили концесионалисти и састоји се у томе да владар има само *usus* највише власти коју је добио путем једне концесије, док сувереност остаје у рукама народа упркос институционализацији његове моћи.¹⁴ Они

¹¹ Видети краћу студију о политичкој теорији Џона од Солзберија Berman, H. J., *Law and Revolution*, Cambridge 2009, 275-287.

¹² 2 Сам. 5:1-3.

¹³ Gierke, нав. дело, 38-40. Ради се о славној Улпијановој сентенци из Прве књиге *Институција*: „*Quod principi placuit legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.*“ У преводу „Што се принцепу свиди има снагу закона зато што је народ, законом о владавини који је донет поводом његове власти, пренео њему и у њега сву своју највишу власт и овлашћења.“ *Јустинијанова Дијесџа*, превод А. Маленица, Београд 2010, 113.

¹⁴ Д. Поповић, *Сиварање модерне државе*, Београд 1994, 10.

који су овако размишљали држали су да је однос између државног поглавара и народа уговорни однос. Могућност независног управљања постоји све док је и верности споразуму, јер без обзира на форму владавине прави суверен остаје народ. У складу са овим, често је извођен закључак и да он увек мора бити носилац легислативне власти. Краљ, који има надлежност да извршава право, мора стално бити контролисан и у случају погрешног рада може бити лишен његове функције.¹⁵

СУВЕРЕНОСТ МОНАРХА – ТОМА АКВИНСКИ

Томе Аквински истиче да се треба покоравати световној власти због божје праведности. Она захтева да се нижи повинују вишим, иначе људски живот не би могао да опстане. Због тога вером у Исуса хришћани нису ослобођени послушности према световним владарима.¹⁶ На питање ко треба да буде носилац световне власти, Аквински наводи да предност треба дати владавини једног човека јер је најбоља. Ипак, да се она не би претворила у тиранију као оличење највећег зла, потребно је да бирачи, чија је то обавеза, за краља изаберу човека који је таквих особина да неће застранили у тиранију. Затим, управу треба тако поставити да се краљу ограничи власт и одузме могућност да неправедно поступа. Најзад, треба се побринути и за оне који су се ипак оглушили о све божје заповести и завели тиранску владавину.¹⁷

Дакле, световним властима се човек покорава у мери у којој то захтева поредак праведности. Стога, ако власт није праведна, ако је насиљем приграбљена и доноси неправедне законе, поданици нису дужни на послушност, осим можда узгредно како би се избегла нека већа опасност.¹⁸ Другим речима, ако тиранија не прелази у крајност, боље је подносити умерену неправду, јер се супротстављањем тиранину народ излаже многим опасностима које могу бити теже и од саме тираније. Па чак и ако пружање отпора буде успешно, из тога неретко настају велики раздори, јер се мноштво подели због

¹⁵ Gierke, нав. дело, 44-46.

¹⁶ Томе Аквински, *Избор из дјела*, 2. свеска, *Summa theologiae* I-II, питање 104. (прев. Вељко Гортан, Јосип Барбарић), Загреб 1990, 509. О етичкој и схоластичкој димензији учења Томе Аквинског о праву, а посебно о природном праву видети М. Трајковић, „О свету права који почива на моралним вредностима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад 2/2011, 228-233; Д. Митровић, Г. Вукадиновић, „Област права и морала“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад 1/2017, 9-21.

¹⁷ Томе Аквински, *Држава*, прев. Томо Вереш, Загреб 1990, 67-68.

¹⁸ Аквински, *Избор из дјела*, 509. О размимоилажењима у разумевању идеје природног права у делу Томе Аквинског међу истакнутим савременим неотимистима видети више: М. Божић, Д. Аврамовић, „Неотомистичка критика људских права“, *Правни живот*, 14/2007, 447-467.

уређења нове владавине. Због тога је Аквински и у случају значајних злоупотреба власти увек против убиства тиранина. Он сматра да би било опасно да неко по властитом нахођењу убија владаре, па макар и тиранине и упућује на апостола Петра који нас учи да треба да будемо покорни својим господарима, не само добрима и благима него и наopakима. Против окрутности тиранина боље је иступати не по властитом нахођењу неких појединаца него ауторитетом јавности. Ако је право неког народа да себи одреди краља, онда није неправедно да га тај исти народ уклони или да ограничи његову власт ако је тирански злоупотребљава. У таквим околностима не би требало сматрати да долази до повреде обавезе на верност, јер је он сам крив што његови поданици не испуњавају своје обавезе према њему будући да ни он сам није био веран својим обавезама у владању како то захтева краљевска дужност. Дакле, Аквински право збацивања неправедног краља ставља у руке онога ко га је и поставио. Али, ако се против тиранина не може пронаћи било каква људска помоћ, ваља утећи богу, краљу свих људи, који је помоћник у невољама и тескоби. Тиране које бог сматра недостојним обраћења може он уклонити са земље или их бацити у веома бедно стање.¹⁹

Аквински заговара идеју да краљева власт има порекло у народу и да народ, у случају да краљ злоупотребљава власт, може у томе да га спречи. Ако народ збаци тиранина, иако му се претходно потчинио занавек, не може се сматрати кривим за непоштовње обавезе послушности. Разлог је у томе што је владар, управљајући на начин који није у складу са његовим дужностима, први раскинуо однос верности. Гоф истиче да су многи елементи у овим речима препознатљиви. Идеја да је краљ „институционализован“ од стране народа који му се потчињава потиче од средњовековног изборног принципа, комбиновано са римском традицијом и доктрином *lex regia*. На крају се појављује и идеја вере, *fides*, као и употреба речи *pactum* у скоро истом смислу у којем је она навођена код Манеголда и његових савременика у периоду борбе око инвеституре.²⁰

НАРОДНА СУВЕРЕНОСТ – МАРСИЛИЈЕ ПАДОВАНСКИ

Један од аутора који је инсистирао да народ мора да буде законодавац је Марсилије од Падове. Самим тим што је легислатор, народ даје облик држави и повезује њене делове у целину. Он „институционализује“ владара који треба да се бави оним пословима који измичу заједници као целини. Самим тим монарх је само њен део и у односу према њој увек остаје у инфе-

¹⁹ Аквински, *Држава*, 68-72.

²⁰ Gough, нав. дело, 37.

риорном положају. Тиме што је добио извршну власт од законодавца краљ постаје „други“ у држави, у свим стварима везан правом и његова владавина је најбоља када делује најближе ономе што је воља народа.²¹

„Тело грађана“ или барем преовлађујући део тог тела заповеда на општој скупштини да нешто треба да се учини или не учини, под претњом санкције. Закони донети на тај начин су најбољи и ту се Марсилије Падовански, као и у многим другим случајевима, позива на Аристотела.²² Цело тело може да буде бољи судија о томе шта је најисправније и може лакше да уочи неправилности у друштву, док је целина увек јача од било којег њеног дела узетог самог за себе. Маса утиче на повећану пажњу приликом стварања права, јер нико неће свесно да нашкоди себи. Свако може да провери да ли предложени закон више иде у корист неком појединцу или заједници и може да изрази протест, што није случај ако би закон доносио један или неколицина.²³ То је од значаја и за примену права, јер ће свако пре поштовати прописе уколико је он сам учествовао у њиховом стварању. Град је заједница слободних људи и сваки грађанин треба да ужива слободу, а не да трпи деспотизам било кога другог. Због тога ће свако прихватити и поштовати закон у чијем је настајању учествовала цела заједница, чак и када он није најкориснији.²⁴

Поред законодавне власти коју чини народ, извршну власт оличава владар којег одређују грађани. Познавање закона, мудрост и моралне врлине су квалитети савршеног владара, али нису од значаја у смислу формалног постављења. Избор појединца који ће обављати извршну власт је у надлежности законодавца, односно општег тела грађана, па се њему приписује и ауторитет да свргне носиоца извршне власти уколико је то у општем добру. Постављање монарха од стране законодавца произлази из чињенице да он утврђује право, па из тога произлази да има овлашћење да одреди и онога који треба да усмерава грађанске активности у складу са створеним правом.²⁵

Најзад, пошто је владар само човек, он има своју вољу и своје жеље, па може да се деси да ради супротно до онога како је закон наредио. Због тога неко мора да га контролише, јер би у супротном могла настати тиранија, а

²¹ Gierke, нав. дело, 46-47.

²² Видети Аристотел, *Политика* (прев. Љиљана Црепајац), Београд, 2003, III, 7.

²³ Средњовековним теоретичарима је била позната римска максима „*quod omnes tangit, ab omnibus approbetur*“ (што се тиче свакога, треба да буде одобрено од свих). Уопштено о два различита схватања сагласности код средњовековних писаца видети С. Watner, „*Quod omnes tangit: Consent Theory in the Radical Libertarian Tradition in the Middle Ages*“, *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 19, No. 2/2005, 69-71.

²⁴ Marsilius of Padua, *The Defender of the Peace*, ed. and transl. Annabel Brett, Cambridge 2005, 66-67, 69-70.

²⁵ Исто, 88-89.

живот грађана би постао ропски. То је задатак законодавца или неког другог по његовом овлашћењу. Уколико монарх чини мале грешке и само ретко, онда треба зажмурити на једно око и не кажњавати га јер је штета за заједницу мала, а поверење народа у власт или поштовање закона може да се доведе у питање. Уколико је прекршај озбиљан, онда владар мора да буде на неки начин санкциониран, било тако што ће се применити санкција већ предвиђена правом или одређивањем *ad hoc* казне од стране законодавца.²⁶

У међувремену, слична размишљања о односу владара и народа појављују се и под окриљем цркве. Црква је у очима грађана све више личила на политичку заједницу и било је природно да се у њеном устројству користе механизми слични онима у грађанској држави. Тако је, на пример, доктрина апсолутне монархије на свом врхунцу била немоћна да елиминира идеју да се права налазе у рукама црквене заједнице као целине, а не једног конкретног лидера.

Колико год била гласна мишљења да је папа изнад свих осталих у црквеној хијерархији, ипак су постојала два изузетка. Први се односи на момент када је место папе упражњено. Сматрало се да је његова моћ тада враћена заједници и онда су кардинали, као њени представници, бирали монарха. Други изузетак се односи на питање вере. Једино је црква непогрешива, а папа може да згреши и да буде збачен због јереси. То је довело до мишљења код многих канониста да је папа у овом изузетном случају подложен пресуди цркве као институције. У том смислу папа јеретик је духовно мртав, па је самим тим *ipso facto* престао да буде папа, а Опште веће као (сада) једини представник цркве то треба да обнародује. Џон Париски (*John of Paris*) је папу посматрао само као вођу заједнице који има онолико моћи колико је потребно да би се сачувало јединство. У случају прекорачења граница опште добробити, он може бити прекорен од стране кардинала и свргнут од стране Већа. Осим ове сличности у поступању према неправедним поглаварима у државној и црквеној организацији, од почетка 14. века идеја народног суверенитета је почела да продире и у црквену сферу. Можда најекстремнији став заузимао је Вилјем Окам (*William Occam*) који је избор папе видео као право делегирано кардиналима од стране заједнице, чиме се одбацују све сумње у погледу духовног порекла папине превласти који неспорно и увек може да има само ограничену власт.²⁷

²⁶ Исто, 124-125.

²⁷ О односима између различитих органа у црквеној организацији и сличностима са механизмима у световној држави видети више Gierke, нав. дело, 49. и даље; Watner, нав. дело, 72. и даље.

ЗАКЉУЧАК

На заласку средњег века готово у свим теоријама, са изузетком оних које су биле истински средњовековне, може се уочити приметак идеја које су биле спој античких и нововековних схватања. Суверенитет државе и суверенитет појединца су два аксиома од којих су почињале све теорије о друштвеним структурама и чији је узајамни однос представљао централну тему политичког дискурса. То укључује и мисао о апсолутној владавини која је настала као последица ренесансе античке идеје о држави и модерног индивидуализма. Такође, структура државе је постала мета жестоких критика од стране рационалиста. Њена вредност је утврђивана упоређивањем са идеалном државом по природном праву и према критеријуму испуњења њене сврхе. У том моменту настају велики сукоби у мишљењу, јер је циљ државе одређиван веома различито: од изразито индивидуалистичких ставова који су водили ка праву на слободу, до обезбеђења мира и благостања што је за закључак имало државно право на супериорност. Тако настају, или боље речено настављају се и спорови о најбољем облику владавине и најбољим законима.

Међутим, наставља се и развој мисли о друштвеном уговору. Опште прихваћен је био став да је на почетку постојало природно стање. Суверенитет појединца био је извор природних права. Пошто она нису била саставни део уговора о настанку државе, не могу да буду под њеним утицајем. Тако је лагано настајала теорија о народном суверенитету, са скупштином као представником народа. Са друге стране, они који су заступали идеју о суверенитету државе, истицали су да се он заснивао на уговору који је био потврђен од стране природног права, што им је послужило као аргумент у оправдавању апсолутистичке државе. Оваква идеја суверенитета ипак није искључивала, макар на теоријском плану, захтеве несuverених да учествују у власти. Тако су и најекстремније теорије о суверенитету владара комбиновале теорију о суверенитету монарха са принципима ограничене монархије, односно, давали су држави на неки начин и условно речено легитимитет. Због тога је, упркос продору аристотелизма у 14. и 15. веку, средњовековна уговорна традиција и даље била веома снажна. Уз постепени развој доктрине о народној суверености, која је још у средњем веку и касније обично повезивана са уговорном теоријом, два суштинска елемента теорије друштвеног уговора из 18. века уцртавали су свој пут ка коначном циљу.

*Dragutin S. Avramović, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
d.avramovic@pf.uns.ac.rs*

*Ilija D. Jovanov, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
i.jovanov@pf.uns.ac.rs*

Social Contract as an Authority of Sovereignty – Doctrines from XII until XIV Century

Abstract: *Idea of rule based upon (social) contract is present in theory since ancient period until modern times. In this text the authors tend to reveal theory of social contract in a part of Middle Ages, pointing to certain thinkers who contributed to the theory of social contract in their works. They examine some basic elements of developed social contract theory in 18th century, particularly the issue of certain rights of the people to elect potentate (sovereign) and establish limited government. In the period when church has obtained particular role in social life, as well as in performing secular power, the attention was paid to relationship between spiritual and secular heads of the two competing social organizations. It is stressed that during the elapse of time they have started to look alike in terms of ruling technique. The authors conclude that in that period the word was rather about growth of social contract theory than about completed theory of ruling upon a social contract.*

Keywords: *Social Contract; Limited Government; Church; The Sovereignty of the Monarch; Popular Sovereignty.*

Датум пријема рада: 08.12.2018.

Др Сандра С. Фишер Шобот, ванредни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs

ПРЕДАТОРСКЕ ЦЕНЕ КАО ОБЛИК ЕКСКЛУЗИОНЕ ЗЛОУПОТРЕБЕ ДОМИНАНТНОГ ПОЛОЖАЈА У ПРАКСИ СУДОВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

Сажетак: У пракси је ипекко разграничити конкуренционо снижавање цена и предацију. Предајорско понашање постоји када доминантни учесник на тржишту свој производ нуди по ценама, које су ниже од његових трошкова производње и тиме прихвата да у одређеном, ограниченом времену сноси губитке у циљу искључења једног или више својих стварних или појенцијалних конкурената са тржишта да би одржао или повећао своју тржишну моћ. Наведена злоупотреба представља ексклузиону, ценовну злоупотребу коју доминантни учесник врши на тржишту на којем има доминантан положај.

Предајорско понашање претпоставља постојање две фазе. У првој фази, која се назива фаза жртвовања, доминантни учесник на тржишту смањује цене својих производа иако да послужи са губицима. Ово понашање може бити извршено са циљем да примора конкуренце да смање цене својих производа, послују са губицима и, на крају, напусти тржиште или може бити стратегија за дисциплиновање постојећих конкурената на тржишту или може представљати одбрану од улазака у тргу појенцијалних конкурената. У другој фази – фази опоравка, када је циљ предације остварен, предајор подиже цене својих производа изнад цена које би могао да најлажује да на тржишту постоји конкуренција и на тај начин остварује већи профит.

Предмет анализе је злоупотреба доминантног положаја путем предајорских цена. У раду ће бити изложена доктринарна схватања, ие приказана и анализирана пракса судова ЕУ у вези са предајорским формирањем цена.

Кључне речи: доминантни положај, злоупотреба доминантног положаја, предајорске цене, трошкови.

* Рад је настао као резултат истраживања у 2018. години у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Постојање доминантног положаја, као и његово јачање није забрањено. Оно што јесте забрањено је његова злоупотреба.¹ Сваки учесник на тржишту,² па и онај који има доминантни положај, сме да се такмичи са другима у погледу цена својих производа. Поред тога, сваки учесник на тржишту настоји да увећа своју тржишну моћ и управо то представља главни подстицај за његово деловање.

Доминантни положај не искључује постојање конкуренције на тржишту.³ Ипак, на тржишту на којем постоји учесник који има доминантни положај конкуренција је, по природи ствари, квалитативно другачија и у одређеној мери ослабљена у односу на тржиште на којем не постоји такав учесник. Управо због своје тржишне снаге учесници на тржишту са доминантним положајем имају и већу одговорност за своје поступке. У судској пракси је прихваћен став да доминантни учесник на тржишту има посебну одговорност да не дозволи да његово понашање наруши стварну конкуренцију на унутрашњем тржишту.⁴

Основни проблем код постојања предаторских цена јесте утврђивање шта је за доминантног учесника на тржишту дозвољено снижавање цена, а шта предација. Снижавање цена представља директан и видљиви део предаторског понашања, али је и обележје конкуренције на тржишту и благостања потрошача.⁵ Наиме, снижавање цена је један од најбољих и најпожељнијих начина за подстицање конкуренције на тржишту и може да има бројне позитивне ефекте. Прво, у односу на конкуренте ствара конкурентски притисак и утиче на алокативну, производну и динамичку ефикасност. Поред тога, може да има и селективну функцију што је од кључне важности за подизање економске ефикасности и унапређење друштвеног благостања. Друго, снижење цена има позитивне ефекте на потрошаче и тиме доводи до повећања друштвеног благостања. У одређеним случајевима постојање изразито ниских цена, поготово у краћем периоду, може бити оправдано нпр.

¹ Чл. 102(1) Уговор о функционисању Европске уније – пречишћени текст (*Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of European Union*; даље у фуснотама: УФЕУ), Official Journal of the European Union C 202, 7.6.2016, 1–388.

² О појму учесника на тржишту у праву Европске уније вид. више код Сандра Фишер Шобот, „Концентрације спајањем учесника на тржишту и концентрације стицањем контроле у праву конкуренције Србије и Европске уније“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник ПФНС)*, 2/2016, 535.

³ Вид. Сандра Фишер Шобот, „Материјалноправни тест за оцену концентрација у праву Европске уније – тест значајног ограничавања конкуренције“, *Зборник ПФНС*, 4/2017, 1657.

⁴ Вид. пресуду у предмету Case 322/81 *Michelin v Commission* ECLI:EU:C:1983:313, пара. 59.

⁵ Вид. више Jonathan Faull, Ali Nikpay, *The EU Law of Competition*, Oxford 2014, 398.

када је потребно продати залихе одређене робе или када за одређеном робом нагло опадне тражња. Исто тако, снижавање цена може бити потребно ради увођења новог производа на тржиште или ради уласка на ново тржиште. Према томе, сама чињеница да је доминантни учесник на тржишту снижио цене не значи аутоматски и предацију. Насупрот томе, снижавање цена представља злоупотребу доминантног положаја када је учињено са циљем да се доминантни положај задржи или ојача.

Одговор када постоји дозвољено конкурентско понашање (енг. *competition on the merits*) а када забрањена злоупотреба доминантног положаја налазимо у судској пракси. С обзиром на танку линију између злоупотребе и дозвољеног понашања правила за утврђивање предације морају да буду јасна јер би у супротном могле да настану вишеструке негативне последице. Наиме, могуће је да доминантни учесник на тржишту не смањи цене својих производа, иако објективно има могућности, из страха да тиме не изврши злоупотребу доминантног положаја. Такво понашање би водило слабљењу конкуренције на тржишту и штетило би потрошачима. С друге стране, могуће је да се учесник понаша предаторски, а да у недостатку адекватних правила, такво понашање буде оцењено као допуштено.⁶

Предмет анализе у овом раду су предаторске цене као врста ексклузивне злоупотребе доминантног положаја. У теорији и пракси постоје различити ставови о томе који параметри су меродавни за утврђивање постојања предаторских цена. У раду ће бити изложена доктринарна схватања, те приказана и анализирана пракса судова ЕУ у вези са предаторским формирањем цена.

2. ПРЕДАТОРСКО ФОРМИРАЊЕ ЦЕНА

Доминантни положај је могуће злоупотребити путем предаторских цена, које су обухваћене чл. 102(1) Уговора о функционисању Европске уније (даље у тексту: УФЕУ) којим се забрањује свака злоупотреба доминантног положаја на унутрашњем тржишту или на његовом значајном делу од стране једног или више учесника на тржишту као неспојива са унутрашњим тржиштем уколико може утицати на трговину између држава чланица.⁷

Предаторско формирање цена (енг. *predatory pricing*) представља злоупотребу доминантног положаја која има следеће карактеристике. Прво, ради се о ексклузивној (искључујућој) злоупотреби (енг. *exclusionary abuse*),

⁶ О врстама грешака у праву концентрација и њиховим последицама вид. С. Фишер Шобот (2017), 1652.

⁷ У теорији вид. Helmuth Schröter, Thina Jakob, Robert Klotz, Wolfgang Mederer (Hrsg.), *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Grosskommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2014, 919; Tobias Lettl, *Kartellrecht*, 3. neu bearbeitete Auflage, München 2013, 120.

односно о врсти злоупотребе која је усмерена против конкурената. Основни циљ наведених злоупотреба је потпуна или делимична елиминација стварне или потенцијалне конкуренције. Према ставу Европске комисије свако противконкурентско искључивање⁸ (*anti-competitive foreclosure*) представља такву повреду ако има за циљ да се повећа тржишни удео доминантног учесника на тржишту на тај начин што ће се смањити тржишни удео конкурената или ће они у потпуности бити елиминисани са тржишта. Дакле, ексклузионим злоупотребама се директно и непосредно врши повреда конкуренције на тржишту, а могу да доведу и до промене тржишне структуре. Друго, предаторско формирање цена, с обзиром на начин на који се злоупотреба врши, представља ценовну злоупотребу. И последње, према томе које конкуренте доминантни учесник на тржишту својим радњама покушава да искључи, предација представља злоупотребу која се остварује на тржишту на којем учесник на тржишту има доминантан положај. Овакве злоупотребе имају за последицу хоризонтално затварање тржишта (енг. *horizontal foreclosure*). То значи да доминантни учесник на тржишту покушава да искључи, дисциплинује или маргинализује конкурента који послује на истом нивоу ланца производње или потрошње на тај начин што му затвара или онемогућава приступ купцима, односно потрошачима.⁹

Предаторско понашање постоји када доминантни учесник на тржишту свој производ нуди по ценама, које су ниже од његових трошкова производње и тиме прихвата да у одређеном, ограниченом времену сноси губитке.¹⁰ Наравно, предатор је спреман на краткорочне жртве и смањени профит да би у будућности остварио веће користи. Снижење цена само по себи није довољно за предацију. Потребно је, наиме, да је оно учињено у циљу истискивања конкурената са тржишта, дисциплиновања конкурената или спречавања улазака нових конкурената на тржиште.

Предаторско формирање цена претпоставља постојање две фазе. У првој, која се назива „фаза жртвовања“ (енг. *sacrifice*) предатор стратешки снижава цене на непрофитни ниво да би елиминисао или дисциплиновао конкуренте.

⁸ Вид. пара. 19 *Обавештења Комисије – Смернице о приоритетима у спровођењу Комисије у примени члана 82 Уговора о ЕЗ на злоупотребама искључујућа постојања доминантног учесника на тржишту* (Commission's Notice – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings; даље у фуснотама: Смернице), Official Journal of the European Union C 45, 24.02.2009., 7-20.

⁹ Вид. пара. 70 *Расправне књиге Генералног директоријата за конкуренцију у примени члана 82 Уговора на ексклузионе злоупотребе* (DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses; даље у фуснотама: Расправна књига), Brussels 2005, доступно на <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (датум приступа 10.10.2018).

¹⁰ Christian Koenig, Kristina Schreiber, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Tübingen 2010, 135.

Циљ предаторског понашања у овој фази може да буде и да се потенцијални конкуренти одврате од уласка у грану.

За време „жртвовања“ предатор послује са губицима. Исто тако, његови конкуренти суочавају се са губицима јер да би продали своју робу морају да сниже цене. По правилу, предација је усмерена против стварних или потенцијалних конкурената који су исте или сличне тржишне снаге као и доминантни учесник на тржишту, па дуготрајно пословање са губицима на њих може негативно да утиче и да има за последицу њихов излазак из гране. Притом је за предатора у сваком случају скупље и теже када покушава да елиминира постојеће конкуренте, него застрашивање и одвраћање потенцијалних конкурената од уласка у грану. Чак шта више, уколико у одређеној грани постоји учесник на тржишту који има репутацију предатора, то само по себи може да спречи нове уласке у грану, па чак и да буде баријера уласку.¹¹ Насупрот томе, конкуренти који су мање ефикасни могу бити искључени са тржишта деловањем нормалне тржишне утакмице,¹² будући да конкуренција на тржишту има селективну функцију. У сваком случају, предатор ће поступати на овај начин када је извесно да његови конкуренти немају довољно финансијских средстава да започну рат ценама. У супротном, предаторско понашање може да га ослаби дугорочно јер може да изостане фаза опоравка. Фаза жртвовања је добра за потрошаче јер им се одређена роба или услуге на тржишту нуде по повољнијим ценама. Ова фаза предације траје онолико дуго колико предатор може да сноси губитке.

Друга фаза је „фаза опоравка“ (енг. *recoupment phase*) и траје дуже од прве фазе. Управо ова фаза је разлог предаторског формирања цена. За доминантног учесника на тржишту било би потпуно ирационално да поступа предаторски, ако у неком каснијем тренутку неће бити у прилици да надокнади претрпљене губитке. Поред тога, ако фаза опоравка изостане, не може се говорити о злоупотреби доминантног положаја јер су ниске цене роба или услуга, и поред тога што воде алокативној неефикасности, корисне за потрошаче.¹³

У фази опоравка конкуренција је у значајној мери ослабљена или дисциплинована и предатор подиже цене одређеног производа или услуга. Те, нове цене су, по правилу, веће од оних које су постојале на тржишту пре предаторског понашања. На тај начин доминантни учесник на тржишту надокнађује губитке које је трпео у првој фази, а потом остварује већи профит. Ова фаза је за потрошаче изразито неповољна јер за одређену робу или

¹¹ Вид. више Richard Whish, David Bailey, *Competition Law*, 8th edition, Oxford 2015, 782.

¹² Вид. одлуку у предмету *C 209/10 Post Danmark A/S v Konkurrencerådet v Commission*, ECLI:EU:C:2012:172, пара. 22. У теорији вид. Vlatka Butorac Malnar, Jasminka Pecotić Kaufman, Siniša Petrović, *Pravo tržišnog natjecanja*, Zagreb 2013, 218.

¹³ Вид. J. Faull, A. Nikpay, 409.

услуге морају да плате више него што би платили да у грани постоји конкуренција. Став је Европске комисије да је вероватно да ће потрошачи трпети штету ако доминантни учесник на тржишту може да очекује да ће његова тржишна моћ бити већа у односу на ону која је постојала пре предаторског понашања, односно ако је вероватно да ће доминантни учесник на тржишту бити у позицији да извлачи користи из претходног жртвовања.¹⁴

Предаторско понашање ће за предатора имати смисла само ако има изгледе да ће у другој фази заиста успети да се опорави. По правилу, опоравак ће бити могућ уколико се испуне две претпоставке. Прва да се ради о тржишту на коме постоје баријере уласку (енг. *barriers to entry*). Уколико баријере уласку не постоје, када доминантни учесник на тржишту подигне цене, у грану ће ући нови конкуренти са нижим ценама и на тај начин онемогућити опоравак предатора. Друга претпоставка је да такву стратегију спроводи учесник на тржишту који има значајну тржишну снагу. Уколико, међутим, на тржишту постоји више већих конкурената наведена стратегија има мало шансе за успех.

У теорији постоје ставови у којима је изражена сумња да ли уопште предатор може да има користи од предаторског понашања, односно да ли би се разуман учесник на тржишту понашао предаторски.¹⁵ Неки од аргумената су да је такво понашање за предатора веома скупо. Поред тога, у доктрини се истиче да од предаторског снижавања цена до стицања монополског профита треба да прође значајно време.¹⁶ У сваком случају ради се о схватањима која имају мали број присталица, у односу на доминантан став у теорији да предаторско понашање представља врсту злоупотребе доминантног положаја.

3. ПРЕДАТОРСКЕ ЦЕНЕ У ПРАКСИ СУДОВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

3.1. Врсте трошкова

За анализу одлука судова у ЕУ потребно је указати који трошкови су релевантни за утврђивање постојања предаторских цена.¹⁷ Притом, при утврђивању предаторског понашања разликују се ставови Европске коми-

¹⁴ Вид. пара. 70 Смерница.

¹⁵ Вид. више Paul Craig, Grainne De Burca, *EU Law – Text, Cases and Materials*, 5th edition, Oxford 2011, 1039; Alison Jones, Brenda Suffrin, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, 6th edition, Oxford 2016, 385, 386.

¹⁶ Вид. више R. Whish, D. Bailey, 782.

¹⁷ Утврђивање економских параметара који указују на то када је цена предаторска је тешко, а у пракси су постојала одређена неслагања у вези са тим. У Сједињеним Америчким Државама је примењиван Арета-Тарнер тест (енг. *the Areeda-Turner test*) који предвиђа да су цене предаторске ако су ниже од разумно очекиваних просечних варијабилних трошкова учесника на тржишту. Вид. A. Jones, B. Suffrin, 387; Ernst-Joachim Mestmäcker, Heike Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Auflage, München 2014, 470-471.

сије и судова ЕУ у погледу тога који трошкови су меродавни. С обзиром да је предмет анализе у раду судска пракса у вези са предаторским ценама, у тексту који следи биће објашњене само оне врсте трошкова које судови ЕУ користе приликом утврђивања постојања предаторског понашања.

Фиксни трошкови су такви трошкови који су независни од обима производње (нпр. порез на имовину, закупнина,...), док су варијабилни трошкови зависни од обима производње (трошкови сировина и енергије које се користе у производњи одређеног производа, трошкови рада потребног за израду одређеног производа, поправке и одржавање, накнаде које се плаћају по јединици производа за лиценце).¹⁸ Укупан просечни трошак (енг. *average total cost*, АТС) се израчунава тако што се укупни варијабилни и фиксни трошкови поделе са укупном производњом. Просечни варијабилни трошак (енг. *average variable cost*, АВС) је просек трошкова који зависи директно од обима производње учесника на тржишту. Суд правде је просечне варијабилне трошкове дефинисао као трошкове који се разликују у зависности од произведене количине.¹⁹ Другим речима, просечни варијабилни трошак добија се када се укупни варијабилни трошкови поделе са бројем произведених јединица. По правилу, укупан просечни трошак је виши од просечног варијабилног трошка.²⁰ Просечни трошак који се могао избећи (енг. *average avoidable cost*, ААС) је просек трошкова које је учесник на тржишту могао да избегне да није произвео додатну количину одређеног производа. Најчешће се ради о количини која је потребна за извршење злоупотребе доминантног положаја.²¹

3.2. AKZO тест

Најзначајнији и водећи предмет је *AKZO Chemie Bv v Commission* (даље: *AKZO*) у коме је Суд правде Европске уније (даље: Суд правде) одредио јасне критеријуме за утврђивање постојања предаторског понашања.²² *AKZO* је компанија која је снабдевала органским пероксидом (*organic peroxide*) купце у бројним индустријама. Њен конкурент, ECS, који је органским пероксидом снабдевао млинаре, одлучио је да своје производе понуди и немачком произвођачу BASF. Као одговор, *AKZO* је понудио редовним купцима ECS органски пероксид по цени нижој од оне по којој је исти производ продавао својим купцима. У својој одлуци у предмету *ECS/AKZO*²³ Европска комисија

¹⁸ Вид. више Phillip Areeda, Donald F. Turner, "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act", *Harvard Law Review*, 88/1975, 700.

¹⁹ С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286, пара. 71.

²⁰ R. Whish, D. Bailey, 759.

²¹ Вид. пара. 64 Расправне књиге.

²² С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286.

²³ IV/30.698 – *ECS/AKZO* OJ [1985] L 374/1.

је казнила AKZO са 10 милиона екија (ECU) због предаторског снижавања цена и наложила му да прекине са злоупотребом.²⁴ Интересантно је да је Европска комисија применила економску анализу трошкова, али и указала да је релевантно да ли је доминантна компанија усвојила стратегију за елиминацију конкурената, који је вероватан исход таквог поступка и која реакција конкурената на такво понашање је вероватна.²⁵ Одлучујући о захтеву за поништај одлуке Европске комисије, Суд правде је истакао да не може свако такмичење у ценама да се сматра легитимним²⁶ и утврдио два стандарда за оцену постојања предаторских цена. Прво, цене испод просечних варијабилних трошкова морају се увек сматрати злоупотребом.²⁷ Друго, цене ниже од укупних просечних трошкова али више од просечних варијабилних трошкова сматраће се злоупотребом само ако може да се докаже постојање намере да се елиминишу конкуренти.²⁸ У две касније одлуке, *Tetra Pak v Commission* (даље: *Tetra Pak II*) and *France Télécom v Commission* (даље: *France Télécom*), судови су потврдили наведене критеријуме за утврђивање постојања предаторских цена.²⁹

3.2.1. Цене испод просечних варијабилних трошкова

Када су цене испод AVC сматра се да постоји *per se* злоупотреба јер код тако ниских цена није могуће надокнадити фиксне трошкове, па ни све варијабилне трошкове. Сходно томе, Суд правде је навео да за такво поступање није могуће наћи економско оправдање.³⁰ Другим речима, не постоји друга убедљива (замислива) економска сврха осим елиминације конкурента, пошто сваки произведени и продати артикал представља губитак за доминантног учесника на тржишту. У наведеном случају, уколико учесник на тржишту послује са толиким губицима, рационално понашање би било да се прекине производња. Настављање таквог поступања упркос губицима указује на постојање стратегије за искључивање конкурената са тржишта.³¹ Иако се у овом случају не захтева постојање намере да се елиминише конкуренција, управо одсуство економског циља указује на постојање те намере. У предмету *France Télécom* Суд правде је објаснио да се цене испод просечних

²⁴ Вид. чл. 2 Одлуке у предмету IV/30.698 – *ECS/AKZO*, L 374/27.

²⁵ Вид. IV/30.698 – *ECS/AKZO*, пара. 72-87.

²⁶ С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286, пара. 70.

²⁷ С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286, пара. 71.

²⁸ Вид. одлуку у предмету С 333/94P *Tetra Pak v Commission* ECLI:EU:C:1996:436, пара. 41; Т 340/03 *France Télécom v Commission*, ECLI:EU:T:2007:22, пара. 217. Вид. такође С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286, пара. 71, 72.

²⁹ Вид. пресуду у предмету С 333/94 P *Tetra Pak v Commission*, ECLI:EU:C:1996:436, пара. 40-42. Предмет Т 340/03 *France Télécom v Commission* ECLI:EU:T:2007:22, пара. 195.

³⁰ Вид. више А. Jones, B. Suffrin, 389; V. Butorac Malnar, J. Pecotić Kaufman, S. Petrović, 221.

³¹ Вид. више J. Faull, A. Nikpay, 401.

варијабилних трошкова морају сматрати *prima facie* злоупотребом, јер се претпоставља да доминантни учесник на тржишту који примењује такве цене нема други економски циљ, осим оног да елиминише конкуренцију.³²

3.2.2. Цене изнад просечних варијабилних трошкова, а испод укупних просечних трошкова

Уколико су цене испод укупних просечних трошкова, али изнад просечних варијабилних трошкова може се радити о предацији само ако се докаже намера искључивања конкурената са тржишта. Када су цене изнад просечних варијабилних трошкова, а испод укупних просечних трошкова учесник на тржишту надокнађује варијабилне трошкове и барем део фиксних трошкова за сваку продату јединицу производа. Такве цене могу да доведу до изласка са тржишта учесника који су можда једнако ефикасни као и доминантни учесник, али који због мањих финансијских ресурса, не могу да издрже конкуренцију.³³

Увођење намере као субјективног елемента у објективни појам злоупотребе доминантног положаја било је потребно јер је могуће да снижавање цена испод укупних просечних трошкова у одређеним случајевима представља рационалну пословну стратегију, а не предацију (нпр. краткотрајна промоција одређеног производа³⁴). Другим речима, наведено правило потврђује да у одређеним ситуацијама доминантни учесник на тржишту може имати рационално оправдање за цене испод укупних просечних трошкова, а изнад просечних варијабилних трошкова.

Треба нагласити да не постоји претпоставка постојања намере учесника на тржишту да елиминише конкуренцију, него намера мора да се утврди у сваком конкретном случају на основу чврстих и конзистентних доказа,³⁵ који могу бити директни и индиректни.³⁶ У неким случајевима биће могуће да се искористе директни докази које чине документи доминантног учесника на тржишту који јасно показују предаторску стратегију, као што је детаљан план жртвовања да би се искључио конкурент, да би се спречио улазак на тржиште или да би се присвојило тржиште, или доказ конкретних претњи предаторским деловањем.³⁷ Поред тога, судови могу да користе и индиректне доказе који указују да је одређено понашање подобно да доведе до искључивања или дисциплиновања конкурената.

³² С 202/07 P *France Télécom v Commission*, ECLI:EU:C:2009:214, пара. 109.

³³ С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286, пара. 72.

³⁴ Вид. пара. 95 Расправне књиге.

³⁵ Т 340/03 *France Télécom v Commission*, ECLI:EU:T:2007:22, пара. 197.

³⁶ А. Jones, В. Suffrin, 391.

³⁷ Пара. 66 Смерница. Вид. такође пара. 113-114 Расправне књиге.

У предмету *AKZO* намера да се елиминишу конкуренти са тржишта је утврђена на основу директних претњи и снижавања цена од стране доминантног учесника на тржишту.³⁸ Надаље, суд је утврдио да је *AKZO* одређене радње предузео са циљем да оштети *ECS* и његову одрживост.³⁹ У једној од каснијих одлука Општи суд је навео да је према правилу установљеном у *AKZO* потребно да се утврди стратегија доминантног учесника на тржишту.⁴⁰

У *Tetra Pak II* Суд правде је утврдио да је *Tetra Pak* злоупотребио доминантни положај тако што је једну врсту картона (*non-aseptic carton*) продавао са губицима у седам држава чланица ЕУ, а тако створене губитке надокнађивао је из профита на тржишту друге врсте картона (*aseptic carton*), на којем није имао конкуренцију.⁴¹ Суд је користио индиректне доказе и узео у обзир трајање фазе у којој је *Tetra Pak* пословао са губицима, обим тих губитака, као и тактику увоза производа у Италију да би тамо били продавани са губицима.⁴² Као што видимо, постојање намере је у конкретним случајевима утврђивано на основу докумената, као и на основу оцене да ли је у конкретном случају понашање доминантног учесника на тржишту било подобно да доведе до дисциплиновања или искључивања конкурената са тржишта.

У *France Télécom* Европска комисија је казнила *France Télécom* због предаторског формирања цена. Општи суд и Суд правде су својим пресудама потврдили налазе и оцене Комисије. Наиме, утврђено је постојање предаторског понашања јер је *France Télécom* наплаћивао услуге интернета значајно испод просечних варијабилних трошкова. У пресуди је Општи суд најпре навео да доминантни учесник на тржишту, у принципу, има право да предузме разумне кораке у циљу заштите својих интереса. Међутим, такво понашање не може да се оправда ако је његова стварна сврха јачање доминантног положаја и његова злоупотреба.⁴³ Надаље, суд је упутио на постојање плана елиминације конкурента⁴⁴ и истакао да у циљу утврђивања намере мора да се докаже постојање плана за елиминисање конкуренције.⁴⁵

³⁸ Вид. С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286, пара. 76-82. Вид. више А. Jones, В. Suffrin, 389.

³⁹ Вид. пресуду у предмету С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286, пара. 103.

⁴⁰ Вид. Т 83/91 *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:T:1994:246, пара. 187.

⁴¹ С 333/94 *P Tetra Pak v Commission*, ECLI:EU:C:1996:436.

⁴² А. Jones, В. Suffrin, 391.

⁴³ Предмет Т 340/03 *France Télécom v Commission* ECLI:EU:T:2007:22, пара. 185.

⁴⁴ Т 340/03 *France Télécom SA v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:T:2007:22, пара. 130.

⁴⁵ Т 340/03 *France Télécom SA v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:T:2007:22, пара. 197.

3.2.3. Недостигаи AKZO шестиа

У теорији се износе одређени приговори на критеријуме постављене у предмету *AKZO*. Прво, у пракси често настају проблеми у вези са утврђивањем одређених категорија трошкова, односно није увек лако утврдити да ли је трошак фиксни или варијабилни. Друго, могуће је да доминантни учесник на тржишту робу продаје по цени нижој од AVC из рационалних разлога. У одређеним случајевима за доминантног учесника на тржишту може бити рационално да послује са губицима да би повратио део уложених средстава (нпр. пражњење лагера и залиха одређене робе). Поред тога, приликом увођења новог производа на тржиште оправдано је да он буде привремено понуђен по нижој цени у циљу привлачења купаца. У теорији се износе ставови да би у наведеним ситуацијама требало допустити доминантном учеснику на тржишту да доказује разлоге за продају робе по ценама нижим од трошкова.⁴⁶ Треће, када је цена робе између AVC и ATC утврђивање намере за истискивањем конкурената може бити проблематично.⁴⁷

3.3. *Post Danmark* тест

У предмету *Post Danmark v A/S v Konkurrencerådet v Commission (Post Danmark I)*,⁴⁸ који се односио на дистрибуцију поште у Данској, Суд правде је требало да одлучи о претходном питању данског суда да ли цене које је примењивао доминантни учесник на тржишту према једном од купаца и које су биле изнад просечних инкременталних трошкова, али испод укупних просечних трошкова представљају злоупотребу доминантног положаја.⁴⁹ Овај предмет је занимљив и значајан из следећих разлога. Прво, положај *Post Danmark* на тржишту је био специфичан, јер се радило о тржишту које је недавно отворено за конкуренцију, те је *Post Danmark* био у привилегованом положају у односу на нове конкуренте. Тај његов положај је додатно био ојачан структуралним предностима.⁵⁰ Друго, у предмету није било доказа који би указивали да су ниске цене последица намере доминантног учесника на тржишту да искључи своје конкуренте.⁵¹ И последње, постојао је доказ да је *Post*

⁴⁶ Вид. A. Jones, B. Suffrin, 390.

⁴⁷ Вид. више R. Whish, D. Bailey, 787, 788; A. Jones, B. Suffrin, 389-391.

⁴⁸ Предмет C 209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet v Commission*, ECLI:EU:C:2012:172.

⁴⁹ Предмет C 209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet v Commission*, ECLI:EU:C:2012:172, пара. 18.

⁵⁰ Вид. *Opinion of Advocate General Mengozzi* у предмету C 209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet v Commission*, ECLI:EU:C:2011:342, пара. 19.

⁵¹ Предмет C 209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet v Commission*, ECLI:EU:C:2012:172, пара. 18.

Danmark, барем у односу на једног од својих клијената, примењивао цене испод укупних просечних трошкова.⁵²

Суд правде је утврдио да само због тога што је цена коју доминантни учесник на тржишту наплаћује једном од купаца нижа од укупних просечних трошкова одређене активности, али виша од просечних инкременталних трошкова који се односе на ту активност не представља злоупотребу, чак и у случају када је примењена селективно на великог купца свог конкурента. Да би се утврдило постојање негативних ефеката на конкуренцију (енг. *anti-competitive effects*) нужно је размотрити да ли та политика цена, без објективног оправдања, има стварно или потенцијално искључујуће дејство, којим се наноси штета конкуренцији и тиме, интересима потрошача.⁵³ Суд је закључио да пракса Post Danmark није у супротности са чл. 102 УФЕУ, јер су цене доминантног учесника на тржишту биле одређене на нивоу који покрива значајан обим трошкова који се могу приписати снабдевању робом или услугама, и да би зато било могуће за конкурента који је једнако ефикасан као тај учесник на тржишту да се такмичи са тим ценама без да трпи губитке који су дугорочно неодрживи.⁵⁴ Применом теста једнако ефикасног конкурента⁵⁵ Суд је учинио јасним да конкуренти који су мање ефикасни од доминантног учесника на тржишту, односно они конкуренти који имају више трошкове, не уживају заштиту у складу са чл. 102 УФЕУ. Другим речима, потврђено је да задатак права конкуренције није да се штите конкуренти него конкуренција на релевантном тржишту.

Суд правде је у *Post Danmark I* применио *AKZO* тест, али је тај тест доунио још једним критеријумом.⁵⁶ Наиме, чак и у случају када су цене испод укупних просечних трошкова, а изнад просечних варијабилних трошкова

⁵² Вид. више Pablo Ibanez Colomo, *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge 2018, 186.

⁵³ Предмет C 209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet v Commission*, ECLI:EU:C:2012:172, пара. 44.

⁵⁴ Вид. одлуку у предмету C 209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet v Commission*, ECLI:EU:C:2012:172, пара. 38.

⁵⁵ Тест једнако ефикасног конкурента (енг. *the test of equally efficient competitor*) је тест на основу којег се оцењује да ли је вероватно да би једнако ефикасан конкурент био искључен са тржишта услед понашања доминантног учесника на тржишту. Искључивање једнако ефикасног конкурента могуће је, у принципу, једино ако доминантна компанија одреди цене испод својих трошкова. Тест једнако ефикасног конкурента примењује Европска комисија приликом утврђивања постојања злоупотребе доминантног положаја. Поред тога, тест је изричито прихваћен од стране Суда правде и био је примењиван у случајевима који су се односили на праксу ниских цена у облику селективних цена или предаторских цена и стискања марже. Вид. пресуду у предмету C 23/14 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2015:651, пара. 53 и 55.

⁵⁶ Исто тако Ekaterina Rousseva, Mel Marquis, “Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, Vol. 4, No. 1, 33.

и ако не постоји доказ постојања намере искључивања конкурената са тржишта, могуће је да се утврди постојање злоупотребе доминантног положаја ако постоји доказ да такво понашање има за последицу искључење једнако ефикасног конкурента са тржишта, на штету потрошача.⁵⁷ Суд је у предмету *Post Danmark I* спровео економску анализу и размотрио ефекте снижавања цена (енг. *effects based approach*). Другим речима, суд је процењивао стварне или потенцијалне искључујуће ефекте које наведена пракса има на конкуренцију на релевантном тржишту.

Суд је у одлуци у предмету *Post Danmark I*, уместо формалистичког приступа, анализирао ефекте одређеног понашања на конкуренцију на тржишту и на потрошаче, користећи економске параметре и тест једнако ефикасног конкурента. Управо због наведеног, у теорији се истиче да ће одлука имати далекосежне последице не само на утврђивање постојања предаторског понашања, него и на оцену других ексклузивних злоупотреба доминантног положаја.⁵⁸ Овакав став Суда правде је у складу са Смерницама Европске комисије, као и њеним приступом при оцени постојања предаторског понашања, што води већој правној сигурности.

3.4. Значај и улога фазе опоравка

Видели смо да предаторско понашање претпоставља постојање фазе опоравка, односно да се краткорочни губици надокнађују у дужем року када доминантни учесник на тржишту буде могао да подигне цене. Међутим, став је судова у ЕУ да за постојање предације у складу са чл. 102 УФЕУ не мора да постоји фаза опоравка. У теорији је овакав приступ критикован, јер се наводи да Суд правде на тај начин изоставља саставни и веома значајан аспект предације.⁵⁹ У предмету *AKZO*, Суд правде је потврдио да доминантни учесник на тржишту има интерес да наплаћује цене мање од просечних варијабилних трошкова само ако ће на тај начин елиминисати конкуренте и казније бити у могућности да, због свог монополског положаја, подигне цене.⁶⁰ У каснијем предмету *Tetra Pak II* суд је изричито утврдио да за потврду постојања предаторских цена није од значаја да ли предатор има разумну могућност да надокнади претрпљене губитке. Суд је нагласио да мора бити могуће да се казни предатор увек када постоји ризик елиминације конкурената.⁶¹ С једне стране, наведени став може да се брани као оправдан јер је

⁵⁷ Тако J. Faull, A. Nikpay, 409; Ariel Ezrachi, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*, 5th edition, Oxford 2016, 237.

⁵⁸ Вид. више E. Rousseva, M. Marquis, 32.

⁵⁹ Вид. више J. Faull, A. Nikpay, 409.

⁶⁰ С 62/86 *Akzo Chemie BV v Commission*, ECLI:EU:C:1991:286, пара. 71.

⁶¹ Предмет С 333/94 Р *Tetra Pak v Commission*, ECLI:EU:C:1996:436, пара. 44.

сврха права конкуренције да се штити конкуренција и није неопходно да она буде нарушена да би се деловало. С друге стране, може да се постави питање, ако доминантни учесник на тржишту нема користи од снижавања цена, зашто се такво поступање квалификује као злоупотреба доминантног положаја.

Наведени став је потврђен и у предмету *France Télécom*. Општи суд је истакао да злоупотреба доминантног положаја постоји и када доминантни учесник на тржишту поступа са циљем истискивања конкурената са тржишта, без обзира на резултат таквих поступака.⁶² Надаље, Суд је објаснио због чега је одлучио на наведени начин. Чињеница да је доминантни учесник на тржишту предаторски формирао цене довела је до тога да он додатно ојача свој положај на тржишту, као и да неки од његових конкурената напусте тржиште. На тај начин је конкуренција на релевантном тржишту, која је иначе ослабљена услед постојања доминантног учесника на тржишту, додатно смањена, а потрошачи трпе губитке услед тога што им је ограничен избор.⁶³

3.5. Могућа одбрана доминантног учесника на тржишту

Одбрана доминантног учесника на тржишту против кога је покренут поступак због предаторских цена могла би да буде да је такво понашање било неопходно да би учесник на тржишту био конкурентан. Доминантни учесник на тржишту у предмету *France Télécom* је оправдање за предаторско снижавање цена нашао у потреби да буде кокурентан на тржишту, наводећи да је имао апсолутно право да „поравна“ своје цене са ценама конкурената. Општи суд је закључио да, иако је тачно да доминантном учеснику на тржишту није забрањено да поравна своје цене са ценама својих конкурената, оваква могућност не постоји када би то имало за последицу да доминантни учесник на тржишту не може да надокнади трошкове за услугу коју пружа.⁶⁴ Позивајући се на судску праксу, суд је надаље истакао да доминантни учесник на тржишту не може бити лишен права да штити своје комерцијалне интересе када су они угрожени и да се таквом учеснику на тржишту мора дати право да предузме разумне кораке које сматра одговарајућим да би заштитио те интересе, али да такво понашање не може да се толерише ако је његова стварна сврха да се ојача и злоупотреби доминантни положај.⁶⁵ Коначно, Општи суд је заузео став да предаторско понашање не може да се оправда позивањем на остваривање економије обима, јер управо предаторско

⁶² Предмет Т 340/03 *France Télécom v Commission* ECLI:EU:T:2007:22, пара. 196, 197. Предмет Т-228/97 *Irish Sugar v Commission* ECLI:EU:T:1999:246, пара. 191.

⁶³ Вид. С 202/07 Р *France Télécom v Commission*, ECLI:EU:C:2009:214, пара. 112.

⁶⁴ Т 340/03 *France Télécom v Commission*, ECLI:EU:T:2007:22, пара. 176.

⁶⁵ Вид. Т 340/03 *France Télécom v Commission*, ECLI:EU:T:2007:22, пара. 185.

понашање може да буде узрок остваривања економије обима.⁶⁶ Суд правде је одлучујући по жалби утврдио да доминантни учесник на тржишту не може да се ослони на било које апсолутно право да изједначи своје цене са ценама својих конкурената да би оправдао своје понашање када такво понашање представља злоупотребу доминантног положаја.⁶⁷

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

О предаторском формирању цена можемо говорити када доминантни учесник на тржишту, у циљу елиминације или дисциплиновања стварних или потенцијалних конкурената, свој производ нуди по ценама нижим од трошкова производње и тиме прихвата да у одређеном, ограниченом времену сноси губитке. Када је циљ остварен предатор подиже цене на виши ниво у односу на цене које би могао да наплаћује да на тржишту постоји конкуренција и тиме остварује значајно већи профит.

Суд правде је у предмету *AKZO* успоставио критеријуме за утврђивање постојања предаторских цена. Прво, цене испод просечних варијабилних трошкова морају се увек сматрати злоупотребом. Друго, цене испод укупних просечних трошкова али изнад просечних варијабилних трошкова сматраће се злоупотребом само ако може да се докаже постојање намере да се елиминишу конкуренти.

У новијем предмету *Post Danmark I* Суд правде је *AKZO* тест допунио још једним критеријумом. Чак и у случају када су цене испод укупних просечних трошкова, а изнад просечних варијабилних трошкова и ако не постоји доказ постојања намере искључивања конкурената са тржишта, могуће је да се утврди постојање злоупотребе доминантног положаја ако постоји доказ да такво понашање има за последицу искључење једнако ефикасног конкурента са тржишта, на штету потрошача. Овом одлуком је Суд правде у први план истакао економске ефекте предаторског снижавања цена, односно утврдио је да су за постојање злоупотребе релевантни економски ефекти које одређена пракса има на конкуренцију на тржишту.

⁶⁶ Вид. Т 340/03 *France Télécom v Commission* ECLI:EU:T:2007:22, пара. 217.

⁶⁷ Предмет С 202/07 *P France Télécom v Commission*, ECLI:EU:C:2009:214, пара. 47.

*Sandra S. Fišer Šobot, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs*

Predatory Pricing as a Type of Exclusionary Abuse of Dominant Position in Case Law of Courts of European Union

Abstract: *It is quite difficult to delineate competition on merits and predatory pricing. A dominant undertaking engages in predatory conduct by deliberately incurring losses or foregoing profits in the short term in order to foreclose or be likely to foreclose one or more of its actual or potential competitors with a view to strengthen or maintain its market power. This represents an exclusionary abuse and pricing practice intended to eliminate actual or potential competitors. The abuse is exercised on the market in which the undertaking holds a dominant position.*

Predatory strategy comprises of two phases. In the first phase, referred to as sacrifice, the dominant undertaking reduces prices of its products to the loss-making level. This conduct may be aimed at forcing competitors to lower their prices, incur losses and consequently, leave the market or at disciplining actual competitors or at defending from new entries of potential competitors. In the second, recoupment phase, when the goal of predation is achieved, the predator raises its prices and thereby, accumulates higher profits.

This paper analyzes abuse of dominant position through predatory pricing. The author addresses views expressed in doctrine and in case law of the EU courts regarding predatory pricing.

Keywords: *dominant position, abuse of dominant position, predatory prices, costs.*

Датум пријема рада: 09.11.2018.

Др Радојица С. Лазих, ванредни професор
Академија за националну безбедност
Београд
lazicr@orion.rs

САРАДЊА СЛУЖБИ БЕЗБЕДНОСТИ СФРЈ СА СЛУЖБАМА ДРУГИХ ДРЖАВА ПОСЛЕ БРИОНСКОГ ПЛЕНУМА ДО СРЕДИНЕ ОСАМДЕСЕТИХ ГОДИНА ПРОШЛОГА ВЕКА

Сажетак: У овом раду истраживана је и обрађена сарадња служби државне безбедности Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, са службама безбедности других држава, од Брионског пленума, тачније после друге половине 1966. године, па све до средине осамдесетих година прошлог века. Полазећи од политике коју је водило тадашње државно и политичко руководство, анализираће се остварени резултати сарадње са службама безбедности западних земаља и НАТО пакта, Варшавског уговора, Покрета несвршаних, као и других држава и ослободилачких покрета.

Службе безбедности некадашње Југославије имале су активну улогу у сарадњи са многим службама у различитим деловима света. Приоритет у сарадњи били су ослободилачки покрети које је тадашња југословенска власт здушно подржавала, „кроз стваралачко опредељење њене силе и унутрашње политике у борби за независност и као одлучног фактора за мир и безбедност у Европи и у свету“.

У складу са прокламованим начелима сарадња са створеним службама безбедности заснивала се, пре свега, на принципима једнакости, независности, неметњања у унутрашње проблеме других држава и узајамног поштовања и солидарности.

Одвијала на билатералној основи, а у циљу јачања и унапређења безбедносних интереса Југославије, афирмације њеног међународног положаја и проактивне улоге у међународним односима, нарочито у оквиру Покрета несвршаних.

Кључне речи: службе безбедности, сарадња, размена података, Брионски пленум, Покрет несвршаних.

1. УВОД

Међународна сарадња служби безбедности заузимала је и у ранијем периоду изузетно значајно место у односима између држава, као још један облик бољег, бржег и лакшег споразумевања и размене безбедносних података. Билатерални односи у овој области одвијали су се, а и данас се одвијају, на сусретима највиших званичника служби, кроз експертске разговоре и спровођењем заједничких оперативних акција, размену информација, података и искустава и то у областима: борбе против међународног тероризма и сузбијања организованог криминала; техничке сарадње; унапређења методологије рада и стручне обуке кадрова, као и размене нормативних искустава.¹

Службе безбедности до података који их интересују могу доћи на различите начине: из јавно-диступних, односно „отворених извора“; преко „живих извора“, односно од човека као извора података; уз помоћ различитих техничких метода у прикупљању података и кроз међународну сарадњу – разменом података са партнерским службама.² Прикупљање безбедносних података „веома ретко повезано је са потребом процесуирања одређеног кривичног дела, већ са потребом да се предупредe и осујете претње које су усмерене на заштитена добра (уставно уређење, одбрана и безбедност земље, витални економски и други национални интереси)“.³

Размена информација је примарни облик партнерске сарадње. Иако се одвија у реалном времену, представља део дугорочног стратешког плана.

Дакле, службе безбедности остварују сарадњу са страним партнерским службама углавном зато што им она пружа много већи и потпунији приступ информацијама. Ниједна, посебно регионална служба, не може имати довољне ресурсе нити могућности за прибављање информација о потенцијалним безбедносним претњама које постоје у другим регионима у свету. Појава нових облика угрожавања ставља службе безбедности пред још већи изазов да у партнерском приступу, кроз размену безбедносних података и информација, покушају да осујете одређене активности организованих терористичких и криминалних група, ради заштите безбедности сопствене државе и њених грађана. Међународна сарадња у садашњим савременим околностима и са појавом асиметричних видова угрожавања националне

¹ Вид. Радојица Лазић, *Контрола служби безбедности у Србији*, Академија за националну безбедност, ЈП „Службени гласник“, Београд 2014, 88; Љубомир Стајић, Радојица Лазић, *Увод у националну безбедност*, Академија за националну безбедност, ЈП „Службени гласник“, Београд 2015, 198–200.

² *Ibid.*, 191.

³ Вид. Радојица Лазић, „Судска контрола законитости у раду служби безбедности у Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2015, Нови Сад, 2011, 160.

безбедности постаје све значајнија, зато што нови појавни облици, „који прете безбедности држава и њиховог становништва, углавном делују на веома широком простору, не поштујући граничне баријере“.⁴

За успостављање партнерске сарадње служби државне безбедности некадашње СФРЈ са другим службама, у најразличитијим деловима света, морала се добити сагласност од највишег државног и партијског руководства. Одобрење су давали органи у Федерацији, укључујући и доношење платформе о сарадњи (председник Републике, Председништво СФРЈ, Савезно извршно веће, Савезни савет за заштиту уставног поретка и други).⁵

Та сарадња после Брионског пленума била је у сталној узлазној линији, тако да је у периоду од 1967. до 1985. године реализована са преко 50 служби безбедности, у различитим динамикама и интензитету. У истом периоду остварено је преко 700 најразличитијих контаката, од чега је око 100 било на највишем нивоу, нивоу савезног секретара за унутрашње послове и око 450 сусрета на нижим нивоима, укључујући и различите експертске групе.⁶

Без обзира на тадашње политичке и идеолошке разлике, које су постојале и које су, као што је познато, биле до максимума изражене, тадашња Социјалистичка Федеративна Република Југославија имала је развијену партнерску сарадњу у овој области са многим државама. Она се одвијала са службама безбедности Западних земаља, односно чланицама НАТО; службама безбедности Варшавског уговора, службама безбедности Покрета несврстаних и ослободилачких покрета, као и службама безбедности неутралних држава.

⁴ Вид. Aidan Wills, *Understanding Intelligence Oversight*, DCAF, Geneva 2010, 25–27, Тајана Лукић, „Информације (обавештења) служби безбедности као доказ у кривичном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2011, Нови Сад, 2011, 295–296.

⁵ Вид. АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1792, *Информација о сарадњи орґана државне безбедности са стираним обавештајним службама*, Савезни секретаријат за унутрашње послове, Служба државне безбедности, државна тајна, од 6.02.1985. године, 1–15, са прилозима 1, 2 и 3; АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1792, *Сарадња са обавештајно-безбедносним службама оружаних снага несврстаних и европских пријатељских земаља и ослободилачких покрета*, Савезни секретаријат за народну одбрану, војна тајна – строго поверљиво, (материјал сачињен 29. октобра 1984. године), 1–4; *Зайисник са 8. седнице Савезног савета за заштитиу уставног поретка*, одржане 14. фебруара 1985. године у Београду, државна тајна, 1–3; АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1784, *Образовање и осјособљавање кадрова служби безбедности несврстаних земаља, ССУП, ССНО, ССИП*, државна тајна, 22. јануар 1979. године, 1–13, са прилозима 1, 2 и 3; *Зайисник са 34. седнице Савезног савета за заштитиу уставног поретка*, одржане 2. марта 1979. године, 3–4; *Информација ССУП о њоказаном интјересу директјора Државне безбедности Белџије за сусрети и разговоре са њредстјавницима Службе државне безбедности СФРЈ*, од 14. фебруара 1979. године, 1–2.

⁶ Вид. АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1792, *Информација о сарадњи орґана државне безбедности са стираним обавештајним службама*, Савезни секретаријат за унутрашње послове, Служба државне безбедности, државна тајна, од 6.02.1985. године, 2.

2. ПРИНЦИПИ САРАДЊЕ

Како би службе безбедности кроз сарадњу још успешније обављале послове из свог делокруга на откривању и спречавању непријатељске делатности, односно заштити безбедносних интереса, као и да би постигале још боље резултате у пружању помоћи и јачању служби одређених несврстаних земаља, било је потребно регулисати питања у вези са одобравањем, усклађивањем и одговарајућим поступком у успостављању сарадње.⁷

Полазећи од специфичности сарадње која се успоставља у овој области, са иностраним органима безбедности, било је препоручено да се води рачуна о поштовању следећих принципа: сарадња се одвија у складу са несврстаном спољном политиком Југославије као самоуправне социјалистичке земље; успоставља се и развија искључиво ради заштите безбедности заинтересованих земаља; одвија се на равноправној и, по могућности, реципрочној основи и треба да буде у складу са југословенским прописима и међународним обавезама; сарадња не може представљати мешање у унутрашње послове земаља чије службе сарађују и не сме бити уперена против слободе и независности трећих земаља; не могу се страним службама уступати подаци о трећим земљама, уколико посебни интереси безбедности земље то не захтевају. Треба да буде заснована на билатералној основи и да има неформалан карактер. Писмени аранжмани могу се склапати изузетно, када се ради о стручној и техничкој помоћи.⁸

У закључцима са састанка Комисије Председништва СФРЈ за усклађивање рада органа који врше послове државне безбедности од 26. септембра 1973. године каже се да сарадњу са иностраним органима безбедности, по правилу, треба успостављати и развијати по питањима обезбеђења наших и страних државника, сузбијања терористичко-диверзантске активности емиграције и других терористичких група и организација, заштите југословенских грађана и представништава у иностранству, размене искустава, као и размене података о примени техничких средстава и другим питањима која су од посебног интереса са становишта безбедности СФРЈ.

Када је у питању успостављање и прекид сарадње војних служби безбедности (Управе безбедности ССНО и Друге (обавештајне) управе ГШ ЈНА) са страним службама безбедности, о томе је одлучивао председник Републике и Врховни командант оружаних снага, а касније Председништво СФРЈ.

⁷ Вид. АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1866, *Закључци о сарадњи служби безбедности у СФРЈ са иностраним службама безбедности*, донети на 10. седници Комисије Председништва СФРЈ за усклађивање рада органа који врше послове државне безбедности, одржане 26. септембра 1973. године, 1–5.

⁸ *Ibid.*, 2.

Поред тога, сарадњу служби државне безбедности (две војне службе, СДБ ССУП и СИД ССИП) са одговарајућим страним службама у циљу што боље организованости, ефикасности и јединственог наступа, координира орган, односно тело у федерацији у чијој надлежности је усклађивање рада органа који врше послове државне безбедности.⁹

Надлежности Савезног савета за заштиту уставног поретка у овој области биле су следеће: „даје сагласност за обим и облике сарадње, а посебно за размену важнијих обавештајних података, материјала о методама рада и одређеним техничким средствима која примењују службе државне безбедности; оцењује иницијативе и предлоге наших служби као и стране иницијативе (даје мишљење органу који одобрава сарадњу о очекиваним користима и могућим ризицима, о обиму ангажовања наших служби државне безбедности, о материјалним обавезама и друго); одређује носиоца сарадње, ако то није учинио орган који је сарадњу одобрио (улога носиоца сарадње је да координира конкретне мере служби); усаглашава интерне акте служби државне безбедности којима се прописује поступак за сарадњу са страним службама безбедности“.¹⁰

Било је предвиђено да сарадњу служби државне безбедности република и покрајина са страним службама безбедности координира Савезни секретаријат за унутрашње послове. Предлоге за успостављање, измене и прекид сарадње могли су давати сви органи који обављају послове државне безбедности.

3. САРАДЊА СА СЛУЖБАМА БЕЗБЕДНОСТИ НЕСВРСТАНИХ И ЗЕМАЉА У РАЗВОЈУ

У складу са принципима спољне политике и смерницама Председништва СФРЈ, Савезног извршног већа и Савезног савета за заштиту уставног поретка, највећи део укупне сарадње одвијао се са службама безбедности несврстаних и земаља у развоју.¹¹

⁹ Од 1968. до 1971. године то је била Комисија за контролу служби државне безбедности у савезним органима управе; од 1971. односно 1972. су то били Савет Председништва СФРЈ за државну безбедност и Комисија Председништва СФРЈ за усклађивање рада органа који врше послове државне безбедности, а од 10. јануара 1975. године, па све до распада СФРЈ, тачније до 27. априла 1992. године, то је Савезни савет за заштиту уставног поретка.

¹⁰ Вид. Р. Лазић, 54.

¹¹ На основу табеларно исказаних података сарадња у истраживаном периоду одвијала се са 25 држава (Етиопија, Египат, Алжир, Замбија, Танзанија, Ирак, Либија, Шри Ланка, Ангола, Зимбабве, Зеленортска Република, Кина, Мозамбик, Боцвана, Малта, Северна Кореја, Пакистан, Индонезија, Сејшели, Кувајт, Сирија, Индија, Кипар, Тунис, Јордан); АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1792, *Сарадња са службама несврстаних и ЗУР, Табела бр. 2.*

Сарадња са овим државама била је садржајна и континуирана. Иницирана је углавном са њихове стране, а била је усмерена и на заштиту Покрета несврстаних у целини, од продора и утицаја блоковских служби. Поред политичких и државних разлога за интензивнију сарадњу са СДБ, већина несврстаних држава истицала је, између осталог, и чињеницу да су обавештајне службе оба блока злоупотребљавале сарадњу за стварање агентуре и уграђивање у њихове редове.¹²

У том циљу организовано је 110 курсева и других врста специјалистичких обука за 2029 припадника служби безбедности из више од 10 несврстаних земаља. Сарадња се развијала и кроз 211 контаката – од обавештајних експерата и студијских група, сусрета руководиоца, до нивоа савезног секретара за унутрашње послове.¹³

Са неким несврстаним земљама партнерска сарадња у области безбедности је успостављена још 1960. (Етиопија)¹⁴ и 1964. године (Египат).¹⁵ У каснијем периоду, због промене политичке оријентације тих држава, према одређеним војнополитичким блоковима и савезима, била је сведена на мању меру. Са једним бројем несврстаних држава, због изразите оријентације СФРЈ и њене лидерске позиције у Покрету несврстаних, сарадња је кулминирала још „у току њихове борбе за националну еманципацију“. Такви примери су Ангола, Мозамбик, Зимбамбе и неке друге афричке земље. Сарадња, када су те државе биле у питању, нарочито је била заступљена у области обуке кадрова.

Сличан пример обавештајне сарадње и добрих билатералних односа функционисао је и са Ираком. Подаци указују да је након успостављања, од 1974. године, до избијања иранско-ирачког рата,¹⁶ сарадња била интензивна и садржајна. У том периоду остварено је чак 35 контаката, организоване су 24 обуке, за око 400 припадника ирачких служби, да би затим због ратних

Поред тога, војна сарадња имала је посебан третман, нарочито када су у питању војне службе безбедности.

¹² Вид. АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1792, *Информација о сарадњи орђана државне безбедности са сираним обавештајним службама*, Савезни секретаријат за унутрашње послове, Служба државне безбедности, државна тајна, од 6.02.1985. године, 2.

¹³ Савезни секретари за унутрашње послове у истраживаном периоду остварили су 31 контакт са 13 држава и њиховим највишим званичницима у овој области сарадње.

¹⁴ Вид. АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1792, *Сарадња са службама несврстаних земаља*, *Прилоз бр. 1*, 3–4.

¹⁵ *Ibid.*, 8; АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1789, *Информација о иницијативи министра унутрашњих послова АР Египта да се обнови и настави сарадња*, ССУП, стр. пов. бр. 21-1/11, од 29.07.1982. године, 1–3.

¹⁶ Ирачко-ирански рат је отпочео крајем септембра 1980 године нападом копнених и ваздушних ирачких снага на Иран. Трајао је до августа 1988. године. Последица је дугогодишњих међудржавних спорова, а додатно је мотивисан и страхом од Иранске исламске револуције, изведене 1979. године и потенцијалним утицајем на шиитску већину у Ираку.

околности стагнирала. Након посете делегације СДБ ССУП Багдаду, крајем 1984. године, „отклоњени су постојећи неспоразуми и поново су отворене нове могућности за интензивирање партнерске сарадње“.¹⁷

У истом периоду СДБ ССУП је имала и одређене дискретне акције посредовања, како у циљу успостављања контаката, исто тако у решавању неспоразума између служби безбедности неких држава.¹⁸ Служби државне безбедности СФРЈ обрађало се више различитих служби безбедности несврстаних земаља, у циљу дискретног посредовања за успостављање контаката или решавања „неспоразума – чак и оних земаља које су биле у заостреним односима“.¹⁹

Са више служби безбедности СДБ ССУП је решавала и неке сложене оперативне случајеве, а неке од њих су чиниле југословенској страни и значајне услуге од којих издвајамо сиријско ангажовање 1982. године на ослобађању девет радника из Ирана, које су киднаповали курдски побуњеници у Ираку.²⁰

На развој сарадње са службама безбедности несврстаних и земаља у развоју у том периоду неповољно је утицала све израженија активност најмоћнијих сила и блокова на цепању Покрета, остваривање непосредног политичког утицаја у једном броју тих земаља, пружање војне помоћи и присуство обавештајних служби.

У сарадњи са земаљама у развоју, посебно у области безбедности, због стратешког значаја, треба истаћи Кину, са којом је СФРЈ отпочела сарадњу тек 1979. године. Од тог периода обим сарадње две службе безбедности био је у сталном успону. У истраживаном периоду, реализоване су четири посете на нивоу савезног секретара, 26 других контаката, основан је Мешовити југословенско-кинески комитет, вршена је обука представника кинеске службе у центрима за обуку служби државне безбедности СФРЈ и др.²¹

¹⁷ Вид. АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1792, *Сарадња са службама безбедности несврстаних земаља, Прилог 1*, 1–2; Акт ССУП упућен председнику СИБ, Веселину Ђурановићу, у вези са изградњом објеката за посебне намене у Ираку, стр. пов. бр. Р-12/11-81, од 2.11.1981. године.

¹⁸ Посредовања нису увек наилазила на разумевање, али је било и неколико успешних акција – од којих се наводи посредовање СДБ у успостављању контакта између служби безбедности Индије и Кине, као првих, али веома важних корака, на плану поправљања међудржавних односа; више о томе вид. АЈ, фонд. 803, фасц. бр. 1792, *Информација о сарадњи органа државне безбедности са савезним обавештајним службама*, Савезни секретаријат за унутрашње послове, Служба државне безбедности, државна тајна, од 6.02.1985. године.

¹⁹ *Ibid.*, 3.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*, 4; АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1791, *Информација о току и проблемима у вези сарадње са службама безбедности НР Кине*, Институт безбедности ССУП, државна тајна, бр. 25/37-84, од 12.09.1984. године, 1–13.

4. САРАДЊА СА СЛУЖБАМА БЕЗБЕДНОСТИ ДРЖАВА ВАРШАВСКОГ УГОВОРА

Контакти са службама безбедности земаља чланица Варшавског уговора успостављени су током 1967. године (са СССР, Мађарском и Бугарском). У почетку, контакти су били искључиво везани за послове у области јавне безбедности.

Након интервенције Совјетског Савеза у Чехословачкој 1968. године долази до потпуног прекида сарадње. Током 1969. године успостављају се добри односи са обавештајном службом Румуније. Са том службом „остварује се релативно широка сарадња служби државне безбедности“. До краћег застоја долази након реорганизације румунске службе, у мају 1978. године, а нарочито после бекства генерала Јона Михаи Паћепе у САД, исте године. Процењено је да је генерал Паћепа одао америчким службама и одређене детаље који су се односили на сарадњу са СДБ СФРЈ.²²

Иницијатива за успостављање сарадње са службом безбедности Пољске покренута је 1970. године. Југословенска страна је ту иницијативу прихватила.²³ Обухватала је следеће области: „спречавање бекстава пољских држављана преко СФРЈ на Запад; спречавање обавештајно-субверзивне делатности западних обавештајних служби према њиховим грађанима на раду и боравку у СФРЈ; појачану контролу њихових туриста у СФРЈ; сарадњу у спречавању обавештајне активности обавештајних служби САД и СР Немачке, Француске и Италије; спречавање непријатељске делатности пољске емиграције у спрези са југословенском емиграцијом; супротстављање непријатељској делатности пољских Јевреја – циониста у Југославији и др.“²⁴

Током 1972. године, након експлозије ЈАТ-овог авиона над територијом Чехословачке,²⁵ успостављена је сарадња са том државом,²⁶ да би од 1974.

²² *Ibid.*; Јон Михаи Паћепа, *Црвени хоризонти*, Акваријус, Београд 1990.

²³ Интензивнија сарадња одвијала се од 1974. и 1979. године када су потписани међу-државни протоколи о сарадњи у овој области; вид. АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1792, *Сарадња са службама безбедности Варшавског уговора*, Прилог 2, 5.

²⁴ *Ibid.*, 5–6.

²⁵ ЈАТ-ов авион је летео на реализацији Стокхолм-Копенхаген-Загреб-Београд. Експлодирао је 26. јануара 1972. године, на 10.160 метара висине и пао код места Српска Каменица, у тадашњој Чехословачкој. Том приликом погинули су сви путници и чланови посаде (23 путника и пет чланова посаде), изузев стрјуардесе Весне Вуловић, која је на веома чудан начин преживела експлозију и пад авиона. Тадашње власти у СФРЈ за подметнуту бомбу окривиле су хрватску терористичко-екстремну емиграцију. Заједнички органи ЧССР и СФРЈ спровели су истрагу, којом је утврђено да је узрок обарања авиона била постављена бомба. Међутим, почетком 2009. немачки радио АРД објавио је резултате властитих истраживања, која тврде да је авион оборен од стране чехословачке противваздушне одбране, а да је истрага лажирана из политичких разлога, односно да је у том тренутку био на висини од свега неколико стотина метара; више о томе видети: Срђан Цветковић, „Сарадњи СДБ са страним службама седамдесетих година 20. века“, *Историја 20. века*, вол. 28, бр. 2, Београд 2010, 93–100.

²⁶ Током остварених контаката чехословачка страна је инсистирала на специјалним односима и сарадњи две службе – подразумевајући под тим ширу координирану сарадњу у

до 1976. године она обухватила скоро све земље ВУ. Ипак, изузетак је представљала Бугарска, са којом се одвијала само у области пограничних послова. Тек након посете савезног секретара за унутрашње послове Станета Доланца Софији, током јуна 1983. године, вођени су разговори и о сарадњи у области државне безбедности.²⁷

Сарадња са органима унутрашњих послова Мађарске успостављена је 1967. године и односила се искључиво на пограничне послове, да би постала интензивнија тек 1972. године. Од тог периода, па све до 1985. године, реализовано је шест сусрета на нивоу савезног министра, један сусрет на нивоу високих функционера у области безбедности, као и 47 састанака стручних група и седам састанака руководиоца партнерских служби безбедности.²⁸

Са Министарством унутрашњих послова и Министарством државне безбедности ДР Немачке сарадња је успостављена тек 1976. године. Интересантна је чињеница да поред остварених контаката на нивоу министара и вођених разговора, није потписан заједнички документ о томе, нити је било конкретније сарадње из било које области. Сви контакти остварени у истраживаном периоду односили су се на појединачне случајеве и одвијали су се посредством ДК мисија и то на основу њихових захтева.²⁹

Главну реч у успостављеној сарадњи са службама безбедности држава Варшавског уговора имао је Совјетски Савез, док су се остале чланице прилагодјавале оквирима које је утврђивао Комитет државне безбедности (КГБ).³⁰

Глобална сарадња са СССР на нивоу органа државне безбедности прецизирана је тек након две званичне посете савезног секретара Фрање Херљевића Совјетском Савезу. Прва је реализована у децембру 1974. а друга

оквиру „социјалистичке заједнице”, јер је по њиховим оценама субверзивна активност обавештајних служби НАТО била усмерена против свих социјалистичких земаља, укључујући и Југославију. Такав став ограничавао је дубљу сарадњу СДБ ССУП са том службом; *Ibid.*, 6–7.

²⁷ Том приликом уговорена је сарадња на сузбијању непријатељске делатности са територије НР Бугарске према СФРЈ и обрнуто, на сузбијању тероризма и међународног криминала и унапређењу пограничне сарадње; *Ibid.*, 3.

²⁸ Сарадња две земље била је углавном усмерена на: сузбијање свих облика међународног криминала; међународног тероризма; онемогућавање непријатељске делатности са територије једне, односно друге земље; размену података и информација од интереса за безбедност две земље; и међусобно упознавање са организацијом и методологијом рада органа унутрашњих послова; више о томе вид. АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1792, *Сарадња са службама безбедности Варшавског уговора, Прилог 2*, 3–4.

²⁹ *Ibid.*, 5–6; *Прилог бр. 2*, 8–9 и *Табела бр. 2*.

³⁰ Комитет државне безбедности (КГБ) тадашњег Совјетског Савеза функционисао је од 13. маја 1954. до 6. новембра 1991. године. Из њега је настала садашња Федерална служба безбедности (ФСБ) Руске Федерације; више о томе вид. Андреја Савић, Милан Делић, Младен Бајагић, *Безбедност свега – од тајности до јавности*, Институт безбедности, Виша школа унутрашњих послова, Полицијска академија, Београд 2002, 280–284; Младен Бајагић, *Шпијунажа у 21. веку – савремени обавештајно-безбедносни системи*, МАРСО, Београд 2010, 116–124.

крајем фебруара 1977. године. Том приликом вођени су разговори са тадашњим председником КГБ Јуријем Анроповом и закључен је и Протокол о сарадњи.³¹ Даљи допринос учињен је приликом посете заменика председника КГБ Владимира Крјучкова Југославији, у јануару 1979. године.³²

У периоду од 1980. године сарадња у тој области имала је силазну путању због изражених резерви југословенске стране на неке њене аспекте, мада је совјетска страна константно настојала да је што више институционализује, у функцији својих стратешких опредељења. До оживљавања сарадње дошло је током одржавања Летње олимпијаде у Москви и Зимских олимпијских игара у Сарајеву, првенствено у циљу безбедног одржавања ових манифестација, односно на заштити чланова такмичарских екипа.³³

Основна садржина билатералне сарадње са совјетском страном била је размена безбедносних информација од обостраног интереса: југословенска страна инсистирала је на добијању података о активности фашистичке емиграције пореклом из Југославије укључујући и ИБ емиграцију; носиоцима антијугословенске пропаганде на Западу, заједничким акцијама на сузбијању међунарођног тероризма и неким другим питањима.

У том периоду размењено преко 60 безбедносних информација. Према оцени СДБ квалитет добијених података и сазнања био је релативно низак, уопштен и у већини случајева већ познат из других извора. Зато је констатовано да је совјетска страна, односно КГБ на овај начин покушавала да тестира позиције и сазнања СДБ.

Са совјетске стране, поред тога, било је изражено настојање да се безбедносна сарадња усмери ка идеолошкој основи, у складу са њиховим моделом „социјалистичке заједнице“ и биполарним односом, на релацији капитализам

³¹ Протоколом је било предвиђено: предузимање, на територији СССР, односно СФРЈ, свих неопходних мера у циљу онемогућавања непријатељске делатности усмерене против једне, односно друге земље и размена информација у том циљу; даље развијање контаката на нивоу руководилаца служби и стручњака – експерата; предузимање неопходних мера ради спречавања и пресецања међународне терористичке активности уперене против безбедности СФРЈ, односно СССР; предузимање мера на онемогућавању и пресецању подривачке активности појединих група и лица из редова ИБ емиграције, која живи на територији СССР, уперене против СФРЈ; размена искустава у примени и усавршавању оперативнотехничких средстава; више о томе вид. АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1785, *Информација и илaйфoрмa зa иpeдcтoјoјећy иoceйтy иpeдceдникa Кoмийeйтa зa државну безбедност ири Сaвeйтy министipa СССР Јуријa Андpoйoвa СФРЈ*, Савезни секретаријат за унутрашње послове, строго поверљиво, бр. 21-15/39, од 5 децембра 1979. године, 1–5; *Зaйисник o уиeврђивaњу cтaвa Сaвeзнoг сaвeйтa зa зaщититиу уcтaвнoг иoрeйткa o Плaйфoрми зa иoceйтy Јуријa Андpoйoвa, иpeдceдникa Кoмийeйтa зa државну безбедност ири Сaвeйтy министipa СССР*, од 14. децембра 1979. године.

³² *Ibid.*, 1–2.

³³ Вид. АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1792, *Информација o сарадњи oрђaнa државне безбедности са cтipaним oбaвeщипaјним службама, Савезни секретаријaт зa унутipaщипe иoслoвe, Службa државне безбедности, државна щaјнa*, од 6.02.1985. године, 5.

– социјализам. И са једне и са друге стране, ниво сарадње био је зависан од стања у међудржавним односима. Посебно је битно нагласити да у оквиру те сарадње није постојао континуитет, да није било изражене искрености, нити је сарадња служби безбедности достизала развијеније форме.³⁴

5. САРАДЊА СА СЛУЖБАМА БЕЗБЕДНОСТИ НАТО И ДРУГИХ ЗАПАДНИХ ЗЕМАЉА

Контакти са службама безбедности НАТО и других западних земаља датирају још од 1963. године и иницирани су обострано. Они су се одвијали приликом путовања председника Тита и других високих државних функционера, односно долазака највиших званичника тих земаља у тадашњу Југославију.

Међутим, сарадња није имала организованије облике, нити трајнији (осим Белгије и донекле СР Немачке) и институционализовани карактер. Мада је периодично остварен већи број контаката (укупно 115) на различитим нивоима, са представницима служби безбедности, скоро са свим чланицама НАТО³⁵ и, у истом периоду, са европским и другим неутралним земљама.³⁶ Тек од 1977. године, од када је успостављена званична сарадња ССУП са МУП Аустрије, МУП СР Немачке, МУП Италије, МУП Белгије и надлежним институцијама Шведске, Велике Британије и Швајцарске, долази и до иницијативе за контакте и сарадњу њихових обавештајних служби са СДБ ССУП. Тако је „успостављена комуникација са италијанским службама безбедности (СИСМИ и СИСДЕ), немачким БНД, службама државне безбедности Белгије, Француске и Аустрије“.³⁷

У периоду после 1980. године службе безбедности НАТО, нарочито САД, настоје да озваниче сарадњу са СДБ, да успоставе сталну комуникацију и да јој дају континуиран карактер. Посебно је инсистирано на конспиративности тих односа и да се одвијају независно од њихових министарстава унутрашњих послова, која су била надлежна само за послове јавне безбедности.

Интензивнија сарадња са службама безбедности САД отпочела је 1979. године, у вези са сузбијањем терористичке активности емиграције на тери-

³⁴ *Ibid.*, 5–6.

³⁵ Вид. АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1792, *Сарадња са службама безбедности НАТО и других западних земаља, Табела бр. 4.*

³⁶ Сарадња се одвијала са Аустријом, Шведском, Финском, Јапаном, Швајцарском и Аустралијом. Са овим државама у истраживаном периоду одржано је 47 контаката, од чега девет на нивоу савезног секретара и 38 у оквиру експертских и других стручних група.

³⁷ Вид. АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1792, *Информација о сарадњи органа државне безбедности са страним обавештајним службама*, Савезни секретаријат за унутрашње послове, Служба државне безбедности, државна тајна, од 6.02.1985. године, 6.

торији САД. Од 1982. године повећано је интересовање њихових специјалистичких служби за сарадњу са СДБ, првенствено у борби против међународног тероризма који угрожава америчке интересе у свету. Са њима је одржано 13 контаката (један на нивоу заменика савезног секретара и 12 на нивоу експерата и стручних група).³⁸

Значајнији интерес за сарадњу са СДБ испољен је након ескалације тероризма у Западној Европи, посебно од напада на америчке интересе, објекте, базе и званичне личности, када су америчке службе процениле, да позиције, упоришта и сазнања служби безбедности СФРЈ могу да им помогну у сузбијању тих активности. Као израз добре воље, у периоду од 1982. до 1984. године, америчка страна је самоиницијативно достављала спискове иранских и других терориста који су потенцијално могли да угрозе безбедности СФРЈ, али и њихове интересе.

Основни мотив сарадње СДБ са овим службама безбедности, у том периоду, а и касније, односио се на заштиту безбедности СФРЈ, пре свега, у области сузбијања екстремне активности фашистичке и проенверовске емиграције пореклом из Југославије, заштита интереса и имовине СФРЈ у иностранству, као и радника на привременом боравку и раду у овим земљама. У том смислу остварени су добри резултати са Италијом, Француском, Белгијом, Аустријом, САД и СР Немачком.³⁹

Поред тога, СДБ је била заинтересована за сузбијање међународног тероризма и друга питања од билатералног безбедносног интереса, посебно за добијање савремених оперативно-техничких средстава. У том погледу није било превеликог разумевања и поред генералних и уопштених обећања.

Кроз сарадњу са овим службама безбедности, уочен је покушај да се она усмери против трећих земаља, нарочито несврстаних и земаља у развоју, које оцењују као просовјетске и ослободилачких покрета антиимперијалистичке оријентације. Такви покушаји били су најенергичније одбијени.

У том периоду, СДБ одржавала је повремене контакте са израелском обавештајном службом МОСАД. Контакти су успостављени још у периоду 1948. и 1949. године. Односи су имали искључиво обавештајно-безбедносни карактер. Током 1984. године, МОСАД користи овај канал за интензивирање контаката са СДБ.⁴⁰ Поновни оперативни сусрети покушани су, са њихове

³⁸ *Ibid.*, 6–7, 9–10.

³⁹ *Ibid.*, 1–5.

⁴⁰ Вид. АЈ, фонд бр. 803, фасц. бр. 1791/1, *Специјална информација – безбедносни аспекти израелских иницијатива за успостављање сарадње са СФРЈ*, СДБ ССУП, стр. пов. бр. 15, од 16. јануара 1984. године, 1–6; на основу Специјалне информације СДБ ССУП Савезни савет за заштиту уставног поретка, на седници одржаној 2. фебруара 1984. године, заузео је став да „сарадњу са израелском обавештајном службом треба прихватити и одржавати у строгој дисциплини“, више о томе вид. АЈ, фонд бр. 803, фасц. бр. 1791/1, *Заштисник са 2. седнице Савезног савета за заштитицу уставног поретка*, одржане 2. фебруара 1984. године, 3.

стране, да се искористе за, евентуално, отварање политичких разговора и успостављање међудржавне комуникације. Са југословенске стране то је одбијено, уз напомену да сарадња може функционисати искључиво у оперативне сврхе, само на нивоу служби безбедности.⁴¹

6. САРАДЊА СА ОСЛОБОДИЛАЧКИМ ПОКРЕТИМА, ПРОГРЕСИВНИМ ПАРТИЈАМА И НЕКИМ ДРУГИМ ОРГАНИЗАЦИЈАМА

Сарадња СДБ ССУП са ослободилачким покретима и прогресивним партијама датира од још од почетка 60-тих година прошлог века, упоредо са формирањем Покрета несврстаних и подршке СФРЈ антиколонијалној борби. Са неким покретима и партијама тадашња Служба државне безбедности је, поред помоћи у школовању и обуци кадрова, развијала и друге облике партнерске сарадње.⁴²

⁴¹ Вид. АЈ, фонд бр. 803, фасц. бр. 1792, *Информација о сарадњи органа државне безбедности са стираним обавештајним службама*, СДБ ССУП, државна тајна, 6. фебруар 1985. године, 8; АЈ, фонд бр. 803, фасц. бр. 1792, *Забелешка о разговорима представника СДБ и МОСАД вођеним у Београду, од 19. до 21. октобра 1984. године*, СДБ ССУП, државна тајна, сачињена 29. октобра, 1984. године, коју је савезни секретар за унутрашње послове упутуио Савету, под бр. 28140, од 27. новембра 1984. године, 1–14; на 6. седници Савезног савета за заштиту уставног поретка, одржаној 24. децембра 1984. године у Београду, о оствареним контактима представника СДБ са израелском обавештајном службом (МОСАД), заузет је следећи став: „Контакте са израелском службом треба за извесно време одгодити и проредити; Савезни секретаријат за иностране и Савезни секретаријат за унутрашње послове, уз учешће Привредне коморе Југославије и других субјеката који у томе могу помоћи, треба да направе целовиту анализу наших укупних односа са Израелом. Савет предлаже да та анализа буде основа за расправу на Председништву СФРЈ; Информишући Председништво СФРЈ о досадашњим контактима Службе државне безбедности ССУП са представницима МОСАД, Савет предлаже да Председништво СФРЈ врати поруку Шимону Пересу која је предата преко успостављеног контакта између двеју служби; Савезни секретаријат за унутрашње послове, заједно са другим службама безбедности, треба да изанализира и предложи Савету које податке, материјале или сазнања би могли уступати израелској обавештајној служби, полазећи од реалне претпоставке да, ако хоћемо да нешто од података добијемо, морамо бити спремни да за узврат нешто и дамо; Савет сматра да ове контакте треба и даље држати у строгој дискрецији... У том смислу треба обезбедити и одговарајући режим поступања са материјалима“; више о томе вид. АЈ, фонд бр. 803, фасц. бр. 1792, Записник са 6. седнице Савезног савета за заштиту уставног поретка, одржане 24. децембра 1984. године, 1–2.

⁴² Вид. АЈ, фонд бр. 803, фасц. бр. 1788, *Школовање припадника ослободилачких покрета у СФРЈ*, Савезна конференција ССРНЈ, стр. пов. бр. 528–395, од 3.12.1981. године (акт упућен Савезном савету за заштиту уставног поретка и савезном секретару за иностране послове), 1–4; АЈ, фонд бр. 803, фасц. бр. 1790, *Обука припадника ослободилачких покрета у СФРЈ до краја 1982. године*, Савезна конференција ССРНЈ, стр. пов. бр. 528–382, од 24.09.1982. године (акт упућен Савезном савету за заштиту уставног поретка).

Након низа терористичких акција у Италији и Немачкој средином седамдесетих година, које су кулминирале отмицом италијанског политичара, Алда Мора, Савезни савет за заштиту уставног поретка усмерио је СДБ на истраживање међународног тероризма, његових носилаца, начина испољавања и потенцијалног угрожавања политичко-безбедносних интереса СФРЈ.

Тако је на основу одлуке Савезног савета за заштиту уставног поретка од 1978. године почела да интензивније користи те позиције и да ствара оперативно-обавештајне контакте са више палестинских и неких других организација и група. Основни циљ офанзивнијег приступа односио се на систематско прибављање информација и целовито процењивање димензија, носилаца и форми међународног тероризма, инволвираности обавештајних служби и других фактора, са првенственим задатком заштите безбедности СФРЈ. У том правцу је и усмеравана сарадња са страним службама.⁴³

Уједињена служба безбедности ПЛО. Интензивнија сарадња са овом службом успостављена је још 1978. године.⁴⁴ Остварено је пет сусрета на нивоу савезног секретара и више контаката на нивоу руководних радника, експерата и стручних група. Одвијала се на основу потписаних протокола и договора, у области обнове кадрова, пружања помоћи, размене безбедносно-обавештајних информација и заштите интереса ПЛО и СФРЈ.

За потребе те службе одржано је укупно пет курсева за 37 полазника.⁴⁵ Пружена је помоћ у лечењу појединих припадника. Сарадња је почетком осамдесетих година била у сталној стагнацији. И поред сусрета на највишем нивоу и више радних контаката, није постигнут напредак. Она је била последица кризе и међусобних сукоба ужег руководства у ПЛО од 1982. године и негативно се одразила и на стање у овој служби.

Комисија за специјалне операције Фронта за ослобођење палестине (ПФЛП). Сарадња је успостављена 1978. године. У истраживаном периоду, према статистичким показатељима, одржано је шест контаката на нивоу савезног секретара и више од 40 на нивоу руководних и оперативних радни-

⁴³ Вид. АЈ, фонд бр. 803, фасц. бр. 1790, *Специјална информација – остварени резултати и могућа сарадња СДБ са Службом безбедности ПЛО и неким палестинским организацијама*, СДБ ССУП, стр. пов. бр. 353, од 24.09.1982. године, 1–12.

⁴⁴ Од 1978. године установљена је пракса да се са Уједињеном службом безбедности ПЛО, поред чешћих радних сусрета, сваке године на високом нивоу одржавају сусрети ради утврђивања садржаја и модалитета сарадње. У свим представништвима ПЛО ова обавештајна служба имала је своје пунктове, па је своју делатност проширивала и изван арапских земаља. У бироу ПЛО у СФРЈ био је представник ове службе безбедности; више о томе вид. АЈ, фонд бр. 803, фасц. бр. 1790, *Ibid.*, 5–7.

⁴⁵ Вид. АЈ, фонд бр. 803, фасц. бр. 1792, *Сарадња и оперативно-обавештајни контакти СДБ ССУП са ослободилачким покретима, прогресивним партијама и неким групама и организацијама*, Табела бр. 5, 1.

ка. Организовано је шест курсева за 30 полазника.⁴⁶ Због сталних контаката и добрих односа са ПЛО (Јасер Арафат, Абу Ијад, Абу Џихад и др.), Ираком, Јужним Јеменом и неким другим арапским земљама била је од изузетне користи за сарадњу са југословенским службама безбедности (СДБ и Управа безбедности ССНО). Нарочито због података које је прикупљала о терористичким организација (РАФ, ИРА, ЕТА, Јапанска црвена армија, Муслиманска браћа и др.), као и о безбедносно-политичким догађајима у региону Блиског истока и арапском свету.⁴⁷

Фатах-револуционарни савет. И ова организација представљала је значајније изворе сазнања о дешавањима у региону Блиског истока.⁴⁸ Контакт са њом успостављен је 1981. године, на нивоу савезног секретара, када су договорени принципи за сарадњу. Укупно су одржана три сусрета на нивоу савезног секретара и већи број оперативних контаката. Кроз ову сарадњу обезбеђено је прибављање квалитетних безбедносних информација које су биле веома корисне за постављање СДБ у том региону. Нема података да је до 1985. године тој организацији пружана помоћ у обуци кадрова, осим у лечењу, (те трошкове су сами сносили).⁴⁹

Југозападноафричка народна организација (СВАПО). Сарадња је успостављена 1982. године. Одржано је више контаката на нивоу руководних и оперативних радника, углавном договора везаних за реализацији три курса и обуку 90 бораца тог ослободилачког покрета.⁵⁰

Служба безбедности КП Италије (ИКП). Сарадња са Службом безбедности КП Италије договорена је на највишем партијском нивоу још 1976. године, а разрађена је у разговорима члана Дирекције те партије са савезним секретаром и подсекретаром за СДБ. На основу постигнутих договора организовала су курсеви из контраобавештајне и безбедносне заштите за кадрове службе безбедности поменуте партије (1978. и 1982. године) и обуку њихових експерта за контраприслушну технику.

Од представника те службе добијане су квалитетне информације и материјали о политичко-безбедносној ситуацији у Италији, међупартијским

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, 7–9.

⁴⁸ Припадници те организације су маја 1980. године извели неуспешни атентат, бацивши бомбу на аутомобил шефа Бироа ПЛО у Београду. Такође, током 1981. године у листу „Револуционарна Палестина“ објавили су више написа против СФРЈ; *Ibid.*, 10.

⁴⁹ Лидери ове организације у контактима са представницима СДБ редовно су давали сугестије за однос према одређеним арапским земљама и покретима. Добре односе са Либијом искористили су за иницирање њихове сарадње са СФРЈ. Иницијатива је реализована контактом представника ССУП са специјалним саветником и шефом кабинета пуковника Моамера ел Гадафија.

⁵⁰ *Ibid.*, 10 и Табела бр. 5, 1.

односима, екстремно левичарском и десничарском тероризму, као други подаци који су били предмет интересовања СДБ.

Покрет радника за социјализам (МЛС) – левичарска организација у Италији. Пропадници Службе државне безбедности остварили су контакт са члановима те партије априла 1978. године, током хапшења двојице чланова, због илегалног преношења експлозива преко територије СФРЈ. Сарадња је успостављена након спроведене истраге.

На контактима са руководиоцима сектора за обезбеђење партије, који су одржавани у Југославији, добијене су веома квалитетне информације о политичко-безбедносној ситуацији у Италији. Посебно су били интересантни подаци о италијанском „левичарском“ тероризму, развоју и деловању десничарског (фашистичког) тероризма у тој држави, његовој повезаности са клером и реакционарним снагама, италијанским и страним обавештајним службама, о „маркистичко-лењинистичком“ покрету, као и друге актуелне информације од интереса за безбедност тадашње СФРЈ.⁵¹

Јерменска тајна армија за ослобођење Јерменије (АСАЈА). Сарадња са лидером ове организације успостављена је на иницијативу СДБ, маја 1983. године у Сирији, са циљем откривања организатора и позадине атентата на турског амбасадора у Београду.⁵² Контакт је успостављен након детаљних оперативних провера преко различитих позиција СДБ у региону Блиског истока, које су говориле да она није била организатор атентата. Међутим, сматрало се да би непосредан контакт био користан ради разоткривања његове позадине и прибављања ширих података о јерменским терористичким организацијама.

Од ове организације добијена су значајна оперативна сазнања о организаторима атентата у Београду и намерама терористичких организација „Ал Дава“ и „Курдске ослободилачке организације“ да организују различите терористичке активности.⁵³

⁵¹ Крајем 1980. године тражили су да СДБ организује обуку за одређен број њихових руководилаца из области безбедносне и контраобавештајне заштите организације, кадрова и објеката, као и у коришћењу одређених техничких средстава и наоружања. Овом захтеву није удовољено. Од 1982. године сарадња почиње да стагнира, тако да у последње три године није одржан ниједан контакт, јер је обострана иницијатива изостала.

⁵² Атентат је изведен 9. марта 1983. године, у 11,10 часова, на раскрсници садашње Ресавске улице и Булеvara краља Александра. Том приликом, убијен је турски амбасадор у Београду Галип Баклар. Убиство су извршили двојица Јермена, држављани Либаана, Харутиони Левонијан и Рафи Елбекиан. У покушају хватања терористе Елбекиана погинуо је у Ташмајданском парку студент Жељко Миливојевић; више о томе вид. Ненад Петровић, „Убиство турског амбасадора у Београду 1983. године и југословенско-турски односи“, *Историја 20. века*, 2/17, 119–133.

⁵³ *Ibid.*, 12–13.

7. ВОЈНА САРАДЊА СА СЛУЖБАМА БЕЗБЕДНОСТИ ОРУЖАНИХ СНАГА, НЕСВРСТАНИХ И НЕКИХ ЕВРОПСКИХ ЗЕМАЉА⁵⁴

У наведеном периоду војна сарадња није била развијена ни са једном државом од сучељених блокова (НАТО, ВУ). Због прокламоване политике несврстаности и улоге СФРЈ у том покрету, војна сарадња и у области обавештајно-безбедносних послова била је усмерена према тим државама, једном делу неутралних земаља, земаља у развоју и ослободилачких покрета. Управа безбедности ССНО и Друга управа ГШ ЈНА имали су успостављену сарадњу са обавештајно-безбедносним службама неких несврстаних и пријатељских европских земаља и ослободилачких покрета.

Степен и интензитет сарадње био је различит и зависио је, пре свега, од развијености међудржавних, политичких и војноекономских односа ових земаља и покрета са нашом земљом, потребе њихових служби и обостраних могућности. Сарадња се одвија у области школовања и оспособљавања њиховог обавештајно-безбедносног кадра, обостраној размени информација од значаја за безбедност земље, техничком опремању њихових служби и размени информација о новим технолошким достигнућима из области безбедности. У развијању и реализацији сарадње Управа безбедности ССНО и Друга управа ГШ ЈНА су се руководиле општим интенцијама и политичким принципима СФРЈ као несврстане и социјалистичке земље, интересима безбедности и начелима сарадње која су важила за такве прилике, а уз знање и сагласност Савезног савета за заштиту уставног поретка и Савезног секретара за народну одбрану.

Поједине земље, којима је пружана помоћ у оспособљавању обавештајно-безбедносног кадра јављале су се са новим иницијативама за сарадњу, што је представљало својеврсно признање да је она била квалитетна и да су поштовале југословенску принципијелност да се не мешамо у њихове унутрашње ствари.

Успостављени односи са војнообавештајним службама страних армија неких несврстаних и пријатељских земаља и ослободилачких покрета, утицали су позитивно на јачање пријатељских веза и на друге односе СФРЈ са тим земљама, укључујући и економске. То је, поред осталог, утицало на захтеве и понуде појединих земаља (Ирак, Либија) за аранжмане економске природе, градњу и опремање објеката значајних за њихову безбедност. При-

⁵⁴ Наведена информација је сачињена 29. октобра 1984. године у Управи безбедности ССНО, а усвојена је на 8. седници Савезног савета за заштиту уставног поретка, која је одржана 14. фебруара 1985. године у Београду; више о томе вид. АЈ, фонд бр. 803, фасц. бр. 1792, стр. 1–4, као и *Зависник са 8. седнице Савезног савета за заштитиу уставног поретка*, одржане 14. фебруара 1985. године у Београду, 1–3.

падници ослободилачких покрета који су школовани у СФРЈ, након повратка у своју земљу, позитивно су говорили о боравку у Југославији и посебно изражавали задовољство што нису били изложени индоктринацији.

Споразум о војној сарадњи оружаних снага СФРЈ и Либије потписан је 24. јуна 1979. године. Тим чином стављен је ван снаге документ од 2. фебруара 1974. године. Новим споразумом омогућено је упућивање југословенских војних стручњака у Либију, као школовање, специјализација и усавршавање припадника либијских оружаних снага у војним установама ЈНА. Сарадња је почела да се реализује тек 1983. године.⁵⁵

У току 1984. године, интензивирани су контакти УБ ССНО и Друге управе ГШ ЈНА са Гералном обавештајном дирекцијом ОС Ирака. Том приликом су размењене информације и подаци значајни за безбедност обеју земаља, а разматрана је могућност унапређења техничке сарадње. Ирачка страна је показала интерес за набавку техничких средстава и заједничке развојне програме из области безбедности.

Контакти и сарадња са Централном обавештајном службом (ЦОС) Арапске Републике Египат (АРЕ) обновљени су и интензивирани у току 1983. године на иницијативу египатске стране. Том приликом је потписан протокол, којим се предвиђа размена мишљења и консултација о глобалним политичким и безбедносним проблемима и питањима од значаја за безбедност обеју земаља; унапређење научно-техничке сарадње из домена безбедности; размена информација и података на плану супротстављања међународном тероризму и школовању египатског кадра у СФРЈ. На плану унапређења сарадње, ЦОС АРЕ је упутила представника у Београд, који је био у сталним контактима са УБ ССНО ради размене података и информација, у складу са потписаним протоколом о сарадњи.⁵⁶

Поред наведеног, Друга (обавештајна) управа ГШ ЈНА, у овом периоду, остварила је одређене видове сарадње са Обавештајном управом ГШ ОС

⁵⁵ Те године Војнообавештајна служба Либије обратила се за помоћ УБ ССНО са захтевом за сарадњу на плану школовања њиховог кадра у Либији. У вези са тим 28 наставника из ОБШЦ Панчево боравило је у Либији од 1. септембра 1983. до краја маја 1984. године и изводило наставу у школском центру ВОС ОС Либије у Триполију, за слушаоце на контраобавештајном курсу, курсу за обезбеђење личности и курсу за учење српскохрватског језика; АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1790, *Информација о сарадњи са Војно-обавештајном службом Либије и захтевима*, државна тајна, 1.07.1983. године, 1–4; АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1792, *Сарадња са обавештајно-безбедносним службама оружаних снага несврћаних и европских пријатељских земаља и ослободилачких покрета*, 1–4.

⁵⁶ Савезни савет за заштиту уставног поретка на 8. седници, одржаној 11. фебруара 1983. године заузео је став да Управа безбедности ССНО не треба да упути свог представника у Каиро, из разлога штедње, а да те послове до даљег обавља војни изасланик; више о томе вид. АЈ, фонд. бр. 803, фасц. бр. 1792, *Записник са 8. седнице Савезног савета за заштиту уставног поретка*, одржане 11. фебруара 1983. године, 5–6.

Демократске Републике Кореје (сарадња на техничком плану); са ВОС Швајцарске, билатерални сусрети и размена података од безбедносног интереса за обе државе; са Обавештајном управом Народне армије Румуније, размена делегација и података обавештајног карактера.⁵⁷

8. ЗАКЉУЧАК

Партнерска сарадња служби државне безбедности некадашње СФРЈ, у периоду после Брионског пленума, имала је изузетно важну улогу у креирању државне политике, према чланицама НАТО, Варшавског уговора, неутралним и несврстаним земљама и ослободилачким покретима и организацијама. Одвијала се у духу прокламоване несврстане југословенске политике, поштовања принципа немешања у унутрашње ствари других држава и равноправности у међународним односима.

Заснивала се на изразитим интересима прокламоване политичке оријентације и у циљу заштите безбедности државе и њених грађана. Задатак СДБ ССУП, Управе безбедности ССНО, Службе за истраживање и документацију ССИП и Друге (обавештајне) управе ГШ ЈНА био је, превасходно, прикупљање обавештајно-безбедносних података и сазнања у најразличитијим деловима света, а који су се односили на потенцијално угрожавање интереса СФРЈ, борба против међународног тероризма и естремне непријатељске емиграције, без обзира са којих позиција она деловала, као и пресецање делатности усмерене на подривање или рушење Уставом утврђеног поретка и заштите права радних људи и грађана.

На основу добијених информација државно и политичко руководство СФРЈ могло је свеобухватно процењивати и заузимати војно-политичке, економске, безбедносне и друге ставове о појединим регионима света. Посебну пажњу у оквиру успостављене сарадње имале су државе „трећег света“, односно чланице Покрета несврстаних, због водеће улоге тадашње Југославије у тој организацији. О томе сведоче и бројни потписани споразуми и достигнут ниво, пре свега, војно-безбедносне и економске сарадње са појединим државама из тог Покрета. Подаци говоре да је СФРЈ улагала знатне људске и материјалне ресурсе, као вид помоћи, у обуци припадника неких служби безбедности (Замбија, Етиопија, Танзанија, Ирак, Алжир, Либија).

Интензитет сарадње са већином држава „трећег света“, зависио је од њихове спољно-политичке оријентације. Она се повремено мењала. На тај однос, у великој мери, утицале су најмоћније државе и са Запада и са Истока. Без обзира на ту чињеницу, СФРЈ је у том временском периоду имала веома

⁵⁷ *Ibid.*, 3–4.

важну улогу на међународном плану. О томе говоре и подаци о оствареним облицима сарадње са преко 50 најразличитијих држава, од којих су, више од половине, биле земље „трећег света”.

У истраживаном периоду реализовано је 712 контаката представника служби државне безбедности СФРЈ са страним службама, од чега 98 на нивоу савезног секретара, док су 563 најразличитија сусрета имали руководећи радници и експерти по појединим питањима. Укупно је одржано 127 курсева и других специјалистичких обука, за 2212 полазника из различитих држава.

*Radojica S. Lazić, Ph.D., Associate Professor
National Security Academy
Belgrade
lazicr@orion.rs*

Cooperation of Security Services of SFRY with Services of other Countries after the Brioni Plenum until the Mid 80s of the 20th Century

Abstract: *This paper researches and analyses cooperation of security services of SFRY with security services of other countries, from the Brioni plenum, i.e., in the second half of 1966, until the mid 80s of the 20th century. Starting from the policy of the then state and political leadership, the paper analyses the results of cooperation realized with security services of western and NATO countries, countries of the Warsaw Pact, Non-aligned countries, as well as other countries and freedom movements.*

State security services of the Socialist Federative Republic of Yugoslavia played an active role in cooperation of many security services in various parts of the world. The priority in this cooperation were freedom movements which the then Yugoslav authorities supported heartily, "through strategic orientation of its foreign and internal policy in the struggle for independence and as a decisive factor for peace and security in Europe and the world".

In accordance with the proclaimed principles, cooperation with foreign security services was based primarily on principles of equality, independence, non-involvement in internal problems of other countries and mutual respect and solidarity.

It ran on bilateral basis, with the aim to strengthen and promote security interests of Yugoslavia, affirm its international position and pro-active role in international relations, especially within the framework of the Non-Aligned Movement.

Keywords: *security services, cooperation, exchange of data, Brioni plenum, Non-Aligned Movement.*

Датум пријема рада: 14.09.2018.

Др Зоран Р. Јовановић, ванредни професор
Универзитета у Крагујевцу
Правни факултет у Крагујевцу
zjovanovic@jura.kg.ac.rs

ПОЈАМ И КЛАСИФИКАЦИЈА УПРАВНИХ РАДЊИ – ИЗМЕЂУ ТЕОРИЈЕ И ЗАКОНОДАВСТВА

Сажетак: Рад се бави појмом управних радњи и њиховом класификацијом у српском праву. Доношењем новог Закона о општем управном поступку 2016. године, управне радње су добиле своје одређење у законском тексту. Стога, појавила се потреба за анализом и теоријским одређењем овог важног институционалног управног права, имајући у виду да се домаћа теорија управног права бавила управним радњама само на основу посебних управноправних законских текстова. Овај рад је тежио да анализира и упореди да ли постоје значајније разлике између досадашњих теоријских схватања и новог законског одређења управних радњи. На основу уочених разлика, рад је тежио да поме да одреди појам управних радњи, који ће бити у складу са новом законском дефиницијом и који неће заоставити досадашња теоријска схватања радњи органа управе. Такође, у раду је извршена темељна класификација управних радњи са указивањем на примере из посебних закона.

Кључне речи: Закон о општем управном поступку, управне радње, теоријска схватања управних радњи, класификација управних радњи

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У вршењу послова из своје надлежности органи управе доносе различите акте. Укупност свих аката органа државне управе донетих у примени права може се означити појмом „акти управе“. Акти управе “представљају најшири, збирни појам којим су обухваћени сви акти и радње које управа доноси, односно врши”.¹ Они се међусобно разликују по свом карактеру и правном режиму, а заједнички им је њихов вршилац – управа.

¹ Драган Милков, *Управно право II – управна делатност*, Универзитет у Новом Саду – Правни факултет, Нови Сад 2017, 13.

Постојање правних и материјалних аката у вршењу управне делатности, представља нужност без које не би постојало управно право. Без правних аката, материјални акти органа управе кршили би све принципе владавине права и правне државе на којима се заснивају модерна, демократска друштва. Такви материјални акти представљали би приватне акте који нису снабдевени јавним овлашћењем и не испуњавају основно начело сваког правног система – законитост. Са друге стране, правни акти управе представљали би само „слово на папиру“, уколико не би постојале материјалне радње органа управе, било да се оне врше пре или након њиховог доношења. Без материјалних аката не би била могућа ни примена норми управног права.

Органи управе су у вршењу своје делатности окренути према грађанима. Они регулишу и контролишу свакодневне друштвене токове и утичу на живот грађана, тако што издају личне документе, воде различите евиденције о грађанима, врше јавне услуге, чувају јавни ред и мир и томе сл. Ове делатности су од велике важности за нормално функционисање сваког друштва. Процес примене управноправних норми и омогућавање нормалних друштвених токова остварује се кроз материјалне акте управе. Због тога, њихова важност је од изузетног значаја, не само за управно право, већ и право уопште.

2. УПРАВНЕ РАДЊЕ У ПОЗИТИВНОМ ПРАВУ СРБИЈЕ

Управноправна регулатива у Републици Србији, у оквиру својих законских текстова, до скоро није дефинисала појам управних радњи, иако је познавала и помињала различите материјалне акте управе. Таква пракса је измењена након доношења новог Закона о општем управном поступку (у даљем тексту ЗУП)² 2016. године. У члану 27. ЗУП-а, дефинисане су управне радње. У оквиру другог дела ЗУП-а, који носи назив „*Управно посматрање*“, дата је дефиниција управне радње која гласи: „**Управне радње су материјални акти органа који утичу на права, обавезе или правне интересе странака, као што су вођење евиденција, издавање уверења, пружање информација, примање изјава и друге радње којима се извршавају правни акти**“.³ Такође, ЗУП-ом је омогућено изјављивање правног средства против управних радњи. Против управне радње или против непредузимања управне радње, могуће је изјавити приговор.⁴ „Приговор је дозвољен само ако управна радња није повезана са доношењем управног акта“.⁵

² Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/16.

³ Чл. 27 ЗУП-а.

⁴ Чл. 28, ст. 1 ЗУП-а.

⁵ Чл. 28, ст. 2 ЗУП-а.

Из изложене дефиниције можемо да закључимо да управне радње представљају материјалне (фактичке) акте органа јавне управе које се предузимају у управним стварима.⁶ Дакле, ЗУП одређује управне радње као материјалне (ненормативне, без самосталних правних дејстава) акте с фактичким дејствима.⁷ То је и основна разлика између њих и управних аката који представљају правне акте, којима се одлучује о одређеним правима, обавезама или правним интересима странака.⁸ ЗУП наводи да управне радње „утичу“ на права, обавезе или правне интересе странака. Коришћењем термина „утицати“ на права или обавезе странака, законодавац је дао широк простор за могућа тумачења шта се све може подвести под појам управних радњи. Законодавац наводи и поједине примере управних радњи. Користећи се синтагмом „као што су“, круг поменутих управних радњи није ограничен на оне законски поменуте, већ се тумачењем и други физички акти могу схватити као управне радње.

У оквиру наведених примера, можемо разликовати две врсте управних радњи. У прву групу радњи, спадају оне које користе странкама, те не подразумевају елемент принуде (вођење евиденција, издавање уверења, пружање информација и примање изјаве). Другу групу чине оне радње које се тичу искључиво примене и извршења правних аката управе, те могу подразумевати и коришћење јавноправне моћи, односно принуде.

Прву групу управних радњи представљају: издавање извода из матичних књига рођених, пружање информација о радном времену одређеног управног органа или примање изјаве. Поменуте радње представљају групу радњи која се превасходно тиче задовољења приватног интереса. За њихово предузимање потребна је иницијатива странке, а управни орган неће никада самоиницијативно предузети такву радњу (осим код вођења евиденција које орган води по службеној дужности).

Друга група управних радњи односи се на „друге радње“ којима се извршавају правни акти. За ову групу управних радњи карактеристично је иступање са позиције „јачег“ у управном односу. У њиховој примени, орган примењује све неопходне (законске и дозвољене) мере како би правни акт био извршен. Под овим мерама могу се подразумевати и репресивне радње (на пример, сузбијање демонстрација употребом физичке силе због наруша-

⁶ Управна ствар је дефинисана ЗУП-ом као „појединачна ситуација у којој орган, непосредно примењујући законе, друге прописе и опште акте, правно или фактички утиче на положај странке тако што доноси управне акте, доноси гарантне акте, закључује управне уговоре, предузима управне радње и пружа јавне услуге“. Такође, „управна ствар је и свака друга ситуација која је законом одређена као управна ствар“. Чл. 2, ст. 1 и ст. 2 ЗУП-а.

⁷ Зоран Томић, Добросав Миловановић, Вук Цуцић, *Практикум за примену Закона о општем управном посредству*, Министарство за државну управу и локалну самоуправу, Београд 2017, 53.

⁸ За дефиницију управног акта видети чл. 16. ЗУП-а.

вања јавног реда и мира на јавном скупу). За предузимање ових радњи понекад је потребан захтев странке, иако то не мора да буде случај. У случају друге групе, орган може и сам, непосредно примењујући општи правни акт или извршавајући одређени појединачни правни акт, *ex officio* да предузме радњу.

3. МАТЕРИЈАЛНИ АКТИ УПРАВЕ У НОВИЈОЈ ДОМАЋОЈ ЛИТЕРАТУРИ

У домаћој науци, управним радњама посвећивано је мање пажње него управним актима. Међутим, управна доктрина, ипак, се бавила појмом и класификацијама управних радњи, те ће овај одељак изложити становишта неколико аутора о управним радњама.

С. Поповић, Б. Марковић и М. Петровић дају следећу дефиницију управних радњи: „Управне радње су људске радње које се врше на основу и у извршењу донетих правних аката, а у циљу да се оживотворе ситуације предвиђене правним актима“⁹. Ова група аутора објашњава да управни органи и организације обављају своје послове и вршењем материјалних радњи и операција, које су од значаја за остварење правне норме из правних аката.

Аутори указују на значај управних радњи и њихову повезаност са јавним и приватним интересом, будући да су управне радње кључни корак у остварењу појединачних и општих правних интереса. Такође, наведено је да се управне радње могу вршити како у поступку припреме за доношење управних аката, тако и у процесу њиховог извршења. Осим тога, управне радње могу да представљају и формалне услове за пуноважност управних аката.¹⁰ Аутори указују и то да се одређени број управних радњи предузима у складу са правилима посебних техничких норми и правилима посебних струка које изискују одређена техничка знања (дакле, не само на основу правних аката).

За одређивање појма и правне природе управних радњи, важан је став аутора да „уколико се радње врше противно правним прописима и техничким правилима, заинтересована страна може захтевати поништај, односно друго правно средство, односно у случају незаконите или неправилне радње којима је причињена штета може се тражити и накнада штете“¹¹.

У раду је извршена подела управних радњи на: 1. Ауторитативне и неауторитативне управне радње (критеријум је да ли се примењује принуда

⁹ Славољуб Поповић, Бранислав Марковић, Милан Петровић, *Управно право – општи део*, Службени гласник, Београд 2002, 382.

¹⁰ Ibidem, 383.

¹¹ Ibidem, 383.

односно државни ауторитет или не), 2. Управне радње које се примењују у односу на ствари и управне радње које се примењују у односу на лица (критеријум је предмет управне радње), 3. Управне радње које врше органи управе и управне радње које врше организације са повереним јавним овлашћењима (критеријум је субјекат који предузима управну радњу).¹²

Д. Милков наводи да се делатност управе не састоји само од доношења управних аката, већ од читавог низа појединачних аката и радњи који немају непосредно правно дејство, односно аката који не производе директне промене у правима или обавезама.¹³ Аутор наводи да насупрот правним актима управе (који изазивају правне последице) стоје неправни акти (материјални акти и радње) који немају непосредно правно дејство. Ти акти служе примени и извршењу правне норме, те и постоје ради реализације, а не мењања права или обавеза.

Аутор врши класификацију појединачних аката и радњи управе *без непосредног правног дејства* на: 1. Документовање (бележење чињеница, околности или стања, као што је вођење евиденција и издавање исправа и уверења), 2. Акти саопштења (све оне видове интеракције којима орган комуницира са странкама, у виду обавештења, упозорења или савета), 3. Примање изјава (узимање одређених правно релеватних изјава одређених лица, попут изјава сведока, вештака), 4. Акцесорни акти (акти који служе доношењу финалног управног акта, те немају непосредно правно дејство, као што је закључак о изузећу службеног лица).¹⁴

Аутор врши још једну поделу, према којој управне радње означава као подврсту материјалних радњи управе.¹⁵ Наиме, чини се разликовање између тзв. „простих“ материјалних радњи и радњи којима се извршавају правне норме, а које могу бити извршене и принудним путем. Основни разлог прављења разлике, лежи у томе да просте материјалне радње могу бити уређене и предузете према правилима неке посебне струке. Са друге стране, под управним радњама аутор подразумева „материјалне радње којима се на основу правних прописа примењује принуда према конкретном лицу у конкретним ситуацијама“.¹⁶

У раду се врши класификација управних радњи и то на: 1. Управне радње према стварима (нпр. преглед возила, одузимање предмета, затварање објекта) и управне радње према лицима (привођење, задржавање, ограничење кретања), 2. Управне радње којима се извршавају појединачни правни акти и управне радње које се врше на основу закона, 3. Управне радње

¹² Ibidem, 383.

¹³ Д. Милков, 62.

¹⁴ Ibidem, 63-65.

¹⁵ Ibidem, 64.

¹⁶ Ibidem, 65.

које врше органи управе и управне радње које врше други субјекти, 4. Управне радње које се врше уз употребу посебних средстава (ватрено оружје) и управне радње које се врше без посебних средстава за принуду (употреба физичке силе), 5. Управне радње које се врше у редовним ситауцијама и управне радње које се врше у посебним ситауцијама (ради јавног реда, мира и безбедности).¹⁷

По мишљењу Д. Милкова и Р. Радошевића, за разлику од управних аката, управних уговора и гарантних аката који, “уз примедбу да је то код гарантних аката спорно, спадају у категорију правних аката, управне радње представљају облик “управног поступања” без непосредног правног дејства”.¹⁸ Такође, аутори констатују да у дефиницији управних радњи у новом ЗУП-у, нису поменуте јавне исправе, “па се стиче утисак као да исправе нису њоме обухваћене?”.¹⁹ Да ли је лична карта уверење или јавна исправа? Међутим, како правилно примећују Д. Милков и Р. Радошевић, “мимо дефиниције, у члану 29 новог Закона о општем управном поступку се спомиње да органи издају “уверења и друге исправе (сертификате, потврде итд.) о чињеницама о којима воде службену евиденцију у складу са законом”.²⁰

3. Томић говори о томе да материјални акти управе немају сопствена правна дејства, да не изазивају непосредне, самосталне правне последице. Наводи се и то да је карактер материјалних аката управе фактички, а не правни.²¹ Аутор разликује више категорија управноматеријалних аката.²² У оквиру различитих категорија управноматеријалних аката се посебно издвајају управне радње у ужем смислу, чија је главна одлика ауторитативност. Управне радње у ужем смислу се одређују као службене радње без сопственог правног дејства, предузете на основу и у примени права, којима се једнострано и непосредно утиче на одређене правне субјекте у конкретној ситуацији, на тај начин што се испуњавају прописани услови за доношење појединачних правних аката или се правни акти непосредно извршавају.²³

¹⁷ Д. Милков, 69-70.

¹⁸ Драган Милков, Ратко Радошевић, “Неке новине у Закону о општем управном поступку “Управно поступање””, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2016, 748.

¹⁹ Ibidem, 748.

²⁰ Ibidem, 748.

²¹ Зоран Томић, *Ошчије управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 228-229.

²² Те категорије су следеће: 1. Праћење стања, давање иницијатива и пружање обавештења у вези са конкретном области друштвеног живота, 2. Припремање прописа, других општих аката и вршење стручних послова, 3. Вођење евиденција и издавање исправа, 4. Саопштавање, 5. Примање изјава и обавештења, 6. Акцесорни акти, 7. Стручно-техничке радње органа управе (премер земљишта, баждарење справа), 8. Ауторитативне материјалне радње (управне радње у ужем смислу). Ibidem, 229.

²³ З. Томић, 229.

Онда се намеће логично питање “да ли је лична карта уверење или јавна исправа”?²⁴

Аутор наводи неколико врста управних радњи у ужем смислу, а то су: 1. Управне радње предузете у извршењу појединачног акта и управне радње учињене у непосредној примени закона, 2. Управне радње према одређеном лицу и управне радње према одредивим лицима, 3. Управне радње усмерене према личности и управне радње уперене према стварима, 4. Управне радње које извршавају новчану обавезу и управне радње које извршавају неновчану обавезу, 5. Управне радње које предузимају државни органи и управне радње које врше организације са повереним јавним овлашћењима („Паркинг сервис“), 6. Управне радње са употребом директне државне принуде и управне радње без употребе државне принуде, 7. Опште управне радње (важе у свим областима друштвеног живота) и управне радње у посебној управној материји (царински преглед, искључење моторних возила из саобраћаја).²⁵

Н. Бачанин правилно закључује да “за разлику од управних аката, који данас, као и раније, представљају предмет интересовања великог броја наших правних писаца, управне радње неоправдано остају занемарене”.²⁶ Такође, овај аутор наводи да се израз управна радња ретко могао срести у правној теорији тзв. друге Југославије, па и у савременој југословенској правној теорији. Већина југословенских аутора користи израз “материјални акти” или “материјалне радње” органа управе, којим означава мање или више различите појаве. “Најчешће је ауторово схватање појма и природе управних радњи одраз његовог приступа одређивању појма управе. У условном смислу, сви југословенски правни писци се могу сврстати у две групе, зависно од тога да ли између управних радњи и материјалних радњи органа (јавне) управе стављају знак једнакости или сматрају да је реч о две различите појаве”.²⁷

Прву групу, која окупља већи број аутора, представљају аутори који управне радње изједначавају са материјалним радњама органа (јавне) управе,²⁸ док другу, мању групу правних писаца, чине они који између управних радњи и материјалних радњи органа јавне управе не стављају знак једнакости.²⁹ Надаље, овај аутор дефинише управне радње као “ауторитативне правно релевантне материјалне радње без непосредног и самосталног правног дејства,

²⁴ Д. Милков, 48.

²⁵ З. Томић, 230-231.

²⁶ Невенка Бачанин, *Управно право*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 2000, 300.

²⁷ Ibidem, 300.

²⁸ Оваква одређења управних радњи су формалне, прецизније органске природе.

²⁹ Може се закључити да скоро сви аутори ове групе спадају међу писце који се приклањају материјалном појму управе.

којима се, на основу прописа, у конкретним ситуацијама, према одређеним субјектима, примењује право, испуњавањем прописима предвиђених услова за доношење појединачних правних аката (најпре, управних и судских) или непосредним извршењем правних аката (чешће појединачних, ређе општих).³⁰ Такође, аутор наводи да “управну радњу чини укупност обележја без којих она не би била то што јесте”.³¹ То су следећа обележја: 1. то су правно релевантне материјалне радње, 2. то су ауторитативне радње, 3. то су радње без непосредног и самосталног правног дејства, 4. то су радње усмерене на одређене субјекте у конкретним ситуацијама, 5. то су радње засноване на правним прописима и 6. то су радње чији је циљ примена права.³²

С. Лилић наводи да се под материјалним актима управе подразумева „укупност многобројних и разноврсних појединачних аката и радњи које управа доноси или обавља, а који немају непосредно правно дејство”.³³ Аутор класификује материјалне акте управе на више категорија, 1. Саопштавање, 2. Примање изјава, 3. Документовање, 4. Принудне радње.³⁴ Као посебна категорија истичу се принудне радње, код којих су доминатни ауторитативни елементи и репресивни инструменти.³⁵

Што се тиче принудних радњи, аутор разликује неколико врста: 1. Принудне радње према објекту (преглед возила, претрес стана) и принудне радње према лицима (позивање, привођење, задржавање), 2. Принудне радње којима се извршавају појединачни акти и принудне радње које се предузимају непосредно на основу закона, 3. Принудне радње које врше искључиво органи управе (растурање јавног скупа) и принудне радње субјеката којима је поверено јавно овлашћење (обезбеђивање зграде), 4. Принудне радње уз употребу посебних средстава принуде (специјална возила, гумена палица) и принудне радње без употребе посебних средстава, 5. Принудне радње у редовним ситуацијама (принудно извршење управног акта) и принудне радње у посебним ситуацијама (обезбеђење јавног реда и мира, привођење регрута).³⁶

На основу изложених ставова домаће правне теорије, можемо извести одређене заједничке ставове, који се јављају у схватањима (скоро) свих аутора.

Већина аутора прави разлику између материјалних аката управе и управних радњи. Разлика између ова два појма је у томе што материјални

³⁰ Ibidem, 301.

³¹ Ibidem, 301.

³² Ibidem, 301-302.

³³ Стеван Лилић, *Управно право и Управно процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 307.

³⁴ Ibidem, 308.

³⁵ Аутор наводи да домаћи прописи немају посебне термине којим се означавају принудне радње, него се користе термини као што су „потребне мере“ и „управне мере“. С. Лилић, 311.

³⁶ С. Лилић, 311-312.

акти управе представљају збирни назив за све материјалне поступке, а управне радње, по схватању наведених аутора, представљају само један вид материјалних аката управе, код којих је изражено својство ауторитативности (државне принуде).

Надаље, аутори наводе да материјални акти управе немају правно, већ једино фактичко дејство.³⁷ Док управни акт ствара, мења или укида одређени правни однос у појединачном случају, материјални акти управних органа имају само фактички карактер. Материјални акти управе служе као последњи чин у примени права, начин непосредне примене норме из управног акта (мада постоји могућност да се материјални акти управе врше и на основу самог закона, као општег правног акта).

Такође, скоро сви аутори праве сличне класификације материјалних аката управе. Као основни критеријуми класификовања се наводе: 1. Врста посла (документовање и вођење евиденција, издавање уверења, давање различитих информација), 2. Субјекти који примењују материјалне акте (државни органи управе и недржавни органи којима су поверена јавна овлашћења), 3. Предмет материјалних аката управе (ствар или лице), 3. Према употреби принуде (више изражено и мање изражено својство ауторитативности).

4. ОДНОС ТЕОРИЈЕ И ПРАКСЕ У ВЕЗИ СА МАТЕРИЈАЛНИМ АКТИМА УПРАВЕ

Потреба за прецизним законским одређењем материјалних аката управе представља нужност која је вођена свакодневним односима органа управе и грађана. Нови ЗУП је усвојен 2016. године, те скоро и да није било прилике да теорија исказе став по питању регулисања материјалних аката управе, односно управних радњи. Важност новог ЗУП-а, између осталог, лежи у томе што закон експлицитно уређује појам управних радњи, за разлику од претходних закона о општем управном поступању. Међутим, као што се да приметити, долази до мимоилажења законског одређења и теоријског виђења материјалних аката управе. Могу се уочити две разлике.

Прва разлика је појмовне природе. Наиме, ЗУП у члану 27 одређује „управне радње“. Под управним радњама подразумева се вођење евиденција, пружање информација и друге радње којима се извршавају правни акти. Дакле, ЗУП има у виду како радње код којих не постоји моменат предузимања

³⁷ Такав став износе и аутори Практикума за примену Закона о општем управном поступку, где наводе да ЗУП дефинише управне радње, у рангу материјалних (ненормативних, без непосредних и самосталних правних дејстава) аката с фактичким дејствима. З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, 53.

државне принуде (вођење евиденција), тако и радње код којих је елемент државне принуде изражен (извршење правних аката).

Теоријска схватања по појмовном питању управних радњи иду другачијим смером. Већина аутора стоји на становишту да управне радње (у ужем смислу) или принудне радње представљају само подврсту материјалних аката управе. Аутори наводе да су материјални акти управе заједнички назив за сва материјална, физичка чињења управе и да тај појам обухвата и појам управних радњи.

Наравно, став теорије по овом питању изведен је на основу многобројних законских и подзаконских текстова у којима се јављају различити облици материјалних аката управе. Са друге стране, законодавац је пошао од тога да појам „управне радње“ даје јасну слику о каквом се институту управног права ради и да се тај појам односи на одређено материјално чињење у вршењу управне делатности.

Друга разлика у одређењу појма материјалних аката управе у ЗУП-у и у домаћој теорији односи се на питање правног дејства управних радњи. Теорија стоји на становишту да материјални акти управе не производе никакво правно дејство или у ублаженој верзији, да не производе директно правно дејство. Под правним дејством се подразумева могућност једног акта да утиче, ствара, мења или гаси одређена права или обавезе странке у правном животу. Тако, управни акт ствара, гаси или мења права или обавезе одређеног лица (или више њих) у појединачној животной ситуацији.

Међутим, ЗУП у члану 28. предвиђа правно средство против управне радње, односно против непредузимања управне радње.³⁸ У оба ова случаја, приговор је дозвољен само ако управна радња није повезана са доношењем управног акта.³⁹ Дакле, незадовољној странци, која сматра да јој је повређено неко право или правни интерес омогућено је изјављивање правног средства против незаконите управне радње (или против непредузимања исте).⁴⁰

Можемо поставити питање, да ли је у потпуности тачно да управне радње не производе никакво правно дејство, посматрајући кроз наведене норме ЗУП-а? Уколико странка сматра да јој је одређеним материјалним поступањем повређено неко право или законски интерес, странци се дозвољава да изјави приговор. Прецизније, странци се признаје право на изјављивање

³⁸ Зоран Лончар, „Правна средства у новом Закону о општем управном поступку”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2017, 1516-1517.

³⁹ Чл. 28, ст. 2 ЗУП-а.

⁴⁰ ЗУП у оквиру 2. дела, под називом „Основна начела управног поступка“, у члану 13 предвиђа „Право на жалбу и приговор“. У ставу 2 наводи се да „Странка има право на приговор у случајевима утврђеним овим законом“, као што је то случај са правом на приговор против управне радње. Дакле, странка има право на приговор против одређеног акта управе који дејствује према њој.

приговора. На тај начин, сама управна радња ствара одређено право (право на приговор) и тиме производи одређено правно дејство (у смислу стварања права на приговор). Томе у прилог иде и став да је приговор дозвољен „*само ако ујравна радња није ѿвезана са доношењем ујравног актиа*“. Дакле, право на приговор је усмерен на саму управну радњу. Уколико је странка незадовољна управним актом, она има право на жалбу.

Уколико бисмо посматрали правно дејство искључиво у својству стварања, мењања или гашења одређеног права или обавезе управним актом, морали бисмо рећи да управна радња не ствара неко правно дејство, већ то чини само управни акт. Међутим, поставља се питање, како објаснити стварање права на накнаду штете у случају незаконите радње којом је повређено одређено право или правни интерес странке? Незаконита управна радња може повредити одређено добро или личност странке и тиме омогућити оштећеној странци да потражује накнаду штете. И у овом случају, могли бисмо говорити о одређеном правном дејству незаконите управне радње. Незаконита радња рађа право на накнаду штете и дејствује (производи одређене правне последице) као таква, независно од управног акта који извршава или чијем извршењу служи, будући да он може, сам по себи, бити законит.

5. ПОЈАМ И ПОДЕЛА УПРАВНИХ РАДЊИ У ДОМАЋЕМ ПРАВУ (ИЗМЕЂУ ТЕОРИЈЕ И ПРАКСЕ)

Ставови теорије о појму управних радњи разликују се у односу на појам који је постављен у „новом“ ЗУП-у. Због новог института у домаћем законодавству, ствара се и потреба за модификовањем појма управних радњи у теорији.

Одређење појма треба да се креће не само у оквирима дефиниције из ЗУП-а, већ и да буде у складу са досадашњим теоријским ставовима по питању појма управних радњи, која су утемељена на практичним животним ситуацијама.

Према законској дефиницији и досадашњим теоријским схватањима, управне радње би се могле одредити на следећи начин: „**Управне радње представљају сваки ауторитативни ненормативни акт органа управе који се тиче права, обавеза или правних интереса странака, тако што општу или појединачну правну норму остварује у конкретној животној ситуацији**“.

Ова дефиниција се односи на свако материјално (физичко) ненормативно поступање органа управе. Управне радње схваћене на овај начин тичу се права, обавеза или правних интереса физичких и правних лица. Њихов циљ је примена правне норме, било опште, било појединачне, у конкретној жи-

вотној ситуацији. У односу на претходна теоријска схватања, ова дефиниција изоставља то да управне радње немају правно дејство.

6. КЛАСИФИКАЦИЈА УПРАВНИХ РАДЊИ

Класификација управних радњи је област резервисана за теорију управног права, па ће поделе бити изведене у односу на досадашња теоријска схватања, модификоване законском дефиницијом управних радњи. На одговарајућим местима, ради лакшег разумевања, биће указано на посебне законе или подзаконске акте који регулишу поједину управну радњу. Поклапање између различитих подела, резултат је мноштва управних радњи у пракси. Навешћемо неке поделе управних радњи:

1. У зависности од **субјекта**⁴¹ који их предузима: **на управне радње органа државне управе** (дужност органа државне управе да пружају информације преко телефона)⁴² и **управне радње органа недржавне јавне управе** (Агенција за привредне регистре врши достављање потврда за удружења и страна удружења уз накнаду);
2. У зависности од **објекта** према којем се предузима управна радња: **на управне радње које се примењују према стварима одређених лица** (уништавање грла стоке заражено преносивим болестима)⁴³ као извршење посебних мера надлежног инспектора)⁴⁴ и **управне радње које се примењују непосредно према лицима** (ограничавање кретања од стране полицијског службеника ради спречавања извршења кривичног дела путем задржавања лица)⁴⁵;
3. У зависности од **правног основа извршења** управне радње: **на управне радње које се примењују непосредно на основу општег правног акта, закона** (употреба службене палице од стране полицијског службеника ради директног одбијања напада)⁴⁶ и **управне радње које се примењују на основу појединачног правног акта** (рушење незаконито изграђеног објекта на основу решења о рушењу незаконито подигнутог објекта које доноси грађевински инспектор)⁴⁷;
4. У зависности од **употребе државне принуде** приликом предузимања управне радње: **управне радње, код којих се користи државна, физич-**

⁴¹ Напомињемо да подела на органе државне и недржавне јавне управе нема упориште у законским текстовима, већ је она чисто теоријског карактера. З. Томић, 145.

⁴² Чл. 79, ст. 2 Закона о државној управи, *Службени гласник РС*, бр. 79/05, 99/14.

⁴³ <http://www.novosti.rs/vesti/srbija.73.html:609734-Ubijena-oboleta-goveda>, 18. мај 2018.

⁴⁴ Чл. 28, ст. 4 Закона о инспекцијском надзору, *Службени гласник РС*, бр. 36/15.

⁴⁵ Чл. 88, ст. 1, тач. 1 Закона о полицији, *Службени гласник РС*, бр. 6/16.

⁴⁶ Чл. 113 Закона о полицији.

⁴⁷ Чл. 7, ст. 7 и чл. 37 Закона о озакоњењу објеката, *Службени гласник РС*, бр. 96/15.

- ка принуда** (употреба физичке снаге полицијских службеника⁴⁸ приликом савлађивања активног отпора учесника јавног скупа)⁴⁹ и **управне радње, код којих се не користи било каква врста физичке принуде** (издавање извода из основне службене евиденције грађана, нпр. издавање извода из матичне књиге венчаних од стране матичара)⁵⁰;
5. У зависности од **животне ситуације у којој се врше управне радње: управне радње које се извршавају у редовним и сталним животним ситауцијама** (вођење регистара привредних субјеката од стране Агенције за привредне регистре)⁵¹ и **управне радње које се извршавају у ванредним, специјалним животним ситуацијама** (употреба ватреног оружја од стране полицијског службеника према возилу у покрету уколико се возило користи са циљем угрожавања живота или безбедности полицијског службеника)⁵²;
6. У зависности од **иницијативе за вршење управне радње: управне радње које се врше на иницијативу (по захтеву) странке** (Лист непокретности из базе података катастра непокретности издаје се сваком заинтересованом лицу)⁵³ и **управне радње које се врше по службеној дужности (ex officio)** (наплата пореске обавезе од стране Пореске управе из целе имовине пореског дужника, који није платио порез у року, на основу решења о принудној наплати)⁵⁴;
7. У зависности да ли је **поступак извршења радње унапред предвиђен или орган има могућност дискреционе оцене: управне радње које се примењују помоћу дискреционе оцене управног органа** (то је случај када службено лице може да бира између неколико могућих средстава извршења управне радње, водећи рачуна о начелу сразмерности. Нпр. када је неопходно да се заустави возило које се гони на унутрашњим водама, полиција може да употреби ватрено оружје само ако није могуће спречити бекство лица употребом других расположивих средстава као што су: светлосна сигнализација, вербално упозорење, издавање наређења, пуцњи упозорења, итд.)⁵⁵ и **управне радње код којих је у потпуности прописан поступак њиховог спровођења** (не-

⁴⁸ <https://www.slobodnaevropa.org/a/policija-prekinula-demonstracije-podgorica/27311202.html>, 20. мај 2018.

⁴⁹ Чл. 110 Закона о полицији.

⁵⁰ Чл. 80 Закона о матичним књигама, *Службени џласник РС*, бр. 20/09, 145/14.

⁵¹ Чл. 4, ст. 1, тач. 1 Закона о агенцији за привредне регистре, *Службени џласник РС*, бр. 55/04, 99/11.

⁵² Чл. 126 Закона о полицији.

⁵³ Чл. 173 Закона о државном премеру и катастру, *Службени џласник РС*, бр. 72/09, 47/17.

⁵⁴ Чл. 77 и чл. 78 Закона о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени џласник РС*, бр. 80/02, 108/16.

⁵⁵ Чл. 127 Закона о полицији.

ма могућности за одступање, као што је случај са матичним књигама, које се морају водити у два примерка)⁵⁶.

7. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Управне радње представљају изузетно важан правни институт који заједно са управним актима представља специфичну разлику управног права и других грана права. Управним радњама се даје живот правној норми из општег или појединачног правног акта, те се примена права и оживотворење правила понашања постиже управо предузимањем управних радњи. Право и постоји да би било примењено, те управне радње играју важну друштвену улогу, примењујући правила понашања из различитих друштвених области, од социјалних давања, право вођења матичних књига, па све до радњи којима се непосредно примењује државна сила. Велики значај које имају у друштвеном животу, препознат је у „новом“ Закону о општем управном поступку, те је дата њихова дефиниција. Такође, први пут је омогућено изјављивање посебног правног средства против незаконитих управних радњи. Са друге стране, теорија управног права је знатно више пажње посвећивала управним актима. Управне радње су у теорији, чини се, играле споредну улогу, као средство реализације правне норме, било из закона, било из управног акта. Своја схватања о управним радњама, аутори су базирали на различитим посебним законима, који уређују различите, посебне управне области, без могућности да одреде појам на основу конкретне законске дефиниције.

Аутор је тежио да анализира постојеће стање теорије по питању управних радњи и изврши својеврсно упоређивање са појмом одређеним у Закону о општем управном поступку. Са једне стране, тако постављен задатак је имао је за циљ да испита законску дефиницију и анализира појавне форме управних радњи. Са друге стране, постојала је потреба да се уваже ставови доктрине управног права, по питању одређења појма и класификације управних радњи. Како су уочене одређене разлике у појму и правном дејству управних радњи у теорији и управних радњи у законском тексту, аутор је одредио теоријски појам управних радњи, сагледавајући досадашња доктринарна становишта и истовремено нудећи одређење управних радњи које је у складу са актуелним ЗУП-ом. Такође, извршена је темељна класификација управних радњи уз навођење појавних облика управних радњи, како би се могао у потпуности разумети појам управних радњи у домаћем законодавству.

⁵⁶ Чл. 2 Упутства о вођењу матичних књига и обрасцима матичних књига, *Службени гласник РС*, бр. 109/09, 10/10.

Zoran R. Jovanović, Ph.D., Associate Professor
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac
zjovanovic@jura.kg.ac.rs

Concept and Classification of Administrative Material Actions – between Theory and Legislation

Abstract: *This paper deals with the concept of administrative actions and their classification in the Serbian law. With the adoption of the new Law on General Administrative Procedure in 2016, administrative actions have been defined in this Law. Therefore, there is a need for analysis and theoretical determination of this important institute of administrative law, bearing in mind that the domestic theory of administrative law dealt with administrative actions only on the basis of special administrative legal texts. This paper tried to analyze and compare whether there are significant differences between the theoretical conceptions and the new definition of Law on General Administrative Procedure, of administrative actions. Based on the spotted differences, the author tried to determine the concept of administrative actions, which would be in accordance with the new definition, but which will not neglect the previous theoretical views of the actions of the administrative bodies. Also, comprehensive classification of administrative actions was carried out, pointing to examples of administrative actions.*

Keywords: *Law on general administrative procedure, administrative actions, theoretical stand points on administrative actions, classification of administrative actions.*

Датум пријема рада: 15.10.2018.

*Др Дарко Т. Димовски, ванредни професор
Универзитета у Нишу
Правни факултет у Нишу
darko@prafak.ni.ac.rs*

*Др Миомира П. Костић, редовни професор
Универзитета у Нишу
Правни факултет у Нишу
kosticm@prafak.ni.ac.rs*

ДОКАЗИВАЊЕ ЗЛОЧИНА МРЖЊЕ*

Сажетак: На почетку рада аутори су нагласили да је законодавац у Републици Србији новелацијом Кривичног законика 2012. године увео члан 54а чиме је моћив мржње прописан као обавезну оштравајућу околност. Иако је од доношења овог члана прошло неколико година, до сада ни у једном случају није дошло до његове примене. Стога су аутори посебну пажњу посветили сагледавању свих проблема у доказивању злочина мржње. Најпре су навели, сходно типологији коју је израдио Федерални истражни биро, околности које треба да укажу на постојање злочина мржње. Наредни део рада је посвећан истраживањима у доказивању мржње као моћива извршења кривичног дела. Како доказивање злочина мржње захтева усаглашен рад органа унутрашњих послова, јавног тужилаштва и суда, аутори су, у следећем делу рада анализирали улогу сваког од наведених органа у доказивању злочина мржње.

Кључне речи: злочин мржње, доказивање, истраживање, улога надлежних органа.

УВОД

Бројне државе широм света почеле су нормативно да уређују злочин мржње шездесетих и седамдесетих година прошлога века. Наиме, уочава се

* Овај рад представља резултат теоријског истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. пројекта 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

неколико начина инкриминације злочина мржње. Једна од инкриминација злочина мржње огледа се у његовом регулисању као посебног кривичног дела, док се друга отелотворује у томе да се чињеница да је кривично дело извршено из мотива мржње узима као обавезна отежавајућа околност која је прописана у општем делу кривичног закона или само код појединих кривичних дела.

Република Србије је, пратећи тенденцију у водећим земљама кривичноправне мисли, инкриминисала мотив мржње као посебно отежавајућу околност приликом одмеравања висине казне. Новелацијом Кривичног законика из 2012. године додат је члан 54а којим је прописана посебна околност за одмеравање казне за кривично дело учињено из мржње. Наиме, у поменутом члану предвиђено је да ако је кривично дело учињено из мржње због припадности раси и вероисповести, националне или етничке припадности, пола, сексуалне оријентације или родног идентитета другог лица, ту околност суд ће ценити као отежавајућу околност, осим ако она није прописана као обележје кривичног дела. Даља анализа указује на посебан значај у раду судова приликом доказивања извршења кривичног дела изазивања националне, расне и верске мржње и нетрпељивости из чл. 317. ст. 2. Кривичног законика у односу на угрожавање сигурности, које представља квалификаторну околност код овог кривичног дела, у смислу угрожавања сигурности пасивног субјекта.¹

Иако је од увођења одредбе 54а у Кривични законик Републике Србије прошло неколико година, до сада ни у једном случају није дошло до њене примене. Разлоге треба тражити у томе да судије нису успеле да препознају, у којим случајевима је могуће применити одредбу 54а Кривичног законика, тј. да је кривично дело учињено из мотива мржње, иако је таквих случајева било. Уједно, као разлог може се јавити чињеница да практичари не знају шта се подразумева под појмом „мржња“, јер је то законодавац пропустио да уреди у делу везаном за значење израза употребљених приликом инкриминација појединих дела. Услед тога се појавио и проблем доказивања тог мотива у кривичном поступку. Стога ће аутори у наставку рада посебну пажњу посветити проблемима доказивања злочина мржње, како би приближили могуће начине доказивања овог облика криминалитета насиља тужиоцима и судијама, што би на крају допринело примени одредбе 54а Кривичног законика Републике Србије.

ДОКАЗИВАЊЕ МРЖЊЕ

За злочин мржње се употребљава и термин „злочин почињен из предрасуде“. Да би се дошло до осуђујуће пресуде, за кривично дело учињено из

¹ Више о томе вид. Светлана Мијовић, „Кривично дело угрожавања сигурности и његова обележја (члан 138. Кривичног законика)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2017, 260.

мржње, неопходно је да тужилац пред судом докаже постојање мржње као мотива извршења одређеног кривичног дела. Другим речима, неопходно је да тужилац докаже да је кривично дело извршено са одређеном намером, јер није свако кривично дело учињено према, примера ради, припаднику етничке или сексуалне мањине, злочин мржње. Доказивање мотива мржње, без претходног признања окривљеног, да је кривично дело извршио услед овакве мотивације, може да представља посебну тешкоћу за тужиоца.

Стога је потребно зарад доказивања мржње као мотива извршења кривичног дела користити се постојањем одређених околности које указују на присуство поменутог мотива. Најисцрпнију листу околности, на основу којих је могуће утврђивати постојање мржње и предрасуде према припаднику одређене групе, развио је Федерални истражни биро (ФБИ). Наиме, ФБИ је развио сопствену праксу, на основу које је могуће наћи чињенице за доказивање постојања злочина мржње. Прва околност, према ФБИ, која може указати на мржњу као мотив извршења кривичног дела, је припадност извршиоца и жртве различитим расама, религијским уверењима, сексуалној оријентацији, етничком пореклу, роду и полу. Уједно, као чињеница која може указати на мржњу, се јавља и околност да жртва има одређени физички, или психички хендикеп. Друга околност се огледа у говору, писању, или гестикулацији, у којима је могуће увидети постојање мржње и предрасуде према неком другом лицу. Исто тако, постојање мржње се може отелотворити и у цртању симбола, или графита, на месту извршења кривичног дела, који се повезују са мржњом. Ношење одређене одеће од стране извршиоца кривичног дела, такође, може указати да је мржња мотив извршења кривичног дела. Наредна околност, која се може повезати са мржњом као мотивом извршења кривичног дела, је ситуација да је кривично дело извршено у суседству, у којем је жртва припадник неке групе, која је у мањини, у датом подручју. Животне околности могу условити да припадник одређене мањинске групе посети подручје, које је од раније познато по злочинима мржње, те на крају том приликом он постане жртва овог облика криминалитета насиља. У случају да се неколико злочина мржње изврши на истој локацији, при чему су жртве овог догађаја исте расе, религијског уверења, физичког или психичког хендикепа, сексуалне оријентације, пола или рода, може представљати околност која указује да је и конкретно кривично дело извршено са истим мотивом. Уколико одговарајући део локалне заједнице сматра да је одређено кривично дело извршено услед мржње, то нам, такође, може указати да мржњу треба узети у разматрање као мотив извршења кривичног дела.²

Злочини мржње су често усмерени према особама, која су ангажована у одређеним активностима (невладин сектор, или ангажовање за побољшање

² Hate Crime Data Collection Guidelines And Training Manual, 2015, 6-7.

положаја мањинских група при државним органима), затим која су повезане са мањинским обележјем, те они могу због тог свог ангажовања постати жртве кривичног дела услед мржње према њима. Околност да је кривично дело извршено за време празника, или датума од посебног значаја за одређену групу, може јасно указати да је мотив извршења кривичног дела мржња према припадницима групе. Извршиоци злочина мржње су често повратници, те нам ова околност може послужити као чињеница за доказивање да је одређено кривично дело почињено из мржње. У одређеним случајевима кривично дело може бити извршено од стране групе људи, која подстиче насиља. Међу одређеним групама (етничким, религијским и другим) може постојати историјска нетрпељивост, што нам може указати да је у случају извршења кривичног дела, међу припадницима ових група мотив мржње основни покретач насиља. Последња околност, која по типологији, коју је израдио ФБИ, може утицати на то да одређено лице постане жртва злочина мржње, огледа се у чињеници да жртва, иако сама није припадник одређене групе, али је укључен у рад на унапређењу положаја одређене групе људи, може повећати шансу да буде жртва злочина мржње.³

Осим већ наведених околности, пракса је развила одређене околности, које могу допринети лакшем доказивању мржње, односно предрасуда, приликом извршења кривичног дела. Једна од тих околности је чланство окривљеног у групи, која гаји мржњу према одређеној скупини људи. Друга околност се огледа у томе да окривљени поседује литературу, или симболе, повезане са екстремизмом. Тетоваже на телу са мотивима мржње су још једна околност, повезана са постојањем мржње код окривљеног. Током кривичног поступка се може догодити да окривљени искаже расистичке увреде, што је, несумњиво, околност која указује на постојање мржње код окривљеног.⁴

Да би читаоци боље разумели наведене околности, које треба да допринесу утврђивању мржње као мотива извршења кривичног дела, даћемо један пример. Наиме, лице оптужено за изазивање опште опасности подметањем пожара у џамији, може бити осуђено за злочин мржње уколико је претходно давало изјаве пуне предрасуда према припадницима исламске вероисповести. Још један пример злочина мржње је везан за паљење џамије у Нишу 17. марта 2004. године од стране десетак младића српске националности. Као повод за овакав чин, они су, током суђења, навели погром Срба у мартовском насиљу од стране Албанаца на Косову и Метохији. Одржавање тзв. Параде поноса у Београду сваке године у септембру је често праћено насиљем према припадницима сексуалних мањина, што представља пример извршених кривичних дела из мотива мржње.

³ Ibid

⁴ Retrieved 30, September 2016 from <http://www.criminaldefenselawyer.com/resources/how-prosecutors-prove-hate-crimes.html>

ТЕШКОЋЕ У ДОКАЗИВАЊУ ЗЛОЧИНА МРЖЊЕ

Злочин мржње је у одређеним ситуацијама, и поред постојања очигледних доказа да је кривично дело учињено из мржње, тешко доказати, јер и сами јавни тужиоци и судије су оптерећени предрасудама према припадницима одређених мањина. Истраживања, спроведена у Сједињеним Америчким Државама су показала да су адвокати оштећених више пута указивали да јавни тужиоци у одређеним регионима избегавају да подигну оптужнице за кривична дела почињења из мотива мржње. Као пример за такво понашање јавних тужиоца наводи се догађај, у којем је смртно страдао амерички тинејџер мексичког порекла, у Пенсилванији. Пре трагичног догађаја дошло је до увреда на националној основи од стране два малолетника, који су касније изазвали смрт Мексиканца. Локална полиција, у сарадњи јавним тужиоцем, је прикривала доказе, што је резултирало тиме да се не подигне оптужница за убиство. До подизања оптужнице је дошло тек након што су савезни тужиоци преузели цео случај.⁵

Наредна околност, која може утицати на тешкоће приликом доказивања мржње, је потреба да се постојање наведених околности, на основу којих се доказује мржња као мотив извршења кривичног дела, не узимају као *a priori* доказ за постојање истог, без претходног сагледавања свих околности датог случаја. Другим речима, неопходно је сваки случај, за који се сумња да је извршен из мржње, проценити понаособ. Из овога проистиче да правосудни органи морају бити нарочито опрезни приликом утврђивања чињеница, јер је могуће да постоји низ наведених околности, што правосудне органе доводи у заблуду, а да се ипак не ради о злочину мржње. Наиме, могуће је да је извршилац, пре него што је извршио кривично дело, узвикивао расистичке изјаве, али да су у конкретном кривичном делу и извршилац и жртва исте расе, што аутоматски значи да не постоји злочин мржње.⁶

До заблуде код правосудних органа може доћи и услед тзв. фингираних доказа. Могуће је да су извршиоци на месту, на којем је почињено кривично дело, оставили доказе како би довели у заблуду правосудне органе. Као пример за ову нашу тврдњу можемо навести ситуацију да ученици неке верске школе својим вандалским понашањем униште имовину школе, с циљем да буду избачени из школе, како не би више похађали наставу. Из наведеног примера можемо видети да се ово кривично дело не може квалификовати као злочин мржње. Поред тога што правосудни органи могу бити у заблуди, у заблуди могу бити и извршиоци кривичног дела. Могуће је да, на пример, извршилац кривичног дела буде у заблуди у погледу инвалидитета, расне,

⁵ Ibid⁶ Hate Crime Data Collection Guidelines And Training Manual, 2015, 7

сексуалне, религијске, етничке, полне, или родне припадности жртве, што не значи да нема злочина мржње, али може да представља тешкоћу приликом његовог доказивања. Наиме, довољно је навести као пример случај у којем је један мушкарац, или жена хетеросексуалне оријентације, посећивао/ла ноћне клубове за припаднике хомосексуалне оријентације, те том приликом буде нападнут од стране тинејџера, који су у погрешном уверењу да се ради о хомосексуалцу.⁷

Страх од идентификације, такође, може отежати квалификовање одређеног кривичног дела злочином мржње. Наиме, у случају да је кривично дело извршено према хомосексуалцу због мржње уперене према њему, а он приликом вођења разговора са припадницима полиције не жели да открије своју сексуалну оријентацију, просто је немогуће спознати да се ради о злочину мржње.⁸

Недостатак поверења између правосудних органа, са једне стране, и припадника мањина, са друге стране, може представљати велики проблем у процесуирању злочина мржње. Наиме, припадници одређених етничких, расних, или религијских група, могли су током историје да имају негативна искуства са правосудним органима, што се огледа у томе да су припадници ових група раније пријављивали злочине мржње, извршене према њима, органима унутрашњих послова, као о правосудним органима, али да је реакције државе изостала. Полазећи од овог негативног искуства немогуће је за очекивати да припадници ових мањина буду кооперативни приликом извршења наредног злочина мржње, што отежава истрагу на самом почетку.⁹

Истрагу може, поред већ наведених околности, да отежава и тзв. секундарна виктимизација. Наиме, њеним постојањем положај оштећеног, односно виктимолошким речником речено, положај жртве, је погоршан, услед неадекватне реакције надлежних органа, и/или неадекватне реакције његових суседа. Другим речима, поред тога што су жртве претрпеле тзв. примарну виктимизацију, неадекватном реакцијом, или погрешном реакцијом правосудних органа и суседа, долази до пооштравања примарне виктимизације. Овоме су, нарочито, изложене особе посебних психофизичких карактеристика и природе извршеног кривичног дела, што жртве злочина мржње свакако јесу. Уместо да жртвама злочина мржње надлежни органи прилазе са посебном пажњом, они услед непостојања обуке, или непостојања адекватне обуке, то раде без довољног сагледавања специфичног положаја жртве, чиме се у крајњем случају ствара неповерење.¹⁰

⁷ Ibid

⁸ Prosecuting hate crimes – a Practical guide, 2014, 52

⁹ Ibid

¹⁰ Ibid

Криминолошка истраживања су показала да се у бројним злочинима мржње као извршиоци јављају суседи жртава, као и да се злочини мржње, неретко, извршавају у малим заједницама. Због оваквих показатеља извршених злочина мржње с правом се поставља питање безбедности жртава злочина мржње у будућности, јер је извршиоцима познато где жртве живе, што може отежати процесуирање овог облика криминалитета насиља. Безбедност жртве може нарочито бити угрожена уколико је злочин мржње извршен од стране групе појединаца. Оваква ситуација намеће потребу да јавни тужиоци захтевају заштиту сведока, као и сведочење жртве на главном претресу путем видео линка. Необезбеђивање ових мера, а знајући да без сведочења жртве не постоји често довољно доказа за доношење осуђујуће пресуде, указује нам на значај заштите сведока. Стога је неопходно да јавни тужилац, на време, сагледа потребу примене ових мера, како би пре свега обезбедио безбедност жртве, али и како би обезбедио сведочење жртве на главном претресу.¹¹

Следећа околност, која може утицати на утврђивање чињеница, које указују да се одређено кривично дело може оквалификовати као злочин мржње, је ажурност у укупном сагледавању чињеница. Могуће је да првобитно неко кривично дело буде оквалификовано као злочин мржње, али да проналажењем нових доказа буде утврђено да оно не представља злочин мржње. Стога је неопходно промтно обавестити све учеснике у кривичном поступку о новооткривеним чињеницама, како би оне на прави начин биле сагледане. Могућа је и обратна ситуација, да кривично дело не буде пријављено као злочин мржње, али да се током кривичног поступка установи постојање мржње и предрасуде, као мотива извршења кривичног дела.¹²

Последња околност која може утицати на тешкоће приликом утврђивања, да ли једно кривично дело представља злочин мржње, је постојање два, или више мотива. Наиме, поред очигледних злочина мржње, постоје кривична дела код којих није очигледно, да ли је оно извршено из мржње, јер постоји неколико мотива, који су условили извршење кривичног дела. Ова наша тврдња потиче из разних криминолошких истраживања, која су показала да злочини мржње у бројним случајевима имају вишетсруку мотивацију. Тако је код многих појединаца њихово понашање детерминисано неким ситуационим околностима, често у једнакој, или чак у већој снази од њиховог става према некој групи. Тако је, на пример, криминолошка студија спроведена током 2004. године у Манчестеру (Велика Британија) показала да су се расисти криминално понашали, не само због утицаја њихових предрасуда према одређеним расним групама, већ да код њих делују и неки други мотиви.

¹¹ *Ibid.*, 53.

¹² Hate Crime Data Collection Guidelines And Training Manual, 2015, 8.

Као пример за постојање вишеструких мотива можемо навести случај, који се десио у Сједињеним Америчким Државама. Јула 2006. године десило се убиство Мухамеда Парваиза (Mohammad Parvaiz) од стране шест тинејџера, који су том приликом узвикивали расистичке паролe. Убиство је било резултат освете због догађаја, који се догодио неколико седмица раније. Парваиз, иначе таксиста, је тада превезао неколико чланова азијске криминалне банде на обрачун са ривалском бандом, што је био главни разлог за извршење убиства. Јавни тужилац је нагласио да, иако је ово убиство првенствено мотивисано жељом за осветом, био је присутан и мотив мржње према таксиста, који је био другог етничког порекла (био је из Пакистана). Кривични поступак је био завршен доношењем осуђујуће пресуде за расно мотивисано убиство према четворици тинејџера, док су двојица осуђена за насилничко понашање. На основу овог случаја могуће је увидети потешкоће приликом утврђивања, да ли једно кривично дело треба сматрати злочином мржње, или не.¹³

Пракса судова у Сједињеним Америчким Државама је таква да би се одређено кривично дело оквалификовало као злочин мржње, уколико постоји више мотива његовог извршења, неопходно је да мржња представља значајан фактор (мотив). Случајан расистички говор не може се сматрати довољним за квалификовање неког кривичног дела злочином мржње. За разлику од Сједињених Америчких Држава, у другим земљама се захтева да мржња, као мотив извршења кривичног дела, не буде на нивоу значајног фактора, већ да достигне један степен у укупном утицају на извршење кривичног дела, а то је доминантан мотив. Управо овај услов отежава задатак јавног тужиоца приликом доказивања, јер је веома тешко измерити однос између више мотива код једног кривичног дела, а камоли установити да је мржња доминантна у односу на остале мотиве. Стога је боље законско решење у Сједињеним Америчким Државама. Ипак, неке земље, попут Канаде, немају јединствен начин поступања у оваквим ситуацијама. Наиме, постојање више мотива, међу којима је један мржња, се у Канади своди на класификацију од стране различитих полицијских управа. Тако, на пример, највећа полицијска управа у држави, у Торонту, да би неко кривично дело оквалификовала као злочин мржње, тражи да је оно искључиво засновано на мржњи, док друге полицијске управе захтевају да кривично дело буде у целини, или делимично засновано на мржњи.¹⁴

Како би се избегле овакве ситуације, неопходно је законски одредити начин поступања полиције и правосудних органа. Белгија, на пример, у члану 377бис Кривичног законика захтева да један од мотива извршења

¹³ Hate Crime Laws A Practical Guide, 2009, 53-54

¹⁴ *Ibid.*, 54.

кривичног дела буде мржња, презир, или непријатељство према особи због њених карактеристика, како би се повећала запрећена казна затвора. Члан 146 Закона о кривичном правосуђу Велике Британије прописује могућност пооштравања казне у случају да је кривично дело уперено према особи због њене сексуалне оријентације, или инвалидитета у целини, или делимично мотивисано непријатељством према датој особи. Уједно, предвиђено је да је небитно, да ли је непријатељство од стране извршиоца засновано на некој другој особини, која није споменута у претходном члану. Решење Кривичног законика Калифорније такође побуђује пажњу правних стручњака. Наиме, у члановима 422.55 и 422.56 је прописано да злочин мржње подразумева да је извршено у целини, или делимично, због једне, или више стварних, или претпостављених заштићених карактеристика жртве. Из оваквог законског решења произилази закључак да је потребно да мржња мора да постоји као мотив извршења кривичног дела, да би се могло оквалификовати као злочин мржње, али је могуће и постојање и неки других мотива. Другим речима, потребно је да мржња буде значајан фактор, али не и главни.¹⁵ Српски законодавац, за разлику од наведених примера, није узео у обзир могућност постојања овакве ситуације. Примена члана 54а Кривичног законика од стране правосудних органа ће неминовно наметнути ситуацију како да се поступи приликом постојања вишеструких мотива извршења кривичног дела, међу којима је један мржња. Стога је неопходно извршити допуну законског решења злочина мржње у смеру регулисања услова за постојање злочина мржње, у случају вишеструких мотива, од којих је један мржња.

РАД ОРГАНА УНУТРАШЊИХ ПОСЛОВА НА ОТКРИВАЊУ ЗЛОЧИНА МРЖЊЕ

Основ доказивања злочина мржње је препознавање и разумевање заједничког искуства у погледу дискриминације, са којом су се суочиле многобројне заједнице у државама широм света. Иако постоје злочини мржње, који су својствени бројним земљама, могуће је наћи и неке специфичне злочине мржње, управо на основу социјалне и историјске компоненте у једној локалној заједници.¹⁶ Стога је велика одговорност за препознавање злочина мржње на органима унутрашњих послова, јер касније вођење истраге, од стране јавног тужиоца, може бити отежано управо због тога што је пропуштено да се у том првом захвату открије мотив мржње. На основу овога долазимо до закључка да је први корак за препознавање злочина мржње

¹⁵ *Ibid.*, 55.

¹⁶ Prosecuting hate crimes – a Practical guide, 2014, 75

обука полицијских службеника. Организација за европску безбедност и сарадњу (ОЕБС) је поверила Канцеларији за демократске институције и људска права (Office for Democratic Institutions and Human Rights) спровођење посебног програма обуке полицијских службеника под називом Training Against Hate Crime for Law Enforcement (TANCLE). Основе TANCLE програма можемо сагледати кроз призму неколико циљева. Наиме, један од циљева обуке полицијских службеника је и разумевање основа, контекста и посебних карактеристика злочина мржње, што треба да допринесе, као наредном циљу овог програма, спровођењу делотворне истраге и кривичног гоњења кривичних дела, која су извршена са мотивом мржње. Уједно, обука органа унутрашњих послова треба да резултира бољем познавању нормативног оквира, који се односи на злочин мржње. Изградња конструктивних веза са маргинализованим и угроженим друштвеним групама је наредни циљ обуке органа унутрашњих послова у оквиру програма TANCLE. Без сарадње грађана са органима унутрашњег реда је немогуће радити на откривању и спречавању злочина мржње, те је и то један од циљева TANCLE програма. Последњи циљ Програма је обезбеђивање да пракса полиције служи за заштиту и промоцију људских права, као и за недискриминацију.¹⁷

Органи унутрашњих послова Републике Србије за сада нису прошли никакву обуку у вези злочина мржње, те је немогуће од њих очекивати да у предистражном поступку и у самој истрази буду довољно компетентни, како би надлежном јавном тужиоцу скренули пажњу на постојање мржње, као мотива извршења кривичног дела. Стога се намеће закључак да борба за доказивање злочина мржње треба да крене још од првог контакта органа унутрашњих послова са кривичним делом, које се може оквалификовати као злочин мржње, јер би се само на тај начин бгаговремено прикупили докази о постојању злочина мржње. Да би се достигао тај ниво професионалности неопходно је радити на едукацији припадника полиције, применом принципа установљених у оквиру програма TANCLE, како би могли да разазнају, да ли је једно кривично дело извршено из мотива мржње, што би се постигло не само теоријском едукацијом о овом облику криминалитета насиља, већ и анализом случајева из иностране праксе.

УЛОГА ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ДОКАЗИВАЊУ ЗЛОЧИНА МРЖЊЕ

Полазећи од законског решења да јавни тужилац руководи предистражним поступком, као и да спроводи истрагу, његова улога у откривању злочина

¹⁷ Training against hate crimes for law enforcement programme description, 2.

мржње је велика. Наиме, његова улога се огледа у томе да, чим сазна да је извршено кривично дело које може да се сврста у злочин мржње, треба да да налог припадницима органа унутрашњих послова да својим радом провере, да ли се конкретно кривично дело може сматрати злочином мржње. Уједно, на главном претресу је неопходно да јавни тужилац докаже да је конкретно кривично дело извршено због мржње према одређеном лицу. Како злочини мржње представљају тзв. злочине поруке, његови извршиоци остављају индиције да су кривично дело извршили услед мржње према одређеном лицу, што захтева да ове индиције треба пронаћи, не само на месту извршења кривичног дела, већ и у месту пребивалишта или боравишта, месту социјализације са особама сличних ставова и схватања, и неким другим местима. Пракса је показала да се јавни тужиоци у доказивању злочина мржње често ослањају на претходне изјаве извршиоца, или на његово признање да је реч о злочину мржње. У недостатку изјава и признања окривљеног је неопходно да јавни тужилац у сарадњи са припадницима полиције открије индиције да је кривично дело извршено због мотива мржње. У томе се огледа значај индиција у формирању тзв. њиховог ланца ради доказивања мотива мржње приликом извршења конкретног кривичног дела.¹⁸

Већ смо нагласили да се злочином мржње жели послати одређена порука, због чега његови извршиоци желе да друга лица знају мотиве извршења кривичног дела. Поред тога што извршиоци могу упутити увредљиве поруке жртви кривичног дела, као и то да могу да испишу увредљиве поруке у виду графита на месту извршења кривичног дела, они могу, уједно, и да се похвале о извршеном кривичном делу члановима своје породице, пријатељима, или чак и јавности. Стога је улога јавног тужиоца да открије коме и када се извршилац злочина мржње похвалио о извршењу и мотивима конкретног кривичног дела. Неопходно је пронаћи места на којима је извршилац био пре и након извршења кривичног дела. Откривање потенцијалних сведока, који су чули признање окривљеног непосредно након извршеног кривичног дела, има већу снагу од признања учињеног после одређеног времена. Ипак, не треба унапред сматрати да признање окривљеног након одређеног времена има слабу доказну снагу, јер је могуће да оно представља основ за даље тражење доказа о мржњи, као мотиву извршења кривичног дела, применом неких других криминалистичких тактика и метода.

Као пример за изјаве окривљених пре извршења злочина мржње можемо навести случај, који се десио током 2006. године у Украјини. Наиме, две особе под иницијалима С. и К. су пили алкохолна пића са двојцом малолетника, при чему се између њих повео разговор о штетности, коју су њиховој земљи нанели мигранти из Африке, јер су они, према схватању Украјинаца,

¹⁸ Prosecuting hate crimes – a Practical guide, 2014, 56.

илегално ушли у земљу и узели им послове, изградили секташке цркве уз диловање психоактивних супстанци. Током разговора један од малолетника је приметио како улицом корача Африканац, што је пропратио реченицом: „Погледајте, ено га црнац.“ Након тога су сва четворица потрчали ка црнци и направили му заседу. Његово пребијање први је започео појединац са иницијалима С. уз коришћење ножа, након чега су се остали прикључили. Особа С. је убола Африканца четири пута у леђа, што је резултирало смртним исходом. Један од сведока је у кривичном поступку сведочио да је покушао да га заустави, али се том приликом особа С. запитала, „зашто он покушава да ме заустави, када ја браним Украјину?“. После хапшења су сва четворица признали да су злочин извршили због мржње према Африканима. Касније је особа С. порицала да је кривично дело извршено из расне мржње, док је особа К. истакла да убиство извршено због мржње, али је тврдио да оно није резултат предрасуде према црнцима, већ личног искуства. Међутим, један од малолетника је потврдио садржину разговора, вођеног пре извршења кривичног дела, у којем је истакнута мржња према црнцима. Окривљени С. је осуђена за убиство на једанаест година затвора, при чему је приликом одмеравања казне узет у обзир и мотив мржње. Суд се, приликом разматрања доказног материјала, ослонио на разговор вођен пре извршења кривичног дела, како је то било образложено у пресуди, ради поткрепљивања става да је кривично дело извршено из мржње. Другим речима, сведочење једног од малолетника о самом разговору пре напада на Африканца је био јасан показатељ њихове мотивације. Иако је један од окривљених, под иницијалом К., истицао да је његово понашање резултат личног искуства, а не мржње, он није разумео да његово понашање, у суштини мржња и предрасуда.¹⁹

Примери из праксе су такви да су правосудни органи у свом раду наилазили и на случајеве када је злочин мржње снимљен од стране учиниоца, како би снимак био показан пријатељима, или постављен на интернету. На овај начин јавном тужиоцу је олакшано доказивање мотива мржње, јер се на снимцима јасно види, због тога што учиниоци, током извршење кривичног дела дају коментаре пуне мржње, што открива мотив злочина.

Рад јавног тужиоца на доказивању злочина мржње може бити отежан, уколико не постоје докази у виду признања, или изјаве сведока. Међутим, и у датим околностима се доказивање злочина мржње сзаснива на посредним доказима, који се састоје у чињеницама везаним за живот окривљеног. У делу рада везаним за доказивање злочина мржње, навели смо исцрпну листу околности, које могу послужити за доказивање мржње, као мотива извршења одређеног кривичног дела, те се у овом делу рада нећемо поново бавити тим околностима, већ ћемо навести пример из праксе ради лакшег сагледавања тих околности.

¹⁹ *Ibid.*, 57-59.

Као пример навешћемо случај који се догодио 19. априла 2009. године, када су неонацисти бацили Молотовљеве коктеле на кућу у којој је живело девет чланова ромске породице у градићу у Чешкој по имену Виктов, при чему је повређено троје чланове ове породице. Највећи степен повреда је имало одојче, код којег је преко 80% тела било захваћено ватром, што је узроковало опекотине другог и трећег степена. Четворица неонациста је октобра наредне године осуђено за покушај убиства на расној основи на казне затвора преко 20 година.²⁰ Током истраге, један од сведока је казао да је у ноћи напада чуо телефонски разговор девојке једног од извршиоца овог кривичног дела, као и разговор девојке са својим пријатељима. Садржај разговора је био да момак ове девојке иде да се обрачуна са Циганима. На основу ове информације нападачи су идентификовани и ухапшени, али је сведок одбио да даје додатне информације, плашећи се за свој живот због могуће освете. Уједно, ова информација је помогла органима унутрашњих послова да на основу даљег оперативног рада, путем прислушкивања њихових међусобних разговора, сазнају да су сва четворица нападача чланови неонацистичке групе, при чему су приликом претреса њихових станова од стране полиције пронађени часописи и литература пуни расистичких ставова. Одбрана тројице окривљених се састојала у томе да нису знали да се у кући налазе припадници ромске популације и да им није била намера њима да нашkode, док се четврти бранио ћутањем. Јавни тужилац је тврдио да је кривично дело извршено како би се одала пошта дану рођења вође нацистичке Немачке, Адолфу Хитлеру. Адвокат једног од окривљених је заснивао одбрану на тврдњи да његов клијент није никада био члан неонацистичке групе, као и да је тужилаштво погрешно оквалификовало случај и да уместо покушаја убиства више лица на расној основи, кривично дело треба да буде преквалификовано као наношење тешке телесне повреде. Уједно, одбрана је покушала да довођењем сведока, који су сведочили о добрим односима са школским друговима, припадницима ромске популације током школовања, покаже да није постојала расна мотивација приликом извршења кривичног дела.²¹

Из приказаног описа случаја можемо доћи до закључка које су биле кључне ствари у доказивању мржње, као мотива извршења кривичног дела. Иако изјава сведока о разговору једног од учиниоца са својом девојком није била довољна за доказивање мржње, ова изјава сведока је представљала разлог да суд одобри прислушкивање телефонских разговора све четворице осумњичених, што је помогло у подизању оптужнице против њих. Осим тога, дошло је до претреса станова све четворице осумњичених, што је резултирало тиме да се пронађу часописи и литература са нацистичким садржајем.

²⁰ Human Rights of Roma and Travellers in Europe, 2013, 53.

²¹ Prosecuting hate crimes – a Practical guide, 2014, 61-63.

Укупност доказа, као и ничим испровоциран бриталан напад на ромску породицу, представљао је ланац индиција, чиме је доказана мржња као мотив извршења овог кривичног дела.

Још једна од дужности јавног тужиоца у доказивању злочина мржње је представљање суду степена наносених повреда оштећеног (жртве), од стране извршиоца злочина мржње. Стога је неопходно да се медицинска документација благовремено достави суду. Жртве злочина мржње често, услед страха од секундарне виктимизације, нису вољне да сарађују са клиничким центрима, у којима се одвијају прегледи степена нанесених повреда. Из овога произилази повећан степен одговорности јавног тужиоца, која се о састоји у омогућавању сарадње клиничких центара и организација цивилног друштва, јер жртве злочина мржње често више верују представницима невладиних организација. Ова сарадња треба да буде успостављена нарочито у случају непостојања физичких повреда, већ само психичких последица, јер организације цивилног сектора су често снабдевени стручњацима, који се брину о оснаживању жртава. Иако се на први поглед може рећи да ово не представља битну карику у доказивању злочина мржње, са оваквим ставом треба бити нарочито опрезан, јер јавни тужиоци морају да на главном претресу представе не само физичке, већ и психичке последице извршеног кривичног дела, како би лакше доказали постојање злочина мржње. У одређеним случајевима је могуће да не постоје психичке последице извршеног злочина мржње, али је и даље неопходно да јавни тужилац покаже негативни утицај предрасуда и мржње на саму жртву. То се може доказати позивањем жртве за сведока, како би сама представила сопствена искуства у вези злочина мржње.²² У том случају треба применити адекватне мере за заштиту сведока.

УЛОГА СУДА У УТВРЂИВАЊУ ПОСТОЈАЊА ЗЛОЧИНА МРЖЊЕ

Променом кривичног процесног законодавства 2011. године, улога суда је знатно смањена у поступку предлагања и извођења доказа. Наиме, у члану 15 став 4 Законика о кривичном поступку (у даљем тексту ЗКП) је прописано да суд има само супсидијарно и изузетно овлашћење да без предлога странака, браниоца и оштећеног изводи доказе, чиме је његов маневарски простор доста сужен у случајевима који су компликовани, а злочин мржње то очигледно јесте.²³ Другим речима, на странкама, браниоцу и оштећеном је предлагање доказа, те да у случају њихове неактивности, суд може изводити доказе, при

²² *Ibid.*, 63.

²³ Законик о кривичном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014

чему судије у пракси избегавају да примењују ову одредбу. До овога може доћи уколико су изведени докази противречни, или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио, тако да суд може дати налог странци да предложи допунске доказе, или изузетно сам одредити да се такви докази изведу. Стога је, сходно законским одредбама, део одговорности за доказивање мржње као мотива извршења кривичног дела, и на суду.

Осим улоге суда у погледу предлагања и извођења доказа, у вези злочина мржње, његова дужност се огледа и у одмеравању казне, применом члана 54а Кривичног законика. Пре него што суд узме мржњу као обавезну отежавајућу околност, мора да примени општа правила о одмеравању висине казне. Са разлогом се поставља питање, на који начин треба ценити мржњу као мотив извршења кривичног дела, у односу на друге околности, које утичу на висину казне. Наиме, могућа су два решења. Једно се састоји у томе да суд прво одмери висину казне на основу околности из члана 54 КЗ, а да након тога одмери мржњу, као посебну отежавајућу околност, повећавајући већ одређену висину казне за мржњу као отежавајућу околност. Друга опција се огледа у томе да мржњу суд узме као било коју другу околност у укупном одмеравању висине казне.

Наредна функција суда у погледу кривичних дела, извршених из мотива мржње, се огледа у томе да суд треба да тежи остваривању генералне и специјалне превенције. Наиме, неопходно је водити рачуна да изречена казна треба истовремено да оствари и специјалну и генералну превенцију, те да суд мора да, поред тога што треба да одврати учиниоца злочина мржње од вршења нових кривичних дела, да пошаље поруку свим потенцијалним извршиоцима овог облика криминалитета насиља да ће бити најстрожије кажњени за своје друштвено неприхватљиво понашање.²⁴ Надлежни суд мора да, на адекватан начин, образложи своју одлуку, нарочито у погледу мржње, као обавезне отежавајуће околности. У супротном постоји једна од битних повреда одредаба кривичног поступка, услед које долази до укидања пресуде. Због тога посебну пажњу приликом образлагања висине казне треба посветити мржњи, као субјективној отежавајућој околности, у смислу да се из пресуде може видети у чему се састоји мржња као мотив извршења конкретног кривичног дела, те на основу тога дати објашњење о повећану изречене казне.

ЗАКЉУЧАК

Доказивање злочина мржње је комплексно, јер доношење осуђујуће пресуде захтева синергију у раду органа унутрашњих послова, јавног тужиоца

²⁴ Алмер Маљевић, Срђан Вујовић, *Водич за процесуирање кривичних дјела починених из мржње у Босни и Херцеговини*, Аналитика, Сарајево, 2013, 65.

и суда, како би се открило постојање мржње, као мотива извршења кривичног дела, како би се оно доказало и како би се, на адекватан начин ценило, приликом одмеравања казне извршиоцу кривичног дела. Аутори су у реду тежили да представе околности, које својим постојањем треба да допринесу лакшем доказивању мржње. Уједно, те околности треба да представљају оно чиме органи унутрашњих послова и јавни тужилац треба да се руководе у поступку откривања постојања мржње, јер провером постојања тих околности долази до лакшег доказивања постојања мржње, као мотива извршења конкретног кривичног дела. У предистражном поступку, као и у истрази, неминовно долази до одређених тешкоћа у откривање мржње. Како је дат приказ потенцијалних тешкоћа, благовременим упознавањем полиције и јавног тужиоца са њима долази до делотворнијег рада у процесиурању злочина мржње.

Откривање злочина мржње захтева, пре свега, благовремено уочавање од стране органа унутрашњих послова, да код конкретног кривичног дела мотив извршења јесте мржња. Другим речима, како органи унутрашњих послова остварују први контакт са жртвом извршеног кривичног дела, и то врло често на лицу места, они треба да настоје да благовременим препознавањем елемената злочина мржње обезбеде посебне околности, које би касније допринеле лакшем доказивању.

Треба нагласити и филозофску конотацију злочина мржња. Многобројна питања, чак и право на отпор, као изворно природно право, како се то разматра у списима Џона Лока, може у дотичном случају извршеног кривичног дела представљати предмет вештачења. Уколико се извршилац позива на своју побуну против неправде, а у основи је мржња према жртви, да ли се тада може такав поступак квалификовати као дело против државе, или само неког одређеног појединца.²⁵ Ово важно питање свакако спада у домен судске одлуке о квалификацији дела.

Ипак, доказивање мржње, као мотива извршења кривичног дела, је немогуће без сарадње са јавним тужиоцем, као органом који руководи истрагом и на којем је презентовање и извођење суду свих доказа. Аутори су у раду представили потенцијалне доказе, са примерима, који треба да олакшају јавним тужиоцима рад на процесиурању злочина мржње. Надлежни суд, као кључни орган за утврђивање и кажњавање злочина мржње, има обавезе предузимања одређених радњи. Наиме, суд мора, поред одмеравања висине казне, применом члана 54а КЗ, да оствари генералну и специјалну превенцију, што захтева одговарајуће образложење судске пресуде како у жалбеном поступку дата судска одлука не би била укинута и враћена на поновно одлучивање. Уједно, могућа је активност суда приликом извођења доказа, како би се отклониле противречности и нејасноће између изведених доказа.

²⁵ Више о томе вид. Илија Јованов, „Џон Лок и право на отпор“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2015, 1400.

Darko T. Dimovski, Ph.D., Associate Professor
University of Niš
Faculty of Law Niš
darko@prafak.ni.ac.rs

Miomira P. Kostić, Ph.D., Full Professor
University of Niš
Faculty of Law Niš
kosticm@prafak.ni.ac.rs

Proving of Hate Crimes

Abstract: *At the beginning, the authors have pointed out that the legislator in the Republic of Serbia Revision of the Criminal Code in 2012 introduced article 54a, in which is the motive of hatred prescribed as a mandatory aggravating circumstance. Although from the adoption of this article past few years ago it has not been applicable in any case until now. Therefore, the authors have paid special attention to reviewing all the problems in proving a hate crime. First, they have stated, according to the typology developed by the Federal Bureau of Investigation, the circumstances which need to point to the existence of hate crimes. The next part is dedicated to the difficulties in proving hatred as the motive of the crime. As proof of hate crime requires harmonized work of internal affairs bodies, the public prosecutor and the court, the authors of the forthcoming have elaborated the role of each of these organs in proving a hate crime.*

Keywords: *hate crime, proving, difficulties, the role of the competent authorities.*

Датум пријема рада: 08.10.2018.

*Aleksandar L. Čudan, Ph.D., Associate Professor
The Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade
aleksandar.cudan@kpu.edu.rs*

*Dalibor D. Kekić, Ph.D., Assistant Professor
The Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade
dalibor.kekic@kpu.edu.rs*

CUSTOMS ADMINISTRATION OF THE REPUBLIC OF SERBIA IN THE FUNCTION OF ECONOMIC SECURITY*

Abstract: *A priority of economic policy is sustainable development with tendency of long-term expansive development and relatively high rate of economic growth. As global economic crisis intensifies causing disturbance in the financial market, at the beginning of the new millennium the economy of the Republic of Serbia entered a turbulent development stage. The link between economy on the one hand, and national security on the other is complex and manifold. It is clear that economic security as a concept and practice has been determined rather diffusely and limited only by the imagination of a person interpreting and studying it within a wide spectrum of activities. The subject of research of this paper is economic security and the role of the Customs Administration of the Republic of Serbia. Through World Customs Organization as well as through cooperation with other customs services and institutions the Customs Administration has been actively involved in both national and international security system, particularly regarding the fight against organized economic crime, which is related to smuggling, money laundering, illegal transfer of foreign currency, corruption, tax evasion, abuse of intellectual property and similar.*

The results of this research can be used to highlight the significance of economic security within the system of national security. The manner of research

¹ This paper is the result of the research on the project titled "Crime in Serbia and the Instruments of the State Response", which is financed and carried out by the Academy of Criminalistic and Police Studies in Belgrade, research cycle 2015-2019.

includes: selection and application of scientific methods, the selection of data and the scope of research. The significance of research reflects in the fact that the role of the Customs Administration in the function of economic security both as a subject and factor is insufficiently researched in science while at the same time it is a significant element in contemporary social relations.

Keywords: *Customs Administration, economic security, destructions, economic crime.*

1. INTRODUCTION

Modern streams of civilization carry many characteristic security challenges considering that new and modern forms of danger are developing on a daily basis. In a contemporary environment security challenges and threats to economic existence of an entity have evolved considerably if compared with the risks that were of topical interest in not so a distant past. When considering security¹ it can be said that defence from an external attack represents a central problem of security, but the practice has shown that a country may be put in danger by internal shocks, economic, financial and other disturbances particularly in the countries where there is no sense of common identity and social cohesion.²

The syntagm 'economic security' is connected with the period of the Great Depression in the United States of America in 1934, but the concept of economic security in the modern sense appeared in 1970s at the time of the Cold War. It has been created as an expression of comprehension that economy is one of the basic components on which national security is founded.³ Without diminishing the main role of the Ministry of Interior, Ministry of Defence and other government institutions, economic security has not been represented even proportionally within the system of national security if we take into account its significance, which refers to customs services as well to a large extent. The Customs Administration in cooperation with other government bodies and security services represents a complex system which provides economic security of a country. Many people do not know, and sometimes even customs officers are not aware of the fact that customs service plays an important role in this segment of national, regional and

¹ In Roman mythology, Securitas was the goddess of security and had a special place as an honored protector of the Roman Empire.

² Smilja Avramov, „Bezbednost u 21. veku“, *Zbornik radova SIMBON*, Beograd, 2001, str. 423.

³ Economic aspect is an inevitable part of each national security strategy. "In 1993 the American President Bill Clinton enlarged the membership of the National Security Council so as to include the Secretary of the Treasury and newly created office of the Assistant to the President for Economic Policy, acknowledging in this way the bigger role of economic issues in shaping the national security policy."

international security. To achieve the security objectives and legally defined competence of the state, it is impossible without adequate economic resources.⁴

2. BUDGET OF THE REPUBLIC OF SERBIA WITHIN THE CONTEXT OF ECONOMIC SECURITY

Budget as systematic relation between income and expenditure of a national entity is adopted for a certain time period, most frequently for one budget year. Budget as a financial institution provides for uninterrupted functioning of every state. The budget of the Republic of Serbia represents a legal act in which income and expenditures must be in balance. When determining the national security policy, each state starts from the vital values which it intends to protect in the first place.⁵

Budget is primarily political, and then also economic instrument through which the Government of the Republic of Serbia realizes their plans. Budget imbalance, particularly if it is expressed as a budget deficit, reflects not only on the national economy but also on the function of economic security. Budget deficit occurs when expenditures exceed income in the budget. One of the reasons why income can decrease should be sought in the behaviour of tax payers. The lack of funds in the budget means that the system of economic security would not be able to achieve all its functions entirely, which may jeopardize the system of national security and thus the state as well.⁶ From economic aspect, relevance and quality of budget is reflected in the existence of possibility of budget deficit to occur, which represents a trigger for both internal and external imbalance, which then again gets us back to the connection with the phenomenon of economic security.

One of the significant roles of the Customs Administration of the Republic of Serbia is its fiscal role that is connected mostly to the collection of import and other taxes, which influences the provision of income side of the budget. The priority is to lead economic policy which is directed to the creation of stable, predictable and balanced budget necessary for the growth of economic activity in which customs service would have a specific role from the aspect of economic security.

A considerable share of the budget income of the Republic of Serbia originates from collected import taxes which include customs charges and VAT when importing, and this percentage in the course of 2017 was the highest so far which

⁴ Goran Milošević, Ljubomir Stajić, Indikatori ekonomske bezbednosti – osvrt na Republiku Srbiju, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2018, str. 517.

⁵ Ljubomir Stajić, Nenad Radojević, Vladan Mirković, Neki aspekti političke unutrašnje bezbednosti kao elementa strategije nacionalne bezbednosti Republike Srbije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2017, str. 1339.

⁶ Ljubomir Stajić, Goran Milošević, „Finansijska delatnost države kao faktor ekonomske bezbednosti – osvrt na Republiku Srbiju“, *Srpska politička misao*, 1/2017, str. 190.

represents a significant component of economic security. The function of customs policy must be such as to achieve this specific form of security, and the predictability of the budget is an important indicator, precisely because the measures are adopted in order to have influence in the desired direction.

Table 1: Review of distributed import taxes from 2011 to 2017

Year	Customs duties (billions of dinars)	Achieved in comparison with what is stipulated by the Budget System Law (%)	VAT when importing (billions of dinars)	Achieved in comparison with what is stipulated by the Budget System Law (%)
2011.	38,95	97,95	226,17	96,69
2012.	36,02	102,92	250,25	98,41
2013.	32,61	94,33	267,56	98,55
2014.	31,07	100,23	295,05	101,36
2015.	33,40	114,37	315,40	107,98
2016.	36,50	104,91	337,37	101,22
2017.	39,70	102,87	388,98	108,96

Source: Ministry of Finance of the Republic of Serbia 2018

Taking into account the fact that customs originated as exclusive fiscal instrument for import, transit and export of goods, it results that customs becomes the basic measure of protection of domicile production. The highly developed international division of labour, when merciless geopolitical division of the world and severe competition have directly created the conditions for polarization of world economic flows to the developed and less developed, the customs has been given a particularly important function to protect domestic production. Customs duties represent a stable source of income for the budget and a long-term instrument of foreign trade regulation and thus the protection of domestic market as well.

Successful consolidation of the budget within the context of economic security requires great budgetary discipline and responsibility which the Customs Administration of the Republic of Serbia must constantly express as a part of the process of accession to the common European space.

3. CUSTOMS ADMINISTRATION AND SMUGGLING

Origination and development of smuggling is related to the origination of state borders which created obstacles to free exchange of products and caused the first attempts of illegal transfer of individual items and goods across borders. This illegal

activity has in all times been conditional upon concrete social and economic circumstances. In a large number of cases today smuggling has acquired more commercial forms manifesting as widely branched illegal business, which in certain parts of the world puts the entire regional and state economies into a difficult position.⁷

In our conditions, it is without doubt that some organized criminal groups gained huge financial power by mass-scale and long-term smuggling of certain kinds of goods which were deficit during the turbulent period of economic sanctions and war environment, such as oil derivatives, cigarettes and other excise goods. In certain forms it is evident that political influence was also present in these activities which was actualized through sponsoring of political parties or lobbying with illegally gained assets.⁸

Table 2: Illegal import of oil, cigarettes and tobacco discovered by the Customs Administration of the Republic of Serbia in the period from 2013 to 2017

Excise products	2013	2014	2015	2016	2017
Oil (l)	/	/	58.828	49.274,38	33.033,00
Cigarettes (pcs)	3.911.740	6.977.289	2.436.445	15.288.450	16.270.260,00
Tobacco (kg)	800,64	4.207,19	4.386,82	951,53	998,69

Source: Act No. 148-III-650-03-81/6/2018 dated September 07, 2018, Customs Administration Belgrade

In literature this form of crime is also labelled the black market, smuggling, contraband and similar. Smuggling represents danger for socio-economic system of one or more countries depending on the direction in which it happens. As economic crime activity, it implies illegal transfer of goods across border in an organized manner and as a profession. Customs control is avoided by hiding and camouflaging the goods, by bribing authorized control personnel at the customs or using illegal border crossings. Smuggling is not a new phenomenon and it is related to origination of state borders, which created conditions to establish the administrative control of movement of goods and services. It appears separately from other socially negative phenomena, which means that it is given the position which is more or less adequate to the general condition of crime in an environment.⁹

Taking the goods across customs line by hiding it or avoiding the measures of customs control represent customs offence. Accordingly, Customs Law¹⁰ (Article

⁷ Zoran Đurđević, „Narko-kriminalitet: Krivično-pravni i kriminalitički aspekt“, Novi Pazar, 2006, str. 36.

⁸ Milan Škulić, „Ogranizovani kriminalitet“, Beograd, 2015, str. 306.

⁹ Srećko Kosanović, „Nedozvoljena trgovina“, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2010, str. 279.

¹⁰ Customs Law, Official Gazette of the Republic of Serbia, No. 18/2010, 111/2012, 29/2015 and 108/2016.7 – in Serbian.

292) states that a legal person, entrepreneur and natural person shall be fined an amount equal to one to four times the value of the goods that are the subject of the offence, if such person brings in or takes the goods outside the border crossing or at the time when the border crossing is not open for traffic, or brings in or takes out the concealed goods through the border crossing.

However, in the cases provided by the law the smuggling activity is prescribed as a criminal offence. Criminal offence of smuggling is incriminated by Article 236 of the Criminal Code of the Republic of Serbia. Its basic form is committed by whoever takes goods across the customs line evading customs control measures or who takes goods across the customs line evading customs control while armed, as part of a group or by using force or threats. Analyzing the said activity it can be concluded that the criminal offence of smuggling exists in the following four cases, for which the common thing is that they all include taking goods across the customs line by avoiding the customs control measures:

- Engaging in transferring the goods;
- Transferring the goods by an armed person;
- Transferring the goods as part of a group;
- Transferring the goods using force or threats.

The criminal offence of smuggling is logically often connected with some other criminal offences, such as for instance concealing, counterfeiting documents, illegal trade, as well as other general criminal offences.

Table 3. – Share of criminal offence of smuggling in the economic crime in the Republic of Serbia from 2007 to 2017

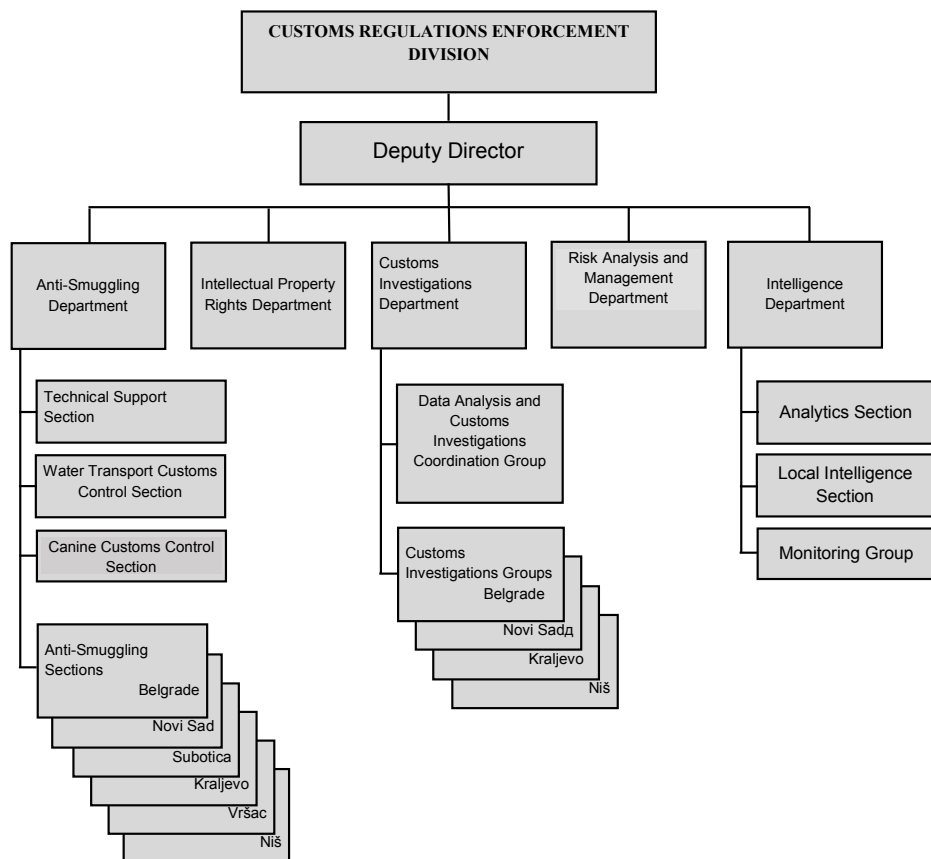
Year	Total number of criminal offences in the field of economic crime	Smuggling according to Article 230 of the Criminal Code of the Republic of Serbia
2007.	10587	274
2008.	10477	253
2009.	10879	403
2010.	10445	368
2011.	9677	205
2012.	8768	127
2013.	7421	75
2014.	7836	118
2015.	8175	138
2016.	7651	114
2017.	8172	135

Source: Ministry of Interior of the Republic of Serbia

Modes and forms of smuggling are constantly changing, refining and adapting depending on the economic circumstances and relations in the market, and primarily depending on the decreased market supply of certain kinds of goods. Smuggling in the contemporary conditions is characterized by:

- wide circle of participants in a smuggling process;
- more smuggling groups;
- less intermediaries between starting and end destinations;
- good organisation and inter-connectedness of perpetrators;
- well-informed offenders;
- technical equipment of offenders.

Figure 1: Organizational Structure of Customs Regulations Enforcement Division



Source: Customs Administration of the Republic of Serbia dated November 16, 2017

One part of the Customs Administration which is rather significant for detecting violations of customs and other regulations is the Customs Regulations Enforcement Division, which includes five organizational units:

- Anti-Smuggling Department
- Intellectual Property Rights Department
- Customs Investigations Department
- Risk Analysis and Management Department
- Intelligence Department.

Anti-Smuggling Department is an operative part of the division which performs customs control, examination and search of passengers and transport vehicles at both border crossings and inside the customs territory of the Republic of Serbia. Customs officers of this Department carry out control of all kinds of traffic, including water and air traffic. Customs officers who work in the Department are armed with the licence to carry weapons, they can stop vehicles inside the customs territory, they can enter houses, apartments, business premises if they suspect that they contain the goods which were not declared to the customs service and for which customs duties and other charges have not been paid. Anti-smuggling Department is divided at a regional level and has its sections in Belgrade, Novi Sad, Niš, Vršac, Subotica and Kraljevo.

Customs Investigation Department's task is to control business companies which committed serious violations of customs regulations with the elements of criminal activity related to counterfeiting of documents, inadequate payment of customs duties, taxes, excises, improper tariffing of goods according to customs tariffs and improper use of customs goods which is under customs control. Customs Investigation Department cooperates closely with Tax Administration and the Criminal Investigations Directorate.

Intelligence Department's main task is to collect the data both in the country and abroad on national and foreign persons who may appear as participants in illegal import of goods, smuggling, and similar. In order to develop intelligence-security role of the customs there is an intelligence section established although many security services and government bodies in the Republic of Serbia were against establishment of this section and asked the question why it is required for the customs service.

All the above said services which work within the Customs Administration of the Republic of Serbia on the fight against irregularities when importing and exporting goods, taking in or out dinars and foreign currency contribute to the improvement of economic security of the country with their work, engagement, expertise and efficiency. There is Internal Control Department within the Customs Administration which exchanges information with other government bodies and monitors involvement of customs officers in illegal and unlawful affairs in the customs service, monitors the connection of customs officers with criminal groups and individuals, monitors the balance at bank accounts of customs officers in the country and abroad. This department can also contribute to a large extent to empowering and preservation of economic security of the country.

4. CUSTOMS ADMINISTRATION AND MONEY LAUNDERING AS A FORM OF FINANCIAL DESTRUCTION

Money laundering is the process of disguising assets, money or property, of an illegal origin acquired by criminal acts.¹¹ This process can be considered as a multiplier of criminal activities considering that it provides economic power to criminals. As such, it makes crime profitable, since it enables the offenders to place the profit of their crimes and thus further support criminal behaviour. Money laundering as one of the most complex forms of economic crime includes huge amounts in comparison with the total economic activity. The estimates on the scope of money laundering suggest that there is expansion of this process worldwide. The expansion of various forms of transactions beyond formal financial system have been contributed to by immigration flows all around the world. They provide safer, cheaper and faster transfer of financial assets than it is offered by traditional financial institutions, which to a large extent provides comparative advantage to the criminal world.

The analysis of the Customs Administration from the aspect of threats to the system has shown that the transit position of the Republic of Serbia and the connection of the Western Europe with the countries of the South-East Europe and the Middle East consequently result in the transit of considerable monetary assets through the customs territory of our country. Money laundering is not only the consequence of a previously committed criminal offence, but also the starting point for future criminal activities and it directly reflects negatively on economic and political system but also on economic security and financial stability. The risk assessment of money laundering and financing of terrorism implies also the assessment of consequences for the system. The consequence should be understood as the damage that money laundering might cause and includes the influence of criminal activity on financial system.

Table 4: Illegal taking in of foreign currency discovered by the Customs Administration of the Republic of Serbia from 2013 to 2017

Penalties	2013	2014	2015	2016	2017
Foreign currency violations (€)	2.753.520,00	2.730.694,00	4.711.638,89	3.732.734,11	4.435.494,81

Source: Act No. 148-III-650-03-81/6/2018 dated September 07, 2018, Customs Administration Belgrade

In the last decade of the 20th century and at the beginning of the 21st century money laundering and the measures of the fight against it were in the focus of

¹¹ OSCE and Ministry of Finance, Administration for the Prevention of Money Laundering, Money Laundering Typologies in the Republic of Serbia, 2013, p. 10.

customs services globally. The estimates on the scope of money laundering and financing terrorism suggest that there is expansion of this process worldwide. The development of new forms of business activities is one of the characteristics of the modern financial world, the further consequence being also the development of parallel illegal systems of enterprising which are beyond the direct control of legally authorized institutions. Such illegal system concentrates considerable financial potential, which is beyond the control of official monetary authorities. The announcement by the European Central Bank to discontinue production and issuance of €500 banknote in the fight against illegal investors by the end of 2018 is confusing at first sight. However, they explain their decision by the research which suggests that €500 banknote, which is otherwise rarely used in everyday life and financial transactions, is mostly used by money launderers, drug traffickers, tax evaders and various terrorist groups.¹²

Any natural person crossing the state border carrying bearer negotiable instruments amounting to EUR 10,000 or more either in RSD or foreign currency, is required to declare it to the competent customs body.¹³ In case of providing false, incorrect or incomplete data it will be considered that the applicant has not fulfilled his/her legal obligation and he/she can be given a fine or customs officers can temporarily detain non-declared bearer negotiable instruments pursuant to the Law on Prevention of Money Laundering and Financing of Terrorism.

The practice in the Customs Administration records insufficiently developed consciousness of customs officers on potential danger of money laundering which results from non-declaring cross-border transfer which exceeds a certain amount and thus the majority of cases end up by submitting a misdemeanour charge and remain in the area of violations.

By detailed analysis of Chapter 24 of the European Union it has been observed that the accent is on an increased engagement of capacities of the Customs Administration in the fight against all forms of economic crime. These activities must create preconditions for better integration of all relevant state bodies which would create a way towards transformation of customs service from protective and fiscal into security-oriented. When money laundering and financing of terrorism is concerned the priority measure identified is to sign agreement on cooperation between the Customs Administration, the Ministry of Interior and the Administration for Prevention of Money Laundering which would enable better connection and exchange of data, but also provide education of customs officers to recognize the risks of laundering criminal profit.

¹² Aleksandar Čudan, Svetlana Nikoloska, „*Ekonomski kriminal*“, Kriminalističko policijska akademija, Beograd, 2018, str. 357.

¹³ Zakon o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma.

Table 5: Share of crimes in the field of economic crime and money laundering within the structure of total number of criminal offences at the territory of the Republic of Serbia

Year	Total number of criminal offences	Total number of criminal offences in the field of economic crime	Money laundering Criminal Code of RS, Article 231
2006.	99060	10470	19
2007.	104118	10587	37
2008.	106015	10477	47
2009.	102369	10560	35
2010.	101090	10445	96
2011.	101309	9677	184
2012.	97015	8768	123
2013.	113600	7421	25
2014.	102715	7836	27
2015.	98545	8170	5
2016.	93886	7658	12
2017.	91283	8172	29

Source: Ministry of Interior of the Republic of Serbia

5. CUSTOMS ADMINISTRATION AND SUPPRESSION OF INTELLECTUAL PROPERTY MISUSE

The subject of criminal-law protection are subjective intellectual property rights which a certain subject bases on legal norms of intellectual property law as legal branch. They are protected only to the extent and in cases when it is necessary, when the legal norms of intellectual property and other branches of law cannot provide adequate protection. Although the court would give a final verdict considering the existence of violation, there are special authorizations of other bodies whose application contributes to achieving a socially desirable goal: to prevent trade of goods and provision of services for which there is reasonable doubt that they infringe intellectual property rights. This fact is particularly significant from the aspect of economic security.

Customs Administration as a government body within the Ministry of Finance is the first to come in touch with import or export of unlawfully manufactured items which are subject to intellectual property protection and which more and more often are smuggled to a certain state territory. The facts suggest that this body is making efforts to participate actively in the reduction of the scope of abuse of intellectual property in the Republic of Serbia, which is at the same time

a part of business strategic goals.¹⁴ There is a wish hereby to make the system of protection of intellectual property rights as efficient as possible.¹⁵

Table 6: Illegal taking in of the intellectual property items discovered by the Customs Administration of the Republic of Serbia from 2013 to 2017

Measures applied	2013	2014	2015	2016	2017
Total number of items of the Section for protection of intellectual property	753	667	620	733	1205
Total quantity of goods suspected of intellectual property rights infringement (number of items)	1.302,084	672.168	359.799	351.994	1.424.091

Source: Act No. 148-III-650-03-85/4/2017 dated October 13, 2017, Customs Administration Belgrade

The conditions under which customs authorities take measures related to the goods which are subject to action, and for which there is a reasonable doubt of the intellectual property rights infringement, or the procedure to take measures to protect intellectual property rights are set forth by:

- Provisions of Articles 280 through 287 of the Customs Law
- Regulation on conditions and manner for application of measures for protection of intellectual property rights at the border.

The measures to protect the intellectual property rights are undertaken by the Customs Administration when there is doubt that the goods are subject to customs control and control inside the customs territory of Serbia, when there is doubt that some intellectual property right is infringed, and particularly in the following cases:

- When the goods are declared to be released for free circulation or export;
- When the goods enter or leave the customs territory of the Republic of Serbia;
- When the goods are placed under suspension procedure or in a free zone.

Detained items can be confiscated and destroyed if the court establishes the infringement of intellectual property rights. Customs measures of protection cannot be applied in case of non-commercial goods, personal luggage and presents carried by the passengers.

¹⁴ Đurica Nikolić, Aleksandar Čudan, Bojan Đorđević, „Carinski organi u funkciji suzbijanja sive ekonomije“, *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Beograd, 2016, str. 160.

¹⁵ For more efficient implementation of the measures for protection of intellectual property the Group for protection of intellectual property was founded in 2003, which in 2004 was moved to the Department for the protection of intellectual property within the Customs Regulation Enforcement Division. Since 2015 the jurisdiction of this Department is expanded to include the customs offices which from the aspect of movement of suspicious goods are considered to be so-called high-risk customs offices.

CONCLUSION

The role of the Customs Administration of the Republic of Serbia has changed over time from traditional to contemporary one. On the way towards the common European area the Customs Administration could be the initiator of the fight against grey economy, money laundering, abuse of intellectual property, prevention of organized economic crime as well as other forms of economic destructions, and in particular the factor of servicing regular budget income and not only a marginal participant in some activities. From the aspect of functioning of customs service, it is without doubt that there is an exceptional potential which has not been used even closely to its possibilities. The Republic of Serbia is creating an institutional framework for better use of potentials of customs service, particularly from its security aspect.

The segment of economic security is given more and more attention, it is written about more often and it is discussed in the sense that it represents a condition of stability of national economy. The appearance of various forms of economic crime has led to the security becoming the main issue for many countries, while the customs services are more and more required to contribute to the economic security goals.

Taking into account the character of the said threats and challenges, as well as the wide scope of actions of the Customs Administration on control of the flow of goods, passengers, transport vehicles and documents which are defined by the jurisdictions in the field of customs, foreign trade, foreign currency and tax system, this government body imposes as a possible cohesion factor of the new concept of economic security, which has not been sufficiently defined in science. The Customs Administration of the Ministry of Finance of the Republic of Serbia, as well as all customs officers, must understand the role and significance of customs service in keeping economic security, as well as its great significance in keeping regional and international security. In order to fulfil its mission, the Customs Administration is permanently developing and shaping following the example of the most state-of-the-art customs systems in the world.

Др Александар Л. Чудан, ванредни професор
Криминалистичко-полицajsка академија
Београд
aleksandar.cudan@kpu.edu.rs

Др Далибор Д. Кекић, доцент
Криминалистичко-полицajsка академија
Београд
dalibor.kekic@kpu.edu.rs

Управа царина Републике Србије у функцији економске безбедности

Сажетак: Приориитет економске политике јесте одрживи развој са интенденцијом дугорочно експанзивног развоја и релативно висока стајња привредног раста. Са започињавањем глобалне економске кризе и поремећајем на финансијском тржишту и економија Републике Србије ушла је на почетку новога миленијума у турбулентно раздобље развоја. Повезаност између економије, привреде са једне стране и националне безбедности са друге стране, је сложена и вишеструка. Више је него јасно да је економска безбедност као концепт и као пракса веома дифузно одређена и ограничена само имагинацијом онога ко је тумачи и изучава у широком спектру делатности. Предмет истраживања овог научног рада јесте економска безбедност и улога Управе царина Републике Србије. Управа царина преко Свјетске царинске организације, као и сарадњом са другим царинским службама и институцијама активно је укључена у национални и међународни систем безбедности, нарочито у погледу борбе против организованог економског криминала, који је везан за послове кријумчарења, прања новца, нелегалног преноса ефективног страног новца, корупције, пореске ушаје, злоупотребе интелектуалне својине и сл.

Резултати овог истраживања могу да послуже како би истакли значај економске безбедности у систему националне безбедности. Начин истраживања садржи: избор и примену научних метода, избора података, и обухват истраживања. Значај истраживања огледа се у чињеници да је улога Управе царина у функцији економске безбедности као субјекта и чиниоца недовољно научно истражена, а да је при том значајан елемент у савременим друштвеним односима.

Кључне речи: Управа царина, економска безбедност, деstrukције, економски криминал.

Датум пријема рада: 25.12.2018.

*Др Најица Љ. Деретић, доцент
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Deretic@pf.uns.ac.rs*

*Милан М. Милутић, асистент
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Milutin@pf.uns.ac.rs*

ОБЕЛОДАЊЕНИ ДРАСТИЧНИ ПРИМЕРИ ПОЛИТИЧКЕ КОРУПЦИЈЕ У СРБИЈИ У ДЕВЕТНАЕСТОМ ВЕКУ*

Сажетак: Као и све државе деветнаестог века, иако и српска држава у настајању, познаје феномен политичке корупције у смислу неморалног понашања људи на власти, који су се коришћењем политичке моћи богаћили и стизали разне привилегије. Самовоља малобројних на власти је управљала државом. Све је било у њиховим рукама: државна каса, зајмови са зеленашком каматом, изговачко пословање чиновника. У време када новац постоје најизраженија роба и најпогодније средство за акумулацију капиталала, људи на власти, од највишег до најнижег положаја, користе своје функције за разне новчане трансакције, да би дошли до огромног материјалног богаћства. Зеленаши у то доба су људи на власти и људи из малобројне сеоске буржоазије. Њихове жртве су махом сеоски житељи са мањим поседима; они су живели под приписком пореза, разних намећа и таксираних уверења. Размере зеленаштва су расле из године у годину, иако да су достигле врхунац 1858. године када је сазвана Светоандрејска народна скупштина, до које је дошло услед сукоба кнеза Александра Карађорђевића са члановима Државног савета,¹ који су изнудили његову абдикацију. Државни савет је, заправо, ипужбама које су оипуживале лично Кнеза, као и чиновнике његове

* Рад је резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

¹ Слободан Јовановић, *Уставобраници и њихова влада (1838–1858)*, Београд 1925, 197 и даље.

администрације за злоупотребе – сачинио текс у коме је кнез Александар Карађорђевић окарактерисан као највећи заштитник њених злоупотреба. То је било први пут да владар у Србији, због обелодањене политичке корупције, своје и својих чиновника, мора да се повуче са престола.

Други обелодањени пример круне политичке корупције, у смислу спреге власника финансијског капијала и врха власти, који је уздрмао јавност, била је изв. „железничка афера“ (1880), познатија као „Бонитуова афера“. Назив је добила по Полу Ежену Бонитуу, директору Генералне уније, француског финансијског друштва које је финансирало и градило прву железницу у Србији. Рашифкацији уговора од стране владе, претходило је остворено подмићивање посланика за глас у прилог поменутог француског друштва, као и подмићивање опозиције за присуство седници ради обезбеђивања кворума.

Кључне речи: власт, злоупотреба власти, богаћење по неморалном основу, спрега власти и финансијског капијала.

1. АЛЕКСАНДАР КАРАЂОРЂЕВИЋ У РАЉАМА КОРУПЦИОНАШКИХ АФЕРА

Александар Карађорђевић је 1842. изабран за кнеза Србије.² На престо су га довели противници кнеза Милоша – уставобранитељи. Они су били представници српске буржоазије и бирократије која је желела да ограничи Милошеву апсолутну власт. Након што су му титулу кнеза признале Русија и Турска, нови кнез се посветио спровођењу реформи и увођењу нових установа, у циљу развоја српске државе.³

Режим који су уставобранитељи успоставили значио је „завођење у Србији новог система буржоаских државно-правних односа и установа“. Уставобранитељи су од почетка лојални према султану; успевају да издајствују устав из 1838. (Турски устав) који доноси велику промену у погледу

² Александар Карађорђевић (1842-1858) је био син Карађорђа Петровића – вође Првог српског устанка. Школовао се у царској Русији, под покровитељством њеног цара. 1830. године оженио се Персидом, ћерком војводе Јеврема Ненадовића и Јованке Миловановић, са којом је имао деветоро деце (четири ћерке и петорицу синова од којих су остали живи само будући краљ-ослободилац Петар Први и Арсен).

³ Донет је Грађански законик (1844), унапређене су постојеће и основне школе, Народна библиотека и Народни музеј, успостављена стајаћа војска, покренута тополивица у Крагујевцу (1853.). У то време Србија води мирољубиву политику према Турској. Кнеза Александра примио је султан приликом обиласка Бугарске, а Србији је дао још један *Хатишериф* (онај из 1853.) којим је учврстио права која су Србији раније дата, као награду за њен неутрални положај током Кримског рата. Париским миром 1856. руска заштита Србије проширила се на све велике силе.

положаја чиновника према Кнезу. Државни и управни апарат је ослоњен на централизовану полицију и бирократију, јер им је то било неопходно ради остваривања „личне и имовинске сигурности“. Од кнежевих слугу из времена Милоша Обреновића (које је он постављао и разрешавао), чиновници постају државни службеници; постају стуб владе, главна спона са народом, мада су били слабог образовања и склони самовољи и злоупотребама. Уставобранитељски режим је учинио да чиновнички апарат као продужена рука централне власти, добије посебне привилегије које у тој мери ни пре, ни после, није имао. „Осим бројчаног повећања, загарантован им је сталан избор са могућношћу напредовања од нижег ка вишем чину; једном добијен чин не може се изгубити, осим судским путем. Плате чиновника не одређује Кнез самостално, оне се утврђују буџетом. Нису плаћали порез, осим порез на непокретним добрима. Чиновник има право на пензију; после десет година службе не може бити избачен на улицу; за удовице и сирочад чиновника установљава се један пензиони фонд...“⁴ Време ће показати да је уставобранитељима Устав био потребан да би путем њега обезбедили услове за своје богаћење и уздизање и тако постану „старешинска олигархија“, у правом смислу те речи. У теорији се уставобранитељски режим карактерише као „бирократско-полицијски режим“ који се беспопштено разрачунавао са свима који су били његови противници.

У Србији која је заостала под турском управом⁵, водеће позиције су дуго имали богађији слојеви сеоског становништва, који су те позиције полако губили у класној, политичкој и економској борби са својим супарницима и противницима. Они нису враћали државу у феудализам, већ су је водили напред у капитализам, јер су припадали капиталистичким, буржоаским слојевима друштва.⁶ Носиоци уставобранитељског режима у заосталој средини брзо су израсли у бирократе, постали су тутори сеоске буржоазије, а преко ње и целог народа. „Они нису имали потребног разумевања ни за политичка права ни за економске потребе већ прилично нарасле чаршије. С друге стране они су све више испољавали тежње да се користе својим положајима на власти за задовољење личних економских потреба. То је време првобитне акумулације капитала и зеленашке трговине; то време преткапиталистичке и капиталистичке акумулације, послужило им је да они убрзо по доласку на власт почну да се користе својим властодржачким положајима, првенствено зато да би се домогли властитих привилегија“.⁷ Под „кротким“

⁴ А. Раденић, *Светлоабдрејска скупштина*, СХП, Београд 1964, 29.

⁵ О утицају организације турске власти на устројство будуће српске државе, вид. Наташа Деретић, „Појавни облици корупције у устаничкој Србији (1804–1815)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (ПФНС)*, 2/2014, 309 и даље.

⁶ А. Раденић, 7.

⁷ *Ibid.*

Александром Карађорђевићем, првенствени циљ им је био стицање богатства (иако су од народа добили подршку да раде на спровођењу устава и закона, посебно да заштите приватну својину грађана).

У унутрашњој политици, кнез Александар дели власт са Државним саветом, у којем су доминирали уставобранитељи, по Турском уставу, али због „слабе личности“ и снаге чланова Савета, остао је на маргини политичког живота. Он није имао снаге или није хтео да обузда зеленаштво и бирократију која је спутавала даљи развитак чаршије. Приписује му се да је био представник зеленашког капитала у времену када су сазревали услови за владавину трговачког капитала.⁸ Није био способан ни да издејствује независност државе, што ће се десити тек 1878. на Берлинском конгресу, када је на власти кнез Милан Обреновић.

Владајућој елити тога доба на првом месту је била акумулација капитала. Стога су тадашњи носиоци капитала окренути трговини која им на тадашњем степену развитака доноси највише профита. Држава све више подржава капиталистичке трговачке елементе, што одговара власницима трговачког капитала (поборника слободне трговине). Људи на власти су путем лиценцирања, повластица и разних других привилегија омогућавали проширење трговинских мрежа на рачун еснафа. Таква политика државе не одговара домаћим занатлијама који траже шира еснафска овлашћења да би се заштитили од све снажније конкуренције страних, углавном аустријских фирми, чијим су доласком на домаће тржиште били угрожени.⁹ У тој неравноправној борби, еснафи нису успели и крајем XIX века остаје им да се само помире са таквом праксом.

У време владавине кнеза Александра Карађорђевића, поред малих домаћих занатлија који се боре да се заштите њихова изучена занимања, није добро ни сељацима. Они се највише жале на судове, зеленаше и државне чиновнике које сматрају својим „упропаститељима“. Понавља се ситуација због које су Обреновићи 1842. године протерани са власти јер су били омражени у народу због коришћења насилних метода првобитне акумулације, захватања, грабљења и коришћења туђих имања. У познатој оптужби Савета против кнеза Александра Карађорђевића и његове камариле каже се да су њихови приврженици злоупотребљавајући власт, постали власници или „орџаци у мејанама, дућанима и воденицама“, „да су заузели „жирородне горе“, да су радили „банкарске послове“, да су се претворили у трговце.¹⁰

⁸ А. Раденић, 9.

⁹ Еснафи као творевина феудалног друштва, изражавали су уске интересе једне категорије људи, који траже да им се заштите искључива права на изучена занимања. Тако се снајдерски еснаф у Београду жалио против полицијске управе што издаје дозволе страним мајсторима и толеришу трговину странаца „на ситно“, (на мало) иако је законом прописано да могу да тргују само „на велико“. Вид. А. Раденић, 32.

¹⁰ А. Раденић, 7.

Злоупотребе су преовладале „у војсци *ѡраничној*,... у *ѡйѡлиovníци*... у *баруѡанама*... у *ѡколама*, једном речју у свим *сѡрукама државоуравленија*.“¹¹

У злоупотребама власти предњачили су представници извршне власти као и носиоци судијских функција. Државни савет је, затрпан тужбама које су оптуживале наведене представнике власти појединих округа за разне злоупотребе – сачинио текст у коме је кнез Александар Карађорђевић окарактерисан као највећи заштитник тешких злоупотреба; уместо да виновнике кажњава, он их је награђивао, каже се у том тексту.¹² Неразумевање и трвење између Кнеза и Савета је временом попримило такве размере да их је чак и Паша саветовао да се тензије смире јер ће у супротном морати да обавести Порту о томе. Ти савети су били узалудни јер је опште мишљење било да је за мржњу између Кнеза и његових улизица („удворица“) и народа, крив био искључиво Кнез.

1.1. Злоупотребе извршне власти у време владавине Александра Карађорђевића

Велик број злоупотреба службеног положаја чиновника којима је био окружен кнез Александар Карађорђевић, био је предмет оптужби против њега о којима је расправљано на Светоандрејској скупштини, 1858. О Светоандрејској скупштини је углавном писано у вези са династијском променом. Занемаривани су социјално-економски проблеми које је Скупштина решавала. Управо су многобројне представке и жалбе и предлози из народа упућени Скупштини, одражавали израз дубоког незадовољства радом Кнеза и његових чиновника. Њих је било толико да је одлучено да се све жалбе и представке обједине и „да се сви ѡсланици од једноѡ Окружја сѡоразумеју и да најисмено сѡаве ѡеѡбе ѡа да Скуѡиѡиѡни ѡредаду“.¹³ На Светоандрејској скупштини су први пут дошли до политичког изражаја представници либералне буржоазије, грађанства у варошима и то услед великих социјално-економских промена у друштву последњих деценија пре Светоандрејске скупштине.¹⁴

Основна карактеристика владавине кнеза Александра била је повлашћен положај чиновника, до ког је, истина, дошло још доношењем Турског

¹¹ Јеврем Грујић, *Зайиси*, Књига I, Београд 1922, 236.

¹² *Ibid*, 237-238.

¹³ *Званичне новине књажевсѡва Србије*, бр. 134, 13. XII 1858.

¹⁴ А. Раденић, 5. наводи да је од 1834. до 1859. број становника највише растао у варошима. У укупно 37 вароши тај број је за 25 година нарастао од 41.347 на 86.841. У том периоду и богатства стечена највише зеленашењем и трговачким капиталом, најбрже се гомилају у варошима. Према попису из 1863. варошани су имали у просеку три пута више имања него сељани.

устава (1838).¹⁵ Водећи се идејом да треба реформисати српско друштво, 1842. године су донете две уредбе којима је уређен њихов положај. Једном од њих – *Уредбом о чиновницима*, прописано је да се „за чиновнике постављају српски држављани, разумни, поштени и образовани људи (са завршеним правним и филозофским наукама или гимназијом, најмање) и да су доброг владања...“ У пракси је међутим, све било другачије од оног што је записано у наведеној уредби. Соломонова реченица цитирана у једној представи скупштинских посланика – „*Боље је имајти пријатеља него бијих њошћен*“, најсликовитије описује стање у држави која функционише у раљама протекције и корупције. У државним службама од највише до најниже, „зацарио је непотизам где се на најважнијим, најбоље награђеним местима, налазе владарев, попечитељев, совјетников син, или синовац, унук или зет, симпатија или пријатељ“, како је у својој представи навео један практикант окружног суда у Крагујевцу, који се управо због наведених момената, осећао запостављеним у служби; ћутао је јер се плашио да ће због изнесених околности завршити у неком од постојећих казамата.¹⁶

У време владавине уставобранитеља власт су добили чиновници предвођени бирократском интелигенцијом. И док се под Милошем Обреновићем, како тврди Вук Караџић, ником није миљило да буде чиновник, сада је то примамљива служба. Под уставобранитељима настаје прво правно организовано чиновништво код нас. Очекивање да „о судбини државе више не одлучују људи Милошевог кова – нешколовани, лакоми, корумпирани, понизни и лукави, већ школовани људи“, јер су међу њима предњачили Срби из Војводине, „пречани“ – стварност је брзо демантовала. Нема сумње, да је међу њима било способних људи: професора, лекара, инжењера, који су знали свој посао. Али ти чиновници су се налазили у врховној управи и чинили су техничко особље, није их било ни у суду, ни у полицији. У полицији 70% чиновника имало је завршену само основну школу,¹⁷ и ти полицијски чиновници се нису одвајали знањем и општим образовањем од сељачке масе којом су владали.¹⁸

Када је 1850. донет *Казнијелни законик за полицајне пресјудике*, а затим исте године и *Полицијска уредба*, полицијска власт добија на ауторитету. Донети законски прописи „дају пендрек у руке полицији“, која је по речима

¹⁵ Вид. Наташа Деретић, „Појавни облици корупције у Србији у XIX веку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (ПФНС), бр. 4/2015, 1731.

¹⁶ А. Раденић, 23.

¹⁷ По подацима из 1856. године од 359 чиновника колико их је тада укупно било, њих 252 су имала завршену средњу школу, 65 гимназију, 10 богословију, 14 филозофију, 8 права, 2 војне науке, а 8 је било неписмено. Вид. Слободан Јовановић, *Уставобранители и њихова влада*, књига II, Београд 1933, 61.

¹⁸ А. Раденић, 42.

Слободана Јовановића „брзо дошла до потребног уважавања“. Полиција добија већа овлашћења, па тако може и да кажњава. Њене се пресуде одмах извршавају; могућност жалбе у случају телесних казни „постојала је тек након добијених батина“. Полиција постаје сила: „она бије, затвара, глоби свакога ко не слуша“. То је све имало за последицу честе злоупотребе у виду прекомерне употребе силе.¹⁹

Како представници највише власти, тако и народ, забринuto је посматрао злоупотребе, неуредност, недисциплину и бахатост у редовима чиновника. Алекса Симић, тадашњи министар финансија, жалио се након једне инспекције по унутрашњости да „чиновници раде од беде, као да су дошли на кулук, а за авансирањем и илајом жрабе се као жусенице“.²⁰ Народ је свакодневно износио притужбе на паразитски живот чиновника, које је због тога и омрзнуо. Из свести полиције су тешко избијале наслеђене мисли из Милошевог времена о држању народа у послушности и покорности искључиво батинањем.

Србија коју је преузео да води Александар Карађорђевић била је мала заостала кнежевина без сопствене монете, без банака, без већег унутрашњег тржишта, са робном производњом у зачетку и трговином која је располагала недовољним капиталом. Сточарство је осетно опадало, а пољопривреда једва да је напредовала. У робно новчаном промету у коме је нестајала натурална привредна аутократија и губио се примат сеоске заједнице, поред сопствене заосталости, осећао се и застој услед економске кризе која је 1857. захватила Европу. Људи су се жалили да све теже подмирују повећане трошкове које им је наметнула држава. У јагми за новцем до којег се тешко долазило на регуларан начин, узело је маха зеленашење (лихварство) коме је ишло у прилог то што у земљи није било новчаних завода. Постојеће благајне и фондови са малим капиталом (*Правиљељсџивена каса, Школски фонд, Фонд за удовице и сирочад умрлих чиновника, ойџийинске касе* и тзв. *йойуларне масе*) биле су државне институције које су давале зајам са законском каматом од 6 до 12%. Због нерегуларног и пристрасног пословања нису могли да умање утицај зеленаштва (лихварства).²¹ Лихвари односно зеленаши, у то доба су људи на власти и људи из малобројне сеоске буржоазије. Њихове жртве су већином сеоски житељи са мањим поседима и привредници у невољи. У једном од натписа у Србским новинама констатује се да

¹⁹ Окружни начелници су судили за преступе за које је била предвиђена казна од 15 дана затвора или 35 удараца штапом. Вид. Н. Деретић, *Национална историја државе и права за сџуденије КПА*, Београд, 2008, стр. 171.

²⁰ С. Јовановић, 56.

²¹ Тако је државни завод *Правиљељсџивена каса* одобравао зајам најпре у висини 300 дуката па навише, а каснијом уредбом од 50 и 100 дуката, што су могли да траже само имућнији домаћини, при чему је зајам морао бити обезбеђен некретнином (чисте земље и ливаде, као и куће од доброг материјала заједно са плацем у вредности половине зајма...) Вид. А. Раденић, 16.

„лихвари лако дају сељаку новаца само када се увере да он има земље и каквих нейокрејних сѣвари“.²² Примери драстичног зеленашког богаћења на рачун убогог дужника, који је зајам тражио не из беса већ из нужде, објављују се у штампи, коментаришу се у јавности. Веома често су се нижи носиоци власти, кметови и одборници, служили новцем Општинске касе: узимали су зајам са законском каматном стопом (10%), па би их онда делили са зеленашким интересом. За мале, најтраженије зајмове од два, пет и десет дуката, они су на име камате добијали три, четири и више гроша месечно.²³

Последице зеленаштва у тадашњој Србији добијале су фрапантне раз-
 мере. Презадужено становништво, које није успело да се заштити од безоб-
 зирних зеленаша, масовно је пропадало финансијски. Немајући одакле да
 врате позајмљени новац са зеленашком каматом, остајали су без свог ионако
 малог имања, које су зеленашки шпекуланти јефтино куповали на лицитаци-
 ји код принудне продаје. Тако су лоповлук, крађа и отимање туђе имовине
 под заштитом закона и судова, постајали свакодневна слика државе Србије
 у настајању. И поред свих лоших страна лихварства, чланови Савета нису
 хтели да изгласају строже законске прописе, образлажући то речима да би
 строжи прописи кршили принципе слободне трговине. Зеленашима је ишло
 у прилог и то што ниједан законски параграф није предвиђао санкцију про-
 тив зеленаша, па су они уговарали камате одока, позивајући се на члан 601
 Грађанског законика којим је прописана камата од 6% до 12%. Сам Кнез је
 цинично поручио народу да је „*шијетна његова собствена ако се у њевлике
 инџересе дави...*“²⁴ Размере зеленаштва су биле све веће, да би у години када
 је Кнез смењен достигле врхунац. Остало је забележено да размере зеленаше-
 ња нису оставиле равнодушним ни француског конзула који својим писмом
 од 31. јула 1858. указује да се и међу совјетницима могу наћи они који посуђују
 новац на „облигацију са двоструким износом“.²⁵

Драстичних примера злоупотребе власти и положаја било је на сваком кораку. У томе су предњачили окружни и срески начелници.²⁶ „Према тврдњама посланика крајинског округа, њихов окружни начелник, извесни Коста Јанковић, бавио се увелико шпекулантском и зеленашком трговином, примао

²² *Србске новине*, бр. 75, 3, VII, 1858.

²³ А. Раденић, 17.

²⁴ *Ibid*, 16.

²⁵ *Ibid*, 26.

²⁶ „Турски устав“ из 1838. је Србију поделио на 17 *окружја*, а сваки округ на неколико *срезава*, а срезове на *ойштин*е и *села*. Следеће године 1839. донесен је закон којим је регулисан положај, дужности и функције окружних и среских начелника. Окружни начелници су потчињени Министру унутрашњих дела, а срески начелник је потчињен окружном начелнику... Вид. Н. Деретић (2008), 169.

мито за незаконите услуге, изрицао казне без законске основе, присиљавао људе да му раде уз ниске наднице, повећавао таксе када је имао користи, смањивао казне када би примио мито... У време када се народ највише жалио на шумску уредбу којом је ограничена сеча шума, он је са својим трговачким ортацима секао дрва у шуми... правио греде, даске... па под изговором јавних радова терао људе да ту грађу довлаче до Дунава, уз ниске наднице. Даље је уз помоћ свога зета Ђумругџије превозио дрва без потребних дозвола и такси у Турску. На сличан начин је тај окружни начелник учествовао у куповини и препродаји вина, жита, свиња, земље, кућа, отварању механа са ортаком, подизао је воденице тамо где је било забрањено... Како је био више на путу него у својој канцеларији, једном приликом му је неки трговац пребацио да би требало да се бави својим послом за који га држава плаћа, а да њима, трговцима остави да раде оно за шта су способни; окружни начелник га је ућуткао тако што је искористио прву прилику па га казнио са 25 батина²⁷.

Јеврем Грујић у својим *Записима* осликава верно време пре и после Светоандрејске скупштине. Он на занимљив начин упознаје јавност са причом о извесном Радовану Петровићу (начелнику у Крушевцу) који је „ојадно народ својим поступцима, купујући на њихов терет – вино, кукуруз, свиње, секући шуму народну – па онда све то продавао по Влашкој. Народ му је још правио оборе за свиње које му је хранио; у време берби грожђа у Неготину са својом фамилијом на терет народа се проводио и пио. Када се поменути начелник нашао на суду и био осуђен као неверни извршитељ закона, злоупотребитељ власти и нарушитељ спокојства овдашњег народа, лишен звања кнез Александар Карађорђевић, поништи све пресуде, премести га за начелника у Јагодинском округу, па када се и тамо све понови, пребаци га у Крагујевац.“²⁸

Иако је кулук био законом укинут, сељаци су коришћени по наредби општинских и среских начелника за радове на јавним објектима (за градњу путева, мостова, школа, црква...) за мизерно малу дневницу. „У притужбама на рад начелника појединих округа, наводе се примери житеља појединих села који су беглуком трње на плацеве начелника довлачили и заграђивали га. Житељи другог села су за свог капетана греде секли и довлачили на његов плац. У неком другом селу, опет, људи су морали да за свог капетана сваку десету шљиву оберу и осуше, да од сваког казана литру ракије првенца донесу, да десети пласт сена донесу. Неки сељанин је опет био осуђен на телесну казну, па када је у начелштву стигла пресуда за извршење, начелник га отпусти и не хтеде казну извршити и за то добије два вепра и две вреће брашна; тај исти начелник (извесни Трипковић) је натерао у Кривом Виру,

²⁷ А. Раденић, 22

²⁸ Ј. Грујић, 236.

људе, жене и децу да сакупљају у својој планини буков жир на гомилу, а после су кметови организовали да то стигне начелнику у Зајечар...“.²⁹

Кнезу Александру Карађорђевићу је на Светоандрејској скупштини замерено „што није заштитио људе којима је од стране старешина отимана земља, сечена шума, храњена стока на њиховом поседу и др. , а они су због притужби на те злоупотребе, проглашавани за бунтовнике и као такви осуђивани“. У вези са тиме, у већ цитираним *Записима* Јеврема Грујића се види на пример, како је, „у Ћупријском округу неки начелник Татар Богдан, који није ништа радио по званичној дужности, него је заузимао општинске земље и шуме и градио воденице и старао се како ће туђим знањем и народним добрима, обогатити. Тако је узео плац параћинске општине код цркве, где је воденицу преместио у једну кулу и оградио. Мало му је било параћинско земљиште већ је захтевао и земљу од ћупријске општине. Ако би неко о његовом понашању известио полицијског или судског чиновника – таквог је он као противника власти и неприврженика Књазу код овог представио, те га је овај после гонити предузео“.³⁰ Народни прваци из Подриња су Скупштини и њене посланике известили о једном бившем начелнику из овог краја „који је отимао земљу од босанских Турака под лажним турским тапијама. Он је тукао и силом расељавао људе с породицом, заједно са ситном децом са земље, на коју је он око бацио да је заузме; такав је због привржености Књазу и пензију добио“, протестовали су сељани.³¹

Архиве тог времена препуне су докумената око дугова и јавних лицитација (дражби). Службене новине су испуњене већим делом „судским огласима о стечају и продаји имања на лицитацији“. Као куриозитет наводи се оглас о једној пресуди којом се обзнањује „продаја имања једног грађанина ради наплате дуга, од 500 цесарских дуката са интересом од 8%, повериоцу који је био сам кнез Србије, Александар Карађорђевић“. Седамнаест „стецишта“ и двадесет три лицитације оглашено је у том броју званичних новина. Дужници којима се продавало имање били су већином сељаци, а повериоци варошани.³² Оваквим пословима владајућа олигархија из редова чиновника, постајали су „трговци, закупци свега што се лицитирањем продавало; они су ортаци у механама, дућанима,“ воденицама, и са тако оствареним капиталом раде банкарске послове. Посебно им је ишло од руке давање зајмова са каматом („месечно цванцик на један дукат“), па се у том смислу помиње и извесни бивши чиновник који је дао 2000 дуката на зајам.³³

²⁹ Ј. Грујић, 220-226.

³⁰ Ј. Грујић, 237.

³¹ *Ibid.*

³² Званичне новине, бр. 118, 30. X 1858

³³ Ј. Грујић, 237.

У време владавине кнеза Александра Карађорђевићем уносан посао којим се остваривала огромна материјална добит било је и зидање. Зидало се на све стране и без прекида у чему су предњачили они на власти који су се већ енормно обогатили. Посебно је на зидање државних зграда одлазило доста новца, јер су непрофесионално зидане, и одмах брзо поправљане, што је изискивало огромне издатке.³⁴ Чести су били случајеви ортаклука између чиновника и мајстора који су градили народна здања, школе, зграде судова... „Трошкови се израчунавају у повишеном износу и прирезом сакупљају, па се вишак после ортакчи дели између ортака“.³⁵

У послове градње упуштао се и сам Кнез, о чему је вођена бурна расправа на заседању Савета, 21. септембра 1855. године. Предмет расправе била је дојава да је „Књаз начинио и да гради зданија у Бањи брестовачкој, на правитељственој земљи, богатој лековитом и минералном водом“.³⁶ Ту је саградио кућу и кнежев рођак Александар Трифковић,³⁷ начелник зајечарски, и исту назвао „кула Трифковића“ (правдајући се да има одобрење Књаза, што је овај, наравно, негирао). Ако би се применио члан 278 Грађанског законика који регулише ситуацију када неко на туђој земљи без одобрења подигне зграду, поменуте зграде би требало срушити. Иако је било гласова за рушење зграде, превагнуло је мишљење да се то не ради, већ да се „Књазу предложи, да док је жив, ужива ту зграду, а после нека је поклони држави; ако неће, нека тера све с правитељствене земље...“³⁸ На поменутом заседању саветници су овластили председника Савета (Стефан Стефановић-Тенка) да лично разговара с Кнезом о искрслном проблему „дивље градње“. Одлучено је да се од Кнеза затражи да се писмено изјасни да је грађевина у брестовачкој бањи грађена за државу, а да „Трифковића кула“ (која је грађена тако што је „народ на робију и кулук теран“) да се сруши, јер је грађена противно закону, а наочиглед Кнеза.

Председавајући је на наредној седници 8. децембра 1855. године известио присутне да је Кнез одбио да да било какав писмени извештај о наведеној градњи. И да ће о свом неспоразуму са Саветом извести како Народну Скупштину, тако и Порту. То је наравно изазвало огромно негодовање присутних посланика, који су подсетили све присутне да „Књаз не сме *преко*

³⁴ С. Јовановић, 98.

³⁵ А. Раденић, 21.

³⁶ Ј. Грујић, 220-232.: Тамошња полиција је приморавала житеље Бање да долазе на послугу и на чување страже; недељно се тамо наизменично смењивало по 30 људи. Општине су морале редом да доносе дрва, пилиће, гуске, патке, сир, масло, мед, сено и зоб. Књаз је то плаћао сено и зоб онако како би сам проценио. И по стотину оваца је узимано од сељака како би увек било млека и јагањаца док Књаз борави у Бањи.

³⁷ То је исти онај који се наводи у вези са поменутих злоупотребама у Кривом Виру. У изворима се негде среће као Трипковић, а негде као Трифковић.

³⁸ А. Раденић, 36.

Закон³⁹. Одлучено је, ипак, да се писмом поново обрете Кнезу да још једном објасни будућу судбину здања у бањи које је тако ражестило посланике. Неки су предлагали и да се формира комисија која ће обилазити места по Србији и која ће видети и констатовати оно што сви виде „каква се зла у народу чине; како народ пишти и данас, као и под Турцима“.³⁹ На следећем заседању Савета, 14. децембра 1855. прочитано је писмо Кнеза којим потврђује да је здање државно; само уживање зграде припада Кнезу за живота. О судбини куле Трифковића није било ни речи.⁴⁰

Јеврем Грујић у белешкама са седница Савета (коме од 12. априла 1858. председава Тома Вучић Перишић⁴¹) од половине 1855. до краја 1858. године, говори о неправилностима у трошењу буџетских средстава од стране појединих попечитеља.⁴² Једна таква расправа је обележила седницу Савета која је одржана 22. августа 1855. године. Седница је отпочела излагањем Алексе Симића, кнежевског представника и попечитеља иностраних дела, који је тражио да се накнадно одобре трошкови у висини од 500 сребрних форинти које је направио Тимотије Кнежевић, начелник одељења у кнежевској канцеларији, боравећи у Бечу. Поменуте трошкове је направио без одобрења Државног Савета. То је одмах изазвало негодовање у сали Скупштине, где је саветник Јеремија Станојевић, протестовао због енормних трошкова које чине кнежеви запосленици. „*Ја кад бих знао да ће овакав Књаз и овако Правитељство у Србији још задуже бити и овако се безаконо новци трошити, ја бих сад ома дао глас да се сва каса појечитиљима преда, па барем нека се одма све распури и укројаси*“.⁴³ Већина је тражила да тај трошак плате

³⁹ А. Раденић, 38.

⁴⁰ *Ibid*, 40.

⁴¹ Радомир Поповић, *Тома Вучић Перишић*, Београд 2003, 232.

⁴² Да у државним финансијама за време Уставобранитеља и Александра Карађорђевића није било много реда, указује С. Јовановић. „Нико није био задужен да се стара о буџетској равнотежи. Министар финансија није доносио никакав општи буџет, у коме би била постигнута равнотежа између прихода и расхода, већ је сваки министар доносио свој специјални буџет и подносио га Савету на усвојење, при томе је то радио с превасходним циљем да што више пара добије за своје министарство, а тиме и за себе. Реформисање пореског система је било неминовно јер се државна каса споро пунила, а брзо празнила. Општинске власти су штитиле газде а оптерећивале сиромашније грађане. Уставобранитељи су се били обавезали народу да неће повећавати порез. То из разлога што када је кнез Михаило повећао данак од пет на шест талира, ту околност су искористили уставобранитељи и бунили народ против њега. Памтила се она реченица Томе Вучића Перишића: „*Ко ти успражи више од њеј њалира пореза, узми њушку па иза крушке гађај право у срце*“. Изабрани кнез Александар Карађорђевић је прихватио да врати порез на пет талира, и тај износ ће остати до краја његове владавине. Иако су расходи били све већи, ни кнез ни Савет нису имали храбрости да директно повећају порез, већ су то урадили заобилазним путем: повећањем извозне царине на свиње, утростручивши судску таксу, повећањем шумске таксе...“ Вид. С. Јовановић, 96–101.

⁴³ Ј. Грујић, 27.

они који су га послали у Беч, без одобрења Савета.⁴⁴ То из разлога што „је зло да њојечийиѣли без казне осѣјају, када *цѣио скриве*, јер они нису закуѣили Србију ња да моѣу да раде *цѣио хоће*. Треба једанѣиѣи да се закон врѣи. Они њо закону не смеѣу никаква ѣроѣка без одобрења Совѣѣи чиниѣи; а када су ѣа учинили, нека се казне соѣим *цѣио ће сами ѣѣј ѣроѣак ѣлаѣиѣи*. Ја за ово не дам ни једне ѣаре из касе“, огорчено је говорио Стојан Јовановић Лешјанин, саветник.⁴⁵

Огромни трошкови из државне касе су ишли на тзв. „чрезвичајне трошкове“ за гушење буна и завера. Режим Александра Карађорђевића је био заснован на преврату и испрва је морао добро да буде чуван да не буде срушен. Стога се много трошило како на напојнице турским великашима и награде присталицама, тако и на тајну полицију.⁴⁶ То и није био велик проблем јер је владајућа гарнитура имала различите изворе прихода. Приходи који су посебно иритирали народ тицали су се данка и ђумрука. Постојале су четири врсте данка: главница, чиновнички данак, бећарски данак, харач.⁴⁷

О паразитском животу чиновника сведоче и примедбе посланика рачанског среза који су тражили да се престане са праксом „дочекивања службеника на службеном путу“ јер је то изискивало велике трошкове. Гошћење начелника полиције, који су обично ишли у друштву више људи по срезу и округу, постало је стални и огроман намет; подсећало је народ на турско доба, када су морали да госте спахије и муселиме. Цех би био од две до три стотине гроша. За једног окружног начелника причало се да би све што би од гозбе претекло – јагњад, пилићи, зоб и јечам за коње итд, товарио на кола и слао кући. Један сеоски капетан дао је поклати сву дотерану стоку, купио коже и послао кући.⁴⁸

Један од великаша из времена владавине кнеза Александра Карађорђевића био је и Миша Анастасијевић.⁴⁹ Он је био оличење нагло обогатења

⁴⁴ Они који су га послали били су: Књаз, председавајући (Стефан Стефановић-Тенка, поменути Алекса Симић (попечитељ иностраних дела), Стефан Марковић (попечитељ правосуђа и просвете), Стефан Магазиновић (попечитељ унутрашњих дела) и Александар Ненадовић (попечитељ финансија).

⁴⁵ Ј. Грујић, 31.

⁴⁶ С. Јовановић, 98.

⁴⁷ Главницу која је износила пет талира, плаћао је свако ко је имао непокретна имања, односно ко се самостално бавио занатом или трговином. Главница је била мешавина између пореза на личност и пореза на имовину. При томе држава је препустила општинским властима да од ока врше процену имовног стања грађана. *Чиновнички данак* био је данак на непокретност, а не данак на плату; плаћан је сразмерно вредности имања (при чему су имања била подељена на седам класа)... *Бећарски данак* су плаћали неочењени „људи без куће и баштине, који су служили код другог“. Реч је била о данку на принос од личног рада... *Цигански данак* су плаћали само ненастањени Цигани; исти је одређивао цигански кмет. Вид. С. Јовановић, 100

⁴⁸ *Ibid.*, 41.

⁴⁹ Рођен је 24. фебруара 1803. у Поречу на Дунаву који у то време припада Османском царству. Још као дете служио, кувао и продавао сапун у дућану Динуловића, након чега

члана чаршије на прелазу из турске касабе у европски град. Он се користио раздобљем првобитне акумулације и периодом трговачког капитала. Богатство је стекао методама једне и друге владавине. Главни његов посао постаје трговина сољу. Политичким везама обезбедио је монопол прво на извоз соли из Влашке и Молдавије, а након тога и на њен увоз из Аустрије, што га је учинило једним од најкрупнијих трговаца сољу на Балканском полуострву, а убрзо и најбогатијим човеком на Балкану (после кнеза Милоша Обреновића, свакако). Први спахилук је купио 1844., да би у Румунији њихов број нарастао на 12. Као политичар, одржавао је добре односе са кнежевима Милошем Обреновићем и Александром Карађорђевићем. Са кнезом Александром Карађорђевићем је покварио пријатељске односе када је неуспешно покушао да свог зета, Радована Дамјановића, спасе тамнице (у којој је и умро) због учешћа у Тенкиној завери.⁵⁰ Анастасијевић са Илијом Гарашанином и Томом Вучићем Перишићем покреће свргавање кнеза Александра Карађорђевића и као председник Светоандрејске скупштине 1858. учествује у династијској смени. Поновним избором Милоша за кнеза, Анастасијевић напушта земљу и само повремено се враћа. У годинама које су уследиле, расипао је немилице новац, јер немајући мушке деце, није имао „за кога да чува новац“. Постао је велики добротвор – учествовао у штампању књига многим писцима, опростио

прелази у најам као подрумџија код поречког старешине Ага Вула Глигоријевића. (Београдске илустроване новине, Број 4, Година 1 – „Миша Анастасијевић“, М. Ђ. Милићевић, Фебруар 1866.) Године 1817. постављен је за цариника на добровачкој скели. Тада већ има уштеђевину од 300 гроша и започиње већу трговину. Кренуо је око 1825. да се бави трговином јеленским роговима, што га је уврстило међу богатије људе у Србији. („Застава“, Нови Сад 1885. године) Оженио се 1825. Христином Урошевић, млађом кћерком свештеника Илије Урошевића. Са Кнезом и крупнијим трговцима у контакт је ступио управо преко њеног брата Симе, кнежевог писара. На трговину крупном стоком, помоћу политичких веза прелази за рачун аустријских трговаца. За дунавског капетана поставља га Милош 1833, да би се са породицом преселио из родног Пореча у Милановац, па 1842. у Београд. Миша Анастасијевић је, између осталог, 1857. године започео да зида зграду (која је коштала 11.000 златника, по другим изворима 110.000 дуката) за своју кћерку, али га је развој политичких догађаја навео да 1863. поклони ту зграду отаџбину. Данас је у њој Ректорат Универзитета у Београду. Умро је 1885. Вид. <http://www.politika.rs/scc/clanak/249927/Zaduzbina-kapetan-Misa-Anastasijevic-traje-150-godina>, приступљено 13.12.2018.

⁵⁰ Тенкина завера је била резултат дубоког неслагања кнеза Александра Карађорђевића са члановима олигархијског Државног савета (Стефан Стефановић-Тенка, Павле Станишић, Радован Дамјановић, Паун Јанковић) и председником Врховног суда Цветком Рајовићем. Дамјановић и Станишић нису знали за све планове јер су били у ширем кругу завереника. Циљ главних завереника био је кнежево убиство, а преврат и кнежева смена оних из ширег круга. Заверу је финансирао некадашњи кнез Милош у висини од 5000 дуката које је пет завереника поделило. Унајмили су убицу који није обавио посао, већ их је уцењивао. Познаник несуђеног атентатора их је пријавио полицији. Прво су осуђени на смрт, али је због интервенције Порте казна је преиначена у доживотну робију. Након ових догађаја Кнез је припремио посебан државни удар против Савета. Затражио је од шест саветника да поднесу оставку.

дуг свом великом пријатељу Илији Гарашанину, финансирао балове на двору Александра Карађорђевића, док му се није замерио.⁵¹

1.2. Злоупотребе у судству у време владавине Александра Карађорђевића

Ќнез Александар Карађорђевић је ступио на престо 1842. године, а убрзо је уследило доношење и Грађанског законика Србије 1844. Законик није донет његовом заслугом, већ је Јован Хацић започео израду законика још у време прве владавине кнеза Милоша Обреновића. О приликама у судству у време када је издат Грађански законик сликовито говори С. Јовановић: „тројица председника суда су били неписмени, десеторица писмени толико да се могу потписати, тројица су учила још нешто сем основне школе, само је један правник. Према томе, није нимало претерано тврђење једнога противника новог судског устројства, да је у време издања Грађанског Законика, у свима судовима било свега четири човека који су тај законик могли читати и разумевати ‘с тачке правословне’“.⁵²

Судски поступак је пун формалних радњи и док се све испоштују прође и по годину дана дангубљења по суду уз знатне трошкове за свакојаке таксе; на крају када човек види „шта је све издангубио, шта потрошио и штетовао, онда се аратосиле и парнице и живота свога“.⁵³ Судови су затрпани великим бројем нерешених предмета јер су суђења дуга и спора; за споро суђење је много више била крива неспособност судског особља него компликованост судског поступка.⁵⁴ Министар правде, Алекса Симић, забринут због таквог стања у судству истиче на Скупштини: „*Наши се људи не љарнице из уверења да је љраво на њиховој стјрани, неђо из инаија, или из жеље да љприсвоје себи штио љод шјуђе*“.

Иако је 1858. године донета одлука да се поопштри судски поступак у доказивању преноса и постојању оптерећења на непокретностима, судови су и даље олако приступали очигледним злоупотребима од стране носилаца власти. Тако су толерисали самовласно заузимање туђег земљишта и разграбљивање општинске земље, посебно шума, прихватајући доказе попут заклетве неког лица, пријатеља, комшије, да је дотични власник те непокретности то био одувек. Овакво понашање судова се више није могло толерисати

⁵¹ <http://www.politika.rs/scc/clanak/249927/Zaduzbina-kapetan-Misa-Anastasijevic-traje-150-godina>, приступљено 13.12.2018.

⁵² С. Јовановић, 14.

⁵³ . А. Раденић, 103.

⁵⁴ С. Јовановић на стр. 21 наводи пример који сликовито описује неспособност судског чиновника да сачини најпростији извод из исказа сведока. Парничне стране и сведоци су махом били прости људи који су причали надугачко и нашироко, и опет се није знало шта хоће да кажу.

па се на Скупштини инсистирало на строжем доказном поступку код признавања права својине. То је био још један доказ да се капиталистички концепт трговачког капитала већ усталио. По наведеном концепту, својина као неотуђиво право се морала поштовати; својинска права се више нису могла стећи насилним методама првобитне акумулације, путем самовласног отимања, захватања, ограђивања, већ само средствима капитала, сада углавном новцем који се налазио у рукама људи који су или били на власти или су у спрези са њима блиским људима обртали капитал.

Из посланичких жалби види се да су судије злоупотребљавале своје положаје на начин да нису водили рачуна о редоследу парничних предмета, па су парничари из реда сиромашнијих годинама чекали да им се реши предмет. С друге стране, били су предусретљиви према оним парничарима који би их „наградили“ за њихов „труд“. „Многи од судија поред мита, узимали су и новац на зајам са ниским каматним стопама из тзв. „пупиларних каса“ и депозита, па би исте употребљавали за зеленашке послове; новац су делили сељацима, под врло високим каматама, „по 1 цванцик месечно на дукат“, што је изазвало отворену побуну у народу.⁵⁵ Судије су знале и да у тумачењу закона буду пристрасне; изрицале су пресуде које су изазивале оправдани револт како оштећених тако и осуђених. У свему наведеном, по представкама које су стизале у Скупштину, предњачио је Ужички суд за који се у представкама тврдило да „*пресуду без мишћа никоме није хтео издајти*“.⁵⁶ Због наведених аномалија, опште је мишљење у народу било да је судски поступак довео народ до пропасти. Док се покренута парница оконча, „и живот парничара се сконча“, говорили су заговорници реформи правосудног система. Они су тражили да се врати усмен поступак, онај који је био примењен од 1835. до 1839., у време владавине кнеза Милоша: „*Са оваквим би се њосиујком народ ојоравио и у имању њобољшао, а њиме и каракџер србскиј одржао и свејиња закона и заклейве у закону силу њоврајила*“.⁵⁷

Посебан проблем била су суђења где су окривљени рођаци или пријатељи људи на власти. Судија није смео да пресуди на њихову штету јер се плашио санкција које ће га стићи након суђења. Судије које би у таквим случајевима пресудиле по слободном судијском уверењу били су „гоњени и упропашћени“, па су стога неретко судије поступале мимо закона. Кнез Александар Карађорђевић се није либио да интервенише у судским парницама. О политичком утицају Кнеза на правосуђе сведоче *Записи* где је забележено да је цео првостепени суд био осуђен због тога што је ослободио једног човека на чијој је кривици и осуди лично Кнез инсистирао.⁵⁸ И док је на

⁵⁵ А. Раденић, 18.

⁵⁶ *Ibid*, 26.

⁵⁷ А. Раденић, 103.

⁵⁸ Ј. Грујић, 210.

коме су живели најбогатији људи Србије.⁶² Тако је Председник Светоандрејске скупштине у време Александра Карађорђевића – већ помињани Миша Анастасијевић, важио за најбогатијег човека у Србији.⁶³ Ради илустрације обима његовог богатства, које је прелазило 35.000 дуката, наводи се да је могао да купи, нпр., имање свих поседника из Ражња, Ивањице и Митровице.⁶⁴

Већина у Скупштини била је сложна у свргавању кнеза Александра Карађорђевића и уклањању бирократског и зеленашког режима.⁶⁵ Под притиском либералне опозиције (коју су чинили варошка буржоазија и нова интелигенција), донет је 8. децембра посебан *Закон о народној Скупштини* који је предвиђао само један скупштински сазив. Сазвана је Светоандрејска скупштина (трајала од 30. новембра 1858. до 31. јануара 1859. године). Значај Светоандрејске скупштине је и томе што су тада ударени темељи *представничког система* у Србији.⁶⁶ На Скупштини је примењен чл. 10 поменутог Закона где је писало да „*Народна Скупштина може у име народа код Совјет-а Земаљског кораке чинити, да се сваки уопште званичник због осведоченог злоупотребе дужности под одговор узме, а према величини кривице под Суд даде.*“ Државни савет је на Светоандрејској скупштини оштро устао против кнеза Александра Карађорђевића, али он није прихватио упућену критику на рад његових чиновника, образлажући то речима „*да оцењивање рада правитељствујуће службе не може да врши законодавна власт, већ искључиво „законоизвршићелна власт*“. Совјет је остао при свом ставу.⁶⁷

Одлуком Светоандрејске скупштине крајем 1858. године, збачен је с власти Кнез Александар Карађорђевић коме је замерено да је злоупотребио власт, нарушио положену заклетву, изгубио народно поверење и „*обезумио досиојанство поглавара земаљског.*“⁶⁸ На Скупштини је истакнуто да је погазио: устав, Скупштинско право народа, правила о извршној и судској власти у Србији, уставом и законом загарантована права о личној си-

грађанска одела, одбацивале су се навике турског амбијента, шириле су се идеје са запада. Овај преображај је нарочито уочљив од 1848. када су учестали контакти са Аустријом и удаљенијим земљама Европе.

⁶² Београд, који је 1834. имао свега 7.033 становника, био је далеко највећи град тадашње Србије са 18.860 душа. Други по величини био је Пожаревац, који је 1859. године имао само 5.309 становника.

⁶³ А. Раденић, 6.

⁶⁴ Државопис Србије, Београд, II, 1863, 73.

⁶⁵ А. Раденић, 37.

⁶⁶ Донет је *нацрт Закона о народној скупштини* који је саставио Андрија Стаменковић, а прочитао га је Јеврем Грујић. Констатовано је да је Скупштина највиша институција у земљи. Главни закони се нису могли доносити без Скупштине. Предвиђа се и одговорност министара уколико повреде закон или интересе земље. Предвиђа се и да народни посланици не одговарају никоме због оног што у Скупштини буду говорили...

⁶⁷ Ј. Грујић, 211.

⁶⁸ *Ibid*, 239.

гурности и слободи грађана, да је погазио уставом и законом загарантовано право неповредивости имовине...⁶⁹

Група младих либерала, уједињена са незадовољним новим снагама уставобранитеља, подржана од Обреновића, збацила је кнеза Александра Карађорђевића са власти и довела поново на престо остарелог Милоша Обреновића о чему је сачињена посебна *Прокламација* 6. јануара 1859. Друга владавина кнеза Милоша је била краткотрајна (1859-1860). Он је одмах донео *Закон о наследству њресџола*, тражио је ревизију Турског устава из 1838. и затражио је од Порте да исели муслиманско становништво из Србије. Умро је 1860. и ти његови захтеви нису испуњени. Након тога поново ступа на престо Милошев син Михаило, који наставља политику свог оца, а то је успостављање апсолутистичког режима и спровођење строгог централистичког система управе. У намери да од државе створи модерну европску државу и да успостави лични режим у којем би и законодавна и управна власт биле сконцентрисане у његовим рукама, спроводи низ реформи за модернизацију државе и војске. У његово време доћи ће до коначног ослобађања Срба од турске владавине, а независна Кнежевина Србија ће постати „најјача војна сила на Балкану“. Велики планови кнеза Михаила, о „балканском савезу“ и ослобођењу свих Хришћана од турске власти, прекинути су његовом насилном смрћу. Он је као жртва завере, 29. 5. 1868. био убијен од стране политичких противника, присталица Карађорђевића.

Миран живот кнеза Александра Карађорђевића, који се после силаска са престола, повукао на своје имање у близини Темишвара, пореметила је оптужба да је новац и оружје завереницима против кнеза Михаила обезбедио он. Према неким изворима, неоснована осуда за овај чин изразито га је повредила. Гнушао се на саму помисао да му је приписано такво недело. Умро је у Темишвару маја 1885. године.

2. „БОНТУОВА АФЕРА“ КАО ПРВИ ПРИМЕР КОРУПЦИОНАШКЕ СПРЕГЕ ФИНАНСИЈСКОГ КАПИТАЛА И ВРХА ВЛАСТИ

Подмићивање, као зло наслеђено из турске управе овим просторима, нашло је плодно тле како у Карађорђевој, тако и Милошевој и Александровој Србији, као и у Краљевини (од 1882. године) Србији Милана Обреновића. Обе ове династије које су се смењивале имале су заједничку црту – апсолутна власт и апсолутна корупција, која се постизала злоупотребом политичке власти у своју корист.

Изненадна смрт Михаила Обреновића, довела је до тога да је формирано *привремено намесништво* које је требало да влада у Србији до пунолетства

⁶⁹ Ј. Грујић, 179-180.

кнеза Милана Обреновића (кнез 1868-1882 и краљ 1882-1889), унука Јеврема Обреновића, брата Милошевог. Када кнез Милан Обреновић, након пунолетства, 1872. године преузима власт, мења неколико влада да би 1875. године била образована влада *младоконзервативаца* и *млађих либерала*. Та влада ради у условима веома заоштрених класних и политичких борби, при чему јој даје печат лични режим Милана Обреновића, који се сводио на отворену борбу против парламентаризма.

Како ниједна влада у Србији XIX века није могла да прође без афера, и у време Милана Обреновића, имамо пример посебне политичке афере са примесама отворене корупције. Ради се о тзв. „железничкој афери“, познатијој као „Бонтуова афера“. Назив је добила по Полу Ежену Бонтуу (*Paul Eugène Bontoux*), директору Генералне уније, француског финансијског друштва које је финансирало и градило прву железницу у Србији. Бонтуова афера је први пример такозване крупне политичке корупције у историји Србије, односно дубоке спреге власника финансијског капитала и врха власти која се појављивала код уговарања јавних радова које је држава предузимала у циљу изградње инфраструктуре као предуслова привредног развоја.⁷⁰

Берлинском споразумом, закљученим 1878. године, Србија је добила дуго жељену независност, али и низ обавеза, чије реализовање није било једноставно. Чланом 38 Берлинског споразума Србији је наметнуто преузимање обавеза Високе порте у вези са изградњом железнице која ће као део европске железничке мреже спојити Аустроугарску и Турску, а утврђено је да ће сама изградња бити регулисана уговорима између заинтересованих страна, Аустроугарске, Порте, Србије, и унутар њених надлежности, Бугарске.⁷¹ Разлог инсистирања Аустроугарске на закључењу ове конвенције, огледао се у недостатку железничке везе даље на југ са Турском, а на исток са Бугарском, што је за Аустроугарску имало немерљив експлоатациони потенцијал. Најзад, после дугих и тешких преговора железничка конвенција била је потписана 28. марта 1880. године.⁷² Према њеним одредбама градња пруге је требало да почне најкасније 3.12.1880. године, а да се заврши најкасније 3.6.1883. године.⁷³

Железничку конвенцију је потписала либералска влада Јована Ристића, а извршење ових обавеза је пало на следећу – напредњачку владу Милана

⁷⁰ Горан Антонић, „Железничка афера“, *Корупција и стварање модерне српске државе*, Београд 2006, 19.

⁷¹ „Treaty between Great Britain, Germany, Austria, France, Italy, Russia, and Turkey for the Settlement of Affairs in the East. Signed at Berlin, July 13, 1878.“, Official documents, *The American Journal of International Law*, 1908, 418.

⁷² Милан М. Живановић, „Један неуспели план српске владе о цариском рату са Аустро-Угарском 1880. године у борби за економску и политичку независност Србије“, *Историјски часопис* 16-17 (1966-1967), 269.

⁷³ Слободан Јовановић, *Влада Милана Обреновића*, II (1878-1889), Београд 1927, 90.

Пироћанца.⁷⁴ Први јавни конкурс за изградњу железнице је расписала управо Ристићева влада, али на њега је приспела само једна понуда коју оцењивачки одбор није сматрао задовољавајућом. Наредна влада, која је била става да железница мора бити изграђена о трошку државе како би постала јавна својина, а само вођење железнице може бити препуштено странијој компанији, није никада расписала јавни конкурс за изградњу железнице. Уместо конкурса, примили су неколико понуда, од чега је прву понуду дао Е. Бонту.⁷⁵ На њега је наша Влада гледала као на успешног представника француског капитала, те као начин да давањем концесије над железницом Французима спречи аустријски утицај над железницом. Представницима српске власти било је додуше познато да је Бонту учествовао у оснивању аустријске Лендербанке, али они нису знали да је Бонту заинтересовао тај бечки завод у пословима српских железница за 30%.⁷⁶

Садржину понуде Генералне уније сазнајемо из трију уговора који ће са њом бити закључени (*Уговор о зајму за грађење железнице*, *Уговор о грађењу железнице* и *Уговор о експлоатацији железнице*). *Уговором о зајму* договорен је зајам Генералне уније српској влади у номиналном износу од 100.000.000 франака, стварних 71.400.000, са номиналном каматом од 5%, а стварном од 7% и роком отплате од 50 година. Осим камате, Унија би на својим посредничким услугама пласмана српских обвезница на тржиштима новца зарадила још 8 до 10 милиона франака. Српска влада закључила је са Унијом и такозвани лутријски зајам на номинални износ од 33.000.000 франака (стварних 24.585.000), са номиналном каматом 5, а стварном од 6%.⁷⁷ *Уговором о грађењу железнице* Унија је преузела обавезу да изгради пругу са једним колосеком на релацији Београд-Ниш-Врање. Уговорена цена по

⁷⁴ Аустроугарска је желећи да обезбеди економски, а преко њега и политички утицај у Србији, поставила услове под којима је пристала да у Берлину пружи подршку захтевима Србије: Србија се обавезала да изгради пругу Београд-Ниш са два крака који ће ову линију везати са постојећим турским пругама: Митровица-Солун и Софија-Цариград. Када Јован Ристић није хтео да испуни обавезе дате Аустрији у Берлину, аустријској дипломатији је пошло за руком да обори његову владу.

⁷⁵ Њега је следио генерал Черњајев, представник Polyakoff & Co, руске компаније коју су чинили инжењери железнице. Такође, на адресу српске владе пристигле су и понуде једне руско-белгијске групе коју је представљао господин Костицки, две француске компаније и једне енглеске компаније. Chedomille Mijatovich, *The Memoirs of a Balkan Diplomatist*, London, New York, Toronto and Melbourne, 1917, 255.

⁷⁶ С. Јовановић, 90-92.

⁷⁷ Важно је напоменути да Унија није преузела на себе све трошкове за грађење железнице (рецимо није преузела грађење Савског моста и експропријацију приватних имања преко којих ће будућа железница прелазити), а из преузетог зајма од 100.000.000 су покривани првенствено они трошкови које је Унија преузела на себе. Зајам од 24.000.000 званично је узет ради исплате нашег ратног дуга, а у ствари је имао за циљ да Унији и нашој влади набави новац за железничке радове. Вид. С. Јовановић, 90-92.

километру је износила 198 хиљада франака, а Унија је од сваког километра имала око 45 хиљада франака добити, што би у укупном износу било око 16 милиона франака.⁷⁸ Уговором о експлоатацији железнице уговорено је да изграђена железница припадне Унији на период од 25 година, с тим да би ред вожње и тарифу прописивала наша влада, док би се Унија старала о техничкој страни саобраћаја. Влада је плаћала Унији накнаду од 2.831.400,00 динара за редовна два воза дневно, 5% камате и 2% амортизације на целокупну вредност материјала употребљеног на прузи и 2% од бруто прихода. Све што би после овога преостало од чистог прихода, припало би српској држави, а то да ли би било и коликог чистог прихода тицало се само српске владе – примања Уније била су, дакле, обезбеђена. Према Бонтуовом рачуну, њихов годишњи приход од експлоатације прелазио би пола милион франака.⁷⁹

Слична Бонтуовој понуди била је и руска понуда. Иако је Бонтуова компанија била француска, он је сматран човеком блиским аустријској влади због чега је одлука о избору понуде добила форму избора између Аустрије и Русије, избора с којим се Србија већ сусретала. Бонтуова понуда је била детаљнија и повољнија него понуда руске компаније, али је сама Русија као држава била много цењенија и вољенија у Србији, те је постојала широко распрострањена жеља да се прихвати понуда руске компаније, коју је додатно подржавала новоформирана *Народна радикална странка* Николе Пашића. Иако је у скупштини Влада имала већину, радикали су формирали чврсту опозицију, како тадашњи министар финансија Чедомил Мијатовић у својим мемоарима каже, способних људи.⁸⁰ Управо он живописно описује ово доба интрига које је претходило ратификацији уговора.⁸¹ Наиме, извесни *лукави* лекар који је годинама радио у Београду као новинар, добро владао српским језиком, и знао све политичаре⁸², утицајним посланицима нудио је од 25.000 до 50.000 франака, и то не само посланицима власти за глас у прилог ратификацији уговора, него и опозиционим посланицима за присуство седници ради обезбеђивања кворума, јер је опозиција намеравала да напусти седницу. Иако не прецизира о којим се опозиционим првацима ради, у листу Садашњост 1882. појавиле су се оптужбе на рачун Николе Пашића.⁸³ Податак о ширини деловања овог лекара, како наводи Мијатовић, сазнао је из друге руке,

⁷⁸ С. Јовановић, 92-93.

⁷⁹ *Ibid*, 92.

⁸⁰ С. Mijatovich, 255.

⁸¹ Занимљиво је да у енглеској верзији својих мемоара, буквално преводи српски израз „повлачење веза“ (wire-pulling), који је, као што може да се закључи, своје место у српском јавном простору имао већ тада. Вид. С. Mijatovich, 255.

⁸² Испоставиће се у његовим каснијим наводима да је реч о извесном др Розену, коме је новинарски рад био покриће за обављање обавештајних послова за Аустроугарску. Вид. Г. Антонић, 21.

⁸³ *Ibid*, 20.

од Бонтуа⁸⁴, тек кад је све било готово. Из прве руке, пак, он сведочи о имплицитној понуди поменутог лекара упућеној њему, коју је, како тврди одбио. Годину дана касније у Бечу, од свог несуђеног даваоца мита, сазнао је да му је било намењено 300.000 франака. Да ствар буде гора, добио је још две коруптивне понуде од другог понуђача, о којима је известио Кнеза, председника Владе и министра унутрашњих послова.⁸⁵

Чиновник железничког друштва, извесни В. Завацки, у свом извештају из 1883, тврди да је мито у висини од једног милиона динара примио Ђорђе Катарци, ујак кнеза Милана, а поред њега укупно 300.000 динара два напредњачка министра и пет напредњачких посланика. Наредне године, бивши председник напредњачке владе Милан Пироћанац, који се у међувремену запослио као адвокат железничког друштва са огромном годишњом платом од 20.000 франака, почео је са изградњом велелепне куће у Београду, иако се знало да је пре доласка на власт био у знатним дуговима. Уз то, постао је и задуженик код поменуте Лендербанке, чијим кредитом је делом градио поменуту кућу. Други чиновник железничког друштва, Таса Ивковић, објавио је 1889. године брошуру под називом „Бомбе” са списком поткупљених лица на ком се налази и тврдња да је кнез Милан примио два милиона динара од укупно шест.⁸⁶ Међутим, занимљива је Мијатовићева тврдња да кнез Милан није био поткупљен, већ је читав износ без кнежевог знања примио његов ујак и први ађутант Катарци и задржао за себе. Он то образлаже чињеницом да је кнежев приватни дуг од 3.000.000 франака из времена пре Бонтуове афере постојао и у време његове абдикације 1889. Супротног је става био Стојан Новаковић, који је тврдио да кнез Милан и његов ујак стоје иза свега. Овај се став чинио уверљивим Слободану Јовановићу, пошто, како сматра, Бонту није знао колико коме треба понудити, а кнез је био права особа за „таксирање савести”.⁸⁷

Имајући у виду све притиске, Мијатовић је предложио Влади и Кнезу да се концесија за железницу да руско-белгијској групи коју је представљао Костицки, те да је њима предложено да дају зајам у износу од 4 милиона

⁸⁴ Том приликом, Бонту му је дао и списак опозиционих првака који су му обећали да ће или гласати за ратификацију или допринети обезбеђењу кворума.

⁸⁵ С. Mijatovich, 256-257.

⁸⁶ Ивковић је тврдио да листа потиче од самог Бонтуа, што је овај оповргао, а у тексту осумњичени министри и део посланика тужили су чиновника због клевете. Иако је чиновник био осуђен на шест месеци затвора, суд током парнице није уважио једино тужбу Милана Пироћанца, што је био посредан знак да се налази под сумњом да је примио мито. Вид. Г. Антонић, 20-21. Мијатовић тврди да је писма објављена у брошури „Бомба“ које је Бонту слао из Београда свом помоћнику пуковнику Федеру (*Feder*), пронашао један млади Србин запослен у Унији. Једно од писама изражава и Бонтуово запрепашћење Мијатовићевим одбијањем мита. С. Mijatovich, 259.

⁸⁷ Г. Антонић, 21-22.

фунти. Међутим, Костицки је обавестио Мијатовића да је, због финансијске снаге Србије могућ зајам до 2 милиона фунти. Пошто овај износ није био довољан, Влада није имала други избор него да прихвати Бонтуову понуду.⁸⁸ Мијатовићево колебање да се одабере Генерална унија и његов велики утицај на друге напредњачке министре потврђује и Слободан Јовановић.⁸⁹

Потписивање уговора наишло је на негодовање како опозиције тако и стручне јавности. Истицано је да је незаконито што је понуда Генералне уније примљена без конкурса, износ зајма је критикован као недовољан, а сам зајам, као и грађење железничке пруге окарактерисани су као изузетно скупи. У погледу уговора о експлоатацији истицано је да је уговорен фиксни износ накнаде без обзира да ли ће железница давати приход или не, што значи да Унија није имала никаквог интереса да српска железница ради профитабилно. Уговор није имао само стручне замерке, већ и политичке. Наиме, иако је Бонту био Француз, знало се да је служио аустријским интересима, те се критика сводила на тврдњу да би давање концесије Унији значило стављање наше железнице под аустријски утицај. Влада је бранила ове уговоре позивајући се на тежак положај у ком се земља налазила, обавезност изградње железнице у складу са потписаним међународним уговорима, немогућност да се тако велик капитални подухват обави без задуживања, као и чињеницом да колико год железница буде плаћена, она се мора Србији исплатити.⁹⁰

Интересовање за скупштински претрес ових уговора било је необично велико. Два посланичка говора су задала посебан ударац Влади. Прво је Ранко Тајсић, говорећи нашироко о корупцији и подмићивању власти у америчкој држави Висконсин приликом грађења железнице, све време гледајући представнике власти, посредно отворио питање поштења Владе, а потом је Светомир Николајевић, професор Велике школе, напао уговор са политичке стране, указујући да је Унија под директном управом Аустрије и да потписујући уговор са њом, Србија губи своју слободу, чиме је оспорио владин патриотизам. Иако су оба говора подигла тензију како у самој скупштини, тако и међу народом који је стајао испред, Бонтуов уговор је усвојен 10.3.1881. године са 97 гласова за и 57 против. И поред чињенице да је уговор прошао скупштинску процедуру, народ је био незадовољан и устаљено је мишљење како о неповољности уговора, тако и о кнежевој поткупљивости. Слободан Јовановић наводи како се у извештају једног аустријског достављача из јуна 1881. године каже да нема тог села у Србији до кога није допро глас да је кнез Милан добио од Бонтуа од једног до три милиона.⁹¹

⁸⁸ С. Mijatovich, 258.

⁸⁹ С. Јовановић, 95.

⁹⁰ *Ibid*, 95-97.

⁹¹ С. Јовановић, 98-100.

Бонтуу је концесија српске железнице донела много успеха. Вредност деоница Генералне уније је скочила са 500 на 3000 и 4000 франака, а сама Унија је напредовала до прве позиције у француском естаблишменту. Ово наравно није прошло незапажено међу другим учесницима финансијског тржишта, а и сам Бонту је направио грешку мешањем у политику, те је његов пад био циљ како финансијских, тако и политичких опонената.⁹² Генерална унија је банкротирала 1882. године. У тренутку банкрота Србија је код Генералне уније имала депозит од око 40 милиона франака, а како Мијатовић наводи, он је, као лице одговорно за тај новац, одмах отишао у Париз како би спречио било какав губитак новца. Захваљујући француској влади, као и аустроугарском амбасадору у Паризу, наводи он, успео је да сачува сав српски новац, као и да формира нову компанију која је наставила изградњу железнице без наметања додатних терета Србији после слома Уније.⁹³

И поред велике прашине која се дигла око ове афере, овај први велики политичко корупционашки скандал у новијој српској историји, никад није добио судски епилог, ако се изузме процес против виновника откривања корумпираних званичника.

ЗАКЉУЧАК

Владавину Александра Карађорђевића је обележио утицај уставобрањитеља као и бирократско полицијски режим који је уздигао чиновништво. Са нагомилавањем богатства с једне стране, текао је процес осиромашења становништва с друге стране у све већим размерама. Занатлије, мали трговци, чиновници у поређењу са све богатијим грађанима осећали су се све сиромашнијим. Њихови приходи нису расли сразмерно њиховим потребама. Стога је и њихово незадовољство постајало све веће. Њихова снага највише ће се осећати у критичним револуционарним данима када ће се извојевати победа над омрзнутим режимом Александра Карађорђевића. Док је у варошима процес убрзане диференцијације праћен повећањем утицаја капиталистичких елемената, у селима је узимао маха процес раслојавања. Сељаци су осећали све више тегобе новог начина живота, у коме је све већу улогу играо новац, до којег су све теже долазили. Сиромашне породице присиљене су да се задужују услед повећаних државних намета и растућих домаћих потреба. Оне постају лак плен све бројнијих зеленаша који се регрутују из редова већ енормно богатих људи на власти или оних који имају добре везе са влашћу.

⁹² С. Mijatovich, 258.

⁹³ *Ibid*, 259.

У администрацији која је у земљи имала пред собом само пример турског јавашлука и остала да се развија у условима крајње заосталости, најлакше и најбрже су могли да се истакну и превладају људи са негативним својствима. Помоћу њих ће се у канцеларијама зацртати дух деспотства, непотизма, корупције и паразитизма.

Због економских тешкоћа које су мучиле обичне смртнике, правио се све већи јаз између њих и оних који су се разним пословима на ивици закона, енормно обогатили. У периоду у коме новац постаје најтраженија роба (дукати, форинте, талири) и најпогодније средство за акумулацију капитала, људи на власти, од највишег положаја до најнижег положаја, од књаза до приправника, користе своје функције, више него раније за разне малверзације, да би се што више богатили. Они се ангажују у зеленашким пословима, корумпирају митом, користе експлоатацијом туђе радне снаге, служе се и мерама принуде из властитих побуда.⁹⁴

И након смене, омраженог у народу, Александра Карађорђевића, народу није било ништа боље. Србијом влада поново династија Обреновића којој се приписује да је њихова основна карактеристика покушај да се ограниче политичке слободе како би се успоставила лична владавина. „Бонтуова афера“ из времена Милана Обреновића, као прва политичко-корупционашка афера је доказ да с порастом улоге крупног капитала у једном друштву расте и маневарски простор за злоупотребе.

Корупција, ма каква била, политичка или нека друга, је друштвена пошаст, зло, с којим се тешко може изићи на крај, јер има дубоке корене. Да би се искоренила неопходан је привредни раст, где ће свако бити правично награђен за свој рад, да не би могао „нико да га купи“. Да зна да ће више изгубити него добити уколико буде увучен у коруптивне послове. Уз изградњу установа које ће контролисати власт треба јачати и моралне вредности и осећај части сваког појединца који чини власт.

⁹⁴ А. Раденић, 21.

Nataša Lj. Deretić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Deretic@pf.uns.ac.rs

Milan M. Milutin, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Milutin@pf.uns.ac.rs

Drastic Examples of Political Corruption in the Nineteenth Century Serbia

Abstract: *Like any other nineteenth century state, the newly-created Serbian state was no stranger to the phenomenon of political corruption involving unethical conduct by representatives of the authorities, who used their political power to secure wealth and privileges for themselves. The will of the few governed the country. Everything was at their disposal: the state treasury, loan sharks and their interests, trading among state officials. At the time when money was becoming the most demanded commodity and the most convenient means of accumulating assets, people in power, from the highest to the lowest position, used their mandates for various monetary transactions in order to gain wealth. Usurers were people from the government ranks or the not-so-numerous rural bourgeoisie. Their victims were mostly village people with smaller estates, who lived under the burden of taxes of various kinds. The scope of usury increased by the year, reaching its peak in 1858, when the Convention of Saint Andrew took place, during which a clash occurred between Prince Aleksandar Karadjordjevic and members of the State Council, who forced him to abdicate. The State Council was actually overflowed by complaints accusing him and the officials of his administration of misusing office and a document was produced referring to Prince Aleksandar Karadjordjevic as the most eager protector of serious abuse. It was the first time that a Serbian ruler had to give up the throne due to political corruption of his officials as well as his own.*

Another example of serious political corruption involving linkages between owners of financial capital and high ranking officials that shook the public was the so-called 'railway scandal' (1880), also known as the 'Bontoux affair'. It was named after Paul Eugène Bontoux, the director of the General Union, the French society which financed and constructed the first railway in Serbia. The ratification of the contract by the government was preceded by open acts of bribing the

deputies into voting for the said French society, as well as bribing the opposition to attend the meetings, so that the quorum should be secured.

Keywords: *government, misuse of office, gaining wealth in an unethical way, linkage between authorities and financial resources.*

Датум пријема рада: 16.12.2018.

Др Аиџила И. Дудаци, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
A.Dudas@pf.uns.ac.rs

РАЗВОЈ ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ПОТРОШАЧА У УГОВОРИМА О КРЕДИТУ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

Сажетак: У раду је приказан развој правне регулативе потрошачког кредитиња у праву Европске уније. Тај џуџ је зајочеџ 1987. године усвајањем Директивне бр. 87/102/ЕЕС о уговорима о потрошачким кредитињима. Након ње је џосићено усвајањ чиџав низ директивна којима су уређени џоједини сељменџи џџв. „retail“ банкарсџива, који имају значај са асџектиња правне зашџиџиџе потрошача или џојтребе несмеџаног одвијања џрекољраничних банкарских џрансакџија и кредитиња, као и џрекољраничних инвестџиџија.

Директивна бр. 87/102/ЕЕС о уговорима о потрошачким кредитињима је укинуџа исџоименом Директивом бр. 2008/48/EU. Она је осџварила значајне џромене у правном оквиру зашџиџиџе потрошача у вези са уговорима о кредитињу. Од новина уведених наведеном Директивом свакако је најзначајнија обавеза исказивања свих џрошкова кредитиња џреко ефекџивне камаџџне сџоџе и џружања џојџуних и јасних информација потрошачу џомоћу јединсџивенољ ЕСИС обрасца.

Почетџак џоследње еџаџе у развоју регулативе потрошачкољ кредитиња у праву Европске уније обележава усвајање Директивне бр. 2014/17/EU о уговорима о потрошачким кредитињима који се односе на сџамбене некреџџџине, која је у сџручној јавносџи џознаџа само као Директивна о хџџџекарним кредитињима. Њено усвајање је било моџивисано искусџивима свейске економске кризе, и џоме џроузроковане кризе хџџџекарних кредитиња, као и уочене неџџџиџене џраксе банака у вези са изменама варијаџилне камаџџне сџоџе, које су знаџно снажџије дошле до изражаја у потрошачким хџџџекарним кредитињима, џре свеља збољ већих износа кредитиња, дуљих рокова оџџилаџе кредитиња и мољућих нељаџивних соџијалних имџликаџија. Сџоља су

* Чланак је настао као резултат рада на научноистраживачком пројекту Правног факултета Универзитета у Новом Саду под називом *Правна џтрадиџија и нови џравни изазови*.

Директивом о хипотекарним кредитима у односу на Директиву бр. 2008/48/EU поопширене предуговорне обавезе обавештавања потрошача од стиране кредитора, ефективна каматна стоја и обавештавање путем ESIS обрасца уређени су у складу са начелом максималне хармонизације, изричито су уређена питања индексирања кредита у стираној валути и примене варијабилне каматне стоје и сл.

У доктрини се међутим са разлогом изражава сумња у поштенцијале Директиве да оствари зацртане циљеве стиарања правој јединственој европској тржишћу хипотекарних кредита, с једне, и уједначења степенa правне заштитне потрошача у хипотекарним кредитима у Европској унији, с друге стиране. Одредбе Директиве су наиме, осим правила о ефективној каматној стоји и предуговорном обавештавању потрошача путем ЕСИС обрасца, засноване на минималној хармонизацији. Стога је за очекивати да ће државе чланице при трансионовану Директиве поштујући неједнако и тиме онемогућити остваривање јединственог режима хипотекарних потрошачких кредита у Европској унији.

Кључне речи: Директива бр. 87/102/ЕЕС, Директива бр. 2008/48/EU Директива бр. 2014/17/EU, Директива о хипотекарним кредитима, Директива о потрошачком кредитиу, уговор о кредитиу, потрошачки кредити.

1. ПРАВНА ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА У ФИНАНСИЈСКИМ УСЛУГАМА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Правна регулатива уговора којима кредитори (финансијске организације)¹ потрошачима пружају финансијске услуге развила се у посебан сегмент у оквиру потрошачког уговорног права у праву Европске уније. Заштитна функција потрошачког права посебно долази до изражаја на плану финансијских услуга и то из више разлога.² Пре свега, вредност уговора

¹ Као што ће то бити изложено у наставку рада, за означавање лица које се професионално бави давањем кредита или пружањем финансијских услуга, у секундарним изворима комунитарног права користи се термин *creditor*, у редакцији текста извора на енглеском. Дословни и правно-технички исправан превод овог термина био би термин „поверилац“. Међутим он у српској правној терминологији подразумева страну у облигационом односу, док се у изворима комунитарног права мисли на тзв. професионалне зајмодавце. Стога ради избегавања термилошких противуречности, у овом раду ће се за означавање професионалних зајмодаваца или пружалаца финансијских услуга користити термин „кредитор“, пре свега због његове концизности и потребе да се разликује од термина „поверилац“, као једне од страна у облигационим односима. За значење термина професионални зајмодавац вид. Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015, 30-31.

² Norbert Reich *et al*, *European Consumer Law*, Cambridge-Antwerp-Portland 2014, 200.

које потрошачи закључују са кредиторима по правилу је значајнија. Затим, по правилу подразумевају закључење уговора са важењем током дужег временског периода, посебно када се ради о дугорочним кредитима. Према томе, потрошач заснива обавезе трајне природе, те је важно да закључењу уговора приступи обазриво, а не лакомислено и брзоплето. Напоследку, разумевање садржине и последица уговора о финансијским услугама захтева знање и искуство којима просечан потрошач ретко располаже, док се кредитор закључењем таквих уговора бави професионално, због чега готово увек постоји асиметрија информација у корист кредитора.

Осим димензије правне заштите потрошача, као слабије стране у уговорима са кредитором, финансијске услуге у праву Европске уније добијају посебан значај и у светлу јачања унутрашњег тржишта и уклањања баријера слободном пружању услуга. Наиме, за разлику од добара, односно других услуга, која нужно подразумевају физичку повезаност са територијом једне државе чланице, финансијске услуге су у правом смислу речи „бестелесне“, те су у начелу идеалне за прекогранични промет, јер не повлаче транспортне и сличне трошкове.³

Из ових разлога се прва настојања да се на комунитарном нивоу уреди правна заштита потрошача у вези са финансијским услугама могу идентификовати већ по усвајању првог програма заштите потрошача 1975. године.⁴ С тим у складу, прва директива у овој области усвојена је средином осамдесетих година, у периоду када су донете прве значајније директиве у области правне заштите потрошача. То је била Директива бр. 87/102/ЕЕС о уједначавању закона, уредаба и административних прописа држава чланица у вези са потрошачким кредитима (у даљем тексту: Директива о потрошачким кредитима)⁵.

Њу су пратиле бројне друге директиве и уредбе у области финансијских услуга. Наиме, материја прекограничног кредитирања уређена је Директивом бр. 97/5/ЕС о прекограничним кредитним трансферима⁶, док материја прекограничних плаћања Уредбом бр. 2560/2001 (ЕС) о прекограничним плаћањима у еврима.⁷ Ова уредба се односила само на прекогранична плаћања у еврима и имала је за циљ да смањи неосновано високе провизије

³ N. Reich *et al*, 200.

⁴ N. Reich *et al*, 201.

⁵ Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit, Службени гласник Европских заједница, бр. L 42/48.

⁶ Directive 97/5/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 1997 on cross-border credit transfers, Службени гласник Европских заједница, бр. L 43.

⁷ Regulation (EC) No 2560/2001 of the European Parliament and of the Council of 19 December 2001 on cross-border payments in euro, Службени гласник Европских заједница, бр. L 344.

банака у трансферима новца у еврима из једне државе чланице у другу.⁸ Она је укинута Уредбом бр. 924/2009 (ЕС) о прекограничним плаћањима у Заједници⁹, која је примену правила о прекограничним плаћањима проширила на прекогранична непосредна задужења.¹⁰ Значајну новину је увела Директива бр. 2007/64/ЕС о платним услугама на унутрашњем тржишту¹¹, која је осим тога што је заменила Директиву бр. 97/8/ЕС, устројила целовити систем прекограничних плаћања, као и систем одговорности пружалаца услуга плаћања платним картицама у случају злоупотреба платних картица.¹²

У непосредној корелацији са природом финансијских услуга је и њихова подобност да буду предмет уговора који се закључује на даљину. Уочивши ову природу финансијских услуга, усвојена је Директива бр. 2002/65/ЕС о трговини на даљину финансијским услугама.¹³ Усвајање Директиве било је потребно због тога што су се национална права држава чланица о закључењу уговора о финансијским услугама на даљину веома разликовала. Она се, осим на закључење уговора о потрошачком кредиту на даљину, односи и на читаву област банкарских и инвестиционих услуга, као и на област осигурања. Стога се по домену примене јасно одваја од домена примене Директиве бр. 97/7/ЕС о продаји на даљину, која је у начелу следила принцип потпуне хармонизације.¹⁴ Овај процес раздвајања домена општег потрошачког права од домена финансијских услуга на плану продаје на даљину окончан је усвајањем Директиве бр. 2011/83/EU о правима потрошача, која је заменила Директиву бр. 85/557/ЕЕС и Директиву бр. 97/7/ЕС о продаји на даљину. Директива бр. 2011/83/EU о правима потрошача, наиме, у потпуности искључује из домена своје примене финансијске услуге.¹⁵

Као резултат настојања да се учине транспарентним и упоредивим понуде банака у вези са вођењем банковних рачуна и обављања трансакција

⁸ N. Reich *et al*, 201.

⁹ Regulation (EC) No 924/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on cross-border payments in the Community and repealing Regulation (EC) No 2560/2001, Службени гласник Европских заједница, бр. L 266.

¹⁰ N. Reich *et al*, 201.

¹¹ Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC, Службени гласник Европских заједница, бр. L 319.

¹² N. Reich *et al*, 201.

¹³ Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC, Службени гласник Европских заједница, бр. L 271.

¹⁴ N. Reich *et al*, 201.

¹⁵ Peter Rott, „Renationalisation of direct selling—the impact of the new Consumer Rights Directive on financial services“, *Era-Forum*, 13/2012, 35–44, 35.

у вези са њима, усвојена је Директива бр. 2014/92/EU о упоредивости накнада повезаних са платним рачунима, преносом платних рачуна и приступом платним рачунима са основним услугама.¹⁶ Разлози за усвајање ове одредбе били су многоструки. Најпре, према подацима којима је Комисија располагала у време припремања нацрта директиве, око 58 милиона грађана Европске уније није располагало банкарским платним рачуном, који је између осталог неопходан да би се у својству потрошача могли појавити на унутрашњем тржишту. Отварање платних рачуна од стране што ширег круга грађана Комисија је настојала да подстакне омогућавањем њиховог отварања и одржавања без или уз занемарљиве банкарске трошкове. С друге стране, Комисија је желела да подстакне конкуренцију повећањем транспарентности банкарских трошкова у вези са платним рачунима и омогућавањем лаког преноса платног рачуна у другу финансијску организацију. Напоследку, усвајање Директиве је имало за циљ да поједностави поступак отварања и уклони баријере за отварање платних рачуна у иностранству, које највише погађају лица која раде у некој другој држави чланици Европске уније.¹⁷ На плану коришћења платних картица у другој држави чланици постигнут је још виши степен уједначености права држава чланица Европске уније, будући да је ова област уређена Уредбом бр. (EU) 2015/751 о међубанкарским накнадама за платне трансакције по основу картица.¹⁸

Ради заштите потрошача у контексту инвестиција на тржиштима капитала, на комунитарном нивоу прву интервенцију представља Директива бр. 93/22/EEC о инвестиционим услугама у области хартија од вредности.¹⁹ Она је укинута Директивом бр. 2004/39/EC о тржиштима финансијским инструментима (тзв. MiFiD Директива).²⁰ Mifid Директива је после једнодеценијске примене замењена новом истоименом Директивом бр. 2014/65/EU (тзв. MiFiD II Директива).²¹ Поједина питања у вези са применом Ди-

¹⁶ *Directive 2014/92/EU of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on the comparability of fees related to payment accounts, payment account switching and access to payment accounts with basic features*, Службени гласник Европске уније, бр. L 257.

¹⁷ N. Reich et al, 202.

¹⁸ *Regulation (EU) 2015/751 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on interchange fees for card-based payment transactions*, Службени гласник Европске уније, бр. L 123.

¹⁹ *Council Directive 93/22/EEC of 10 May 1993 on investment services in the securities field*, Службени гласник Европских заједница, бр. L 141/27.

²⁰ *Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC*, Службени гласник Европске уније, бр. L 145/1.

²¹ *Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU*, Службени гласник Европске уније, бр. L 173.

рективе уређена су Уредбом Комисије бр. (EU) 2016/824 о имплементацији Mifid II Директиве.²²

2. ДИРЕКТИВА БР. 87/102/ЕЕС О УГОВОРИМА О ПОТРОШАЧКИМ КРЕДИТИМА

Директива бр. 87/102/ЕЕС о уговорима о потрошачким кредитима спада у ред првих најзначајнијих директива усвојених у области правне заштите потрошача током осамдесетих година. Имајући, међутим, у виду да је она усвојена пре ступања на снагу Јединственог европског акта од 1986. године, државе чланице су морале постићи једногласност, што подразумева да је њен садржај био резултат дугих и тешких преговора.²³ Из овог разлога Директивом је постигнут само минимални ниво хармонизације правила потрошачког кредита у државама чланицама.²⁴ Овакав став потврђује и одредба која изричито овлашћује државе чланице да устроје виши ниво заштите потрошача од нивоа заштите према Директиви.²⁵

Као и остале директиве у области правне заштите потрошача и Директива бр. 87/102/ЕЕС била је усмерена ка остварењу два циља: уклањању разлике у правима држава чланица које могу да имају за последицу смањење конкуренције на унутрашњем тржишту, с једне, и подизању степена правне заштите потрошача, с друге стране.²⁶ Одредбе Директиве у претежном делу прате тзв. информациону парадигму²⁷, јер имају за циљ да потрошача доведу у положај у којем ће донети разумну одлуку засновану на адекватним информацијама.²⁸ Упркос томе што је Директива имала за циљ да заштити потрошаче од штетних одредаба у уговорима о кредиту и да обавезе државе

²² *Commission implementing regulation (eu) 2016/824 of 25 May 2016 laying down implementing technical standards with regard to the content and format of the description of the functioning of multilateral trading facilities and organised trading facilities and the notification to the European Securities and Markets Authority according to Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council on markets in financial instruments*, Службени гласник Европске уније, бр. L 137.

²³ P. Latham, „Dispositions communautaires relative au crédit a la consommation: la directive 87/102/CEE du 22 décembre 1986”, *Revue du Marché Commun*, No. 316/1988, 219-224, 219.

²⁴ N. Reich *et al*, 203.

²⁵ Директива бр. 87/102/ЕЕС, чл. 15.

²⁶ Ово потврђују ставови (1) до (4), односно (9) и (10) Преамбуле Директиве бр. 87/102/ЕЕС.

²⁷ Информациона парадигма је једно од основних начела правне заштите потрошача које се заснива на претпоставци да повећањем квантитета и квалитета информација сразмерно се повећава вероватноћа да ће потрошач донети разумну комерцијалну одлуку. Вид. детаљније Andreas Oehler, Stefan Wendt, „Good Consumer Information: the Information Paradigm at its (Dead) End?”, *Journal of Consumer Policy*, 2/2017, 179-191;

²⁸ N. Reich *et al*, 203.

чланице да устроје одговарајуће механизме за надзор пословања професионалних кредитора и финансијских посредника²⁹, због непостојања политичке воље Директивом нису уређена питања која би могла имати социјалне импликације, као што су зеленашење или заштита дужника од презадужености.³⁰

Најзначајнија новина, коју је Директива унела у материју потрошачког кредита, је регулатива оглашавања кредита и давања информација потрошачу о условима кредита. У оба погледа незаобилазан је институт ефективне каматне стопе (*annual percentage rate of charge* – APR). Ефективна каматна стопа је утврђена као укупан трошак потрошача у вези са кредитом, у сразмери према вредности кредита. Међутим, утврђивање метода по којима се одређују укупни трошкови кредита препуштено је државама чланицама³¹, што је касније сматрано једним од највећих недостатака Директиве, јер су различити методи утврђивања ефективне каматне стопе довели до тога да потрошачи нису могли да упореде услове кредита из различитих држава чланица.³² Изменама Директиве од 1990 и 1998. године³³ усаглашен је и метод калкулације ефективне каматне стопе, чиме су обрачун и примена ефективне каматне стопе постали прилично уједначени у свим државама чланица. Институт је, међутим, и даље био предмет критике јер прописани метод калкулације ефективне каматне стопе није обухватао све могуће трошкове кредита, пре свега трошак осигурања кредита.³⁴

Директива бр. 87/102/ЕЕС је устројила неколико института који имају за циљ да правно заштите имовинске интересе потрошача. Једним од најважнијих таквих механизма правне заштите потрошача сматрано је прописивање обавезне писане форме уговора.³⁵ Имовинске интересе потрошача штити и правило о праву на превремену отплату кредита³⁶, које до тада није постојало у праву појединих држава чланица³⁷. Такође, интересе потрошача штити и правило о праву приговора потрошача према трећем лицу на кога је банка пренела своје потраживање³⁸, као и посебна правила о заштити потро-

²⁹ Norbert Reich, Hans W. Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht*, Baden-Baden, 2003, 735.

³⁰ N. Reich *et al.*, 203.

³¹ Директива бр. 87/102/ЕЕС, чл. 1, ст. 1, т. (d) и (e).

³² N. Reich *et al.*, 203.

³³ *Council Directive 90/88/EEC of 22 February 1990 amending Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit*, Службени гласник Европских заједница, бр. L 61/14 и *Directive 98/7/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 amending Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit*, Службени гласник Европских заједница, бр. L 101/17.

³⁴ N. Reich *et al.*, 204.

³⁵ Директива 87/102/ЕЕС, чл. 4 т. 1.

³⁶ Директива 87/102/ЕЕС, чл. 8.

³⁷ N. Reich *et al.*, 204.

³⁸ Директива 87/102/ЕЕС, чл. 9.

шача који се обавезао да плаћања према банци врши трасираном или личном меницом³⁹.

3. ПОТРЕБА ЗА РЕФОРМОМ ДИРЕКТИВЕ БР. 87/102/ЕЕС

Успех Директиве бр. 87/102/ЕЕС први пут је од стране Комисије званично оцењен 1995. године.⁴⁰ Општи закључак који се може извући из оцене Комисије је да упркос томе што су државе чланице искористиле ову прилику да подигну ниво заштите потрошача у уговорима о кредиту, примарни циљ да се постигне хармонизација права о потрошачким кредитима само је делимично остварен.⁴¹ Комисија је утврдила да степен имплементације Директиве у унутрашње право држава чланица показује значајну хетерогеност: док су неке државе имплементирале одредбе Директиве само у минималној мери, друге су усвојиле нове законе који су значајно одступили од садржаја директиве. Стога, осим тога што је од самог почетка било евидентно да је ниво заштите потрошача према Директиви прилично ниско постављен, усвајањем Директиве није се остварио ни циљ хармонизације правила о потрошачком кредиту у Унији.⁴²

Из ових разлога су у првим годинама прошле деценије започети радови на припреми нове директиве о потрошачком кредиту. Први предлог Комисије објављен је 2002. године⁴³ у којем је указано на разноликост националних правила о потрошачком кредиту, насталу као последица дивергентне имплементације Директиве бр. 87/102/ЕЕС. Она је у тој мери била изражена да је спутавала развој прекограничних кредитних трансакција, што је био један од основних циљева њеног усвајања.⁴⁴ Предлог је из овог разлога био заснован на концепту потпуне хармонизације правила потрошачког кредита, који је наишао на жесток отпор како банкарске сфере, тако и научне јавности, јер су његова решења сматрана претераним мерама заштите права потрошача и стварају неприхватљиве додатне терете за банкарску индустрију.⁴⁵

³⁹ Директива 87/102/ЕЕС, чл. 10.

⁴⁰ European Commission, Report on the operation of the Consumer Credit Directive, COM (1995) 117 final, 11 May 1995 (Report CCD).

⁴¹ Walter Van Gerven, „Harmonization of Private Law: do we Need it?“, *Common Market Law Review*, 2/2004, 505-532, 510.; Despina Mavromati, *The Law of Payment Services in the EU: The EC Directive on Payment Services in the Internal Market*, Volume 2188, Kluwer Law International, the Hague 2008, 93.

⁴² N. Reich *et al*, 204.

⁴³ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning credit for consumers, COM(2002) 443 final (у даљем тексту: Предлог из 2002. године).

⁴⁴ Предлог из 2002. године, т. 22.

⁴⁵ Anne Danco, „Die Novellierung der Verbraucherkreditrichtlinie“, *WertpapierMitteilung*, 18/2003, 853-861.; Matthias Rohe, „Privatautonomie im Verbraucherkreditrecht wohin? – Zum

4. ДИРЕКТИВА БР. 2008/48/EU О УГОВОРИМА О ПОТРОШАЧКИМ КРЕДИТИМА

Истоименом Директивом бр. 2008/48/EU⁴⁶ стављена је ван снаге Директива бр. 87/102/ЕЕС о уговорима о потрошачким кредитима.

Субјективни домен примене Директиве није промењен. Она се, као и претходна директива, примењује само на кредитне односе између кредитора са једне, и потрошача, с друге стране, при чему се појам потрошача одређује у складу са његовим ужим тумачењем, опште прихваћеним у потрошачком праву Европске уније. Тако, Директива потрошача одређује као физичко лице које правне послове које падају под домен њене примене закључује ван своје пословне, привредне или професионалне делатности, док је кредитор физичко или правно лице које даје или се обавезује да ће дати кредит у оквиру своје пословне, привредне или професионалне делатности.⁴⁷

Објективни домен примене Директиве представљају све врсте кредитних споразума.⁴⁸ Под њима се у складу са Директивом подразумева сваки уговор у којем кредитор одобрава или обећава да ће одобрити потрошачу кредит у облику одложеног плаћања, зајма или сличног споразума финансијске природе, осим уговора о трајном пружању услуге или испоруке производа исте врсте када потрошач плаћа за такве услуге или производе током целокупне њихове испоруке у облику месечних obroka.⁴⁹ Међутим, за разлику од претходне, нова Директива предвиђа знатно више изузетака на које се њене одредбе не односе.⁵⁰ Тако, она се не примењује, само да се наведу најзначајнији изузеци, на уговоре о кредиту обезбеђене хипотеком, на уговоре чији је циљ стицање или задржавање права својине на земљишту или на постојећој или пројектованој грађевини, на уговоре о кредиту чији је укупан износ кредита⁵¹ мањи од 200 евра или већи од 75.000 евра⁵², на уговоре о прекорачењу по

Richtlinienvorschlag zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit", *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 7/2003, 267-273, 267; Karl Riesenhuber, Information – Beratung – Fürsorge, "Kritische Bemerkungen zum Vorschlag einer neuen Verbraucherkreditrichtlinie", *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 5/2003, 325-324, 325.

⁴⁶ *Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC*, Службени гласник Европске уније, бр. L 133.

⁴⁷ Директива бр. 2008/48/EC, чл. 3 ст. 1 т. (а) и (b).

⁴⁸ Директива бр. 2008/48/EC, чл. 2 ст. 1.

⁴⁹ Директива бр. 2008/48/EC, чл. 3 ст. 1 т. (c).

⁵⁰ Директива бр. 2008/48/EC, чл. 2 ст. 2.

⁵¹ Укупан износ кредита је горња граница или укупан износ који се ставља потрошачу на располагање према уговору о кредиту. Директива 2008/48/EC, чл. 3 ст. 1 т. (c).

⁵² Првобитно је као горња вредносна граница потрошачког кредита био предложен износ од 50.000 евра, који је оцењен прениским. Савет је предложио износ од 100.000 евра.

рачуна⁵³ када се кредит отплаћује у року од месец дана, уговоре о кредиту без камате или других накнада, односно на уговоре о кредиту који се отплаћују у року до три месеца, а потрошач плаћа само незнатну накнаду итд.

Директивом је установљен низ механизма који имају за циљ јачање заштите слабије стране, тј. потрошача који закључује уговор о кредиту. Добрим делом то су институти који су постојали и у старој директиви, али су у новој другачије уређени, али има и нових.

Инструмент заштите потрошача који је преузет из старе директиве је посебан режим *оглашавања кредитног производа*. И нова Директива разликује оглашавање кредитног производа са или без конкретних, квантификованих услова понуде. Уколико оглас не садржи конкретне услове кредита (не садржи понуду изражену у бројкама), одговорност оглашивача може да постоји само према Директиви бр. 2005/29/ЕС о непоштеној пословној пракси.⁵⁴ Уколико, међутим, оглас садржи каматну стопу или неки други податак који се односи на трошкове које потрошач има у вези са кредитом, изражен бројкама, оглас треба да садржи одређене информације које су прописане Директивом. За њих се у Директиви користи термин „стандардне информације“.⁵⁵ Стандардне информације треба навести у огласу на јасан, сажет и уочљив начин, помоћу репрезентативног примера.⁵⁶

Директива прописује неколико важних инструмената заштите потрошача који се односе на обавезе кредитора пре закључења уговора. То су обавештавање потрошача, његово саветовање и дужност одговорног кредитирања.

У складу са савременим тенденцијама општег потрошачког права, у којима расте значај потпуног *обавештавања потрошача пре* него што *закључи уговор* са трговцем, односно кредитором, Директива у значајној мери је пооштрила дужност кредитора да потрошача обавести о појединостима

Након преговора између Комисије, Савета и Европског парламента компромисно је прихваћен износ од 75.000 евра. N. Reich *et al*, 209.

⁵³ Уговор о прекорачењу по рачуну је изричит уговор о кредиту којим кредитор потрошачу ставља на располагање средства која надмашују тренутно стање текућег рачуна потрошача. Директива бр. 2008/48/ЕС, чл. 3 ст. 1. т. (d).

⁵⁴ N. Reich *et al*, 212.

⁵⁵ Стандардне информације обухватају нарочито а) каматну стопу, фиксну или варијабилну или обе, заједно с појединостима о свим накнадама укљученим у укупне трошкове кредита за потрошача; (b) укупан износ кредита; (c) ефективну каматну стопу (у случају уговора о прекорачењу по рачуну, односно у случају када се кредит мора отплатити на захтев или у року од три месеца, државе чланице могу одлучити да не захтевају да у огласу мора бити наведена и ефективна каматна стопа; (d) трајање уговора о кредиту, када је то применљиво; (e) у случају кредита у виду одложеног плаћања за специфичне производе или услуге, цену за готовину и износ евентуалног предужја; (f) те укупан износ који потрошач треба да плати и износ месечних obroка, када је то примењиво. Директива бр. 2008/48/ЕС, чл. 4 ст. 2.

⁵⁶ Директива бр. 2008/48/ЕС, чл. 4 ст. 2.

у вези са уговором о кредиту, пре него што га потрошач закључи. Стога прописује дужност кредитора да потрошача благовремено, пре него што се обавезе уговором о кредиту или понудом кредита, имајући у виду жеље и информације које је добио од потрошача, пружи му све информације које су му неопходне да упореди различите понуде са циљем да донесе одлуку засновану на правим информацијама о томе да ли ће закључити уговор о кредиту.⁵⁷ Директива таксативно наводи 19 врста информација у вези са којима кредитор мора потрошачу да дâ благовремено обавештење. Још је пре усвајања нове Директиве истицано у доктрини да је спорно да ли би разуман и пажљив потрошач уопште био у могућности да у пуној мери разуме све информације о којима га обавештава кредитор, имајући у виду њихову количину и сложеност.⁵⁸ Информације финансијске природе су редовно тако сложене и обимне да изазивају тзв. „информациону преоптерећеност“ (*information overload*) код потрошача.⁵⁹ Из овог разлога, да би се све те информације поједноставиле за потрошача, Директива је прописала образац Европског обавештавања потрошача о стандардним информацијама кредита (*European Standardised Information Sheet – ESIS*), који је саставни део Анекса II Директиве. Образац Европског обавештавања треба да буде предат потрошачу у писаном облику или на другом трајном медију.⁶⁰ Смисао прописивања обраца на којем потрошач треба да буде обавештен није само у потреби његове заштите, већ и заштите кредитора: сматра се да је кредитор испунио своју дужност уредног предуговорног обавештавања потрошача, ако му је свих 19 врста информација прописаних Директивом саопштио на наведеном обрасцу⁶¹, од којих свакако највећи значај има обавештавање потрошача о ефективној каматној стопи. Информацији о ефективној каматној стопи у контексту предуговорног обавештавања потрошача највећи значај придавала је и стара Директива бр. 87/102/ЕЕС. Ефективна каматна стопа је детаљно уређена у новој Директиви. Прописује да је ефективна каматна стопа укупан трошак кредита исказан на годишњем нивоу, која се израчунава у складу са математичком формулом утврђеном у Прилогу I Директиве.⁶² Новину у утврђивању ефективне каматне стопе представља правило које има за циљ да спречи да се трошкови кредита представе као трошкови одржавања рачуна, чиме би се створио привид да је кредит повољнији. Стога прописује Директива да се у укупан трошак кредита урачунавају, те морају бити узети у

⁵⁷ Директива бр. 2008/48/ЕС, чл. 5 ст. 1.

⁵⁸ Вид. на пример К. Riesenhuber, 328.

⁵⁹ Emilia Mišćenić, „Novo europsko uređenje hipotekarnih kredita“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 2015, 113-169, 136.

⁶⁰ Директива 2008/48/ЕС, чл. 5 ст. 1.

⁶¹ N. Reich *et al*, 214.

⁶² Директива бр. 2008/48/ЕС, чл. 19 ст. 1.

обзир и приликом одређивања ефективне каматне стопе, и трошкови управљања рачуном на којем су видљиве и трансакције уплата и повлачења транше кредита, трошкови употребе средстава плаћања за трансакцију уплата и за повлачење транше, као и сви други трошкови који се односе на трансакције, осим ако отварање рачуна није обавезно и ако су трошкови рачуна јасно и засебно исказани у уговору о кредиту, или у било ком другом уговору закљученим са потрошачем.⁶³

Новину у Директиви представља и *дужност претходног саветовања* потрошача од стране кредитора, јер она није постојала у свим државама чланицама у време усвајања Директиве.⁶⁴ Директива прописује обавезу државама чланицама да обезбеде да кредитори потрошачима пруже одговарајућа објашњења с циљем да их доведу у положај који им омогућује да процене да ли је предложени уговор о кредиту прилагођен њиховим потребама и финансијској ситуацији.⁶⁵ Према томе, није довољно само обавестити потрошача о информацијама неопходним да донесе разумну одлуку, већ је неопходно и саветовати га.⁶⁶ У погледу домета дужности саветовања потрошача, у доктрини је заузет став да она обухвата дужност да се потрошачу објасни значење информација у вези са којима постоји дужност обавештавања према чл. 5. ст. 1. Директиве, битна својства предложеног кредитног производа и дејства која он може да има на имовину потрошача, укључујући последице његове доцње у отплати кредита.⁶⁷ Дужност саветовања обухвата и обавезу кредитора да потрошачу да савет и у погледу других алтернативних кредитних производа из своје понуде, који такође одговарају финансијским циљевима потрошача и ситуацији у којој се налази, али не и обавезу да му укаже на кредитне производе конкурената.⁶⁸

Најоспораванију новину у Директиви у вези са претходним дужностима кредитора представља увођење начела *одговорног кредитирања*. У коначној редакцији текста Директиве, чији је нацрт у овом контексту више пута био мењан⁶⁹, прописана је да дужност држава чланица да обезбеде да кредитори пре закључења уговора о кредиту процене кредитну способност потрошача на основу информација добијених од потрошача и, када је то потребно, на основу информација добијених увидом у релевантне базе података.⁷⁰

⁶³ Директива бр. 2008/48/ЕС, чл. 19 ст. 2.

⁶⁴ N. Reich *et al*, 217.

⁶⁵ Директива бр. 2008/48/ЕС, чл. 5 ст. 6.

⁶⁶ Директива бр. 2008/48/ЕС, т. 27 Преамбуле.

⁶⁷ N. Reich *et al*, 217-218.

⁶⁸ N. Reich *et al*, 218.

⁶⁹ Вид. N. Reich *et al*, 218-219.

⁷⁰ Директива бр. 2008/48/ЕС, чл. 8 ст. 1.

У погледу *садржине уговора о кредити*, одредбе нове Директиве немају тај значај који су имале истоветне одредбе старе Директиве, будући да је тежиште у новој Директиви преусмерено на предуговорне дужности кредитора.⁷¹ Ипак, одредбе Директиве о садржини уговора о кредиту свакако представљају њен најважнији део. Кредитор је дужан да у уговору детаљно уреди сва питања о којима постоји његова дужност предуговорног обавештавања, а неке и посебно да конкретизује, као што је право потрошача на одустанак од уговора, право на превремену отплату кредита и право на раскид уговора о кредиту.⁷²

Традиционално се мером заштите потрошача сматра *писана форма* потрошачког уговора. Из овог разлога је претходна Директива бр. 87/102/ЕЕС прописивала писану форму уговора о потрошачком кредиту.⁷³ Међутим, временом се показало да обавезна писана форма уговора о кредиту представља баријеру у прекограничном кредитном пословању, а посебно у закључивању уговора преко интернета.⁷⁴ Стога је новом Директивом предвиђено да се уговор о кредиту може закључити не само у писаном облику већ и на сваком другом трајном медију.⁷⁵ Под трајним медијем се у Директиви подразумева свако средство које омогућава потрошачу да сачува информације које су му лично намењене тако да му буду доступне за каснију употребу толико дуго колико је потребно за сврху тих информација и које омогућава непромењен приказ сачуваних информација.⁷⁶ Према ставу доктрине, овакво одређење трајног медија је довољно широко, тако да обухвата и електронску пошту, те би се могао заузети став да се у складу са Директивом уговор о потрошачком кредиту може закључити и путем е-мејла.⁷⁷

Посебна правила су предвиђена Директивом и за одустанак од уговора о кредиту. Правила се разликују зависно од тога да ли је уговором о кредиту предвиђен рок за испуњење обавезе кредитора или није. Од уговора о кредиту, у којем *није одређен рок за испуњење* обавезе кредитора, потрошач у сваком тренутку може да одустане без обавезе плаћања накнаде, осим ако је уговором утврђен отказни рок. Уколико је предвиђен отказни рок, он не сме бити дужи од месец дана.⁷⁸ Од таквог уговора кредитор може да одустане само ако то предвиђа уговор, при чему отказни рок не може бити краћи од два месеца.⁷⁹ Уколико је уговором тако предвиђено, кредитор може да ускрати

⁷¹ N. Reich *et al.*, 221.

⁷² Директива бр. 2008/48/ЕЦ, чл. 10 ст. 2.

⁷³ Директива бр. 87/102/ЕЕЦ, чл. 4.

⁷⁴ N. Reich *et al.*, 222.

⁷⁵ Директива бр. 2008/48/ЕЦ, чл. 10 ст. 1.

⁷⁶ Директива бр. 2008/48/ЕЦ, чл. 3 ст. 1. т. (м).

⁷⁷ N. Reich *et al.*, 222.

⁷⁸ Директива бр. 2008/48/ЕЦ, чл. 13 ст. 1.

⁷⁹ Директива бр. 2008/48/ЕЦ, чл. 13 ст. 1.

потрошачу право на повлачење трансхе кредита, уколико за то постоје објективни разлози.⁸⁰

У осталим случајевима, потрошач може да одустане од уговора у року од 14 календарских дана без навођења разлога за одустанак.⁸¹ У време када је Директива бр. 87/102/ЕЕС усвојена, друге директиве из области правне заштите потрошача су већ уредиле право потрошача на одустанак од уговора, упркос томе што су многа национална права предвиђала такво право потрошача и у вези са уговором о кредиту. Стога је било сасвим јасно да ће право потрошача на одустанак од уговора бити уређено новом Директивом бр. 2008/48/ЕС.⁸² Потрошач одустанак од уговора остварује обавештавањем кредитора на начин и у складу са информацијама које му је пружио кредитор у складу са својом дужношћу предуговорног обавештавања потрошача, према чл. 10 ст. 2. Обавештавање мора бити дато у писаном облику или на другом трајном медију.⁸³ Једина обавеза потрошача при остваривању права на одустанак од уговора је да кредитору врати главницу кредита и камату на ту главницу, од дана исплате кредита до дана враћања главнице. Ову обавезу потрошач треба да изврши без одлагања, а најкасније у року од 30 дана рачунајући од дана када је кредитору послао обавештење о одустанку од уговора. Камата коју плаћа потрошач у случају одустанка одговара уговореној камати. Осим права на враћање главнице и исплате камате за наведени период, кредитор нема право ни на какву другу накнаду, осим на исплаћене административне накнаде или таксе јавноправне природе које се не могу рефундирати.⁸⁴

По свом дејству, одустанку од уговора је врло слично право потрошача на *превремену отплату кредита*. Заједничка црта оба института је у томе да потрошач једностраном вољом раскида уговор о кредиту, у првом случају пре него што му је кредит исплаћен, или у врло кратком року након тога, док је превремена отплата кредита заправо раскид уговора када је потрошач већ суштински почео да отплаћује кредит.

Директива омогућава потрошачу да кредит у потпуности, или делимично, отплати пре рока доспећа појединих оброка отплате, у било ком тренутку током трајања кредитног односа, при чему има право на сразмерно снижење накнада и трошкова које треба да плати кредитору на основу уговора. Снижење обухвата камате и трошкове које би требало да плати за преостали период према уговору о кредиту.⁸⁵ У таквом случају кредитор

⁸⁰ Директива бр. 2008/48/ЕС, чл. 13 ст. 2.

⁸¹ Директива бр. 2008/48/ЕС, чл. 14 ст. 1.

⁸² N. Reich *et al*, 223-224.

⁸³ Директива бр. 2008/48/ЕС, чл. 14 ст. 3. т. (а).

⁸⁴ Директива бр. 2008/48/ЕС, чл. 14 ст. 3. т. (б).

⁸⁵ Директива бр. 2008/48/ЕС, чл. 16 ст. 1.

има право на правичну и објективно оправдану накнаду за потенцијалне трошкове који су у вези са превременом отплатом кредита, под условом да превремена отплата пада у временски период у којем се примењује фиксна каматна стопа.⁸⁶ Ради заштите потрошача, Директивом је прописано да накнада коју је потрошач дужан да плати кредиту, у случају превремене отплате, не сме да пређе 1% укупног износа кредита, ако временски период од превремене отплате до уговореног временског важења уговора о кредиту премашује годину дана. Уколико је тај период краћи од годину дана, накнада кредиту по основу превремене отплате не сме да буде већа од 0,5% од износа кредита.⁸⁷ Суштина ових правила је да се кредиту пружи разумна компензација за превремену отплату кредита, а никако да му се омогући стицање економске користи. Из овог разлога прописано је да накнада кредиту не сме да премашу износ камата које би потрошач платио током временског периода између превремене отплате кредита и уговореног датума престанка уговора о кредиту.⁸⁸

5. ДИРЕКТИВА БР. 2014/17/ ЕУ О УГОВОРИМА О ПОТРОШАЧКИМ КРЕДИТИМА КОЈИ СЕ ОДНОСЕ НА СТАМБЕНЕ НЕКРЕТНИНЕ

Почетак последње етапе у развоју правне регулативе потрошачког кредита у праву Европске уније представља усвајање Директиве бр. 2014/17/ ЕУ о уговорима о потрошачким кредитима који се односе на стамбене некретнине⁸⁹, која се у стручним круговима помиње само као Директива о хипотекарним кредитима (*Mortgage Credit Directive*). Потреба за посебном регулативом стамбених кредита у праву Европске уније увек је била присутна у стручној јавности, као и у плановима комунитарних законодавних тела, али је светска економска криза била главни окидач због којег су радови на Директиви добили конкретан облик, због потребе да се спречи да неодговорно понашање кредитора у одобравању стамбених кредита не уруши стабилност финансијског система.⁹⁰ Усвајање Директиве о хипотекарним кредитима имало је за циљ да се принцип одговорног кредитирања што више

⁸⁶ Директива бр. 2008/48/ЕЦ, чл. 16 ст. 2.

⁸⁷ Директива бр. 2008/48/ЕЦ, чл. 16 ст. 3.

⁸⁸ Директива бр. 2008/48/ЕЦ, чл. 16 ст. 5.

⁸⁹ *Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010*, Службени гласник Европске уније, L 60, 34–85.

⁹⁰ Директива о хипотекарним кредитима, т. 3 Преамбуле.

афирмише, како би се пружањем потпунијих информација потрошачима смањило ризик презадуживања и побољшала заштита у случају доцње у отплати кредита, и тиме да се врати поверење у банкарски систем, које је под ударом светске економске кризе било озбиљно пољуљано.⁹¹ Стога је основна сврха нових правила да се потрошачи боље информишу о стварним трошковима узимања хипотекарног кредита.

Директива о хипотекарним кредитима представља одређени заокрет у погледу пројектованих циљева хармонизације, јер има за циљ да оствари само тзв. минималну хармонизацију.⁹² Од општег правила о планираној минималној хармонизацији⁹³, Директива садржи два изузетка, тј. две одредбе којима се жели постићи максимална или потпуна хармонизација. Једна се односи на обавезу пружања информација потрошачу пре закључења уговора о кредиту на стандардизованом ESIS обрасцу, а друга на примену и начин одређивања ефективне каматне стопе.⁹⁴

Директива се примењује на стамбене кредите обезбеђене хипотеком (или сличним средством обезбеђења које се примењује у дотичној држави чланици)⁹⁵, при чему садржи изузетке од овако одређеног објективног домена примене.⁹⁶ Субјективни домен примене ограничен је на потрошача на страни корисника кредита, који се у Директиви дефинише на начин који је уобичајен у потрошачком праву Европске уније, док се на страни кредитора може наћи било које физичко или правно лице које се професионално бави давањем кредита.⁹⁷

Директива због значаја који стамбени кредити имају за потрошаче, пре свега због тога што се њима заснива дужнички однос на дужи временски период, посебно када се узима први стамбени кредит, уводи обавезу држава чланица да промовишу мере за финансијско образовање потрошача.⁹⁸ Тиме се додатно јача принцип одговорног кредитирања који, додуше није изричито афирмисан у коначном тексту Директиве бр. 2008/48/ЕС⁹⁹, али је отворила пут развоју комунитарног прва о потрошачком кредиту у овом правцу. У

⁹¹ Вид. детаљније Ђорђе Попов, „Светска економска криза и реструктурирање дугова”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2009, 7-20.; Ђорђе Попов, „Европска унија и Светска економска криза”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2010, 7-23.; Ђорђе Попов, „Светска економска криза и Србија”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2010, 7-27.

⁹² Е. Мишчењић, 117.

⁹³ Директива о хипотекарним кредитима, чл. 2 ст. 1.

⁹⁴ Директива о хипотекарним кредитима, чл. 2 ст. 2.

⁹⁵ Директива о хипотекарним кредитима, чл. 3 ст. 1.

⁹⁶ Директива о хипотекарним кредитима, чл. 3 ст. 2.

⁹⁷ Директива о хипотекарним кредитима, чл. 4 ст. 1. т. 1. и 2.

⁹⁸ Директива о хипотекарним кредитима, чл. 6.

⁹⁹ Вид. Е. Мишчењић, 148.

погледу предуговорног обавештавања и саветовања потрошача, Директива о хипотекарном кредиту се углавном наслања на концепт ових института из Директиве бр. 2008/48/ЕС, али садржи и неке новине. Тако, прави разлику између општег и персонализованог предуговорног обавештавања. Опште информације се односе на стандардну понуду кредитора, док су посебне, персонализоване информације оне које су неопходне да упореди кредите доступне на тржишту и да процени њихове импликације. Из сличних разлога су додатно проширене и пооштрене обавезе кредитора у вези са предуговорним саветовањем потрошача.¹⁰⁰ Много детаљније су разрађена и правила о обавези кредитора у вези са проценом кредитне способности потрошача.¹⁰¹ Управо због већег значаја и вредности, као и дуже рочности стамбених кредита адекватнија процена кредитне способности потрошача је од далеко већег значаја.

У вези са стамбеним кредитима посебну тежину добијају питања варијабилне каматне стопе и индексирања износа кредита у некој страног валути, којима је у Директиви о хипотекарним кредитима посвећена посебна пажња.

Основна обавеза држава чланица у вези са варијабилном каматном стопом у стамбеним кредитима је да она буде укључења у ефективну каматну стопу, као и да потрошач буде обавештен о њог макар на обрасцу ESIS-a.¹⁰² Осим тога морају да обезбеде да индекси који се користе за утврђивање варијабилне камате буду јасни, доступни, објективни и подложни контроли од стране уговорника или надлежних органа¹⁰³, као и да кредитори потрошаче информишу о било којог промени каматне стопе, у писаном облику или на другом трајном медиу благовремено пре него што промене ступе на снагу.¹⁰⁴ Директива јасно изражава настојање да се правила о варијабилног каматног стопи учине транспарентнијим, тј. да државе чланице задрже или уведу ограничења једностране измене каматне стопе од стране кредитора.¹⁰⁵ Ово је израз реакције комунитарних легислативних органа на непоштену праксу банака које се огледала у томе да потрошаче нису обавештавали о могућим разлозима промене каматне стопе, или су право на једнострану измену каматне стопе вршили противно начелу савесности и поштења.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Директива о хипотекарним кредитима, чл. 22.

¹⁰¹ Директива о хипотекарним кредитима, чл. 4 т. 17, чл. 18-21.

¹⁰² Директива о хипотекарним кредитима, чл. 4 ст. 4. и 6.

¹⁰³ Директива о хипотекарним кредитима, чл. 20.

¹⁰⁴ Директива о хипотекарним кредитима, чл. 27.

¹⁰⁵ Директива о хипотекарним кредитима, т. 67. Преамбуле.

¹⁰⁶ Вид. Е. Мишчеић, 155. У вези са проблематиком једностране измене каматне стопе од стране банака у контексту спрског права вид. Драгор Хибер, Милош Живковић, „Заштита корисника кредита од једностране измене висине уговорене камате“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 70, 2015, 573-586. и Атила Дудах, „Допуштеност једностраног повећања камате у уговорима о кредиту у праву Србије“, *Зборник радова Правног факултета*

Друга посебност хипотекарних кредита је пракса индексирања вредности кредита у иностраној валути. Овај проблем добија значај пре свега у државама чланицама у којима национална валута није замењена за евро, али његов значај није занемарљив ни у земљама у којима јесте, будући да су се пре избијања светске економске кризе стамбени кредити редовно уговарали у швајцарским францима, због ниже каматне стопе. У време кризе, и након ње, када је курс швајцарског франка драстично порастао, не само у односу на националне валуте, већ и у односу на евро, општој економској кризи се придружила и криза хипотекарних кредита, пре свега у Средњој и Источној Европи.¹⁰⁷ С циљем да се смањи овај валутни ризик који наглашено долази до изражаја у дугорочним кредитима као што су стамбени, Директивом се налаже државама чланицама да обезбеде регулаторни оквир у којем ће потрошач имати право да конвертује кредит индексиран у иностраној валути у кредит у неку другу, алтернативну валуту, односно да обезбеде друге механизме за ублажавање валутног ризика.¹⁰⁸ Алтернативна валута може да буде валута у којој потрошач прима приходе, односно има имовину, или валута државе у којој потрошач има боравиште.¹⁰⁹ Штавише, кредитор је дужан да обавести потрошача ако је због промене курса према иностраној валути у којој му је кредит индексиран, преостали износ кредита постао за 20% већи у односу на износ кредита који би се добио да је утврђен у националној валути према курсу који је важио на дан закључења уговора, и истовремено га обавестити о могућности конверзије дуга у алтернативну валуту.¹¹⁰

У погледу превремене отплате кредита, Директива о хипотекарним кредитима углавном следи нормативно решење Директиве бр. 2008/48/ЕС, али се и донекле разликује од њега, пре свега по томе што не предвиђа горњу границу накнаде кредитору у случају превремене отплате кредита и по томе што омогућава државама чланицама да пропишу услове под којима се она може остварити.¹¹¹

Напоследку, Директива о хипотекарним кредитима дотиче и питања последица доцње у отплати кредита и принудног извршења, која су са аспекта потрошача од великог значаја, пре свега због чињенице да се стамбени кредити редовно закључују на дужи временски период. Међутим, без кон-

у *Новом Саду*, 2/2016, 549-568; а у контексту мађарског права вид. Атила Дудаш, „Једнострана измена уговора о кредиту у праву Мађарске“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2017, 791-812.

¹⁰⁷ Вид. детаљније А. Dudaš (2016), 551.

¹⁰⁸ Директива о хипотекарним кредитима, чл. 23 ст. 1.

¹⁰⁹ Директива о хипотекарним кредитима, чл. 23 ст. 2.

¹¹⁰ Директива о хипотекарним кредитима, чл. 24 ст. 4.

¹¹¹ Директива о хипотекарним кредитима, чл. 25 ст. 2.

кретних решења, Директива прилично апстрактном и оквирном одредбом¹¹², поставља захтев државама чланицама да подстичу кредиторе да у покретању извршних поступака покажу разумну меру стрпљења¹¹³.

6. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

У раду је приказан развој правне регулативе потрошачког кредита у праву Европске уније. Тај пут је започет 1987. године усвајањем Директиве бр. 87/102/ЕЕС о уговорима о потрошачким кредитима. Након ње је постепено усвајан низ директива којима су уређени поједини сегменти тзв. „retail“ банкарства, који имају значај са аспекта правне заштите потрошача, или потребе несметаног одвијања прекограничних банкарских трансакција и кредита, као и прекограничних инвестиција.

Директива бр. 87/102/ЕЕС о уговорима о потрошачким кредитима укинута је истоименом Директивом бр. 2008/48/EU. Она је остварила значајне промене у правном оквиру заштите потрошача у вези са уговорима о кредиту. Од новина уведених новом Директивом свакако је најзначајнија обавеза исказивања свих трошкова кредита преко ефективне каматне стопе и пружања потпуних и јасних информација потрошачу помоћу јединственог ESIS обрасца. Додатно су пооштрене обавезе кредитора у вези са предуговорним обавештавањем и саветовањем потрошача.

Почетак последње етапе у развоју регулативе потрошачког кредита у праву Европске уније обележава усвајање Директиве бр. 2014/17/EU о уговорима о потрошачким кредитима који се односе на стамбене некретнине, која је стручној јавности позната само као Директива о хипотекарним кредитима. Њено усвајање је добрим делом било мотивисано искуствима светске економске кризе и њоме проузроковане хипотекарне кризе, као и непоштене праксе банака у вези са изменама варијабилне каматне стопе. Ови чиниоци утицали су на све уговоре о кредиту, али су знатно снажније дошли до изражаја у потрошачким хипотекарним кредитима, пре свега због већих износа кредита, дугих рокова отплате и могућих негативних социјалних импликација. Стога су Директивом пооштрене предуговорне обавезе обавештавања потрошача, ефективна каматна стопа и дужност обавештавања путем ESIS обрасца регулисани су у складу са начелом максималне хармонизације, детаљније су уређена правила о индексирању кредита у страниој валути и примени варијабилне каматне стопе и сл.

У доктрини се међутим са разлогом изражава сумња у потенцијале Директиве да оствари зацртане циљеве стварања правог јединственог европ-

¹¹² Вид. Е. Mišćenić, 162.

¹¹³ Директива о хипотекарним кредитима, чл. 28 ст. 1.

ског тржишта хипотекарних кредита, с једне, и уједначења степена правне заштите потрошача у хипотекарним кредитима у Европској унији, с друге стране. Наиме одредбе Директиве су, осим правила о ефективној каматној стопи и дужности предуговорног обавештавања потрошача путем ЕСИС обрасца, засноване на принципу минималне хармонизације, те је за очекивати да ће државе чланице при транспоновању Директиве поступити неједнако и тиме онемогућити остваривање јединственог режима хипотекарних потрошачких кредита у Европској унији.¹¹⁴

¹¹⁴ Вид. Е. Miščenić, 166.

Attila I. Dudás, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
A.Dudas@pf.uns.ac.rs

The Evolution of the Legal Framework of Consumer Credits in the European Union

Abstract: *The beginning of the evolution of the regulatory framework of consumer credits in the European Union is hallmarked by the adoption of Directive No. 87/102/EEC. Later, a wide range of directives were adopted gradually, regulating specific segments of retail banking, having relevance in terms of legal protection of consumers and of the need to facilitate cross-border banking transactions and credit activities, on the one hand, and relating to cross-border investments, on the other.*

Directive No. 87/102/EEC was repealed by Directive No 2008/48/EU on consumer credit contracts. It introduced major changes into the legal framework of consumers credits. The most notable novelties are the creditors' duty to indicate all interests and costs related to the credit by the mechanism of the annual percentage rate of charge and to provide clear and prominent precontractual information to the consumer by the means of ESIS.

The beginning of the last phase in the evolution of the regulatory framework of consumer credits is marked by the adoption of Directive No 2014/17/EU, known in professional circles as the Mortgage Credit Directive. Its adoption was considerably influenced by the experience of the recent global economic crisis and the crisis of residential mortgage credits as its consequence, and unfair practice of banks in applying variable interest rates. Hence, the creditors' precontractual duties are amplified, the rules on the APR and providing precontractual information to the consumer by the means of ESIS are devised based on the principle of maximal harmonization, rules on foreign currency loans and variable interest loans are introduced, etc.

However, there are well-argued doubts expressed in the doctrine about the potential of the Directive to achieve its goals of creating a single European mortgage credit market and achieving uniform level of consumer protection in mortgage loans in the European Union. Namely, the provisions of the Directive, with the exception of the rules on APR and the pre-notification of consumers by the means of ESIS, are based on the principle of minimum harmonization. Therefore, it is to be expected that the transposition of the Directive in national legal systems

will not be uniform, rendering the realization of a single legal regime of mortgage consumer credits in the European Union virtually impossible.

Keywords: *Directive No. 87/102/EEC, Directive No. 2008/48/EU, Directive No. 2014/17/EU, Mortgage Credit Directive, Consumer Credit Directive, contract on loan, consumer credit.*

Датум пријема рада: 26.11.2018.

Др Јелена Д. Лепетић, доцент
Универзитет у Београду
Правни факултет
jelena.lepetic@ius.bg.ac.rs

ЈЕДНА АКЦИЈА – ЈЕДАН ГЛАС: ДА ЛИ ЈЕ ВРЕМЕ ЗА ПРОМЕНЕ

Сажетак: Аутор у овом раду анализира правило једна акција – један глас дајући одговор на питање да ли је време за промене у српском компанијском праву. Након одређења сврхе правила једна акција – један глас као механизма за успостављање равноправне између управљачких права акционара и економског ризика који акционари сnose, аутор износи аргументе за и против увођења, односно задржавања и напуштања овог правила у националном праву. У раду су анализирана два типа система гласања у акционарским друштвима – пропорционални и непропорционални, уз приказ ујоредноправних решења и дејављања на нивоу Европске уније. Аутор закључује да треба модификовати решење које је прихваћено у српском компанијском праву, између осталог, ради популаризовања форме акционарског друштва и усклађивања правила једна акција – један глас са другим институцијима који су прихваћени у домаћем праву, пре свега, институција посебних дужности контролног акционара. Према мишљењу аутора, једна акција – један глас би требало да буде диспозитивно, а не императивно правило. Такође, сличне промене су се десиле у јединим ујоредним законодавствима. На кају, предложена промена би била у складу са тенденцијама у праву Европске уније у вези са подстицањем дугорочног ангажовања акционара.

Кључне речи: једна акција – један глас, акције које дају право на више гласова, системи гласања, акције за лојалност.

1. УВОД

Усвајање правила једна акција један глас је резултат тежње за пропорционалношћу управљачких права и економског ризика који улагач сноси. Због тога, оно представља својеврсну гаранцију да ће акционари доносити

најбоље одлуке за привредно друштво и уједно контролисати управу. Имајући у виду да, према природи ствари, управу могу ваљано контролисати једино активни/ангажовани акционари, активизам акционара представља важну и горућу тему у корпоративном управљању. Механизми за подстицање ангажовања акционара су бројни, при чему, поједини подразумевају одступање од правила једна акција – један глас. Управо је та чињеница један од главних аргумената који се могу истаћи против императивности правила једна акција – један глас, са посебном тежином за нејавна друштва. Ипак, значај тог аргумента не може се оспорити ни када је реч о јавним друштвима, посебно у случајевима када су специјална права гласа акционара постојала пре него што је друштво постало јавно (пре отварања).¹ Имајући у виду да је у српском компанијском праву прихваћено правило једна акција – један глас, оправдано је поставити питање које су предности, а које мане тог решења. Да би се дао одговор, треба имати у виду дешавања на нивоу Европске уније, као и важећа решења држава на чије се компанијскоправне прописе обично угледа наш законодавац. Национална законодавства се различито одређују према том питању. Због тога, корисно је направити преглед и класификацију сличних и различитих система. Право гласа акционара у праву Европске уније је посебно значајно за Србију као државу кандидата за чланство у Европску унију. Такође, треба преиспитати и да ли је правило једна акција – један глас одговарајуће за сва акционарска друштва, односно подједнако за јавна, као и за нејавна друштва. На крају, у зависности од одговора, треба утврдити да ли су, односно у којој мери су потребне реформе домаћих прописа, уз давање одговарајућих предлога за измену закона којим су регулисана привредна друштва. Треба кренути од тражења одговора на питање да ли је правило једна акција – један глас данас потреба или својевремени тренд у компанијском праву.

2. СВРХА ПРАВИЛА ЈЕДНА АКЦИЈА – ЈЕДАН ГЛАС

Правило једна акција – један глас представља конкретизацију принципа сразмерности између контроле и капитала акционарског друштва. Суштина тог принципа огледа се у премиси да онај ко сноси економски ризик треба да има и контролу над привредним друштвом.² Такође, правило

¹ Hans De Wulf, „Shares in EMCA: The Time is Ripe for True No Par Value Shares in the EU, and the 2nd Directive is Not an Obstacle”, *European Company and Financial Law Review* 2/2016, 252.

² Вид. Извештај о пропорционалности између власништва и контроле у котираним друштвима у Европској унији: упоредна правна студија из 2007. године (Shearman & Sterling LLP, Proportionality between Ownership and Control in EU Listed Companies: Comparative Legal Study, May 18, 2007), 4.

једна акција – један глас обично се сматра механизмом за дисциплиновање директора у контексту одвајања власништва од контроле у модерним привредним друштвима, због права гласа акционара и могућности разрешења директора.³ Специјална управљачка права акционара која им омогућавају да, и поред нижег степена економског ризика, односно процента капитал учешћа, значајно утичу на управљање друштвом подразумевају одступања од принципа сразмерности капитала и контроле, а тиме и од правила једна акција – један глас. С тим у вези, неизоставно је поменути раздвајање „правног” и „економског власништва”, односно питање раздвајања управљачких и економских права акционара. Разлози за спречавање раздвајања управљачких и економских права се подударају са разлозима за увођење правила једна акција – један глас. Они су правне, економске или политичке природе. Као први разлог за спречавање раздвајања права гласа и сношења економског ризика (економско власништво) обично се наводи побољшање функционисања тржишта корпоративне контроле у светлу непријатељских преузимања.⁴ Ту су још и спречавање контролних акционара да присвоје имовину друштва (енг. *tunneling*), као и онемогућавање појединаца (економских и политичких моћника) да контролишу и саму државу.⁵ Дакле, питање раздвајања власништва и контроле у привредним друштвима представља полазну основу у анализи правила једна акција – један глас. Агенцијски трошкови и питање раздвајања власништва и контроле су у фокусу разматрања великог броја аутора још од тридесетих година прошлог века, тачније од времена Берла и Минса (*Berle & Means*) познатом по дисперзованом акционарству, због чијег се утицаја Сједињене Америчке Државе (даље: САД) обично наводе као пример државе са дисперзованим акционарством.⁶ О значајним променама на америчком тржишту сведочи податак да су закључно са 2010. годином велики институционални инвеститори били имаоци 80% америчког тржишта акција, при чему се само у периоду између 1980. и 1996. године тај број повећао са испод 30% на преко 50%.⁷ Модел привредног друштва Берла и Минса више није репрезентативни модел компаније у САД-у (у Европи није био ни раније).⁸ Наведена промена није једина која је

³ Вид. Arman Khachaturyan, „Trapped in Delusions: Democracy, Fairness and the One-Share-One-Vote Rule in the European Union”, *European Business Organization Law Review* 3/2007, 4-5 (број страна према електронској копији доступној на *Westlaw*).

⁴ Henry T. C. Hu, Bernard Black, „The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership”, *Southern California Law Review* 4/2006, 851.

⁵ *Ibid.*, 851-852.

⁶ Вид. Dorothy S. Lund, „The Case against Passive Shareholder Voting”, *Journal of Corporation Law* 3/2018, 498.

⁷ *Ibid.*, 498.

⁸ Вид. Alessio M. Paccas, „Exit, Voice and Loyalty for the Perspective of Hedge Funds Activism in Corporate Governance”, *Erasmus Law Review* 4/2016, 204.

задесила тржиште САД-а. Повећано пасивно улагање је друга значајна промена о којој се данас говори као о проблему модерног доба.⁹

Док, с једне стране, циљ увођења правила једна акција – један глас јесте успостављање сразмерности контроле и капитала, то, с друге стране, није обезбеђивање равноправности акционара, иако би се то, на први поглед, могло помислити. Постизање равноправности, односно једнакости акционара није и не може бити сврха правила једна акција – један глас узимајући у обзир да једнакост подразумева једнако третирање лица, у овом случају акционара, која су у истом положају. Другачије речено, правило једна акција – један глас, као ни *pro rata* расподела дивиденде, нису манифестације принципа једнаког третмана акционара, већ једнакости акција као механизма који омогућава „изградњу секундарног тржишта”.¹⁰ Да закључимо, основна карактеристика правила једна акција – један глас у економском смислу јесте да је реч о механизму за успостављање равнотеже између улагања и контроле.¹¹

3. *PRO ET CONTRA* ПРАВИЛА ЈЕДНА АКЦИЈА – ЈЕДАН ГЛАС

Постоји велики број аргумената за усвајање, али и против увођења правила једна акција – један глас у компанијскоправну регулативу. И једни и други базирају се на анализи постојећих модела корпоративног управљања и корпоративне вредности.¹² Уопштено говорећи, као аргументи у прилог правила једна акција – један глас, најчешће се помињу: 1) ограничавање опортунуог понашања контролног акционара, 2) подстицање учешћа акционара у раду друштва и 3) заштита мањинских акционара у случајевима преузимања.¹³ У контексту права Европске уније, као аргумент у прилог правилу једна акција – један глас наводе се позитивни ефекти које би увођење тог правила имало на слободно кретање капитала и право настањивања. С друге стране, аргументи против увођења правила једна акција – један глас су: 1) одвраћајући ефекат који правило производи на инвеститоре у погледу доношења одлуке о првој јавној емисији због извесног губитка контроле; 2) окретање алтернативним механизмима за очување или јачање контроле, као

⁹ D. S. Lund, 506.

¹⁰ Nicola de Luca, „Unequal Treatment and Shareholders’ Welfare Growth: ‘Fairness’ v. ‘Precise Equality’”, *Delaware Journal of Corporate Law* 34/2009, 894. Вид. више о једанком третману акционара у Зоран Арсић, „Једнак третман акционара”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2014, 58-59.

¹¹ Вид. А. Khachaturyan, 4-5.

¹² George Psarakis, „One Share – One Vote and the Case for a Harmonised Capital Structure”, *European Business Law Review* 4/2008, 710.

¹³ Вид. *ibid.*, 717-718 и 723.

што су: систем пирамида, узајамна капитал учешћа, коришћење деривата и зајма акција; 3) неразноврсност понуде акција, будући да свака ствар има цену, што подразумева могућност компензовања мањка управљачких права нижом ценом или гарантовањем веће дивиденде; 4) већа дисперзија акција због недоступности механизма за јачање контроле, што омогућава управи да лакше користи апатију акционара, чиме се повећавају агенцијски трошкови и отварају проблеми корпоративног управљања у континенталним правним системима којима нису својствени други механизми дисциплиновања управе; 5) давање предности краткорочним над дугорочним интересима, будући да то обично подразумева и немогућност награђивања лојалности акционара додатним гласовима и 6) трошкови увођења и спровођења тог правила.¹⁴ Задржавање овог правила у државама које су га већ усвојиле, омогућило би трајност ефеката које је произвело његово увођење. С друге стране, у државама у којима су забрањене акције које дају право на више гласова, одустајање од императивног правила једна акција – један глас би донело флексибилност, охрабрило осниваче да врше јавне емисије, решило питање блокаде у одлучивању, одвратило шпекуланте од краткорочног улагања и слично.¹⁵ Стога, напуштање правила би било оправдано, уколико се позитивни ефекти увођења правила, под претпоставком да су настали, могу сачувати на други начин.

4. ПРОПОРЦИОНАЛНИ И НЕПРОПОРЦИОНАЛНИ СИСТЕМИ ГЛАСАЊА

Правило једна акција – један глас у буквалном смислу подразумева да свака акција коју акционарско друштво издаје даје право на један глас. Акције могу да дају право на више гласова приликом издавања, када се право гласа везује за акције – акције које дају право на више гласова, али и накнадно, приликом пословања када се право гласа везује за акционара – тзв. акције за лојалност. У оба случаја, реч је о одступању од правила једна акција – један глас. У случају недозвољености постојања било каквих изузетака од тог правила, неки од познатих института компанијског права били би изопштени из правног система. Тако би, на пример, било забрањено издавање преференцијалних акција, као акција без права гласа. Већ сама чињеница да је издавање преференцијалних акција обично дозвољено у националним законодавствима подразумева постојање непропорционалног система гласања у

¹⁴ *Ibid.*, 711-717.

¹⁵ Augusto Santoro, Ciro Di Palma, Paolo Guarneri, Alessandro Capogrosso, „Deviations from the One Share – One Vote Principle in Italy: Recent Developments – Multiple Voting Rights Shares and Loyalty Shares”, *Bocconi Legal Papers* 5/2015, 147-148.

друштву. Пропорционални систем гласања би био онај у којем свака акција даје акционару право на један глас. С друге стране, када је дозвољено издавање акција које дају право на више или мање од једног гласа, поред акција које дају право на један глас, реч је о непропорционалном систему гласања. Дакле, систем гласања може бити пропорционални и непропорционални.

Непропорционални систем гласања подразумева издавање акција које дају различита гласачка права, било приликом оснивања друштва или накнадно у случају повећања капитала, чиме се акционарима са већим гласачким правима омогућава да управљају привредним друштвом.¹⁶ Дакле, непропорционални систем гласања је, пре свега, систем у којем су дозвољене акције које дају различито право гласа – непропорционални систем гласања у ужем смислу. Додатно, и систем гласања који подразумева дозвољеност акција са правом гласа и акција без тог права такође се може назвати непропорционалним системом – непропорционални систем гласања у ширем смислу. Због тога, непропорционални систем гласања не подразумева увек дозвољеност акција које дају право на више гласова. Право акционара на више гласова које даје једна акција је један од механизма јачања контроле – структурални или уговорни механизми који омогућавају акционарима да врше право гласа диспропорционално у односу на њихова економска права, односно економски ризик који сnose.¹⁷ Популарност ових механизма не јењава, као ни њихова присутност на тржишту. Због тога, теоријска дебата о њиховој делотворности или штетности се наставља. Уопштено говорећи, контрола се може ојачати различитим механизмима који могу бити предвиђени акцијом друштва, на пример, право акционара на више гласова по акцији, ограничење гласачких права (енг. *voting caps*) или уговорима између чланова друштва, затим давањем акција у зајам и различитим облицима деривативних техника, као уговорних механизма, али и формирањем пирамидалних структура и узајамних капитал учешћа, као механизма корпоративног удруживања.¹⁸ Дакле, механизми за јачање контроле могу се поделити на: статусне механизме, уговорне механизме и механизме групе друштава, односно механизме корпоративног удруживања.¹⁹

Непропорционални систем гласања сам по себи не изазива много контроверзи када се уводи иницијално, приликом оснивања, што, с друге стране,

¹⁶ Вид. Flora Huang, „Dual Class Shares around the Top Global Financial Centres”, *Journal of Business Law* 2/2017, 137.

¹⁷ Yu-Hsin Lin, „Revisiting corporate control-enhancing mechanisms”, *Global Capital Markets – A Survey of Legal and Regulatory Trends* (eds. P.M. Vasudec, Susan Watson), Cheltenham – Northampton 2017, 95.

¹⁸ G. Psarakis, 709, фн. 2.

¹⁹ Вид. посебно о врстама ових механизма у Извештају о пропорционалности између власништва и контроле у котираним друштвима у Европској унији: упоредна правна студија из 2007. године.

није случај када котирано друштво жели и планира да га уведе накнадно. Другачије речено, значајно питање је да ли треба дозволити накнадно увођење непропорционалног система гласања у котираном акционарском друштву. Одговор би требало да буде одричан, имајући у виду да би тиме дошло до неједнаког третмана акционара у истом положају. Дакле, општи је став да докапитализација која би подразумевала различита гласачка права у виду већих права за контролну групу акционара и мања гласачка права за остале улагаче не треба да буде дозвољена, што је усвојено и у Европи и у САД-у.²⁰ С друге стране, тзв. акције за лојалност, односно специјална права гласа лојалних акционара, у државама у којима су дозвољене представљају редован механизам за награђивање свих акционара током пословања друштава чије се акције котирају на берзи. Наиме, гласове за лојалност дају све акције, при чему у пракси може доћи до злоупотребе тог института од стране управе и контролних акционара.²¹ Ипак, мора се истаћи да од самих мањинских акционара зависи да ли ће и они стећи већа гласачка права, па евентуална злоупотреба, како је напред описано, није ваљан аргумент против увођења акција за лојалност. Такође, треба истаћи да се тај аргумент против акција за лојалност базира на претпоставци да мањински акционари немају интерес да задрже акције и тако стекну већи утицај на друштво. У сваком случају, акционарима треба оставити могућност да сами одлуче да ли ће и на који начин лојалност акционара бити награђена, с обзиром на потребе одрживости друштва и привлачења инвеститора. Спектар доступних механизма сведочи о опредељењу законодавца у погледу пожељног степена аутономије воље у компанијском праву. Уместо недоступности појединих механизма, регулатор може да предвиди најмању већину која је потребна за доношење одлуке о награђивању чиме ће мањински акционари бити адекватно заштићени. Може се закључити да се не може изједначити случај накнадног издавања акција које дају право на више гласова друштва у којем то раније није било могуће и награђивање лојалних акционара додатним гласовима које дају већ издате акције.

5. УПОРЕДНОПРАВНА РЕШЕЊА

5.1. Решења у водећим правним системима

У САД-у је популарна тзв. двојна структура акција (енг. *dual-class shares*), под којом се подразумева издавање акција са различитим правом гласа и

²⁰ А. М. Paccès, 214.

²¹ *Ibid.*

прихватање непропорционалног система гласања. Конкретно, 6% јавних друштава има тзв. двојну структуру, односно издаје акције које дају различито право гласа.²² Разлог за избор овог механизма је окренутост друштва према дугорочном улагању и иновацијама.²³ Ту структуру изабрали су гиганти попут *Google*-а, *Facebook*-а и *LinkedIn*-а.²⁴ Посебно значајно питање у вези са друштвима са тзв. двојном структуром акција је да ли треба дозволити уврштавање акција тих друштава у берзанску котацију. Тако се, на пример, акције друштава са тзв. двојном структуром акција могу котирати на Њујоршкој берзи, као и на берзама Насдак (*NASDAQ*) и Амекс (*AMEX*), ако је таква структура постојала у време када је друштво постало јавно (енг. *initial public offering*).²⁵ Популарност двојне структуре превазилази границе америчког континента, па је тако светски позната кинеска компанија Алибаба изабрала да уврсти своје акције на листинг Њујоршке, а не Хонгконшке берзе, само да би могла да користи ту структуру.²⁶ Исто тако је и енглески фудбалски клуб *Manchester United* одлучио да постане јавно друштво са тзв. двојном структуром акција у САД-у 2012. године због ограничења која је предвиђала Лондонска берза.²⁷ Прихватљивост тзв. двојне структуре акција, односно непропорционалног система гласања, не подразумева искљученост правила једна акција – један глас из компанијскоправне регулативе. Напротив, правило једна акција – један глас може бити опште правило, које важи ако другачије није предвиђено актима друштва.

Најраспрострањенија форма тзв. двојне структуре акција у САД-у је издавање обичних и преференцијалних акција.²⁸ С друге стране, суштину ове структуре најлакше је разумети на примеру друштва које издаје две класе обичних акција, од којих акције једне класе дају право на мањи број гласова од акција друге класе.²⁹ У Делаверу, држави која је позната по својој компанијскоправној регулативи, правило једна акција – један глас јесте диспозитивне природе, што значи да компаније могу од њега одступити, односно да акције могу да дају право на више или мање од једног гласа, при

²² Y.-H. Lin, 103.

²³ *Ibid.*, 96.

²⁴ F. Huang, 137; Zohar Goshen, Assaf Hamdani, „Corporate Control and Idiosyncratic Vision”, *Yale Law Journal* 3/2016, 563.

²⁵ Tian Wen, „You Can’t Sell Your Firm and Own It Too: Disallowing Dual-Class Stock Companies from Listing on the Securities Exchange”, *University of Pennsylvania Law Review*, 6/2014, 1496-1497.

²⁶ Z. Goshen, A. Hamdani, 563.

²⁷ T. Wen, 1507.

²⁸ Tamara C. Belinfanti, „Shareholder Cultivation and New Governance”, *Delaware Journal of Corporate Law* 3/2014, 831.

²⁹ Вид. Stephen M. Bainbridge, „The Short Life and Resurrection of SEC Rule 19c-4”, *Washington University Law Review* 2/1991, 566.

чему је могуће издати и акције без права гласа.³⁰ У пракси, већина америчких акционарских друштава примењује правило једна акција – један глас.³¹

Постоје бројне правно-економске студије које доказују да одступања од правила једна акција – један глас нису штетна барем у случају прве јавне емисије друштва са тзв. двојном структуром акција.³² С друге стране, накнадно увођење акција без права гласа или акција са ограниченим правом гласа може бити проблематично с обзиром на то да може да послужи директорима да утврде положај, као и претварање обичних акција у преференцијалне будући да би корист од тога имали контролни акционари на штету мањинских.³³ То су разлози због којих се америчка Комисија за трговину хартијама од вредности борила против одступања од правила једна акција – један глас у котирањим друштвима. На крају, пронађен је компромис, па тако постоје ограничења у погледу рекапитализације котирањих друштава. Комисија је прво увела правило којим се онемогућава котирање друштава са тзв. двојном структуром акција, што је била реакција на чињеницу да су јој Њујоршка и Амекс берза поднеле захтев за одобрење измена правила о листирању због конкуренције са Насдаком, чија су правила била значајно либералнија од њихових у том погледу.³⁴ Ипак, правило није било дугог века, будући да је Суд у случају *Business Roundtable v. SEC*, који се повео због новоуведеног правила (*Rule 19c-4*), између осталог, утврдио да Комисија нема надлежност да се меша у унутрашње ствари друштава.³⁵ И поред тога, Комисија је убедила поједине берзе да делимично прихвате ограничења, па је тако забрањена рекапитализација котирањих друштава са тзв. двојном структуром акција на Њујоршкој берзи.³⁶ С друге стране, акције тих друштва могу бити примљене у котацију ако су издате пре иницијалне јавне понуде, при чему се изузетно акције са различитим гласачким правима могу издати накнадно када се тиме не нарушава постојећи систем гласања, као и у случајевима статусних промена.³⁷

³⁰ Вид. Општи компанијски закон Делавера (*Delaware General Corporation Law*), пар. 151(a) и 212(a), <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/>, 4. септембар 2018. Вид. и F. Huang, 141.

³¹ Lynne L. Dallas, Jordan M. Barry, „Long-Term Shareholders and Time-Phased Voting”, *Delaware Journal of Corporate Law* 40/2016, 564.

³² Види више у Guido Ferrarini, „One Share – One Vote: A European Rule”, *European Company and Financial Law Review* 2/2006, 159.

³³ *Ibid.*

³⁴ Marco Ventoruzzo, „The Disappearing Taboo of Multiple Voting Shares: Regulatory Responses to the Migration of Chrysler-Fiat”, *ECGI Law Working Paper* 288/2015, 4, https://ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/SSRN-id2574236.pdf, 1. октобар 2018.

³⁵ *Ibid.*, 4–5.

³⁶ *Ibid.*, 5.

³⁷ *Ibid.*

У Великој Британији, правило једна акција – један глас је начелно прихваћено у Компанијском закону из 2006. године, али се од њега може одступити.³⁸ Дакле, акције које дају право на више гласова су дозвољене, уз одређења ограничења када је реч о котираним друштвима. Наиме, Регулатор финансијског понашања (*Financial Conduct Authority*) у својим Правилима о листингу предвидео је два премијум принципа за листинг (бр. 3 и 4) који представљају ограничења у том погледу.³⁹

С друге стране, постоје државе у којима су акције које дају право на више гласова забрањене. Такав је случај у немачком компанијском праву.⁴⁰ Право на више гласова на основу једне акције је изричито забрањено законом којим су регулисана акционарска друштва.⁴¹ Због тога се немачки систем може назвати конзервативним у поређењу са америчким или британским када је реч о правилу једна акција – један глас. Ипак, поређење искључиво америчког и британског решења са немачким, може резултирати погрешним закључком да је непропорционални систем гласања карактеристичан за англосаксонске правне системе за разлику од континенталних. Напротив, акције могу дати више од једног гласа у француском и италијанском праву, као и у скандинавским државама, као што су то Шведска и Финска.⁴² Решења наведених држава се могу назвати либералним у том контексту. Важеће правила једна акција – један глас без могућности одступања је разлог због којег се контролни акционари тешко одлучују да донесу одлуку о отварању друштва не желећи да над њим изгубе контролу.⁴³ Ипак, непропорционални систем гласања не може заштитити акционаре од преузимања када је у националном праву усвојено правило пробијања. Управо се правило пробијања наводи као један од разлога непопуларности акција које дају право на више гласова, односно двојне структуре акција у погледу права гласа које различите акције дају у Уједињеном Краљевству, иако она јесте дозвољена.⁴⁴ Као други разлог наводи се притисак тржишта и отпор институционалних инвеститора који су подстакнути да смањују број акција које дају право на више гласова и акција без права гласа ради промовисања доброг корпоративног

³⁸ F. Huang, 144.

³⁹ Вид. F Huang, 144; Премијум принципи за листинг, бр. 3 и 4 (*Premium Listing Principles*), <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/LR/7/2.html>, 25. октобар 2018.

⁴⁰ Y.-H. Lin, 105.

⁴¹ Вид. немачки Закон о акцијама (*Aktiengesetz – AktG*), чл. 12, ст. 2.

⁴² Вид. Извештај о пропорционалности између власништва и контроле у котираним друштвима у Европској унији: упоредна правна студија из 2007. године, 24.

⁴³ F. Huang, 139.

⁴⁴ *Ibid.*, 145. Вид. статистичке податке у Извештају о пропорционалности између власништва и контроле у котираним друштвима у Европској унији: упоредна правна студија из 2007. године, пар. 4.3.1. и 4.4.16.

управљања.⁴⁵ Због тога се на Лондонској берзи врло ретко котирају акције друштава која прихватају одступања од правила једна акција – један глас.⁴⁶

Правило једна акција – један глас је начелно прихваћено у акционарским друштвима у Француској (фр. *sociétés anonymes*), имајући у виду да је Трговинским законом предвиђено да акције дају право гласа пропорционално капиталу који представљају, при чему свака акција даје право на најмање један глас, док се акције без права гласа могу издати само у форми преференцијалних акција (фр. *action de préférence*).⁴⁷ Француско решење заправо дозвољава и регулише тзв. акције за лојалност, односно специјално право гласа лојалних акционара када се испуне предвиђени услови. С друге стране, правило једна акција – један глас не важи за поједностављена акционарска друштва (фр. *société par actions simplifiée*), у којима су дозвољене акције које дају право на више гласова, али се акције без права гласа могу издати само у форми преференцијалних акција, као и у акционарским друштвима.⁴⁸

Данас су у Италији дозвољене акције које дају право на више гласова. Након измена италијанског Грађанског законика 2014. године, нејавна акционарска друштва могу издавати акције које дају право на више гласова, за разлику од јавних, која то могу само изузетно, иако су, с друге стране, акције за лојалност дозвољене.⁴⁹ Промена је уследила након миграције акционарског друштва Фијат (*Fiat S.p.A.*) у Холандију.⁵⁰ Акције које дају право на више гласова су дозвољене у јавним друштвима ако су издате пре него што су акције друштва примљене у листинг, при чему се након листирања, могу издавати само када је то неопходно за очување односа учешћа капитала између акционара у укупном капиталу.⁵¹ У италијанском праву од раније су дозвољена и друга одступања од правила једна акција – један глас, у виду акција са специјалним правима (на пример, право вета), лимита у вези са правом гласа, акција без права гласа, као и акција које дају право гласа само у одређеним случајевима.⁵² Законодавац је квантитативно ограничио број гласова по акцији, тако да једна акција може дати акционару право на максимално три гласа.⁵³ С друге стране, дозвољено је фрагментарно рачунање

⁴⁵ F. Huang, 145.

⁴⁶ *Ibid.*, 145–146.

⁴⁷ Вид. француски Трговачки законик (*Code de Commerce*), Art. L. 225-122 и Art. L. 228-11; Pierre-Henri Conac, „Freedom of Contract and Limits to Private Autonomy in French Company Law”, *Festschrift für Theodor Baums zum siebzigsten Geburtstag* (Hrsg. Helmut Siekmann), Band I, Tübingen 2017, 242-244.

⁴⁸ P.-H. Conac, 242-244.

⁴⁹ A. Santoro, et al., 143.

⁵⁰ Вид. више у *ibid.*, 141–142.

⁵¹ *Ibid.*, 154 и 167.

⁵² Вид. више у *ibid.*, 149–153.

⁵³ *Ibid.*, 153.

гласова, односно акција може дати, на пример, и право на један и по глас.⁵⁴ Иако су реформе италијанског законодавства којим су дозвољене акције које дају право на више гласова и акције за лојалност новијег датума, оне су и раније биле део италијанског законодавства. Наиме, акције које дају право на више гласова су до 1942. године биле дозвољене у италијанском праву.⁵⁵

Према Европском моделу компанијског закона дозвољено је издавање акција које дају право на више гласова.⁵⁶ Такође, дозвољено је и издавање тзв. приоритетних акција – акција које дају специјална права, као, на пример, право вета, без обзира на то колико гласова дају.⁵⁷ Дакле, у Модел закону прави се разлика између акција које дају право на више гласова и акција са специјалним правима. Реч је различитим механизмима са истим ефектом.

5.2. Право Европске уније

Гласање акционара, као манифестација вршења права гласа акционара, је важан инструмент корпоративног управљања.⁵⁸ То је препознато и на нивоу Европске уније, па је тако усвојена Директива бр. 828/2017 о измени Директиве бр. 36/2007 у погледу подстицања дугорочног ангажовања акционара.⁵⁹ Наиме, Европска унија се и раније бавила правима акционара, па је 2007. године усвојена Директива бр. 36/2007 о вршењу одређених права акционара у котираним друштвима.⁶⁰ Дакле, Европска уније фокусира на права акционара у јавним, односно котираним друштвима, имајући у виду њихов прекогранични карактер.

Правило једна акција – један глас није усвојено на нивоу Европске уније, иако је, својевремено, Европска комисија намеравала да га инкорпорира у право Европске уније као обавезујуће за котирана друштва. Чарли Мак-криви (*Charlie McCreavy*), некадашњи Европски комесар за унутрашње тржиште и услуге, који је на тој функцији био од 2004. до 2010. године, сматрао је да би увођење правила једна акција – један глас омогућило успостављање демократије акционара, будући да би на тај начин била искључења могућност

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ M. Ventrizzo, 1.

⁵⁶ H. De Wulf, 251; Европски модел компанијског закона, глава 5, одељак 6(1), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2929348&download=yes, 4. септембар 2018.

⁵⁷ Европски модел компанијског закона, глава 5, одељак 6 (5).

⁵⁸ Hanne S. Birkmose, „You can Lead a Horse to Water, But can You Make it Drink? Institutional Shareholders and Corporate Voting”, *European Business Law Review* 5/2009, 745.

⁵⁹ Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement, *OJ L* 132, 20. 5. 2017, 1-25.

⁶⁰ Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, *OJ L* 184, 14. 7. 2007, 17-24 .

предвиђања механизма за јачање контроле.⁶¹ Ипак, Европска комисија је одустала од те намере, посебно имајући у виду резултате истраживања који су објављени током 2007. године.⁶² Тако се правило једна акција – један глас не помиње у Акционом плану: Европско компанијско право и корпоративно управљање – модерни правни оквир за веће ангажовање акционара и бољу одрживост друштава из 2012. године.⁶³ С друге стране, оно је било део напуштеног предлога Пете директиве (чл. 33, ст. 1), схваћено као гаранција пропорционалности права гласа и капитала.⁶⁴ Такође, било је поменуто и у Акционом плану за модернизацију компанијског права и унапређење корпоративног управљања у Европској унији који је сачинила Европска комисија 2003. године ради јачања права акционара и остварења демократије акционара.⁶⁵

Постоји више аргумената за увођење правила једна акција – један глас у право Европске уније. Најзначајнији је стимулисање прекограничне мобилности компанија у контексту права настањивања, с обзиром на то да би преузимање привредних друштва било олакшано.⁶⁶ Оно би деловало подстицајно на миграције друштава због могућности задржавања сличне акционарске структуре.⁶⁷ Такође, значајан аргумент у прилог увођења правила једна акција – један глас је и позитиван утицај који би тиме био остварен на слободу кретања капитала у виду повећања степена правне сигурности улагача, посебно оних који намеравају да стекну контролно капитал учешће у страним друштвима, јер би знали шта могу да очекују.⁶⁸ С друге стране, треба истаћи да се позитивни ефекти увођења правила једна акција – један глас, могу постићи и на друге начине. У том контексту, посебно је значајна регулатива преузимања акционарских друштава и правило пробијања. На нивоу Европске уније преузимање

⁶¹ Вид. више у G. Psarakis, 709.

⁶² Вид. H. De Wulf, 252.

⁶³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Action Plan: European company law and corporate governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, Strasbourg, 12.12.2012 COM(2012) 740 final.

⁶⁴ Вид. више у Koen Geens, Carl Clottens, „One Share One Vote: Fairness, Efficiency and EU Harmonisation Revisited”, *The European Company Law Action Plan Revisited – Reassessment of the 2003 priorities of the European Commission* (eds. Koen Geens, Klaus J. Hopt), Leuven 2010, 147.

⁶⁵ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward, Brussels, 21. 5. 2003 COM (2003) 284 final, пар. 3.1.2.

⁶⁶ Вид. K. Geens, C. Clottens, 177.

⁶⁷ Вид. G. Psarakis, 731.

⁶⁸ Вид. K. Geens, C. Clottens, 178; G. Psarakis, 727 и 731. Слободно кретања капитала и право настањивања предвиђени су у чл. 63 и 49 Уговора о функционисању Европске уније (Consolidated version the Treaty of the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26. 10. 2012, 47-199). Реч је о слободама које имају велики значај за компанијско право.

је регулисано Директивом бр. 25/2004 о понудама за преузимање, при чему је правило о пробијању опционе природе.⁶⁹ Ако држава прихвата правило пробијања, право акционара на више гласова на основу једне акције се не може вршити у предвиђеним случајевима, када једна акција даје право на један глас. Другачије речено, ефекат правила пробијања је сличан оном који има предвиђање забране одступања од правила једна акција – један глас, односно императивно правило једна акција – један глас.⁷⁰ Дакле, ефекат увођења правила једна акција – један глас у оквиру одредаба о акцијама и праву гласа акционара може се постићи и регулисањем института преузимања на наведени начин. На крају, треба поменути да би и одлуке Суда правде Европске уније у будућности могле да произведу исти ефекат. Узимајући у обзир поменуту промену политике и циљева Европске комисије у погледу права гласа акционара, као и чињеницу да је правило пробијања у Директиви бр. 25/2004 о понудама за преузимање, које се односи само на преузимања котираних друштава, опционо, до хармонизације у погледу правила једна акција – један глас би у скорије време могло доћи једино путем одлука Суда.⁷¹ Због тога, одлуке Суда правде Европске уније у случајевима златних акција, с обзиром на то да је реч о акцијама са специјалним правима које представљају одступања од правила једна акција – један глас према ефектима које производе, имају велики значај за ово питање.⁷² Уколико уклањање ограничења слободног кретања капитала и права настањивања буде резултат одлука Суда, правило једна акција – један глас ће фактички произилазити из самог Уговора о функционисању Европске уније, иако не би било део секундарног права Европске уније.⁷³ Ипак, тако нешто није извесно у скоријој будућности имајући у виду да се случајеви у вези са златним акцијама односе на специјална права државе као акционара. С друге стране, чињеница да та права могу бити предвиђена приватноправним актима, на пример, актима друштва или уговорима акционара јесте оправдан повод да се размотри и та опција.⁷⁴

⁶⁹ Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, *OJ L* 142, 30.4.2004, 12-23.

⁷⁰ G. Ferrarini, 176.

⁷¹ Вид. K. Geens, C. Clottens, 148-149; Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, *OJ L* 142, 30. 4. 2004, 12-23.

⁷² Вид., на пример, одлуке Суда у следећим случајевима: *Commission v Germany, Case C-112/05, Judgment of the Court (Grand Chamber), 23 October 2007*; *Federconsumatory and others v Comune di Milano, Joined Cases C-463/04 and C-464/04, Judgment of the Court (First Chamber), 6 December 2007*; *Commission v Portugal, Case C-543/08, Judgment of the Court (First Chamber), 11 November 2010*; *Commission v Portugal, Case C-212/09, Judgment of the Court (First Chamber), 10 November 2011*.

⁷³ Вид. K. Geens, C. Clottens, 179-180 и 184.

⁷⁴ Вид. више о тој могућности у Јелена Лепетић, „Златне акције између приватног и јавног права у пракси Суда правде Европске уније”, *Право и привреда*, бр. 4-6/2017, 128-129.

6. ПРАВИЛО ЈЕДНА АКЦИЈА – ЈЕДАН ГЛАС У ДОМАЋЕМ ПРАВУ

У Србији је прихваћено правило једна акција – један глас. Према Закону о привредним друштвима, обичне акције увек дају право на један глас, па су акције које дају право на више гласова забрањене.⁷⁵ Ипак, разлика у вршењу права гласа постоји између јавног и нејавног акционарског друштва. Конкретно, она се односи на вршење права гласа акционара који није у потпуности уплатио, односно унео улог. Акционар јавног друштва не може да врши право гласа по основу делимично уплаћене акције, док таква забрана не постоји код нејавних друштава. Дакле, правило једна акција – један глас је опште правило за обичне акције, на које се односи и поменуто правило о делимично уплаћеним акцијама. С друге стране, дозвољено је издавање акција без права гласа. Дозвољеност издавања акција са правом гласа – обичних акција и акција без тог права – преференцијалних акција, подразумева могућност издавања различитих врста акција.⁷⁶ Треба напоменути да није могуће претворити обичне акције у преференцијалне, што је значајно са аспекта права гласа акционара.⁷⁷ Акције се могу стећи на примарном или секундарном тржишту, при чему се даном стицања акција сматра дан уписа у регистар.⁷⁸ Обичне акције имају само једну класу јер свака акција даје право на један глас.⁷⁹ С друге стране, преференцијалне акције могу чинити више класа, с обзиром на то да могу давати различита права. Класа акција представља скуп акција једне врсте које дају иста права.

Имајући у виду да је опште правило да преференцијалне акције не дају право гласа, њихов ималац не може да управља друштвом иако сноси економски ризик пословања, као што га носе и акционари који су законити имаоци обичних акција. Усвајање правила једна акција – један глас у најширем смислу подразумевало би и забрану издавања преференцијалних акција. С обзиром на то да је дозвољено издавање акција без права гласа, као изузетак од правила једна акција – један глас, систем гласања је непропорционалан у ширем смислу. Српско право није усамљени пример у том погледу, узимајући у обзир да национална права обично дозвољавају изузетке од правила једна акција – један глас као, на пример, акције без права

⁷⁵ Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015 и 44/2018, чл. 251, ст. 1, тач. 1.

⁷⁶ ЗОПД, чл. 250.

⁷⁷ ЗОПД, чл. 251, ст. 2.

⁷⁸ Вид. о више о акцијама у Мирко Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштава*, Београд 2017, 261.

⁷⁹ ЗОПД, чл. 251, ст. 1, тач. 1. За уплату и уношење улога код оснивања акционарског друштва вид. ЗОПД, чл. 45, 46, 266, 293.

гласа, ограничење укупног броја гласова по акционару, предвиђање права гласа само за одређена питања и друго.⁸⁰

Имаоци преференцијалних акција гласају у оквиру своје класе акција, у случајевима када те акције дају право гласа. Тада и делимично уплаћене преференцијалне акције дају право гласа (могућ је само новчани улог), при чему важи правило једна акција – један глас.⁸¹ Преференцијалне акције које се могу заменити за обичне акције – заменљиве акције, ако је то предвиђено статутом, могу дати право гласа својим имаоцима о свим или само о неким питањима, при чему се и тада примењује правило једна акција – један глас, с обзиром на то да је број гласова на које преференцијалне акције дају право једак броју обичних акција за које се могу заменити. Преференцијалне акције дају право гласа у домаћем праву у још једном случају, за који се може рећи да представља манифестацију заштите економских права ималаца преференцијалних акција. Конкретно, друштву је остављена могућност да статутом предвиди да имаоци преференцијалних акција могу да гласају заједно са имаоцима обичних акција ако им дивиденда, која им припада по одлуци скупштине, није исплаћена, све до њене исплате, и то сразмерно учешћу преференцијалних акција у основном капиталу друштва. Друштва би требало да искористе ову могућност, будући да акционари након доношења одлуке о исплати дивиденде постају повериоци друштва, а да је управо право на дивиденду кључни мотив за стицање преференцијалних акција. Може се закључити да је правило једна акција – један глас у српском праву императивно у свим случајевима када акција даје право гласа, односно да се другачије не може уговорити.

Правило једна акција – један глас није новина у Србији. Исто правило било је предвиђено Законом о привредним друштвима из 2004. године.⁸² Ситуација је пре тога била нешто другачија. Према Закону о предузећима из 1996. године, било је предвиђено да свака акција даје право гласа сразмерно својој номиналној вредности, при чему је било забрањено издавање акција са истом номиналном вредношћу које би давале различит број гласова.⁸³ Према Закону о предузећима из 1988. године, било је предвиђено да власници имају право гласа, сразмерно висини уложеног капитала, ако статутом, односно правилима није другачије предвиђено у скупштини пред-

⁸⁰ M. Ventoruzzo, 2.

⁸¹ Вид. ЗОПД, чл. 253, ст. 6 и чл. 255, ст. 1.

⁸² Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004 и 36/2011 – др. закон, чл. 208, ст. 1, тач. 3.

⁸³ Закон о предузећима, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96, 33/96 – испр., 29/97, 59/98, 74/99, 9/2001 – одлука СУС и 36/2002, чл. 221, ст. 1 и 3. Вид. Зоран Арсић, „Право гласа акционара – основни принципи”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2009, 56.

узећа у мешовитој својини.⁸⁴ Дакле, правило једна акција – један глас није било императивно. Легитимно је поставити питање да ли се жељени ефекат који је постигнут или се очекивало да ће бити постигнут увођењем правила једна акција – један глас као императивног правила у нашем праву могао или се може постићи на други начин или начине.

Већ је поменуто да се увођењем правила једна акција – један глас жели ограничити опортуну понашање контролног акционара, подстаћи учешће акционара у раду друштва и пружити заштита мањинским акционарима у случајевима преузимања. Српски законодавац предвидео је и друге институције који служе истој сврси. Тако је у Закону о привредним друштвима предвиђен институт посебних дужности према привредном друштву, чиме се законодавац обрачунао за опортуним понашањем контролних акционара. Даље, мањински акционари су у поступку преузимања заштићени правилима које предвиђа посебан закон.⁸⁵ Такође, Закон о привредним друштвима предвиђа бројна права мањинских акционара, при чему посебно штити несагласне акционаре, с једне стране, док онемогућава да се лојални акционари награде, с друге стране. Полазна претпоставка је да постоји подстицај за оснивање акционарских друштава. Према подацима из Агенције за привредне регистре, 2. децембра 2018. године на територији Републике Србије, било је активно 1112 акционарских друштава и 125960 друштава са ограниченом одговорношћу.⁸⁶ Када се узме у обзир да у Србији постоји занемарљив број акционарских друштава у односу на број друштава са ограниченом одговорношћу, јасно је да форма акционарског друштва улагачима није довољно привлачна. Правило један акција – један глас само по себи није подстицај за оснивање акционарских друштава нити подстиче акционаре да се ангажују у већој мери. Може се закључити да је карактеристика домаћег компанијског права некритичко преузимање института из различитих упоредних система, који често не налазе примену у пракси, упркос/због модерних решења.

Такође, треба истаћи да је у домаћем праву дозвољено креирање специјалних права акционара која производе исти ефекат који би произвеле акције које дају право на више гласова. Тако је, на пример, дозвољено уговорити право на именовање директора без обзира на број гласова акција друштва или право вета акционара, односно обавезну сагласност акционара за доношење одређених одлука. Формалноправно, тиме се не крши правило

⁸⁴ Закон о предузећима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 77/88, 40/89, 46/90 и 61/90 и *Службени лист СРЈ*, бр. 24/94 – др. закон, чл. 122, ст. 1.

⁸⁵ Закон о преузимању акционарских друштава, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, 107/2009, 99/2011 и 108/2016.

⁸⁶ Агенција за привредне регистре је доставила аутору статистичке податке по захтеву аутора број ДП 424/2018.

једна акција – један глас, али се постиже исти ефекат као да оно не постоји, при чему је дозвољено и издавање акција без права гласа. Имајући у виду да се сврха увођења, а тиме и задржавања правила једна акција – један глас може постићи на друге начине, може се закључити да оно као императивно није неопходно у домаћем праву.

Ако српски законодавац направи заокрет и дозволи акције које дају право на више гласова, требало би да уважи чињеницу да оснивачи већ основаних друштава нису имали избор у том погледу приликом оснивања друштва. Због тога, законско решење мора бити различито за већ основана друштва од решења за друштва која ће тек бити основана. Када је реч о друштвима која су основана у складу са тренутно важећим Законом, требало би предвидети већи кворум и већу већину од обичне за одлучивање о издавању акција које дају право на више гласова имајући у виду да мањински акционари нису могли да знају да ће у неком тренутку у будућности то бити могуће, било да је реч о повећању капитала или претварању дела постојећих акција у нове акције. С друге стране, кворум и већина за одлучивање би требало да буду регуларни, а не увећани, када је реч о новим друштвима. Такво је решење предвидео италијански законодавац у оквиру скорашњих реформи.⁸⁷ Такође, несагласним акционарима треба омогућити излазак из друштва, с тим да треба направити разлику између акција које дају право на више гласова и тзв. акција за лојалност. Иако су тзв. акције за лојалност, заправо обичне акције које дају више гласова, оне не чине посебну класу акција. Формалноправно, реч је о специјалном праву гласа имаоца обичних акција. С друге стране, акције које дају право на више гласова представљају класу обичних акција у правима у којима је дозвољено њихово издавање.⁸⁸ Због тога, увођење тзв. акција за лојалност, не би требало да даје право несагласним акционарима на излазак из друштва, што је прихваћено и у реформисаном италијанском компанијском праву.⁸⁹

7. ЗАКЉУЧАК

Правило једна акција – један глас је механизам за постизање пропорционалности између управљачких права и економског ризика које улагач сноси. Другачије речено, економска позадина правила је тежња да се успостави равнотежа између управљања и контроле. Оно служи и за дисциплиновање чланова управе, будући да сваки акционар може допринети њиховом разрешењу. С друге стране, циљ увођења правила једна акција – један глас

⁸⁷ A. Santoro, et al., 158.

⁸⁸ Вид. у том смислу *ibid.*, 165.

⁸⁹ *Ibid.*, 166.

није постизање равноправности акционара. Постоји велики број аргумената за и против увођења, односно задржавања и напуштања правила једна акција – један глас у правном систему одређене државе. Правило једна акција – један глас је основ за одређење система гласања као пропорционалног или непропорционалног. Пропорционални систем гласања је онај у којем свака акција даје акционару право на један глас. С друге стране, непропорционални систем гласања је онај у којој је дозвољено издавање акција са различитим правом гласа, и/или акција са правом гласа и без њега. Право на више гласова на основу једне акције је статусни механизам за јачање контроле акционара. Питање увођења непропорционалног система гласања у ужем смислу, односно дозвољавања издавања акција које дају различит број гласова, а не само акција са и без права гласа је посебно осетљиво за котирана друштва.

Најраспрострањенија форма непропорционалног система гласања постоји у друштвима која издају обичне и преференцијалне акција. Тзв. двојна структура акција која подразумева и непропорционални систем гласања у ужем смислу, је посебно популарна у САД-у. У Делаверу је правило једна акција – један глас диспозитивне природе, што значи да акције могу носити више или мање од једног гласа, уз могућност издавања акција без права гласа. Акције које дају право на више гласова су дозвољене у Великој Британији, при чему постоје ограничења за котирана друштва. Акције могу да дају право на више гласова и у Француској, при чему треба разликовати акције које дају право на више гласова као посебну класу акција од тзв. акција за лојалност које представљају специјално право гласа. Исто тако, акције које дају право на више гласова су дозвољене и у Италији, Шведској и Финској. С друге стране, оне су забрањене у Немачкој.

На нивоу Европске уније, пројекат увођења правила једна акција – један глас је пропао. Само правило, односно ефекти које би имало прихватање правила једна акција – један глас, може се сагледати са три аспекта у контексту права Европске уније. Први је право гласа акционара, други институт преузимања акционарских друштава, а трећи кроз одлуке Суда правде Европске уније у вези са златним акцијама. Имајући у виду регулативу права акционара и института преузимања, једино је могуће очекивати промене које би произвеле одлуке Суда, стварајући исте ефекте које би имало увођење правила једна акција – један глас.

У домаћем праву дозвољен је непропорционални систем гласања у ширем смислу, односно дозвољено је издавање акција са и акција без права гласа. Такође, дозвољена су и бројна друга одступања од правила једна акција – један глас. С друге стране, акције које дају право на више гласова су забрањене, укључујући и тзв. акције за лојалност због императивности правила једна акција – један глас за акције које дају право гласа. Оваква забрана

није оправдана када се имају у виду други институти који су прихваћени у нашем праву, а којима се постиже иста сврха коју има и увођење правила једна акција – један глас, односно његов опстанак у правном систему. У домаћем праву, мањински акционари су у поступку преузимања заштићени посебним правилима, која подразумевају, између осталог, да управа мора да поступа у најбољем интересу акционара циљног друштва. Према општим правилима компанијског права о посебним дужностима, чланови управе и контролни акционари морају да поступају у најбољем интересу привредног друштва. Такође, предвиђена су бројна права мањинских акционара. Важан аргумент у прилог напуштања императивног правила једна – акција један глас је популаризовање форме акционарског друштва, посебно нејавног акционарског друштва, имајући у виду број ових друштава у Србији. Дозвољена одступања од правила једна акција – један глас омогућила би да се награде лојални акционари што би подстакло акционаре да се ангажују и одвратило их од продаје акција. Због тога, једна акција – један глас треба да буде диспозитивно правило у нашем праву, а не императивно, као што је то сада случај. Промене би биле у складу са тенденцијама на нивоу Европске уније у вези са подстицањем дугорочног ангажовања акционара. Уколико се законодавац определи за реформе, друштва ће бити у могућности да промене постојећи систем гласања када то желе акционари. Исто тако, акционарима који су против промене мора се омогућити излазак из друштва у складу са правилима о несагласним акционарима. Правило једна акција – један глас би требало да важи ако другачије није предвиђено актима друштва. На тај начин, реформа ће бити једноставнија и прихватљивија, имајући у виду да је ово правило већ дуже време део домаћег права.

Jelena D. Lepetić, Ph.D., Assistant Professor
University of Belgrade
Faculty of Law
jelena.lepetic@ius.bg.ac.rs

One Share – One Vote: Time for Change?

Abstract: *In this paper, the author analyses one share – one vote rule and answers the question if it is a time for change in Serbian company law. After defining the purpose of one share – one vote rule as a mechanism for creating the balance between shareholders' voting rights and economic risk borne by shareholders, the author brings forward the arguments for and against introducing as well as retaining and waiving the one share – one vote rule in national law. The author analyses two types of voting system in joint stock companies – proportional and disproportionate. Furthermore, the author provides a purview of comparative legal solutions and latest developments at the EU level. The author concludes that the solution accepted in Serbian company law should be modified, in order to, inter alia, promote the joint stock company and harmonize the one share – one vote rule with other introduced concepts in national law, especially the concept of special duties of controlling shareholders. In the opinion of the author one share – one vote should not be mandatory but a default rule. Besides, similar changes have occurred in respective comparative legislations. Finally, the change would be in accordance with the tendencies in the EU law with regard to enhancing long-term shareholder engagement.*

Keywords: *one share – one vote, multiple voting shares, voting system, loyalty shares.*

Датум пријема рада: 06.12.2018.

Nina V. Kršljanin, Ph.D., Assistant Professor
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
nina.krsljanin@ius.bg.ac.rs

THE SERBIAN ELECTIONS ACT OF 1870: AN ASSEMBLY'S THOUGHTS ON PARLIAMENTARY ELECTIONS*

Abstract: *The Constitution of Serbia of 1869 (the so-called Regency Constitution) was the first Serbian constitution to give the Parliament (National Assembly) legislative powers, albeit inferior to those of the monarch. However, many important details regarding the parliamentary elections were not specified by the Constitution: for example, the length of the MPs' term or the question of secrecy of ballots. Due to various political reasons at the time of the passing of the Constitution, these issues were left for later legislation. Accordingly, the aforementioned and other matters were specified in the Elections Act of 1870, passed by the very first legislative assembly itself.*

This paper will analyse the Elections Act itself and the debates in the National Assembly during its passing. It will particularly focus on issues that were hotly debated in the Assembly, as well as those where the Elections Act introduces a significant change to the constitutional framework. Finally, it will strive to explain the reasons for the introduction of particular institutions and to show how their creators (and opponents) expected them to influence the development of the Serbian Parliament.

Keywords: *the Serbian Constitution of 1869, parliamentary elections, parliamentary debate, legislative power, length of term.*

1. INTRODUCTION: BRIEF BACKGROUND

During the first half of the 19th century the Serbian National Assembly was not a legislative organ, but merely an advisory one, having the power to decide in

* This article is the result of work on the project “Identitetski preobražaj Srbije” (“The identity transformation of Serbia”) of the University of Belgrade Faculty of Law. Its draft version was presented at the 69th conference of the ICHRPI *Pouvoirs, débats, normes*, held in Orleans and Paris (France), September 5-8, 2017.

only a very limited number of issues. It was only after the assassination of Knjaz (Prince) Mihailo Obrenović in 1868 that ideas of parliamentary legislation were finally seriously considered. In order to pacify the growing liberal opposition and to secure the survival of the dynasty, the Regency of the underage Prince Milan Obrenović passed a new Constitution in 1869. It mostly represented a compromise between the conservative views of the regents themselves and the demands the liberals had been more or less actively making since 1858.¹ Thus, it was through this Constitution that the Assembly received legislative powers for the first time. They were limited and inferior to those of the Prince, but this was still comparatively the greatest increase in the Assembly's power in Serbian constitutional history.²

2. THE NATIONAL ASSEMBLY IN THE CONSTITUTION OF 1869

The National Assembly was regulated in Part III of the Constitution (art. 41-89), entitled *O Narodnom predstavništvu* (On the Representation of the People“).³ The National Assembly shared the legislative power with the Prince (art. 54). No statute could be passed, altered or abolished without its approval (except during great internal or external peril for the safety of the state, when the Prince had extraordinary legislative powers), but it had no legislative initiative: only the Prince could formally propose draft bills (art. 54-58). As Slobodan Jovanović remarked, this Constitution was filled with mistrust towards the Assembly's legislative capabilities, as it had until then been only a passive body.⁴ Furthermore, the Assem-

¹ For the details of these events, see Slobodan Jovanović, *Vlada Milana Obrenovića I, BIGZ/Jugoslavijapublik/SKZ*, Beograd 1990, 21-61; Živan Živanović, *Politička istorija Srbije u drugoj polovini devetnaestog veka, knjiga prva: Od Sveto-andrejske skupštine do proglašenja nezavisnosti Srbije 1858-1878*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd 1923, 219-244; Dragoslav Stranjaković (prir.), *Uspomene i doživljaji Dimitrija Marinkovića 1846-1869*, Srpska kraljevska akademija, Beograd 1939, 206-211; Jovan Miličević, *Jevrem Grujić: Istorijat svetoandrejskog liberalizma*, Nolit, Beograd 1964, 175-194; for an analysis of different constitutional drafts, see Mirjana Stefanovski, *Postanak Namesničkog ustava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016. For the personal view of the chief author of the Constitution, see Jovan Ristić, *Jedno namesništvo 1868-1872*, Štamparija Ljub. J. Bojovića, Beograd 1894, 32-53.

² Slobodan P. Orlović, *Načelo podele vlasti u ustavnom razvoju Srbije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2008, 85-86.

³ *Zbornik zakona i uredba izdani u Knjažestvu Srbiji od početka do kraja 1869. godine, XXII*, Državna štamparija, Beograd 1869, 44-92. For a modern edition see, e.g., Miodrag Jovićić (ur.), *Ustavi Kneževine i Kraljevine Srbije 1835-1903*, SANU / Naučna knjiga, Beograd 1988, 91-111. As Slobodanka Stojičić has already remarked, this is the most detailed part of the Constitution, comprising over a third of the total number of its articles (133). Slobodanka Stojičić, *Ustavni razvitak Srbije između namesničkog ustava i ustava od 1888. godine (1869-1888)*, doctoral dissertation defended at the University of Belgrade Faculty of Law, Beograd 1977, 25.

⁴ Slobodan Jovanović, *Velika narodna skupština: studija o ustavotvornoj vlasti (odštampano iz Braniča)*, Štamparija Svetozara Nikolića, Beograd 1900, 22-23.

bly's budgetary power was limited (art. 63-65), and its control of ministers limited to accusing them of crimes against the State (art. 99-104). Some contemporaries condemned the constitutional position of the Assembly as illusory⁵, while others were confident that it was a good foundation to be further built upon⁶, but the fact remains that it was a significant improvement compared to its past consultative role and that it enabled it to "begin conquering the legislative function"⁷.

The composition of the Assembly was regulated in art. 42-53. The Assembly was composed of two categories of members: those "freely elected by the people" and those appointed by the Prince (art. 42). Art. 43 proclaimed the elections to be both direct and indirect, the latter through *poverenici* (lit. trustees, electors), but the Constitution made no mention of when which system was to be applied.

The number of MPs was flexible, relative to the number of voters: every *srez* (county) and *okružna varoš* (city that was centre of an *okrug* – district)⁸ was to elect one MP for every 3000 taxpayers, or at least one if the number was smaller than three thousand.⁹ Exceeding the quota by at least 500 taxpayers gave the *srez* or city the right to an additional MP. The capital city of Belgrade was to elect two

⁵ See D. Stranjaković (prir.), *Uspomene Dimitrija Marinkovića*, 210-211.

⁶ Stojan Bošković, "Prva zakonotvorna skupština", *Za prosvetu i slobodu: članci i rasprave naučnog i političnog sadržaja iz ranijeg i poznijeg doba*, Štamparija Zadruga štamparskih radenika, Beograd 1882, 54.

⁷ Aleksandar Đurđev, "Srpski put od saborovanja do parlamentarizma", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2006, 91.

⁸ Since the Candlemas (*Sretenje*) Constitution of 1835, Serbia had been divided into three levels, from the largest to the smallest: *okrug*, *srez* and *opština*, roughly translatable as district, county and municipality. After some attempts at modification, this division was finally firmly established in 1839. The Constitution of 1869 doesn't even prescribe it, relying in that respect on older laws. See Radoš Ljušić, *Kneževina Srbija 1830-1839*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd 2004, 205-207; *Ustrojenje okružn načalničestva, i glavne dužnosti srezski načalnika, Sbornik zakona i uredba, i uredbeni ukaza, izdani u Knjažestvu Srbskom, od vremena obnarodovanog Ustava zemaljskog (13. Fevr. 1839. do Apr. mes. 1840.) I*, Knigopečatnja Knjažestva Srbskog, Beograd 1840, 78-83. The *srez* was already the traditional electoral unit according to previous laws; the largest unit, *okrug*, was not engaged in the electoral process as it was believed that voters could not know all the candidates from such a broad area in person. Živojin P. Ristić, *Izborni zakoni Srbije: doktorska teza*, Štamparija "Sv. Đorđe", Beograd 1935, 59-60.

⁹ When this article (art. 44) was being adopted in the Great National Assembly, deputy Pavle Radivojević, suggested a greater number of MPs (choosing one for every 2000 or 2500 taxpayers), stating that the people will be disappointed to see the number of MPs reduced. However, Radomir Milošević countered this with the argument that, as the Assembly would now be summoned every year, and not every three years, the number of MPs was, in fact, increased, and not reduced. The article was accepted without any changes. *Protokoli Velike narodne skupštine držane 10. junija 1869. godine, u Kragujevcu*, Državna štamparija, Beograd 1870, 55. Milošević's argument seems utterly invalid when one looks at the final solution of the Constitution – a mandate of three years: there would not be a greater number of MPs, their term would just last longer. However, one must keep in mind that this article came before the discussion regarding the length of term, and that it had by that time become customary in Serbia for MPs to be elected for every Assembly (every session), i.e. for a one-year term. Thus, it is likely that Milošević meant that a

MPs regardless of the number of taxpayers. Once the number of elected MPs was determined in this way, the Prince *could* name a representative of his own for every three representatives elected by the people: it is expressly stated that he did not have to fill his quota.¹⁰ However, a special, albeit broadly formulated condition was set for them: they had to be chosen “from the ranks of people, who excel in science or experience in national affairs”.¹¹

Every man who was of age (21) and paid property, labour or income taxes had the right to elect MPs or trustees, or to be elected a trustee. As no minimal amount was specified, this was, as Slobodan Jovanović claimed, “a system very close to universal suffrage”¹², at least for male citizens. As was to be expected, the conditions for passive suffrage were stricter¹³: to be elected MP, one had to be at least 30 years of age, to pay 6 thalers of yearly taxes, as well as to fulfil any other conditions that were to be prescribed by an upcoming Elections Act.¹⁴

Some categories of people could not be elected, however: government officials and all who counted as such due to receiving any sort of regular payments (including pension or widowers' funds) from the fiscus, as well as attorneys, could not be elected by the people, although they could be appointed by the Prince. Soldiers in regular service, on the other hand, could not become MPs in either of those ways. While the restrictions for clerks and soldiers were placed for the usual reasons of maintaining the division of powers, as well as the political neutrality of those professions and avoiding a conflict of interests, the ban on attorneys was added by the Great National Assembly as it passed the Constitution.¹⁵

new Parliament every year, even with a reduced number of MPs, would in three years' time mean more elected MPs than a bigger Assembly that only met once every three years.

¹⁰ It is worth noting that in the first Assembly elected according to these rules the Prince (or, rather, the Regency) really did not name all the MPs he could: while 97 were elected by the people, he named only 18. In later years, the quota was usually more or less full. See the statistics in Ž. P. Ristić, *Izborni zakoni*, 3, fn. 1.

¹¹ Art. 45: „...iz reda ljudi, koji se odlikuju naukom ili iskustvom u narodnim poslovima.“ It has been underlined by many authors that no body that would control the fulfillment of this condition was prescribed, so it was left to the Prince's judgement: e.g. Ž. P. Ristić, *Izborni zakoni*, 51; Miroslav Đorđević, “Istorijat izbora u Kneževini i Kraljevini Srbiji” in Oliver Nikolić, Vladimir Đurić (eds.), *Izbori u domaćem i stranom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2012, 281.

¹² „...jedan sistem vrlo blizak opštem pravu glasa.“ S. Jovanović, *Vlada Milana Obrenovića I*, 77. Namely, according to the tax laws of the period, the state taxed every municipality *per capita*, but the municipality then split the amount it had to pay among its residents not equally, but according to their solvency. Thus, most people paid at least some amount of taxes. *Ibid.*, 76-77. Bošković even believed that it was universal suffrage: Bošković, „Prva zakonotvorna skupština“, 81-82.

¹³ Cf. Marijana Pajvančić, “Pasivno biračko pravo (poslanička sposobnost)” in Oliver Nikolić, Vladimir Đurić (eds.), *Izbori u domaćem i stranom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2012, 19-21.

¹⁴ Although none of these applied to those MPs appointed by the Prince; Ž. P. Ristić, *Izborni zakoni*, 51.

¹⁵ It was suggested by Milosav Ristić, but supported by a large number of deputies. *Protokoli VNS*, 56. This dislike of attorneys was the result of peculiar historical circumstances. Namely, for

The Constitution also pointed out that one could vote only in person and in only one polling place, that all MPs had to be residents of Serbia (although not necessarily of the county or city where they were elected), and that they represented the people as a whole and thus had free term.¹⁶ The text of their oath was also determined in the Constitution, as well as the way in which the Assembly and the Prince were to choose the chair and vice-chair of the Assembly. Finally, it was prescribed that a draft of the Elections Act for the National Assembly was to be presented to the first regular Assembly after the Constitution's passing.

As it can be seen, more than just the minute details of the elections process were left for the Elections Act to determine. The most obvious one was the length of the MPs term. The draft of the Constitution had contained a provision stating that MPs elected by the people had a three-year term, while those appointed by the Prince could be changed every year. The committee of the Great National Assembly that was reviewing the draft was going to suggest a one-year term for all MPs. However, after a discussion with the Government, they had come to a conclusion that it was best to leave this article out of the Constitution completely and later to regulate it by an Elections Act. The Assembly accepted their opinion and the length of term was not specified.¹⁷ The provision that was initially meant for the Constitution would later find its way into the draft of the Elections Act and provoke a lengthy discussion in the Assembly (see below). It seems that the Government was well aware that regulating this issue would take more time than most other constitutional matter (and, also, that the Great Assembly would be harder to convince to support its point of view than the ordinary one) and decided to speed up the passing of the Constitution by leaving it to subsequent legislation.

Another relevant question left unmentioned by the Constitution was whether the voting was to be public or secret. However, this was not included in the draft nor mentioned during the sittings of the Great Assembly. As Slobodanka Stojičić remarks, both of these questions belong by their nature to constitutional matter,

about two decades, there were no formal conditions for one to become an attorney, other than the proscription of simultaneously being in service to the State. As most educated people were employed as state clerks, this led to the appearance of many incompetent, corrupt or outright fraudulent attorneys. Although the situation had significantly improved during the 1860s, the bad memory was to persist for a long time afterwards. See Živojin Šestić, "Advokatura u Srbiji do 1918 godine", *Istorija jugoslovenske advokature I*, SAKJ, Beograd 1998, 163-178, Zoran S. Mirković, *Srpska pravna istorija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 190-194 and Gordana M. Drakić, "O advokaturi u međuratnoj jugoslovenskoj državi", u *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske Unije: tematski zbornik*, knjiga V, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi sad 2017, 368.

¹⁶ Irena Pejić seems to believe that this freedom was dampened by the public ballots. Irena Pejić, "Parlament u Srbiji i pravni položaj narodnih poslanika", in Aleksandar Fira, Ratko Marković (eds.), *Dva veka srpske ustavnosti*, SANU / Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 140.

¹⁷ *Protokoli VNS*, 57. See also Stefanovski, *Postanak*, 156; Stojičić, *Ustavni razvitak*, 31, 35.

and should have been regulated by the Constitution itself – but they were delegated to an ordinary act for practical political reasons.¹⁸

In accordance with the temporary provision of art. 133 of the Constitution, the first Assembly was elected by the old electoral system, and held in Kragujevac from September 14th until October 25th, 1870.¹⁹ It consisted of 121 MPs: 97 were elected, while the Regency appointed 24.²⁰ Its main task was to pass a number of organic (constitutional) acts, including the Elections Act.²¹

3. THE ELECTIONS ACT OF 1870

A committee formed by the Government drafted the Act.²² The legislative committee of the Assembly delivered its report regarding the Elections Act to the plenum on October 3rd, 1870; the brief parliamentary debate took place on October 5th and 6th.²³ The Act was finally promulgated on October 10th, 1870.²⁴ In its final form, it consists of 83 articles, divided into 12 (non-numerated) sections or chapters, each detailing a phase in the elections process, and the last one peculiarities regarding the Great National Assembly.²⁵

¹⁸ Stojičić, *Ustavni razvitak*, 40.

¹⁹ Boro Majdanac, *Narodna skupština Srbije: od običajne ustanove do savremenog parlamenta 1804-2004*, Narodna skupština Republike Srbije / Arhiv Srbije, Beograd 2004, 37. At the time, the Julian calendar was in use in Serbia, and the dates are given in accordance with it.

²⁰ Although it could have appointed up to 32. Čedomil Mitrinović, Miloš N. Brašić, *Jugoslovenske narodne skupštine i sabori*, Narodna skupština Kraljevine Jugoslavije, Beograd 1937, 81.

²¹ Stojičić, *Ustavni razvitak*, 34-35. For more details on this Assembly's work see Miroslav D. Pešić, „Prva zakonodavna skupština u Kneževini Srbiji i donošenje organskih zakona iz 1870. godine“, *Zbornik radova Filozofskog fakulteta u Prištini*, XLIV(2)/2014, 163-175 and Mitrinović, Brašić, *Jugoslovenske narodne skupštine*, 81-85.

²² Its members were Jevrem Grujić, Danilo Stefanović and Kosta Magazinović. Pešić, „Prva zakonodavna skupština“, 168; Milićević, *Jevrem Grujić*, 202-203.

²³ Generally, the debates regarding all the laws this Assembly was to pass were comparatively short, with a proper discussion arising only upon a few key issues. This might have been partially caused by the MPs' understanding that they have a duty to pass a large number of important laws in a short period of time, but also partially by their (prevailing) low levels of education and lack of experience in parliamentary procedure. That is not to say that detailed analyses didn't exist outside the Assembly: for example, Stojan Bošković published an article in 11 parts in the paper *Srbija* (Serbia) in October 1870, outlining in detail his views on how the Assembly should regulate the most important issues left open by the Constitution, including elections. Bošković, „Prva zakonotvorna skupština“.

²⁴ *Protokoli*, 98, 106, 118, 134, 191. The committee was formed on September 27th, according to the freshly adopted rules of procedure, and was composed of: Stojan Veljković, Božo Božović, Vaso Madžarević, Pavle Grković, Nikola Colović, Vladimir Hadžić, Despot Vučićević, Sima Živković and Nikola Mandić. *Ibid.*, 76. The reporting MP for this Act was Dimitrije Jovanović.

²⁵ *Zbornik zakona i uredba izdani u Knjažestvu Srbiji za 1870 godinu*, XXIII, Državna štamparija, Beograd 1870, 64-88.

3.1. Length of term

The first section, *Kad se biraju poslanici* (“When are the members of Parliament elected” – art. 1-4) covers the most basic provisions. General elections were to be held on every fourth year, i.e. the term was three years. The first elections according to this Act were to be held during the following year, 1871. Supplementary elections²⁶ were to be held either during a session of the Assembly, or just before its convocation. Either way, the elections were to be ordered by the Prince on the initiative of the Minister of Internal Affairs, and after the hearing of the entire Ministerial Council (Government). The decree was to be published in the official gazette and every *srez* and city – or, in the case of supplementary elections, in those where the elections were to be held. At least a month’s time had to be left between the publication of the Prince’s decree and the general elections, but there was no such need in the case of supplementary elections for an ongoing Assembly.

The act, thus, shows implicitly that the length of mandate for all MPs, elected or appointed by the Prince, was the same. However, according to the provisions of the original draft, the Prince’s representatives were to be appointed every year. The first and most important change to the draft suggested by the parliamentary committee that was analysing it was to extend the term to three years. (There were also two minority opinions – one that found the draft acceptable and one that thought that it would be better for all MPs to be elected for only one year.) The main reasons for this put forward by the committee were: 1. that MPs gain more skill and experience and thus work better if they take part in multiple assemblies instead of being chosen anew every year; 2. that a longer term gives MPs a chance to understand connections between acts they are passing through the years, which is beneficial both for their noticing potential problems with an individual act and for maintaining a consistent legislative policy; 3. that MPs with a longer term would have a stronger will and devote more attention to fixing current problems within the country, while those who were changed every year would be always unprepared for solving public problems.²⁷ This issue caused a long and heated debate in the Assembly, with all three opinions represented in it.²⁸

The main arguments of those in favour of the one-year term for the Prince’s MPs were minimising the executive’s influence over the MPs and insuring their maximum competence. Those who wanted the elected MPs term to be reduced to a single year as well were focused on not letting them become overconfident and

²⁶ Serbian terminology of the time does not differentiate between supplementary elections and by-elections.

²⁷ *Protokoli*, 107-108. Most of the other changes suggested by the committee were matters of style and terminology.

²⁸ *Protokoli*, 118-128.

too distanced from the interests of the people, as well as on the idea that equal length of term was better. For example, Pavle Radivojević, who was the first to speak in the debate, pointed out that if the Prince's MPs were elected every year, the government would have less influence over them, and suggested the same for the representatives of the people. He acknowledged, however, that MPs would be more skilful and freer in their speech if their term was longer, confessing from his own experience that he was always silent in his first Assembly, but spoke out in the second and third. Despite that, he believed that MPs with a longer term could start thinking too highly of themselves and thus become unpopular among the people, and so was in favour of yearly elections. Mile Damnjanović seconded his proposal, underlining that the three years' term was not fixed in the constitution and expressing his fear for the interests of the people if the MPs were elected for three years. Đorđe Maletić believed it was better to change the Prince's MPs yearly in order to have the most competent people, and that the others should have the same term for parity's sake. Bishop Moses (*Mojsije*) claimed that, as the Assembly was a sort of a school for legislators, yearly elections would lead to there being a greater number of capable and skilled individuals among the people. Nenad Mihailović and Teofilo Sandić believed that a three-year term would temporarily prevent younger and more capable people of entering the Assembly.

On the other hand, some MPs considered the concept of the draft to be quite valid – one year for those MPs appointed by the Prince and three for those elected.²⁹ Anta Pantić, for example, believed that a three-year term was better for elected MPs, but that the Assembly had no right to command the Prince on how to choose his MPs, as the Constitution gave him freedom of choice there.

Those in favour of the committee's proposal pointed out the quality and efficiency of the Parliament's work, but also economic, historical and comparative reasons. Boža Božović pointed out that yearly elections would put a great strain on the economy. Alimpije Vasiljević, secretary of the Assembly, pointed out that assemblies elected for one year were acceptable when their role was merely to express the wishes of the people, but that now that the National Assembly had become a legislative body that was no longer the case. MPs had to be well prepared for such an important job, and a longer term meant better preparedness, more time and will for the MP to study the existing laws, deduce what should be changed and what new laws were needed. He pointed out that all enlightened countries with legislative assemblies elected their representatives for longer terms, highlighting England as the most advanced with a term of seven years.³⁰ Still, his exposition also showed the strong opposition between the government and the

²⁹ Vladimir Hadžić, Todor Mirković supported this view as well, but brought up no significant new arguments.

³⁰ Vasiljević's wording, of course, was colloquial and thus imprecise – he meant the United Kingdom.

people: "If this Assembly would itself ask for the deputies to be elected for a term of three years, then it would be working in the interest of the people, and if it refused that, then it would be working more in the interest of the government."³¹ Jovan Bošković, also a secretary, countered the argument that a three-years term would lead to excessive independence of the MPs, stating that it would be exactly the opposite.³² Ilija Protić agreed with Vasiljević, adding that although some believed that the Prince's MPs, as learned men, would not have to prepare for the parliamentary debates, that was not the case, as being prepared for the office and for the Assembly was not the same. Vaso Madžarević pointed out that there could be no abuse of power by MPs with a longer mandate, since if such a thing happened, the Government could always use its right to dissolve the Parliament, claiming also that a three-year term would give the Prince's MPs a greater degree of autonomy. Jovan Valenta gave a lengthy exposition on how a longer mandate was morally and economically better for the people (also underlining comparative experience), pointing out that the freedom of press (proclaimed by the Constitution for the first time) would help keep the wilful MPs in check, and that there was nothing wrong with the people treating deserving MPs with a higher degree of respect. Dimitrije Jovanović compared a three-year term Assembly to a river with a steady course, and a one-year one to a dangerous and unpredictable current. Dragutin Riznić claimed that no Assembly (meaning the recent assemblies in Serbia) had ever worked against the interests of the people and that thus there was no reason to fear the MPs behaviour no matter how long their term, but desired to hear the opinion of the President of the Ministerial Council (Prime Minister).³³

Radivoje Milojković, Prime Minister and Minister of Internal Affairs³⁴, stated that the length of term was one of the most important issues of the Elections Act and that he would have spoken about it even if Riznić had not asked for it. According to Milojković, the numerous reasons *pro et contra* could be summed up into two main ones: MPs being as prepared for their task and as independent as possible. The first goal would be accomplished by a longer term, as MPs who

³¹ „Kad bi ova skupština sama tražila da se poslanici biraju na tri godine, to bi ona radila u interesu naroda, a kad bi odbila onda bi radila više u interesu vlade.“ *Protokoli*, 121.

³² Most likely, he meant that having to prepare for elections every year would lead the MPs to focus on catering to the voters instead of their legislative work.

³³ The committee's view was also supported by Panta Srećković and Nikola Colović.

³⁴ Milojković was a renowned lawyer and politician at the time; he studied law in Heidelberg and Paris and had held various important posts prior to his service as minister: for a while, he was the Secretary of the Ministry of Justice, Secretary of the State Council and the President (Chair) of the Appellate Court. He wrote a constitutional draft in 1867, and took part in writing the Constitution of 1869, which was partially based on his earlier draft. See Miličević, *Jevrem Grujić*, 190-195, Aleksandra Vučetić, Ljubinka Trgovčević, "Autobiografske beleške Radivoja Milojkovića" in Petar V. Krestić (ur.), *Mešovita građa (Miscellanea) XXI*, Istorijski institut, Beograd 2003, 61-87 and Mirjana Stefanovski, „Nacrt ustava Radivoja Milojkovića iz 1867. godine“, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* 138/2012, 1-16.

attend the Assembly a greater number of times would be better prepared, but they would also have more time and motivation to get to know the general (instead of just the local) interests of the people. The second goal, he claimed, would obviously be better fulfilled with MPs who know that their seat is secure for three years. He underlined that the people would hardly (only as a rare exception) elect MPs who would work against their best interests, and that as the Assembly could control the Government, not letting it hinder the interests of the people, all the more it could control such an MP.³⁵ The influence of such deputies on the people could, again, be only positive. He finished with stating that the Government was doing a great service to the country by proposing a longer term for MPs, so that someone could preserve the direction the Government had taken with the support of the people. After a few more remarks and statements of patriotism and support to the Government³⁶, as well as the Prime Minister's thanks for the Assembly's trust, the matter was put up for voting. Even the previous opponents of the board's idea voiced out that they now understood it to be better for the people, and the article was accepted unanimously.³⁷

Of course, the debate also contained some misplaced arguments that were easily countered by those of dissenting opinions. For example, Boža Božović, speaking in favour of the three-year term, claimed that a tradition of longer terms existed during the first reign of Prince Miloš Obrenović. That argument was easily refuted by Bishop Moses, who remarked that those deputies were not elected by the people, but appointed by Miloš himself.³⁸ Nikola Mandić favoured a one-year term out of fear that the people would think that the current MPs were working for their personal gain if they set a three-year term. Vaso Madžarević reminded him that such a thing could not happen, as it was expressly stated that the Elections Act did not apply to the current MPs, but that a new election according to it would be held next year.

It is also worth noting that the slightly confusing phrasing of art. 1, "every fourth year" ("*svake četvrte godine*"), was, in fact, a modification of the Assembly.

³⁵ This statement was not quite true: as stated before, ministers were only criminally liable before the Assembly.

³⁶ From Arsa Lukić, Kosta Dimitrijević and Kasijan Stojšić. Dimitrijević had even stated that he had voted against the proposal in the committee, but that he was convinced now and would support it.

³⁷ Slobodanka Stojičić points out that "the ordinary National Assembly had agreed to what the Great National Assembly would not agree to." ("*Obična narodna skupština pristala je na ono na šta velika narodna skupština nije htela da pristane.*") Stojičić, *Ustavni razvitak*, 43. Perhaps it would be better to say – to what the Great Assembly was not *inclined* to agree to. After all, we cannot know how the debate would have developed had the matter originally been put up for voting.

³⁸ In fact, some of them were elected and some appointed by the Prince. See Ljušić, *Kneževina Srbija*, 220–224; Ljubica Kandić, "Delatnost skupština za vreme prve vlade Miloša Obrenovića", *Analni Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/1961, 55–68.

The initial draft said “every third year”; but during the discussion about the tenth section, where it was stated that elections were valid for three years (see below), Dimitrije Milojković stated that those two phrasings were at odds with each other. He suggested that it be said “every third year, not counting the one the elections were held in”, but MP and secretary Alimpije Vasiljević corrected that to “every fourth year”, and the article was adopted in that form.³⁹

3.2. Deputy and voter lists, active and passive suffrage

The second section of the Act, *Spisak o broju poslanika* “The list on the number of members of Parliament” – art. 5-6) proclaims that after the Prince’s decree, the Minister of Internal Affairs would publish a list on the number of MPs, detailing the number of taxpayers in each electoral unit and the number of MPs derived therefrom, as well as the number of those then to be appointed by the Prince. Any objections regarding the determined number were to be brought before the (current) National Assembly.

The third section, *Spisak birača* („List of voters“ – art. 7-16), concerns not a centralized list made by the government (as in the case of the list on the number of MPs), but local lists of voters kept for every electoral unit. These alphabetical lists were kept by municipality courts, which had a duty of forming them within 10 days of the publication of the Prince’s elections decree. The list was available for any interested party to see within the court, and its existence was to be announced through locally appropriate means. Once the lists were compiled for the first time, the courts were only to modify them for subsequent elections by adding or erasing voters as necessary.

Any man could file objections to the list, oral or written (but backed by valid documentary evidence in either case), within 8 days of its publishing, demanding that the list be altered or for the court to explain why this wouldn’t be possible, again within 8 days. If the party was not satisfied with the municipality court’s decision, they could appeal to a district court, and then to the Court of Cassation, again within the same deadline. Any decision was to be communicated not only to the person who filed the objection, but also to the persons concerned (i.e. those whose place on the list was disputed). After a final decision was passed, the list was to be amended according to it “right away” (*odma*). The same instant-deadline was prescribed for the obtaining of documents one needed to prove his right to vote or be elected from a priest or municipality court.⁴⁰ All in all, this was a great improvement compared to previous legislation: voter lists were introduced

³⁹ *Protokoli*, 132-133.

⁴⁰ Proof of one’s date of birth in the given period was a record of baptism, kept by parish priests.

in Serbia for the first time in 1861, but they were regulated in much less detail and they were kept by the police authorities.⁴¹

Conditions for active and passive suffrage were covered in more detail in the fourth section, *Ko može biti birač, poverenik ili poslanik* (“Who can be a voter, trustee or member of Parliament” – art. 17-23). The regulation of active suffrage merely repeated the conditions determined by the Constitution (even referring to its art. 46), but with some additions. It was underlined that persons exempt from paying taxes by legal provisions did not lose their suffrage because of it. Certain categories of the population were denied active suffrage: roaming Gypsies⁴²; people in the employ of another (such as servants and apprentices, who paid a special sort of tax – *bečarski danak*⁴³); those convicted of any felonies (*zločinstvo*) and those transgressions (*prestup*) that were followed by a loss of honourable rights⁴⁴, for the length of that measure and during incarceration⁴⁵; those convicted for having attempted to influence their own or another’s election through illicit means, or having sold their vote, for the length of time determined in the verdict; persons undergoing bankruptcy, until the procedure was over; persons under guardianship; and, finally, those denied suffrage by art. 48 of the Constitution (clerks, attorneys and soldiers).

To be included into the list of voters, one had to reside in a certain municipality either during the creation of the list or at the time of the elections. Voting was possible only in the municipality where one was included in the list. Passive suffrage, on the other hand, was not restricted by one’s place of residence – as long as, as the Constitution demanded, the candidate in question was a resident of Serbia – so the same person could run for MP in multiple electoral units simultaneously. If he was elected in multiple units, he had to choose right away which election he would accept.⁴⁶ Candidacy was individual – registration of political parties would not be allowed in Serbia until 1881 (although, of course, political

⁴¹ Appeals were also directed to higher administrative organs (up to the Ministry of Internal Affairs), and not to courts. Ž. P. Ristić, *Izborni zakoni*, 38-40, 61-62.

⁴² As they had no permanent place of residence, they paid a specific *per capita* tax. Drag. M. Milojević, *Neposredni porezi Srbije i Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Zemunska štamparija GS SZZ, Beograd 1925, 10, 18, 26.

⁴³ Literally ‘bachelor tax’, this tax was paid by unmarried men who served in the employ of others and usually had no house or land of their own – servants, waiters, artisans’ apprentices, tradesmen’s assistants etc. *Ibid.*, 17-18, 26.

⁴⁴ The Serbian Criminal Code of 1860 adopted the model present in the Prussian and, before it, French criminal codes, of categorizing crimes into three groups according to their severity: *zločinstvo* or *zločin* (felony), *prestupljenje* or *prestup* (transgression) and *izstupljenje* or *istup* (misdemeanour). See art. 1 of the Code, *Kazniteljni zakonik za Knjažestvo Srbiju*, Praviteljstvena pečatnja, Beograd 1860, 1.

⁴⁵ For some examples of such cases in practice, see Ž. P. Ristić, *Izborni zakoni*, 47-49.

⁴⁶ The Act does not specify what would happen in the other units, but it is clear that the second-best candidate would then count as elected.

groups that would form the basis for the later parties were already forming), so there could not be any party lists.⁴⁷

No additional conditions were prescribed for passive suffrage. On first sight, it might seem that the Elections Act overstepped the boundaries set by the Constitution, as it added nothing to the conditions for passive suffrage, which the Constitution explicitly allowed it to do, but expanded those for active suffrage, where it had no such authorisation. However, such a judgement would be too strict. The seeming expansion of the conditions for active suffrage was merely an extensive elaboration of what was already implied by existing rules. And the fact that the Constitution indicated that the Elections Act would prescribe additional conditions for passive suffrage was, obviously, only an authorisation, and not an obligation.

3.3. Electoral procedure

The fifth section, *Neposredno i posredno biranje narodnih poslanika* ("Indirect and direct election of the members of Parliament"), consists of only a single article – art. 24, proclaiming that MPs are elected directly in all district cities, but indirectly in counties.⁴⁸ The following two sections – essentially, the central sections of the Act – contain detailed procedural rules for each of those types of election respectively.

The sixth section, *Postupak pri biranju u okružnim varošima* ("Procedure during elections in district cities" – art. 25-51) is the longest one in this Act. After the publication of the Prince's decree, the municipality courts in cities were to announce the exact date, time and place of elections in their city through written and oral announcements, and newspapers, in those cities where they were printed. The place of voting had to be the seat of the municipality court.

On the appointed day, the elections, also called an 'electoral assembly' (*izborna skupština*), started at eight o'clock in the morning, chaired by the head (president) of the municipality court. As soon as at least 20 voters were gathered, they were to choose 4 members of the elections board (committee⁴⁹) that was to oversee the elections under the chair of the same president of the court, deciding by majority vote.⁵⁰ Municipality officials could take part as scribes or clerks, but

⁴⁷ For more details on the inception of political parties in Serbia, see Dragoslav Janković, *Rađanje parlamentarne demokratije: Političke stranke u Srbiji XIX veka*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 1997.

⁴⁸ The initial draft made by the committee headed by Grujić prescribed direct elections everywhere, but the Government subsequently altered this. Milićević, *Jevrem Grujić*, 202-203.

⁴⁹ To avoid confusion in the text, this body will be referred to as a *board*, while the legislative and other auxiliary bodies of the Assembly will be referred to as *committees*. The Serbian acts of the period used the word *odbor* in both cases.

⁵⁰ A proposal to have the chair of the board elected instead had been put forward both in the committee and the Assembly by MP Nikola Colović, but the Prime Minister remarked that "it

that did not give them a vote unless they were also elected members of the board. The chair of the board was in charge of maintaining order within the building, but could demand the help of state organs if he was unable to do so himself. The court was also obliged to supply anything necessary for the board's activities. At least three members of the board had to sit at the voting table at all times. The initial draft had prescribed that only two members of the board would be chosen (in addition to the chairman), and that two of them would have to be present at the table. The legislative committee suggested an increase to 4 and 3, respectively, explaining that a larger board would be better, as it was less likely to be influenced by the chair, and it would be more convenient for some members to temporarily take their leave without jeopardising the control of the voting.⁵¹

The ballot was public: a voter approached the table and declared the person or persons (if the city elected more than one MP) he was voting for. Members of the board wrote his name down on a sheet of paper devoted to the candidate in question (unless the voter was willing and able to do so himself), and marked the voter in the alphabetical list as having voted. There were no objections to the public ballots during the parliamentary debate, which might strike one as peculiar. It must be kept in mind, however, that not only was public voting already an established tradition at the time, but that many politicians and lawyers even near the end of the 19th century believed that it stimulated the voters' courage and moral superiority, while secret ballots promoted weakness of character.⁵²

The voting took place until sundown.⁵³ (The draft had even prescribed the possibility of two consecutive days' ballots, but the legislative committee was opposed to that, stating that in Serbian conditions it was easy to hold the elections in one day, and that the opposite would open the path to various forms of abuse.⁵⁴) The board was then to proclaim the ballots to be closed, sew all the candidates' sheets together, mark them with page numbers and add a blank piece of paper in the end. Onto this paper they would copy the names of all the voters from the alphabetical list who had voted, and sign their own names. Then they would commence to count the votes.

If one of the candidates had received, as it is phrased, "a perfect majority", i.e. more than 50% of all given votes, he was automatically elected and the board would proclaim that right away. If there was no such candidate, the board would

wouldn't be political" to express mistrust towards a man chosen by the people, all the more given that he could not affect the voters nor the other 4 members of the board. After such remarks, the article was accepted as the committee had drafted it. *Protokoli*, 128-129.

⁵¹ *Protokoli*, 110. The same applies to the boards in the case of indirect ballots. *Ibid.*, 112.

⁵² Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 234.

⁵³ It is peculiar that the Act prescribed a fixed hour, 8 A.M., as the start of voting, but a shifting astronomical one (sunset) as its end.

⁵⁴ *Protokoli*, 110-111. Thus various more detailed provisions regarding the second day were removed completely.

proclaim two candidates who had received the most votes – or more than two in the case of a tie. In such a case, the elections would be repeated with only those candidates at least three days later⁵⁵, according to the same procedure, but requiring only a simple majority. Thus, the Act applied a two-ballot majority system⁵⁶, similar to the one used in Belgium since the Constitution of 1831, only without political parties.⁵⁷ Generally, the purpose of two-ballot systems, even when absolute majority is not required in the second ballot, is to avoid the existence of MPs supported only by a minority in their constituency.⁵⁸ Again following the Belgian model⁵⁹, the Act prescribed that, in the case if the second ballot ended with a tie, the oldest of the tied candidates would be considered elected. The draft had actually suggested determining the results randomly, through a roll of dice (which one might consider to be more democratic), but the legislative committee altered this, claiming that it would make people think of gambling, which they were ill-disposed towards.⁶⁰ In a mostly rural and patriarchal society, the notion seems highly reasonable.

Further, art. 47 specified that the National Assembly would decide on whether the elected candidate could be accepted as an MP, i.e. whether all the conditions were fulfilled. Voters had the right to witness the writing down and subsequent counting of votes. They or the police authorities had the right to file complaints against the decisions of the board in the case of any irregularity during the elections process. Complaints could be delivered to the board itself or directly to the National Assembly.

After every elections day, the board would make a report which would be published in the same way as the announcement of the elections, containing the total number of voters in the city, the number of those who had voted, the number required for the perfect majority, the names of elected MPs and, if there was no perfect majority, the names of the candidates with the most votes and the place, date and time for the new elections. They would also compile a detailed record of the elections which was to be sewn in with all the documents used, including any

⁵⁵ The Assembly added this period with the remark that the day of the initial elections didn't count. *Protokoli*, 129.

⁵⁶ R. Marković, *Ustavno pravo*, 236; David M. Farrell, *Comparing Electoral Systems*, Macmillan Press, Basingstoke – London 1998, 40-45. Some consider even absolute majority systems it to be a variation of the 'first-past-the-post' system: e.g. Philip Laundy, *Parliaments in the Modern World*, Interparliamentary Union / Dartmouth Publishing, Aldershot – Brookfield 1989, 15-17.

⁵⁷ Andrew McLaren Carstairs, *A Short History of Electoral Systems in Western Europe*, George Allen & Unwin, London – Boston – Sydney 1980, 50; Dieter Nohlen, Heidemarie Opiela, "Belgien" in Dolf Sternberger, Bernhard Vogel (Hrsg.), *Die Wahl der Parlamente und anderer Staatsorgane: Ein Handbuch, Band I: Europa*, Walter de Gruyter & Co., Berlin 1969, 78-79.

⁵⁸ A. McLaren Carstairs, *A Short History of Electoral Systems*, 10.

⁵⁹ D. Nohlen, H. Opiela, "Belgien", 79.

⁶⁰ *Protokoli*, 111.

complaints that might have been filed, and sent to the National Assembly within five days. The board would also issue credentials (*punomoćja*) to the elected MPs based on the record.

The seventh section, *Postupak pri biranju u srezovima* (“Procedure during elections in counties” – art. 52-70) is somewhat shorter than its predecessor, as many of its provisions merely refer to the procedure prescribed for district cities. The main difference, still, was the indirect voting. Every municipality within the county – or, rather, its ‘electoral gathering’ (*birački zbor*) – would elect 2 trustees for every 50 voters in the municipality, with a minimum of 2 even if there were less than 50 taxpayers. The election of trustees was to be performed (also under the chair of the president of the municipality court) before the term of the final elections set in the Prince’s decree, but no other timeframe was given. The election of trustees was simpler than that of MPs, since a simple majority was sufficient and new elections were necessary only in the case of a tie.

Still, what sparked a discussion in the Assembly was the electoral unit.⁶¹ An alternative to the municipality was the village: some MPs believed it to be more practical. Aleksa Petković stated that it would be easier for the voters and that they would waste less time (going to the seat of the municipality) if the elections of trustees were held in every village. Secretary Jovan Bošković agreed with that, stating that otherwise smaller villages would never have a trustee of their own. Panta Srećković pointed out that those in favour of municipalities are MPs who live in the plains, where villages are large and close to each other, but that they do not take into account scattered villages in inaccessible areas.⁶²

Others, however, were against such extremely localised elections. Anta Pantić pointed out that they would even be impossible, as there were no literate people in some villages, and the village authorities had no official seal to authorise the elected trustees with. Several MPs⁶³ stated that trustees elected in villages would be distanced from legal authorities. Milovan Spasić suggested that not all villagers would have to go to the municipality and leave their work, but that they could choose a few people to go in the name of the whole village. Jevrem Barlov pointed out (albeit wrongly) that if elections were on the level of village, villages with less than 50 taxpayers could not take part at all.⁶⁴ Still, the discussion was ended by the Prime Minister, who explained that the municipality was the smallest political unit in the country, and that the Elections Act could not divide it further,

⁶¹ *Protokoli*, 130-132.

⁶² Other MPs who voiced their opinions in favour of this were Pavle Radivojević, Nikola Mandić and Gaja Popović.

⁶³ Božo Božović, Milan Stojić-Učiteljević and Todor Mirković.

⁶⁴ The view in favour of municipality elections was also supported by Dimitrije Jovanović, Dragutin Riznić, Vićentije Starčević, Ivko Ostojić and a certain Vujičić, who is nowhere mentioned by his full name.

especially not into units as small as 10-15 people. He underlined that such a regime had already been in force and that there were never any complaints regarding irregularities of such elections.⁶⁵

The elected trustees were to come to the place of elections either in the company of the chair who presided over their choosing, or with a letter from the electoral board. The option of a letter was added by the legislative committee, which believed that the alternative could potentially be easier for the municipality.⁶⁶ All trustees for a certain county comprised the county electoral assembly (*izborna sreska skupština*), whose task was to elect MPs for the National Assembly. Every chair of a municipality electoral gathering would report the results of the election of trustees in his municipality (the total number and turnout of voters and the names of trustees) in person or in writing.

The electoral assembly was to be presided by the head of the municipality court of the municipality in which the assembly took place, or the eldest among the trustees if it took place in the district city. Just like with direct elections in the cities, as soon as 20 trustees were present, they would choose 4 members for the electoral board, which functioned in the exactly same way as for direct elections. The voting procedure was also mostly similar, with only a few differences. Firstly, the voting would last the whole day only if there were trustees present and actively voting: if there were none who hadn't voted by 4 o'clock in the afternoon, the voting would be closed then, or as soon afterwards as no more trustees were there to vote. Secondly, if there was no perfect majority, the additional elections between the two top candidates would take place right away, without postponing. Finally, the details regarding the record the board was to comprise were different in accordance with the difference in the type of elections.

3.4. Other provisions

The brief eighth section, *Kazni za zloupotrebe pri biranju* ("Penalties for abuse during elections" – art. 71-72) contains the most frequent breaches of honest procedure for the period. Any person who would give, offer or accept a bribe or threaten someone to vote for a particular candidate or to abstain from voting would be punished by imprisonment (*zatvor*) up to one year, as well as loss of active and passive suffrage for up to the next three general elections. This last penalty was added by the legislative committee, which considered it to be "quite appropriate for the crime in question."⁶⁷

⁶⁵ Naturally, there were plenty of irregularities, including direct interventions of the government (see e.g. Bošković, "Prva zakonotvorna skupština", 73-78), they were just unrelated to the size of the electoral unit.

⁶⁶ *Protokoli*, 112.

⁶⁷ „...baš odgovara samom prestupu.“ *Protokoli*, 113.

Any person attending any phase of the elections armed would be merely removed from the place of voting by the chairman. No actual penalty was prescribed. That is surely due to the fact that, in the previous period, it was common for men (particularly men of note and in rural areas) to carry arms at all times, including to the sessions of the Assembly. This was already forbidden (both when attending elections and the Assembly itself) by the National Assembly Act of 1861, but the ban had obviously not taken root to a sufficiently reliable degree.⁶⁸

The ninth section, *O poslanicima koje Knjaz bira* (“On the members of Parliament chosen by the Prince” – art. 73-75) explains a very short and simple procedure: upon hearing out the Ministerial Council and upon the proposal of the Minister of Internal Affairs, the Prince would issue an act listing his choice of MPs. The act would then be published in the official gazette. The Minister would send the act to the National Assembly along with the records of all the elections in the country, and issue credentials to the MPs on its basis.

The tenth section, *Za koliko vrede izbori* (“For how long are elections valid” – art. 76-79), provides more details regarding the MPs’ term and extraordinary elections that were only briefly outlined in the first section. It proclaims general elections to be valid for 3 years, counting from the beginning of the year in which they took place, regardless of whether they were regular or called because of the dissolution of the National Assembly. It is worth noting, however, that an MP chosen by the Prince, whose official position changed during his term, could not keep it without being appointed anew. This provision was added by the legislative committee, which believed that during a three-years term (not one year, as the draft originally intended), an MP’s position could undergo significant changes, causing incompatibility with his parliamentary position through great dependence on the central government or for other reasons.

An irregular session of the Assembly convoked in the elections year could be composed of the members of the old assembly, without it precluding the regular general elections. Naturally, any supplementary elections were valid only until the first following general elections. If an MP fell ill, no new elections would take place except by decision of the Assembly. In the case of an MP’s death, his place was to be filled by new elections before the next session of the Assembly; if the place was voided for any reason other than death, new elections were to be held only after the Assembly declared the seat void. If the MP had been appointed by the Prince, the Prince would decide on whether to name a new one.

⁶⁸ Pavlović points out that the disarming of deputies was a prerequisite for having a modern parliament. Marko Pavlović, “Narodna skupština u ustavima Kneževine i Kraljevine Srbije”, in Aleksandar Fira, Ratko Marković (eds.), *Dva veka srpske ustavnosti*, SANU / Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 102. It could equally be said that the disarming of voters was a prerequisite for having modern elections.

The eleventh section, *Knjažev poziv na skupštinu* (“The Prince’s call to the Assembly” – art. 80-82) concerns the Prince’s formal call to the Assembly every year. The call was to contain the date and time of assembly and to be published in the official gazette, as well as in every county and district city. All MPs were obliged to commence their journey so that they would infallibly be present at the opening of the Assembly, and had to bring their credentials along. Those elected while the Assembly was already in session had to attend it as soon as they were elected.

Closely related to this was an issue that worried some MPs: what guarantees would they have that the Assembly would be convoked every year? Prior to this Constitution, in Prince Mihailo’s time, it was in session only once every three years⁶⁹, and some showed concern that such a practice would continue. The issue was first raised in the Assembly when it discussed the Act on parliamentary procedure, when MP Kosta Dimitrijević suggested adding an article that would stipulate that, if the Minister did not convoke the Assembly every year as the Constitution demanded, the MPs of the last convocation could assemble on their own.⁷⁰ To that the Prime Minister merely replied that an act is passed for what should, and not what *should not* be, and that if a minister failed to convoke the Assembly, he would answer for breaking the Constitution – but that MPs gathering without a call to assembly would also be in breach of the Constitution. As multiple MPs⁷¹ expressed the view that the matter belonged in the Elections Act, the discussion was postponed.⁷² It was reopened the following day, but postponed again for the same reason.⁷³

However, even before the plenary discussion, the legislative committee had reopened it on its meetings and consulted the Minister of Internal Affairs regarding it. The Minister’s initial reply was purely political: he pointed out that the suspicion of a government unconstitutionally not convoking the Assembly could not be directed against the current Government, as it was the one responsible for the very passing of the Constitution. He further elaborated how the Government had demonstrated its sincere loyalty to the Constitution through preparing and

⁶⁹ Zakon o narodnoj skupštini, *Sbornik zakona i uredba izdani u Knjažestvu Srbiji. Od početka do konca 1861. godine*, XIV, Državna štamparija, Beograd 1862, 137-146.

⁷⁰ His initiative was backed by Antonije Pantić, but the Chair of the Assembly Živko Karabiberović pointed out that such a provision would be better suited for the Elections Act.

⁷¹ In broader terms, Stojan Veljković and, explicitly, Alimpije Vasiljević.

⁷² *Protokoli*, 60-61.

⁷³ The issue was brought up by an MP named Pavle, but mentioned without a last name: it could be either Pavle Radivojević or Pavle Grković. Dragutin Ristić suggested that the Prince be given the right to convoke the Assembly if the ministers do not do it. Kasijan Stojšić suggested that the matter be postponed until the discussion regarding the Elections Act. The proposal was seconded by the secretary of the Assembly, Alimpije Vasiljević, and subsequently accepted. *Ibid.*, 63-64.

proposing even more relevant acts than the Constitution demanded it to do. Regarding the matter itself, the Minister believed the solution proposed by the Assembly to be unconstitutional, since art. 76 of the Constitution expressly gave the Prince the right to convoke the Assembly and determine the time and place of its sessions. However, he continued, even if such a provision was legally possible, it would be of no practical use, because the MPs who would gather on their own initiative could do no more than compose and sign an act stating that the Assembly was not convoked in time – if the Government would propose no bills and otherwise refuse official contact with the self-gathered Assembly. He concluded that no legal provision would thus help in such cases, but merely “the developed conscience and strong character of the people”⁷⁴, only the existence of which would help avoid what the Assembly feared. Unable to find a better solution, the committee accepted the Minister’s reasoning and reported about it to the Assembly.⁷⁵

Dimitrijević’s proposal was addressed again during the discussion on this section of the Act.⁷⁶ The legislative committee was against it, but Dimitrijević kept urging for it, stating that although he was sure that the current Government would not break the law in such a way, the issue might still prove to be relevant in the future.⁷⁷ Alimpije Vasiljević stated that he was previously in favour of this proposal, but that the committee’s report had convinced him that no legal norm would help in such cases, and that only the awareness of the people could overrule such political violence. Along with a few other remarks in a similar vein⁷⁸, Sima Živković stated that the risk of the Government not convoking the Assembly was not great, as now no law could be passed without the Parliament, and the Government also needed it to approve the budget for each year. In the subsequent vote, Dimitrijević’s proposal was rejected.

The final, twelfth section, *Velika skupština* (“The Great Assembly”) contained only a single article detailing the specifics of elections for the Great National Assembly: these elections were held according to the same rules, except that no MPs were chosen by the Prince, and did not replace or exclude the regular elections for the ordinary Assembly.⁷⁹

⁷⁴ „...u razvijenoj svesti i jakom karakteru naroda...”

⁷⁵ *Protokoli*, 115–117.

⁷⁶ *Protokoli*, 133–134.

⁷⁷ “We are, he says, certain that the current Government will perform no such illegal act, but these people who are in the Government now are not immortal and eternal: an occasion may arise when we shall regret not putting this into the Act.” („Mi smo veli uvereni da sadanja vlada neće učiniti take nezakonitosti, ali ovi ljudi koji su sad na vladi nisu nesmrtni i večni; mogu nastati prilike kad ćemo se kajati što nismo to u zakon stavili.”) *Protokoli*, 133.

⁷⁸ By Dragutin Riznić, Boža Božović and Milosav Vukomanović.

⁷⁹ For more information regarding this institution, see S. Jovanović, *Velika narodna skupština*.

4. CONCLUSION: INTERESTS OF AN ASSEMBLY

The analysis shows that the main issue that concerned the members of the first legislative Parliament of Serbia regarding the Elections Act were guarantees that the Assembly would be summoned every year and that it would properly represent the interests of the people. The MPs were primarily concerned with regular sessions of the Assembly and the length of the deputies' mandate. The former issue could not be legally resolved to everyone's satisfaction, as the risk they feared was not legal to begin with, but political. Still, in such a sensitive situation (after the assassination of the old Prince and with the new one being underage and with no further heir), it could be expected that the Regency and the Government would not risk making a move that would cause such a broad wave of displeasure as not convoking the (freshly empowered) Assembly.

As for the issue of mandate length, it is obvious that the MPs' motivation was not, as one might be tempted to expect, to give themselves (or their subsequent colleagues) as long a term as possible, but to grant them the best conditions for representing the people that had elected them and to enable them to stay independent from the Prince and Government. The fact that opinions differed regarding whether that would be better accomplished by a shorter or longer term is hardly surprising, particularly in a country where a tradition of electing an Assembly for only a single session already existed. The same goal can be said to have been pursued in the addition of temporary ineligibility to the legal penalties for electoral corruption.

Another circle of issues that the Assembly was concerned with were those that could cause dissatisfaction or inconvenience to their voters. This can be seen in the discussion regarding the base electoral unit for the indirect elections, but also in the committee's refusal to make use of a dice roll in the case of a tie. The same can be said for the brief discussion regarding the number of MPs that took place during the passing of the Constitution: a smaller Assembly was objected to not directly on the grounds of being less efficient or less representative, but merely because the people would be unhappy with it. Again, tradition played an important role here: the people would be unhappy because they had already gotten used to the Assemblies being large, and they would view a significant reduction in the number of MPs as infringement of their rights.

It is noticeable that the electoral procedure itself caused very little to no discussion in the Assembly. One might assume that the particularities of registering and counting votes were too technical for the MPs to delve into in great detail, and that they deemed them to be acceptable in general. Still, it may come as a slight surprise that not even the general principles were questioned at least by the more liberal of the MPs – such as indirect elections in rural communities or, particularly, public ballots. This might at least partially be explained by them

focusing on the aforementioned issues they believed to be more important, the general urgency of the Assembly's work, as well as the new political climate that followed the passing of the Constitution of 1869, in which the coming position of the National Assembly and the executive's attitude towards it was not yet completely clear. Furthermore, public voting had come to be seen as normal by the majority of the population, and the transfer of overall control from the police to the municipality courts was probably already seen as a loosening of the Government's grip upon the electoral process.

Overall, it can be seen that the members of the first legislative Assembly were focused on a few key issues of the Elections Act, that they demonstrated far more sensitivity regarding political than purely legal issues, and that they, at least for the most part, did not propose radical changes in the Government's draft. On the one hand, their level of education was mostly insufficient for analysing complex legal issues; on the other hand, the Constitution had already granted the Assembly a significant increase in power compared to its previous position. Tradition can also be considered a force that led them to hold on to solutions from previous laws and customs (except where those were clearly negative – e.g. the bearing of arms to elections). Still, one cannot say that the opposition was pacified and that the MPs were fully content with what they were granted: even with all the previously mentioned factors, the Assembly's main interests seem to be guaranteeing a proper representation of the people – both in the sense of the voters' satisfaction and the deputies' independence from the Prince and Government.

Др Нина В. Кршљанин, доцент
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
nina.krsljanin@ius.bg.ac.rs

Изборни закон Србије из 1870: мисли једне скупштине о парламентарним изборима

Сажетак: Устав Србије из 1869. године (и изв. Намеснички устав) био је први српски устав који је парламенти (Народној скупштини) дао законодавну власт, мада је она била слабија у поређењу са монархом. Међутим, многе бивше појединосци у погледу парламентарних избора нису одређене у Уставу: на пример, дужина посланичког мандата или питање да ли ће гласање бити јавно или тајно. Због многих политичких разлога присутних у време доношења Устава, та питања су решена каснијем законодавству. Сходно томе, дојична и друга питања су одређена Изборним законом из 1870. године, који је управо донела прва законодавна Скупштина.

У овом раду су анализирани сам Изборни закон и дебата која се водила у Народној скупштини током његовог доношења. Нарочита пажња је посвећена питањима о којима се водила интензивна скупштинска дискусија, као и онима где је Закон у већој мери одступао од уставног оквира. Аутор покушава да објасни разлоге за увођење одређених уставних и да покаже како су њихови творци (и противници) очекивали да оне утичу на развој српског народног представништва.

Кључне речи: Устав Србије из 1869. године, избори за Народну скупштину, парламентарна дебата, законодавна власт, дужина мандата.

Датум пријема рада: 08.12.2018.

Др Србољуб Д. Убијарић, доцент
Универзитета у Београду
Православни богословски факултет
subiparipovic@bfspc.bg.ac.rs

БОГОСЛУЖБЕНИ ЕЛЕМЕНТИ У ОДРЕДБАМА ПРАВОСЛАВНЕ ПОВЕЉЕ ВЕЛИКОГ ЧЕЛНИКА РАДИЧА МАНАСТИРУ КАСТАМОНИТУ: ПАРЦИЈАЛНА АНАЛИЗА

Сажетак: У раду се истражују богослужбени елементи у одредбама Православне повеље великог челника Радича манастиру Кастамониту. Тим поводом најчешће бивају истражени Радичева личности и православна делатност, те разлози настанка његове државе православног повеље. Аутор у наставку рада парцијално анализира богослужбене елементе у појединим одредбама повеље и контекстуализује их, указујући на њихово порекло, примену и значење у хришћанском богослужењу и области теологије.

Кључне речи: велики челник Радич, православно, повеља, манастир, синод, богослужење.

1. УВОД

Истражавање средњовековних српских правних извора¹, будући започето још средином XIX столећа², представља процес који се током последњих неколико деценија одликује нарочитим научним прегледом.³ Изузев

¹ Ради општег увида у средњовековно српско право консултовати Срђан Шаркић, *Средњовековно српско право*, Матица српска, Нови Сад 1995.

² О првом истраживачу средњовековног српског права др Николи Крстићу (1829–1902) видети подробније Драган Николић, „Доктор Никола Крстић – први професор правне историје на београдском Лицеју”, *Архив за правне и друштвене науке*, година 73, књига 43, 1/1987, 81–88; Жика Бујуклић, „Римско право у докторским тезама Николе Крстића из 1854. године”, *Анали Правног факултета у Београду* 3/2018, 31. 36.

³ У прилог томе треба навести, између осталог, критичко издање Душановог законика (видети Душанов законик, приредио Ђорђе Бубало, Завод за уџбенике, Службени гласник,

њиховог јуридикског и историјског значаја, посебно место у групи поменутих извора припада средњовековним српским повељама и завештањима⁴, чија је садржина проткана и фрагментима теолошког порекла⁵. Следствено, свеобухватна анализа појединих повеља подразумева и исправно препознавање елемената богослужбеног порекла⁶, што несумњиво претпоставља и одговарајућу литургиолошку анализу⁷. Отуда својеврсно сагледавање назначеног медијевистичког наслеђа са литургичке тачке гледишта, може сасвим извесно допринети потпунијем и квалитативнијем поимању средњовековног правног наслеђа српске провинијенције.

Београд 2010), првог дела *Законоправила Светиоџ Саве* (видети Миодраг М. Петровић, *Законоправило Светиоџа Саве I*, Манастир Жича 2004), али и превод *Синџаџме Маџије Властара* са српскословенског на српски језик (видети Матија Властар, *Синџаџма*, са српскословенског језика превела Татјана Суботин Голубовић, САНУ, Одељење друштвених наука, Извори српског права XVIII, Београд 2013).

⁴ О завештавању у средњовековном српском праву и примерима таквих докумената у архивама светогорских манастира видети опширније Tamara Matović, „О zaveštavanju u srpskom srednjovekovnom pravu“, *Pravni zapisi* 1/2017, 20–33; Тамара М. Матовић, *Завештања у архивама светиоџорских манастира (XIII–XV век)*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду 2017, Београд 2017, <http://nardus.mpn.gov.rs/handle/123456789/10084>, 1. децембар 2018.

⁵ Плодови дипломатичког истраживања садржине средњовековних српских повеља, а која потиче из Новог завета и хришћанског предања, садржани су у Владан Тријић, *Нови завети и хришћанско предање у српским средњовековним повељама*, докторска дисертација одбрањена на Филозофском факултету Универзитета у Београду 2016, Београд 2016, <http://nardus.mpn.gov.rs/handle/123456789/7851>, 2. децембар 2018.

⁶ Као упечатљиве примере теолингвистичког и лексиколошког приступа у изучавању средњовековне дипломатичке грађе видети Виктор Савић, „Литургијски елементи у повељи деспотике Јелене манастиру Хиландару из 1504. године“, *Теолингвистичка проучавања словенских језика* (ур. Јасмина Грковић-Мејџор, Ксенија Кончаревић), САНУ, Одељење језика и књижевности, Српски језик у светлу савремених лингвистичких теорија, књига 5, Београд 2013, 473–490; Виктор Савић, „Манастирске даровнице у српскословенском лексичком корпусу“, *Filologija* 68/2017, 171–191.

⁷ Под термином литургиологија или литургика подразумева се богословска наука о хришћанском богослужењу. О поступном развоју литургије код православних Срба и њеном академском позиционирању на Православном богословском факултету Универзитета у Београду консултовати подробније Србољуб Убипариповић, „Место и улога литургије у развоју српске богословске мисли XX века – истраживачки резултати и перспективе“, *Зборник радова научног скупља Српска теологија у двадесетом веку: истраживачки проблеми и резултати* (ур. Богољуб Шијаковић), књига 9, Београд 2011, 54–64; Владимир Вукашиновић, „Савремени токови Литургијског богословља у Српској Православној Цркви“, *Велики вход. Огледи из српског литургијског предања: XIII–XXI век*, Универзитет у Београду, Православни богословски факултет, Институт за литургику и црквену уметност, Београд 2015, 131–177.

Насупрот рубрикама ктиторских типика Светога Саве Немањића (1175–1236) (Карејског⁸, Хиландарског⁹ и Студеничког типика¹⁰), црквеноправне одредбе друге ктиторске повеље великога челника Радича манастиру Кастамониту, која је издата 22. маја 1433. године благодарећи помоћи његовог духовног оца митрополита ариљског Марка, нису биле проучаване са литургиолошке тачке гледишта. Вероватно да је један од разлога за такав однос својевремено инкорпорирање дотичног текста у збирке изворне грађе објављене од стране Љубомира Стојановића¹¹ (1860–1930) и Стојана Новаквића¹² (1842–1915). При томе, треба нагласити да је познати истраживач светогорског наслеђа на словенском језику Кирил Павликијанов објавио наведену ктиторску повељу са најпотпунијим описом 2015. године.¹³ У сваком

⁸ Литургичку анализу и релевантну библиографију о настанку и потоњим преписима Карејског типика, видети у Лазар Мирковић, „Скитски устави св. Саве“, *Брасиво* 28/1934, 52–61; Снежана Јелесијевић, „Карејски типик у препису јеромонаха Арсенија Суханова“, *ПЕРИВОЛОС. Књига II. Зборник у часи Мирјане Живојиновић* (ур. Бојан Миљковић, Дејан Џелебчић), Београд, Византолошки институт САНУ, Задужбина светог манастира Хиландара, Београд 2015, 519–520.

⁹ О проблематици састављања ктиторских рубрика Хиландарског типика по узору на Евергетидски типик, те вероватном постојању ранијег превода синаксарног дела Евергетидског устава на словенски језик пре Савине ктиторске делатности, консултовати Мирјана Живојиновић, „Хиландарски и Евергетидски типик. Подударности и разлике“, *Зборник радова Византолошког института XXXIII/1994*, 85–102; Лазар Мирковић, „О рукописним типцима на српскословенском језику: Типик архиепископа Никодима“, *Типик архиепископа Никодима II* (прир. Ђорђе Трифуновић), књига друга, српскословенски језик разрешио Лазар Мирковић, Чигоја, Београд 2007, XVIII–XXVII; Ненад Милошевић, „Богослужбена форма у Српској Цркви у време Светога Саве“, *Манастир Студеница – 700 година Краљеве цркве* (ур. Љубомир Максимовић, Владимир Вукашиновић), САНУ, Одељење историјских наука, Научни скупови, књига 39, Београд 2016, 123–132; Виктор Савић, „Српски превод „Евергетидског синаксара“ у два синајска рукописа“, *Зборник радова Византолошког института LIII/2016*, 209–235.

¹⁰ Нови превод Студеничког типика на српски језик и пропратно навођење одговарајуће библиографије садржани су у Свети Сава, *Студенички типик. Saint Sava. The Studenica Typikon. Святой Савва, Студеницкий типикон* (ур. Маја Анђелковић, Тихон Ракићевић), Манастир Студеница 2018, 13–25, 29–102.

¹¹ Вид. „Челник Радич обнавља манастир Кастамонит и с митрополитом ариљским Марком уређује устав манастирски“, издање Љубомира Стојановића, *Свети Ђорђе акти: Биографија и похвале, Летописи и родослови, Типици, Служба Св. Сави, Поменици, Апокрифи и друго, Зайиси*, Споменик СКА [књ. 2] III/1890, 34–36.

¹² Вид. *Законски споменници српских држава средњега века* (прикупио и уредио Стојан Новаквић), [фототипско издање из 1912. године] (ур. Раде Михаљчић), Лирика, Београд 2005, 549–553.

¹³ Вид. Cyril Pavlikianov, „The Mediaeval Slavic Archives of the Athonite Monastery of Kastamonitou“, *Cyrrilomethodianum XX/2015*, 177–181; Cyril Pavlikianov, *Medieval Slavic Acts from Mount Athos 1230–1734: Bulgarian and Serbian Acts from the Monasteries of Karakallou, Kastamonitou St. Paul, Vatopedi and Xenophontos. Moldavian and Wallachian Slavic Acts from the Monasteries of Docheiariou, Kastamonitou and Zographou*, Critical Edition and Commentary of the Texts, „St. Kliment Ohridski“ University Library (Vol. 516), „St. Kliment Ohridski“ University Press, Sofia

случају, овај споменик, који чини збирку од четири једина словенска рукописа библиотеке светогорског манастира Кастамонита¹⁴, снажно сведочи о спремности појединих припадника властеле у средњовековној Србији¹⁵ из времена Светог деспота Стефана Лазаревића (1389–1427), да следе не само пример првог архиепископа српских и приморских земаља Светог Саве, већ и да, угледајући се на великодостојнике и припаднике аристократског staleжа Ромејске империје, постану још за живота ктитори – обновитељи или, пак, велики приложници атонских манастира. Управо један од таквих примера јесте и друга ктиторска повеља великог челника Радича манастиру Кастамониту из 1433. године.¹⁶

Управо због тога, у првом делу рада ће бити сажето изложени основни подаци о личности и ктиторској делатности великог челника Радича¹⁷, као и историјским околностима под којима настаје и бива издат помињани акт, док ће у другом делу бити спроведена парцијална литургичка анализа појединих одреби Радичеве друге ктиторске повеље светогорском манастиру Кастамониту.

2. ВЕЛИКИ ЧЕЛНИК РАДИЧ И НАСТАНАК ДВЕ КТИТОРСКЕ ПОВЕЉЕ МАНАСТИРУ КАСТАМОНИТУ

Властелин Радич био је најзнаменитија личност из доба Деспотовине и носио је титулу великог челника. Упркос чињеници да није могуће тачно утврдити његово порекло, хронолошке оквири његовог рођења треба тра-

2018, 106–111. У наставку рада ће цитирање како коментара приређивача, тако и садржине прве и друге ктиторске повеље, бити реализовано на основу наведеног издања из 2018. године.

¹⁴ Вид. С. Pavlikianov (2018), 83.

¹⁵ О правном положају оних који су чинили властелински друштвени слој у средњовековној Србији консултовати Срђан Шаркић, „Правни положај властеле у средњовековној Србији”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2010, 7–28.

¹⁶ Треба напоменути да је садржина ове повеље била предмет истраживања наших историчара и византолога. О томе видети Гавро Шкриванић, „Властелинство великог челника Радича Поступовића“, *Историјски часопис* XX/1973, 135–136; Мирјана Живојиновић, „Света Гора у светлости аката великог челника Радича манастирима Кастамониту и Ватопеду“, *Пад Српске деспотовине 1459. године. Зборник радова са научног скупа одржаног 12–14. новембра 2009. године* (ур. Момчило Спремић), САНУ, Научни скупови, књига CXXXIV, Одељење историјских наука, Београд 2011, 57–62; Милош Ивановић, „Уређење манастирског живота у српским властелинским задужбинама средњег века“, *Српска теологија данас. Зборник радова шестог годишњег симпозиона одржаног на Православном богословском факултету 30. маја 2014.* (прир. Радомир В. Поповић), Универзитет у Београду, Православни богословски факултет, Институт за теолошка истраживања, Београд 2015, 197–203.

¹⁷ Досадашњу библиографију о Радичевој личности и делатности видети у М. Живојиновић (2011), 57, фн. 1; Милош Б. Ивановић, *Власиела државе српских деспота*, докторска дисертација одбрањена на Филозофском факултету Универзитета у Београду 2014, Београд 2013, 211–219, <http://nardus.mpn.gov.rs/handle/123456789/3293>, 2. децембар 2018.

жити, према истраживачима, дуж периода од седамдесетих до деведесетих година XIV stoleћа.¹⁸ Он је, заправо, вршио функцију заменика владара и био је, према Константину Филозофу, „муж најхрабрији и најмудрији, који са мало речи много свршаваше“¹⁹. Осим његове изузетности, сачувани су подаци који сведоче о огромном Радичевом властелинству којим је располагао дуж северног и централног дела Деспотовине²⁰. Достојанство великог челника стекао је по свему судећи током прве половине 1429. године²¹, у време владавине деспота Ђурађа Бранковића (1427–1456)²². С обзиром да је Радич био један од најмоћнијих властелина у Деспотовини, не треба да изазива чуђење што је подигао неколико задужбина и изобилно помагао више манастира.²³ Следствено, у периоду 1. септембар 1430. године – 31. август 1431. године постаје нови ктитор светогорског манастира Кастамонит, обнављајући ову светињу после пожара који се вероватно десио током друге половине двадесетих година XV stoleћа, при чему се обавезује да за живота исти обдaruје годишњим давањем од 20 литара сребра.²⁴ После Радичевог упокојења манастиру је имало припасти седам његових села и половина доходака од рударских јама на Руднику и топионице у селу Каменици.²⁵ Поврх свега, окончаваши обнову запустелог и разореног кастамонитског манастира, пошто се претходно посаветовао са својим духовним оцем митрополитом ариљским Марком, 22.

¹⁸ Вид. М. Ивановић (2013), 211.

¹⁹ Константин Филозоф, *Повесї о словима (Сказаније о њисменех)* – изводи. *Житије дејсоїџа Сїефана Лазаревића* (прир. Гордана Јовановић), Стара српска књижевност у 24 књиге, књига једанаеста, Просвета, Српска књижевна задруга, Београд 1989, 117.

²⁰ Вид. М. Ивановић (2013), 212–213. Студиозно и прецизно утврђивање локација и назива села, а која су чинила Радичево властелинство и била потврђена као његова баштина од деспота Ђурађа Бранковића 1428–1429. године, садржано је у Г. Шкриванић (1973), 125–137.

²¹ Вид. М. Ивановић (2013), 213.

²² О владару и дворским достојанственицима у средњовековној Србији консултовати Срђан Шаркић, „Владар и двор у средњовековној Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2016, 363–384.

²³ Велики челник Радич подигао је манастир Враћевшницу са црквом Светог великомученика Георгија на јужним падинама планине Рудник, као и цркву Благовештења на реци Грабовничкици, за коју се претпоставља да се налазила у области Горње Расине, у селу Великој Грабовници, на левој обали Грабовничке реке, близу Милентије. Такође, Радич постаје ктитор и светогорског манастира Светог Павла, те дарује једно село и одређени број винограда и атонском манастиру Ватопеду. О свему видети подробније Татјана Стародубцев, „Писани извори о црквама и манастирима подизаним или обновљеним у областима Лазаревића и Бранковића. I Ктиторски натписи“, *Саопшћења Републичког завода за заштитију сїоменика кулїуре* XLV/2013, 138–139; Татјана Стародубцев, „Писани извори о црквама и манастирима подизаним или обновљеним у областима Лазаревића и Бранковића. II Повеле“, *Саопшћења Републичког завода за заштитију сїоменика кулїуре* XLVI/2014, 117–118; Милош Ивановић, „Света Гора као уточиште за властелу из Српске деспотовине“, *Наше шраб* 3-4/2013, 362–363.

²⁴ Вид. С. Pavlikianov (2018), 105–106.

²⁵ Вид. *Ibid.*, 106.

маја 1433. године Радич прописује сажете ктиторске рубрике за живот манастирске заједнице у Кастамониту.²⁶ Налажући обнову општежића у манастиру, предвидео је и могућност његовог личног доласка на Свету Гору и примања монашког пострига у Кастамониту. Ово заиста и спроводи у дело, дошавши на Атонску гору и замонашивши се између 1435. и 1439. године, добијајући име Роман.²⁷ У манастир је, заједно са њим, дошао и ариљски митрополит Марко. Није познато до када је живео, али су остали забележени подаци на основу којих је могуће закључити да је и његов син Мисаил дошао у манастир и замонашио се, где се напослетку и упокојио.²⁸

3. БОГОСЛУЖБЕНИ ЕЛЕМЕНТИ У ОДРЕДБАМА II КТИТОРСКЕ ПОВЕЉЕ МАНАСТИРУ КАСТАМОНИТУ

Текст Радичевих ктиторских рубрика или ктиторског типика²⁹ *sui generis* у оквиру његове друге повеље манастиру Кастамониту, могао би бити окарактерисан као вишеслојан и особито важан због тога што представља његову својеобразну опоруку. Врло је вероватно да узоре за настапак овог Радичевог ктиторског устава треба тражити у уобичајеним и сачуваним, аристократским типцима Ромејске империје.³⁰ Радичева повеља недвосмислено истиче да на Светој Гори бива саздан, обновљен и утврђен, као плод његове ревности и по узору на благочешће деспота српских Стефана и Ђурђа, манастир посвећен светом и славном првомученику и архиђакону Христовом апостолу Стефану на месту називаном Кастамонит, а који је претходно био разорен и запуштен.³¹ Налазећи за сходно да истакне

²⁶ Један од разлога успостављања снажних веза између великог челника Радича и овога манастира могао би имати везе и са присутношћу знатног броја монаха словенскога порекла, међу њима и Срба, не само у овом, већ и у другим манастирима у Свете Горе. О монасима словенскога рода у Кастамониту, у распону XIV–XVI век, видети Кирил Павликианов, „Монаси от славянско потекло в светогорската обител „Кастамонит“ от XIV до XVI век“, *Българско средновековие: общѣтво, власт, историја. Сборник в чест на проф. д-р Милияна Каймакамова* (прир. Георги Н. Николов, Ангел Николов), Универзитетско издателство „Св. Климент Охридски“, София 2013, 428–436.

²⁷ Вид. М. Ивановић (2013), 217.

²⁸ Вид. *Ibid.*, 218.

²⁹ У прилог појашњења дужности и права ктитора манастира видети Василије Марковић, „Ктитори, њихове дужности и права“, *Прилози за књижевност, језик, историју и фолклор* 5/1925, 100–124.

³⁰ О исправном разумевању синтагме ктиторски типик и компаративном истраживању класификације и бројних особености оваквих типика у Православној Цркви, консултовати Catia Galatariotou, *Byzantine ktetorika typika: a comparative study*, *Revue des études byzantines* 45/1987, 77–138.

³¹ Вид. С. Pavlikianov (2018), 109.

свештеничке одежде⁴¹ од дамаштанске (дамаске) златоткане свиле – хамухе...“ Штавише, ктитор Радич обавезује кастамонитске монахе да све набројано, као и друге манастирске потрепштине и/или покретности, не сме бити продавано, заложено или даривано осим у случају крајње нужности, при чему се искључиво допушта могућност да под таквим, ванредним околностима сасуди буду заложени, како би у повољније време исти били откупљени.⁴²

У потоњем делу текста још једно место, према нашем скромном суду, завређује нарочиту пажњу у контексту богослужбеног живота монашке заједнице у Кастамониту. Велики челник Радич, између осталог, прописује: *По ѡрјеш[е]сѣвију мојем к ѡсѡду да ми се ѡје божесѣвенаја литурѣја у сваки четврѣ[а]к с коливом и ѡрлевром...*⁴³ Превод ових речи на савремени српски језик изгледа овако: „По мом преласку [из смрти у живот] ка Господу, нека се у мој спомен поје божанствена Литургија у сваки четвртак са кољивом и приливком...“

Иако може, само на први поглед, изгледати исувише смелом оваква Радичева жеља обавезујућег карактера, она не само да није плод пуне произвољности, већ има своје чврсто упориште у хришћанској богослужбеној традицији РOMEјске империје. У Типику чувеног манастира Пантократор у Константинопољу (Цариграду), задужбини императора Јована II Комнина (1118–1143) подигнутој 1136. године, доминира воља ктитора за његовим учесталим поменом, што уосталом бива праћено и нарочитим поретком светлопаљења у три манастирске цркве.⁴⁴ Такође, избор седмичног дана четвртка као одговарајућег времена за служење Литургије у спомен преминулог ктитора није уопште случајан. С обзиром да на нивоу једног седмичног циклуса, према монашком типиксу, постоје посни дани (понедељак, среда и петак), када бива припремљена само једна, вечерња трпеза после вечерњег богослужења⁴⁵, као и радосни или разрешни (отпусни) дани (недеља, уторак, четвртак и субота)⁴⁶, када се приређују две трпезе⁴⁷, потпуно је

⁴¹ О богослужбеним одежама, међу којима треба препознати како покриваче свете Трпезе, тако и друга изаткана и израђена покривала у хришћанском храму, консултовати *Ibidem*, 40–48.

⁴² Вид. С. Pavlikianov (2018), 109–110.

⁴³ *Ibid.*, 110.

⁴⁴ Вид. Eleanor A. Congdon, „Imperial commemoration and ritual in the typikon of the monastery of Christ Pantokrator“, *Revue des études byzantines* 54/1996, 161–199.

⁴⁵ Целодневни пост одувек је подразумевао потпуно уздржавање од узимања хране и пића све до 9. часа обданице (у периодима равнодневице негде после 15 часова).

⁴⁶ Да се под разрешним или отпусним данима управо мисли на поменуте дане у цитираном тексту, говоре и рубрике Типика манастира Светог Јована Пророка, Претече и Крститеља Господњег у близини Сереса (Грчка) из XIV столећа. Видети Martin Jugie, „Le typicon du monastère du Prodrome au mont Ménécée, près de Serrès. Introduction, texte et remarques“, *Byzantion* XII/1937, 46.

⁴⁷ Ради се о ручку и вечери.

јасно услед чега Радич изабира четвртак за дан служења Литургије у част његовог ктиторског спомена.

Одредба из Радичеве повеље о служењу Литургије налаже тим поводом и припремање „кољива“ и „прилевка“. Иако је лексиколошко сагледавање ових појмова већ иницирало озбиљне истраживачке увиде⁴⁸, сматрамо умесним истаћи још неколико релевантних чињеница. Пракса припремања и благосиљања кољива⁴⁹ поводом помена покојних или празничних и светитељских спомена, непосредно пре литургијског отпуста, подразумева његово дељење и обедовање у оквиру трпезе која следи у манастирској трпезарији по одслуженој Литургији. Видљиви и преносни смисао приношења, благосиљања и окушања кољива укоренjen је у хришћанској вери у опште васкрсење из мртвих. Јер, као што се пшенично зрно сеје да би произрасло плод, то јест живот и следствено показало нераспадљивост, тако се и тело хришћанина похрањује као распадљиво у земљу са надом на опште васкрсење целокупне творевине, када ће о Другом доласку Господа Исуса Христа људска тела устати као преображена и бесмртна.⁵⁰

Коначно, навођење у дотичној одредби речи „прилевак“ (приливак, приљевак)⁵¹ подразумева давање нарочите мере вина које се испија за монашком трпезом у спомен ктитора. Премда се у повељи не среће прецизно објашњење када наступа тај тренутак, до релевантног објашњења је могуће доћи уз помоћ *чина о Панагији*, карактеристичног у оквиру свеноћног монашког бденија, а који се практикује на крају трпезе⁵². По непосредном окончању овога обреда, завршетак обедовања у манастирима подразумева како молитву благодарења Господу, тако и испијање чаше у славу Божију, Богородице и у част ктитора. У светогорским манастирима су за ктиторе, на првоме месту, с правом сматрани ромејски императори, али и одређени припадници властеле као дародавци издашних прилога монашким заједницама, при

⁴⁸ О томе видети Гордана Јовановић, „Обредна лексика у повељама деспота Стефана Лазаревића и деспота Ђурђа Бранковића“, *Прилози за књижевност, језик, историју и фолклор* књига 65–66, 1–4/1999–2000, 131–133; В. Савић (2013), 483–484.

⁴⁹ Иако је реч кољиво правилно дефинисана као грецизам, треба нагласити да иста води порекло од појма ὁ κόλλιφος. Овим термином се називала мерна јединица у виду пшеничног зрна, чиме се мерила тежина злата, да би касније овом речју био означаван новчић мале вредности. Изворно значење речи трасира развојни пут термину τὸ κόλλυβον и τὰ κόλλυβα, који напослетку означава сваку врсту пљоснатог или равног, слатког јела састављеног од пшенице или орашастих плодова (коштуњичавог воћа). О томе видети подробије Γεώργιος Γ. Μπεκατόρος, „Κόλλυβα“, *Θρησκευτικὴ καὶ Ἱθική Ἐγκυκλοπαίδεια*, 7^{ος} Τόμος (Ἰωάννης-Κωνσταντῖνος), Αθήναι 1965, 740–741.

⁵⁰ Ова тема је језгровито протумачена у новозаветном спису Првој посланици Коринћанима апостола Павла. Вид. 1Кор 15, 35–54.

⁵¹ Упор. Г. Јовановић (1999–2000), 132; В. Савић (2013), 483–484.

⁵² О чину Панагије видети John J. Yiannias, „The Elevation of the Panaghia“, *Dumbarton Oaks Papers* 26/ 1972, 226–236.

чему ће временом доћи и до формирања чина за *прилевање у здравље цара*⁵³, што је подразумевало молитвено испијање три чаше – једне у славу Божију, друге у част Богородице или прослављаног светитеља, те треће за здравље цара. Одредба Радичеве повеље о прилевку управо се односи на чашу нарочите мере вина, која је требало да буде испијана у његов спомен као ктитора манастира на крају трпезе.⁵⁴

4. ЗАКЉУЧАК

Парцијална литургиолошка анализа богослужбених елемената, садржаних у другој Радичевој ктиторској повељи манастиру Кастамониту, недвосмислено показује да процес истраживања средњовековних српских правних извора захтева мултидисциплинарни приступ. У склопу једног таквог широког спектра изучавања допринос литургике као теолошке дисциплине отвара нове перспективе на пољу квалитативнијег разумевања наше медијевистичке баштине јуридикског порекла. Састављајући ктиторску повељу светогорском манастиру Кастамониту, велики челник прописује правила општежитељног живота монашке заједнице и као нови ктитор оставља у наслеђе његову молитвену опоруку. Подсећајући да оно што је приложено, било у погледу припадајућих прихода од рударења или дариваних богослужбених предмета, не сме бити отуђено, Радич прописује да његов спомен као ктитора буде вршен и по упокојењу. Он на тај начин изражава снажну веру да ће његова личност и, по врх свега, ктиторска делатност за добробит многих надживети епоху у којој је живео, бивајући препозната као долични наставак благочестивог трудољубља хришћанских и српских деспота Стефана Лазаревића и Ђурђа Бранковића.

⁵³ Овај чин, који је сачуван у словенском рукописном наслеђу из XVII столећа, публикован је и протумачен 1885. године у Русији. О томе консултовати Константина Никольскаго, „Чинъ за приливокъ о здравіи царя“, *О службахъ Русской Церкви бывшихъ въ ѳрежнихъ ѱечайныхъ богослужебныхъ книгахъ*, Санктпетербургъ 1885, 237–256.

⁵⁴ Индиректан аргумент у прилог оваквог тврђења проналазимо у писму одговору патријарха цариградског Генадија II Схолариса (1453–1459) синајским монасима на питање могућности помена имена Херцега Стјепана Косаче (1435–1466) ради његовог прилога манастиру Свете Катарине на Синају. С обзиром на тадашњу заступљеност богумила у босанским и херцеговачким крајевима, патријарх саветује монахе да приме Косачину милостињу, али да га не спомињу у цркви, пошто јавно не исповеда православну веру, већ у трпезарији у молитви и благодарењу речима: „Да Господ Бог сачува живот господара Херцега...“ Наведено место, по свему судећи, показује распрострањену праксу испијања прилевка у част ктитора и приложника на крају монашке трпезе и изван Свете Горе у другим православним манастирима. О овоме видети подробније Никифор Дучић, „Посланица цариградскога патријарха Генадија II Схоларија (1453–1459) синајским калуђерима“, *Истѣина* 5/1888, 193–199; 6/1888, 253–259.

*Srboljub D. Ubiparipović, Ph.D., Assistant Professor
University of Belgrade
Faculty of Orthodox Theology
subiparipovic@bfspc.bg.ac.rs*

**Liturgical Elements in the Regulations of
the Second Foundation Charter of Monastery Castamonit
granted by Count Palatine Radič**

Abstract: *The Second foundation charter of Monastery Castamonit granted by medieval Serbian count palatine Radič, belongs to the documents which are one of the few juridical sources to survive in significant quantities for the entire medieval period. It consists of the regulations which are created by careful usage of the words. Some of them should be recognized as the liturgical elements and they express the aspects of worship of the Eastern Orthodox Church. This study had identified their historical origins and appropriate liturgical usage, and also had pointed out the relevant theological interpretation.*

Keywords: *Count palatine Radič, founder, charter, monastery, anamnesys, worship.*

Датум пријема рада: 15.12.2018.

*Др Најица Н. Рајић, асистент са докторатом
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Rajic@pf.uns.ac.rs*

УЗ ДИЛЕМУ О „ГРАНИЦАМА“ ОГРАНИЧЕЊА ПРАВА НА ПОВЕРЉИВОСТ ЗДРАВСТВЕНИХ ПОДАТАКА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ – УСТАВНОПРАВНИ АСПЕКТ*

Сажетак: *Право на заштити података о личности представља право гарантовано Уставом Републике Србије. Ова гаранција обухвата заштити свих података о личности, укључујући и податке који се односе на здравствено стање. У раду се обрађује питање дојучињених ограничења овог права, са нарочитим освртом на дојучињеност ограничења у циљу заштити здравља других. У ширем смислу, разматра се однос два основна права: права на заштити података о личности и права на заштити здравља (других). Нормативни оквир анализе чине Устав Републике Србије, потврђени међународни уговори из области људских права (нарочито Европска конвенција за заштити људских права и основних слобода) као и закони из области здравствене заштити.*

Кључне речи: *заштити података о личности, здравствени подаци, људска права, ограничење права, устав.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Конституционализација природних права, којој је претходило теоријско утемељење, означила је правно признање ових права.¹ Позитивноправно

* Рад је резултат истраживања на пројекту „Биомедицина, заштита животне средине и право“ бр. 179079, који се финансира средствима Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

¹ О теоријама природног права које су претходиле процесу конституционализације људских права видети: Дарко Симовић, Марко Станковић, Владан Петров, *Људска права*, Београд 2018, 31-39.

уобличена највишим правним актом, постала су темељ модерне уставности.² У основи овог процеса стоји спознаја „да слободе нема без права и да само њихово међусобно садејство омогућава пуну афирмацију човекове личности“, која има дубоке историјске корене.³

Било би преслободно тврдити да људска права представљају апсолутну категорију. Врло је мало основних права која поседују такав карактер. То су права која припадају групи тзв. „привилегованих“ права „јер се не могу довести у конкуренцију са другим, исто тако основним правима“.⁴ Највећи број основних права припада тзв. групи релативних права у смислу да у конкуренцији два основна права, једно право не може бити безусловно заштићено, а да се истовремено друго право не учини неделотворним.⁵ Дакле, остваривање људских права посматрано у целини природно намеће одговарајуће границе појединачним правима, изузев онима којима је обезбеђена апсолутна заштита.⁶

У таквом односу конкуренције стоје и право на заштиту здравствених података о личности и право на здравствену заштиту. Ова права стоје у односу напетости када је реч о ограничењу поверљивости информација о здрављу пацијента у циљу заштите здравља других односно спречавања здравственог ризика других. Оба права припадају категорији личних права (иако право на заштиту здравља има и своју социјалну димензију); оба права налажу уздржавање државе од уплитања, али и обавезу да обезбеди адекватне механизме за њихово остваривање и заштиту.

Посматрано у ширем контексту, право на заштиту здравља гради неодојиву везу са правом на живот и уставном гаранцијом неповредивости физичког и психичког интегритета личности. Оно чини један од предуслова за остваривање поменутих права која припадају категорији апсолутно заштићених. Сагледавајући право на заштиту здравља из тог угла, а у контексту могућег преношења заразних болести (нарочито оних које су неизлечиве и које у значајној мери могу утицати на скраћење живота) питање односа овог права и права на заштиту података о личности додатно добија на значају.

² Више о природи људских права видети: Драгутин Аврамовић, *Људска права на танкој црвеној линији између универзалности и релативности*, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (Зборник радова ПФНС) 3/2014, 291-301.

³ Сима Аврамовић, Старогрчка баштина, у: *Темељи модерне демократије, Избор декларација и повеља о људским правима (1215-1990)*, приредио Душан Мрђеновић, Београд 2011, 29-30.

⁴ Norberto Bobio, *Doba prava, Dvanaest eseja o ljudskim pravima*, Београд 2008, 25.

⁵ *Ibid.*, 42.

⁶ Људска права су нарасе сложен и еволутиван феномен. Нпр. у прилог прихватању еутаназије износе се аргументи да право на живот укључује и право на достојанствену смрт. О томе више: Дарко Симоновић, Биљана Симеуновић – Патић, Еутаназија и етичке дилеме – људско достојанство наспрам светости живота, *Зборник радова ПФНС* 2/2017, 320.

Међутим, и само право на заштиту података о личности се види као додатна гаранција интегритета човека.⁷ У том смислу, рад ће за предмет имати анализу начина на који је законодавац разрешио напетост између поменутих права, са ослонцем на уставноправни оквир његовог поступања. Последице ће се отворити питање опште улоге законодавца у остваривању уставних права, уз посебан нагласак на аспект дозвољених основа за ограничење људских права, уз уважавање како устава тако и међународних извора права, њихове непосредне примене и места у хијерархији општих правних аката. Полазна хипотеза садржана је у следећем: виши степен заштите уставном гарантованог права, у смислу уже постављених разлога за прописивање ограничења, може умањити садржај (или чак довести у питање саму суштину) другог уставног права.

2. ПРАВО НА ПОВЕРЉИВОСТ ЗДРАВСТВЕНИХ ПОДАТАКА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

2.1. Правна природа права на поверљивост здравствених података

Право на поверљивост здравствених података није издвојено као посебно право у Уставу Републике Србије, већ оно припада уставној гаранцији права заштиту података о личности. У том смислу, улога и обим законодавне надлежности у области регулисања права на поверљивост здравствених података о личности дефинисана је правном природом права на заштиту података о личности.

Начело непосредне примене уставних права утемељено је на ставу правне теорије према којем „основна права представљају непосредно применљиво уставно право које правно везује органе јавне власти“.⁸ Релативност овог начела садржана је у чињеници да домашај правне везаности органа јавне власти у односу на основна права „зависи од садржине конкретног основног права и начина његовог гарантовања“.⁹ Дакле, основна права се, по правилу, остварују непосредно, с ослонцем на уставну норму којом су гарантована. Нека од њих, пак, због саме уставне формулације, захтевају посредовање закона, јер њихова правна природа не допушта да начело непосредности буде доследно примењено.

У том смислу, улога и обим надлежности законодавца у материји уставних права дефинисана је правном природом ових права. Улога и обим ове надлежности различити су с обзиром на то да ли је право уставног или законског

⁷ Драган М. Стојановић, *Уставно право*, Књига 1, Ниш 2009, 331.

⁸ *Ibid.*, 300.

⁹ *Ibid.*

карактера, односно да ли су субјекти, садржај и разлози ограничења права уређени самим уставом или се уређују уз придржај закона. Права, чији су субјекти, садржај и разлози (основи) под којима је допуштено њихово ограничење уређени уставом, припадају категорији уставних (основних) права. Улога законодавца у регулисању ове категорије права уско је постављена и своди се искључиво на регулисање поступка њиховог остваривања (законом), под условима и у оквирима уређеним уставом. Са друге стране, права чији се садржај гарантује начелном и општом уставном нормом припадају групи законских права, будући да се коначно обликовање њиховог садржаја уређује законом. Обим надлежности законодавца у остваривању ових права далеко је значајнији него када је реч о уставним (основним) правима.¹⁰

У опредељивању правне природе права на заштиту података о личности потребно је поћи од његове позитивноправне формулације, која је садржана у следећем:

„Зајемчена је заштити података о личности.

Прикупљање, држање, обрада и коришћење података о личности уређују се законом. Забрањена је и кажњива употреба података о личности изван сврхе за коју су прикупљени, у складу са законом, осим за употребе вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом.

Свако има право да буде обавештен о прикупљеним подацима о својој личности, у складу са законом, и право на судску заштиту због њихове злоупотребе.“¹¹

Из наведених уставних одредби произлази да је право на заштиту података о личности сложено право које обједињује неколико различитих појединачних права: право на заштиту података о личности, право на њихову употребу у складу са сврхом због које су прикупљени, право на обавештеност о прикупљеним подацима као и право на судску заштиту од њихове злоупотребе. Ова права чине целину заштите приватне сфере грађана која обухвата сегмент њихових личних података. У том смислу, ово право припада категорији основних, личних права. Томе иде у прилог и чињеница да су Уставом изричито издвојени разлози због којих је дозвољено законом ограничити ово право у сегменту употребе ових података. То су два разлога: потреба вођења кривичног поступка и заштита безбедности државе. У том смислу, постављена је јасна граница законодавцу од захватања у основну садржину овог права.

¹⁰ Више о појмовном разликовању уставних и законских права: Маријана Пајванчић, *Уставна заштити људских права*, Нови Сад 2011, 8-11.

¹¹ Чл. 42 Устава Републике Србије – Устав, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

Међутим, чињеница да формулација наведених уставних одредби учествовало упућује на закон чини се да отвара простор за дилему у погледу одређивања садржине односно правне природе овог права. Ипак, приступ уставотворца да јасно издваја основе допуштених ограничења овог права у сегменту употребе података, оправдава закључак да законодавна делатност у осталим сегментима уређивања овог права треба да има спроводбени карактер.

У том смислу, право на заштиту података о личности као и право на заштиту здравствених података, као врсту личних података, треба превасходно посматрати као основно, уставно право. Томе у прилог говори и пракса Европског суда за људска права којом се ово право штити унутар члана 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода односно права на поштовање личног и породичног живота.¹² Међутим, за разумевање садржине права на поверљивост здравствених података у правном систему Републике Србије потребно је консултовати и одговарајуће законске одредбе којима је оно уобличено.

2.2. Садржај и ограничења права (законски оквир)

Правно на поверљивост здравствених података, као посебно право, позитивноправно је уобличено Законом о правима пацијената.¹³ Ово право је гарантовано двоструко: у оквиру опште гаранције права на заштиту приватности пацијента уопште, а затим и као посебно право, право на поверљивост података о здравственом стању пацијента.

Законом о правима пацијената је, најпре, прописано да пацијент има право на поверљивост свих личних информација, које је саопштио надлежном здравственом раднику, односно здравственом сараднику, укључујући и оне које се односе на стање његовог здравља и потенцијалне дијагностичке и терапијске процедуре. Ово право је прописано уз гаранцију права на заштиту приватности пацијента током спровођења дијагностичких испитивања и лечења у целини и заједно са тим правом гради општу гаранцију права пацијента на приватност и поверљивост.¹⁴

Поред опште, Законом је прописана и посебна гаранција права на поверљивост података о здравственом стању пацијента. У оквиру ове гаранције

¹² Видети нпр., *Biriuk v. Lithuania*, no. 23373/03 (25 November 2008); *Z. V. Finland*, no. 22029/93 (25 February 1997).

¹³ Закон о правима пацијената – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 45/2013.

¹⁴ Чл. 14, ст. 1 ЗПП. Гаранција овог права пропраћена је обавезом прибављања пацијентове сагласности у погледу присуства других лица приликом прегледа и предузимања медицинских мера. Видети: чл. 14, ст. 2-7. ЗПП.

прописано је: да подаци о здравственом стању, односно подаци из медицинске документације, спадају у податке о личности и представљају нарочито осетљиве податке о личности пацијента, у складу са законом; да су такве податке дужни да чувају сви здравствени радници, односно здравствени сарадници, као и друга таксативно набројана лица, а којима су ти подаци доступни и потребни ради остваривања законом утврђених надлежности; да су напред наведена лица, као и друга лица која неовлашћено, односно без пристанка пацијента или законског заступника, располажу подацима из медицинске документације, и неовлашћено их износе у јавност, одговорна за одавање нарочито осетљивих података, у складу са законом; те да се нарочито осетљивим подацима о личности пацијента сматрају и подаци о људским супстанцама, на основу којих се може утврдити идентитет лица од кога оне потичу.¹⁵

Право на поверљивост података о здравственом стању пацијента, сагласно овом Закону, трпи извесна ограничења. Наиме, лица којима су, сагласно одредбама овог Закона, ови подаци доступни и потребни ради остваривања законом утврђених надлежности, могу одступити од чувања њихове тајности у три случаја: на основу писменог пристанка пацијента односно његовог законског заступника; на основу одлуке суда као и на основу процене надлежног здравственог радника да је саопштавање података о здравственом стању пацијента неопходно ради избегавања здравственог ризика за члана породице (подаци се у последњем случају могу саопштити искључиво пунолетном члану уже породице).¹⁶

Дакле, без пристанка пацијента односно његовог законског заступника, подаци који се односе на његово здравствено стање пацијента могу бити доступни трећим лицима уколико постоји одлука суда или уколико здравствени радник процени да је то потребно ради избегавања здравственог ризика за члана уже породице.¹⁷

Право на поверљивост здравствених података пацијента пропраћено је и одговарајућим одредбама Закона о здравственој документацији и евиденцијама у области здравства.¹⁸ Овим Законом је прописано да податке садржане у медицинској документацији и евиденцијама може користити пацијент на кога се ти подаци односе, у складу са законом;¹⁹ да такви подаци представљају нарочито осетљиве податке; да се прикупљање и обрада података

¹⁵ Чл. 21 ЗПП.

¹⁶ Чл. 22 ЗПП.

¹⁷ Посебно је регулисана дужност лекара да саопшти законском заступнику детета старијег од 15 година информације о здравственом стању тог детета, и поред противљења детета, уколико постоји озбиљна опасност по живот и здравље детета. (чл. 24 ЗПП).

¹⁸ Закон о здравственој документацији и евиденцијама у области здравства – ЗЗД, *Службени гласник РС*, бр. 123/2014, 106/2015 и 105/2017.

¹⁹ Чл. 2, ст. 3 ЗЗД.

о личности пацијента врши на начин којим се обезбеђује заштита права на приватност и права на поверљивост података о личности пацијента, у складу са законом којим се уређују права пацијената и законом којим се уређује заштита података о личности те да надлежни здравствени радник, односно здравствени сарадник и друго овлашћено лице могу бити ослобођени дужности чувања ових података на основу писменог пристанка пацијента односно његовог законског заступника, или на основу одлуке суда.²⁰ Законом су пружене додатне гаранције заштите поверљивости у области приступа електронском досијеу пацијента.²¹ Прописано је да се вођење, прикупљање и обрада података из здравствене документације врши у складу са законом којим се уређује заштита података о личности; да постоји обавеза чувања ових података од неовлашћеног приступа, увида, копирања и злоупотребе, као и обавеза успостављања система безбедности и мера за обезбеђење сигурности у односу на податке о личности пацијената.²²

Законом о заштити података о личности прописано је да подаци који се односе на здравствено стање представљају нарочито осетљиве податке који се могу обрађивати само на основу слободно датог пристанка лица, осим када законом није дозвољена обрада ни уз пристанак. Такође је прописано да се у изузетним случајевима ови подаци могу обрађивати и без пристанка лица, уколико је то законом прописано, те да обрада мора бити означена и заштићена мерама заштите.²³ Законом се уређује питање дозвољености обраде података без пристанка лица на које се ти подаци односе. У контексту права на поверљивост здравствених података, од посебне важности је одредба према којој је обрада без пристанка дозвољена да би се остварили или заштитили животни важни интереси лица или другог лица, а посебно живот, здравље и физички интегритет.²⁴

Законска заштита права на поверљивост здравствених података обезбеђена је кривичним материјалним правом, којим је прописана забрана лекару или другом лицу да открије тајну коју је сазнало у вршењу позива. Такође је прописано да се неће казнити за наведено дело онај ко открије тајну у општем интересу или интересу другог лица, који је претежнији од интереса чувања тајне.²⁵

²⁰ Чл. 40 ЗЗД.

²¹ Чл. 47 ЗЗД.

²² Чл. 50 и 51 ЗЗД.

²³ Чл. 16, ст. 1 – 3 Закона о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 97/2008, 104/2009 – др. закон, 68/2012 – одлука УС и 107/2012.

²⁴ Чл. 12 тач. 1 ЗПП.

²⁵ Чл. 141 Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

3. ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПОВЕРЉИВОСТ ЗДРАВСТВЕНИХ ПОДАТАКА – КРИТИЧКА АНАЛИЗА

Анализа законских одредби којима се ближе опредељује садржај права на поверљивост здравствених података показује да ово право може бити ограничено и из разлога заштите здравља других. Надлежни здравствени радник, дакле, може саопштити податке о здравственом стању пацијента пунолетном члану уже породице пацијента уколико је то неопходно ради избегавања здравственог ризика за члана породице.

Заштита здравља других, као законом постављена граница остваривања права на поверљивост здравствених података, одговара граници остваривања права на пристанак пацијента (на предузимање одговарајуће медицинске мере). Пацијент је слободан да одлучује о свему што се тиче његовог живота и здравља, осим у случајевима када то директно угрожава живот и здравље других лица.²⁶

Заштита здравља других, међутим, није изричито прописана Уставом као основ ограничења права на заштиту података о личности. Заштита права и слобода других, такође, није изричито прописана као основ ограничења овог права. У том смислу, без обзира на сву оправданост законског увођења овог разлога за ограничење права на поверљивост медицинских података, потребно је размотрити да ли је законодавац имао уставни основ да овако поступи. Другим речима, поставља се питање да ли законско прописивање начина остваривања права на заштиту (здравствених) података о личности може укључивати поменуто ограничење права, ако се пође од тога да се сврха прикупљања ових података садржи у потреби лечења пацијента.

3.1. Правила о ограничењу људских права

Уопштено посматрано, границе законодавне надлежности у области људских права ослањају се на принцип везаности законодавца уставом односно овим правима која чине уставну материју.²⁷ У том смислу, поменута правила свој позитивноправни израз налазе у одредби Устава којом је прописано да се законом може прописивати начин остваривања људских и мањинских права само ако је то изричито предвиђено Уставом или ако је то неопходно за остваривање појединог права због његове природе. Граница слободе прописивања начина остваривања ових права постављена у императиву да закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права.²⁸ Из наведених

²⁶ Чл. 15, ст. 1 ЗПП.

²⁷ Dr Bosa M. Nenadić, *Osnovna načela ostvarivanja i zaštite ljudskih prava u Ustavu Republike Srbije, Pravni informator* 1/2013, 6.

²⁸ Чл. 18, ст. 2 Устава.

уставних одредби следи да је законодавац властан да пропише искључиво процесна и извршна правила, али не и правила која би ограничавала односно задржала у суштину зајемчених права.²⁹ Ова правила имају статус уставних начела када је реч о материји људских и мањинских права и слобода у Уставу Републике Србије.

Конкретна правила о ограничењу људских и мањинских права подразумевају да је поменута права допуштено ограничити искључиво законом, уколико ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га допушта, у обиму потребном да се задовољи сврха у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права.³⁰ Ова правила појачана су додатном гаранцијом да се достигнути ниво људских и мањинских права не може смањивати, као и посебном обавезом државних органа, нарочито судова, да при ограничењу ових права строго поштују принцип пропорционалности (да воде рачуна о суштини права које се ограничава, важности сврхе ограничења, природи и обиму ограничења, односу ограничења са сврхом ограничења и о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права).³¹ Наведена правила, такође, имају статус уставних начела када је реч о материји људских и мањинских права и слобода у Уставу Републике Србије.

Поред наведених правила, опредељивање граница законодавне власти у области ограничења људских права мора уважавати и метаправно начело владавине права.³² Ово начело између осталог, подразумева и принцип по којем су границе остваривања људских права исте такве слободе и права других. Поред тога, одмеравање граница уживања појединих права у случају њихове колизије морало би уважити и чињеницу да Устав издваја групу права и слобода које уживају апсолутну заштиту. То су права од којих се не може одступити током ратног и ванредног стања.³³ Она чине језгро људских права чије се остваривање мора обезбедити у свим околностима.

Најзад, законодавац је дужан да узме у обзир и одредбе међународног права, нарочито одредбе потврђених међународних уговора којима се уређују људска права. Ова права се, словом Устава, непосредно примењују.³⁴ Правна снага потврђених међународних уговора је, међутим, слабија од правне снаге Устава, а јача од снаге закона; закон једновремено треба да буде у складу и са потврђеним међународним уговорима и са Уставом.³⁵ Поставља се питање како испоштовати поменута правила у случају када се

²⁹ В. Nenadić, 6.

³⁰ Чл. 20, ст. 1 Устава.

³¹ Чл. 20, ст. 3 Устава.

³² Чл. 3 Устава.

³³ Чл. 202, ст. 4 Устава.

³⁴ Чл. 18, ст. 2 Устава.

³⁵ Чл. 194 Устава.

ратификованим међународним уговором прописује шири круг разлога за ограничење права него што се то чини самим Уставом.³⁶ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, као међународни акт који има посебан значај за заштиту људских права, проширује број допуштених разлога за ограничење права на поштовање приватног и породичног живота (у оквиру којег се гарантује право на заштиту података о личности). Ово право је, наиме, могуће ограничити и из разлога заштите здравља као и заштите слобода и права других.³⁷ Устав овакве разлоге за ограничење права на заштиту података о личности не познаје.

3.2. Пракса Уставног суда Србије

Спорна уставноправна питања у вези са ограничењем права на поверљивост здравствених података нужно је сагледати и са становишта уставносудске праксе која постоји у овој области. Ставови изнети у образложењу одлука Уставног суда у том смислу представљају користан параметар у изналажењу адекватног тумачења уставноправног оквира када је реч о гаранцији права на заштиту података о личности.

У материји ограничења права на поверљивост здравствених података од значаја је одлука Уставног суда донета у поступку испитивања уставности и сагласности са потврђеним међународним уговором Закона о остваривању права на здравствену заштиту деце, трудница и породиља.³⁸ Закон је оспорен у делу којим се прописује обавеза лекара специјалиста односно здравствене установе да обавесте Републички фонд за здравствено осигурање о утврђеној трудноћи, извршеном прекиду трудноће, рођењу мртвог детета као и смрти детета до годину дана живота, како би такви подаци били употребљени у сврху утврђивања права на остваривање односно престанак остваривања права у складу са овим законом.³⁹

Испитујући сагласност оспорених законских одредби са Уставом, Уставни суд је констатовао да управо оспорене законске одредбе представљају правни основ за допуштеност прикупљања наведених здравствених података од стране Републичког фонда. Такав закључак је засновао на чињеници да се прикупљање, коришћење и заштита података из евиденција у области здравства врши у складу са Законом о заштити података о личности, односно на конкретној одредби овог Закона којом је прописано да се обрада података

³⁶ О томе видети: Nataša Rajić, Normativni okvir prava na zaštitu podataka o ličnosti u oblasti (bio)medicine, *Temida* 3/2012, 99-114.

³⁷ Чл. 8, ст. 2 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

³⁸ Одлука Уставног суда IУз-421/2013, *Службени гласник РС*, бр. 73/2014.

³⁹ Чл. 5 Закона о остваривању права на здравствену заштиту деце, трудница и породиља, *Службени гласник РС*, бр. 104/13.

који се односе на здравствено стање лица може вршити и без пристанка лица, искључиво када је то прописано законом. Уставни суд је, даље, констатовао да је сврха достављања наведених података, такође, одређена оспореном законском одредбом, те да се изричито односи само на утврђивање услова за остваривање, односно престанак права на здравствену заштиту прописану оспореним Законом, за чије се остваривање обезбеђују средства из јавних прихода. У складу са тим, Уставни суд је оценио да оспорене законске одредбе нису су супротности са одредбама члана 42 Устава; другим речима, да се законодавац кретао у границама Устава када је реч о прикупљању података о личности и њиховом употребом у складу са сврхом за коју су прикупљени.

Уставни суд је, такође, оценио да оспорене законске одредбе не противрече ни члану 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода односно да мешање јавних власти у домен заштите здравствених података у конкретном случају задовољава захтеве Конвенције (да је оно прописано законом, да је неопходно у демократском друштву и да је предузето ради заштите здравља, односно остваривања легитимног циља прописаног Конвенцијом).

3.3. Ограничење права на поверљивост здравствених података – отворена питања

Законом је, дакле, прописано да права на поверљивост података о здравственом стању пацијента може бити ограничено одлуком лекара из разлога заштите здравља других. Разлог ограничења права, сходно законској формулацији, представља избегавање здравственог ризика за члана породице. У том смислу, поставља се питање да ли је законодавац овлашћен да пропише овај облик ограничења права односно да ли законска одредба којом је то учињено сагласна са Уставом (без обзира на то што је круг лица изразито уско постављен).

Ако се посматра искључиво одредба Устава којом се уређују правила ограничења људских права, посебно део који се односи на везаност законодавца у погледу разлога допуштених ограничења прописаних Уставом (терминологија која је у Уставу употребљена јесте „сврха“ ради којих Устав допушта ограничење), одговор би био негативан. Уставна одредба, којом се прописује гаранција права на заштиту података о личности, не познаје „заштиту здравља (других)“ као допуштен разлог за ограничење овог права. Формалноправно, законодавац не би био властан да прописује ограничења без јасног уставног упоришта односно без изричитог уставног овлашћења и мимо Уставом успостављеног оквира.⁴⁰ Такав став произлази из чињени-

⁴⁰ В. Nenadić, фуснота 11, 6.

це да уређивање уставне материје, а то материја људских права свакако јесте, припада уставоворној власти.

Систематско тумачење уставног оквира, пак, могло би довести до другачијег закључка. Право на заштиту (здравствених) података о личности би се у том случају супротставило праву на заштиту здравља других, а посредно, праву на живот и заштиту физичког и психичког интегритета других (последња два, иначе, представљају апсолутно заштићена права), али и општем постулату према којем су границе остваривања људских права иста таква права и слободе других. До закључка о допуштености оваквог законодавчевог захвата у право на заштиту здравствених података дошло би се нарочито са ослоном на чињеницу да Европска конвенција, која представља непосредно применљиво право, изричито прописује заштиту здравља као и заштиту слобода и права других као легитимне основе ограничења овог права. Остаје, међутим, питање како помирити захтев да потврђени међународни уговори представљају непосредно применљиво право које уједно мора бити у сагласности са Уставом, са захтевом да Устав, прописујући ужи круг разлога за ограничење права на заштиту података о личности, пружа овом праву већу заштиту него што то чини Европска конвенција.

Наравно, сасвим је друго питање начина на који је законодавац прописао ово конкретно ограничење у смислу правних гаранција за заштиту овог права, будући да је ограничење установљено као аутономна одлука лекара. Узгред, самим Уставом није прописано у чијој је надлежности доношење одлуке о ограничењу права на заштиту података о личности ни у погледу оних разлога због којих је ограничење дозвољено.

Изнето разматрање илуструје до каквих недоумица може довести претерано компликован уставни оквир у области ограничења уставних права. Приступ уставнотворне власти „да комбинује систем опште клаузуле о ограничењу зајемчених људских права са системом посебних одредби о ограничењу конкретних Уставних права“ препознат је и од стране Венецијанске комисије као спотичуће место у нашем уставном тексту.⁴¹ Уопште, читав део Устава којим је регулисана материја уставних права озбиљно је критикован у нашој уставној теорији.⁴² У том смислу, позиција законодавне власти, која је у обавези да у извесном смислу посредује у остваривању уставних права, није нимало комфорна. Исто би се могло рећи и за позицију Уставног суда који треба да обезбеди тумачење уставних права на начин који обезбеђује њихову максималну заштиту.⁴³

⁴¹ *Ibid.*, 8.

⁴² Ратко Марковић, Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2006, 11-13.

⁴³ В. Nenadić, 8.

Анализа уставносудске јуриспруденције у овој области чини се да допушта закључак да уставне одредбе којима се регулише право на заштиту података о личности остављају шири простор законодавцу када је реч о прописивању ограничења овог права. Саме уставне одредбе, које се тичу прикупљања, држања, обраде и коришћења података о личности као и њихове употребе у складу са сврхом због које су прикупљени, јесу одредбе упућујућег карактера (упућују на законско уређивање ових питања), док одредба крвног закона из ове области, Закона о заштити података о личности, допушта обраду здравствених података и без пристанка лица на кога се ти подаци односе, уз услов да је таква могућност изричито прописана законом.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Људска права представљају део уставне материје и позитивноправно су уобличена самим Уставом. Различитост њихове природе опредељује и различиту улогу законодавца у њиховом остваривању. Сама чињеница да су ова права гарантована правним актом чији је поступак ревизије веома сложен (поступак промене Устава у делу који се односи на материју људских и мањинских права укључује обавезност референдумског изјашњавања грађана), већ поставља одговарајућу границу законодавцу када је реч о овој области.

Како би материја људских права у суштинском смислу заиста и задржала уставни ранг, самим уставом морају бити постављене прецизније границе законодавцу, нарочито када је реч о личним правима, што право на заштиту личних података свакако јесте. У том смислу, уставним одредбама би требало да буде опредељен садржај ових права, основи (разлози) због којих могу бити ограничена као и органи у чијој је надлежности доношење одлуке о њиховом ограничењу. Недостатак у том смислу отвара простор законодавцу за шире захватање у материју која, по својој природи, припада уставотворној власти. Пракса законског прописивања ограничења личних права, без изричитог уставног основа, озбиљно би могла да доведе у питање њихов уставни статус.

Принцип пропорционалности у суштинском смислу поставља границе органима власти када је реч о допуштеном ограничењу људских права. Захваљујући овом уставном принципу, границе захватања у домен људских права морају бити ограничене на најнужнију меру којом се постиже легитимни циљ ограничења људских права.

Право на заштиту података о личности, сагласно уставној одредби, може бити ограничено само по два основа: потребе вођења кривичног поступка и заштите безбедности земље. Овако уско постављање основа за ограничење

(самим тим и права на заштиту здравствених података о личности) могло би да води закључку да Устав обезбеђује високу заштиту овом праву. Међутим, уставне одредбе којима се упућује на законско уређивање појединих аспеката овог уставом гарантованог права, релативизују овакав закључак.

Уопштено речено, уже прописивање разлога за ограничење права и последично гарантовање његове шире заштите не мора нужно да води већем степену остваривања људских права уопште. Оно може представљати спотичуће место за законодавца, нарочито када је реч разрешењу напетости између две уставне вредности, у овом случају поштовања приватности појединаца у погледу њихових здравствених података и заштите здравља других људи. У том смислу, чини се да шире постављен и пажљиво опредељен круг разлога за ограничење уставних права, уз уставни принцип пропорционалности ограничења, пружа погоднији простор за изналажење баланса између уставних права али и других вредности на којима се темељи друштво. Поменуте вредности стоје у блиској вези са одговарајућим уставним правима (нпр. здравље других као вредност одговара уставном праву на здравствену заштиту, у ширем смилу и гаранцији неповредивости физичког и психичког интегритета и самом праву на живот), при чему су оне изражене као општа категорија, означавајући вредност заштићеног добра као таквог, док су конкретна уставна права појединачна, индивидуална категорија. У контексту предмета овог рада, може се рећи да недостатак уставне норме којом се гарантује право на заштиту података о личности представља управо непрописивање заштите здравља других (односно заштите слобода и права других) као основа за његово ограничење.

Остаје као отворено питање да ли се, у недостатку посебног основа за ограничење појединог права, активношћу законодавца, који уважа систематски приступ тумачења Устава, могу надоместити недостаци појединачне уставне норме, и то законом као актом ниже правне снаге.

*Nataša N. Rajić, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Rajic@pf.uns.ac.rs*

With Dilemma on Restriction Limits of the Medical Data Protection in the Republic of Serbia – Constitutional Aspect

Abstract: *Right to personal data protection is guaranteed by the Constitution of the Republic of Serbia. This human right covers the protection of all kind of personal data, including information relating to patient's medical condition. The paper deals with the issue of the permissible restrictions of this right, with particular reference to the protection of the health of others, as a permissible reason of restrictions. In a boarder sense, the paper deals with the relationship between two basic human rights: right to personal data protection and right to health protection (of others). The normative framework is consisted of the Constitution of the Republic of Serbia, ratified international human rights treaties (especially the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) as well as laws relating to the field of health care.*

Keywords: *personal data protection, medical data, human rights, restriction of human rights, constitution.*

Датум пријема рада: 15.11.2018.

Др Иван Д. Милић, асистент са докторатом
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
i.milic@pf.uns.ac.rs

О ПОСЛЕДИЦАМА КРШЕЊА ЗАБРАНЕ КОЈА ЈЕ УТВРЂЕНА МЕРОМ БЕЗБЕДНОСТИ

Сажетак: Најновијим изменама и дојунама Кривичног законика проишује се кривично дело „Кршење забране утврђене мером безбедности“. Ово дело може да се учини само са умишљајем, а запређена је новчана казна или казна затвора до шест месеци. Како се у ранијем Образложењу Нацрта Закона о изменама дојунама Кривичног законика наводи, циљ проишивања овог кривичног дела јесте да се обезбеди санкција за кршење забране која је одређена мером безбедности.

Предмет иажње аутора су последице кршења забране које су утврђене мерама безбедности. У раду је даи основни приказ наведеног кривичног дела, али је централни део рада посвећен последицама кршења забрана које су утврђење мерама безбедности а које нису прописане Кривичним законом. Циљ рада огледа се и у предочавању да су и раније постојале последице за кршење забрана које су утврђене појединим мерама безбедности, али, посебно, да се укаже на одређене неложиčnosti које сада постоје у нашем кривичном, односно, казном праву.

Кључне речи: мере безбедности, последица, забрана, кривично дело, прекршај.

УВОД

Последњих година српско кривично право и право кривичног поступка пролази кроз веома динамичан период развоја. Нацрти, предлози измена, допуна или промена, или потпуно нови законски текстови су чести и тешко је одупрети се утиску да смењују једни друге великом брзином.¹ Неретко се

¹ Бранислав Ристивојевић, ”Истина као главна жртва англоамериканизације домаћег кривичног права: Дарвинов расад у српској шуми”, *LX Савешовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу*, Златибор, 2015, 3.

приликом „промена“ не води довољно рачуна о усклађености прописа, те се дешава да се у прописима налазе контрадикторна решења, а нису ретки случајеви да се контрадикторности налазе у истом пропису. Таква решења законодавца утичу пре свега на правну сигурност. Иако то није случај са свим земљама у којима је кривичноправни експанзионизам дошао до изражаја,² у Србији се примећује и изразито немаран однос и према „занатском“ делу посла, тј. према писању норме и поштовању правила легислативне технике, што ствара и суштинске проблеме.³ Српски законодавац је најновијим изменама и допунама Кривичног законика прописао једно ново кривично дело – кршење забране утврђене мером безбедности, док се у једном Образложењу Нацрта Закона о изменама и допунама Кривичног законика наводи и циљ прописивања овог кривичног дела.⁴

На самом почетку рада указаћемо на основне појединости нове инкриминације. Пре свега указаћемо на забране чије кршење представља кривично дело „кршење забране утврђене мером безбедности“. Након тога, предмет пажње биће последице кршења забрана које су утврђене мером безбедности које су постојале и пре прописивања наведеног кривичног дела. У том делу рада указаће се на релевантне одредбе Кривичног законика, али и два друга закона у чијим одредбама су прописане последице за кршење појединих забрана које су утврђене садржајем мера безбедности. У питању су Закон о извршењу кривичних санкција и Закон о безбедности саобраћаја на путевима. Један део рада посвећен је контрадикторностима који постоје у та два закона, а тичу се времена почетка примене мере забрана управљања моторним возилом.

1. КРИВИЧНО ДЕЛО КРШЕЊЕ ЗАБРАНЕ УТВРЂЕНЕ МЕРОМ БЕЗБЕДНОСТИ

Законом о изменама и допунама Кривичног законика⁵ у српском кривичном законодавству прописано је и кривично дело кршење забране утврђене

² Вид. Зоран Стојановић, „Кривичноправни експанзионизам и законодавство Србије“, *Стање криминалијетета у Србији и њена средства реаговања, IV део*, приредио Ђ. Игњатовић, Београд, 2010, 32-48.

³ Зоран Стојановић, „Кривично право у доба кризе“, *Бранич*, 1–2/2011, 40.

⁴ Чланом 25. Нацрта Закона уводи се ново кривично дело (члан 340а Кривичног законика) које има за циљ да се обезбеди санкција за кршење забране коју одређене мере безбедности садрже. Према важећем закону, не постоје никакве санкције за кршење одређених забрана код неких мера безбедности. Код кршења других забрана, извесна санкција се огледа у томе што суд приликом изрицања условне осуде може одредити да ће се она опозвати ако осуђени прекрши забрану наложену мером безбедности (чл. 85. и 86. Кривичног законика). Међутим, и код тих мера безбедности постоји потреба за једним оваквим кривичним делом за случај да санкција уз коју се изриче мера безбедности није условна осуда. Вид. Образложење Нацрта Закона о изменама и допунама Кривичног законика – на: <https://mpravde.gov.rs/sekcija/53/gadne-verzije-propisa.php> (5.5.2018.)

⁵ Закон о изменама и допунама Кривичног законика, *Сл. гласник РС*, бр. 94/2016.

мером безбедности. Кривично дело кршење забране утврђене мером безбедности, у сада актуелном Кривичном законнику,⁶ прописано је чланом 340а, и састоји се само од једног става, који гласи: ко прекрши забрану утврђену изреченом мером безбедности, казниће се новчаном казном или затвором до шест месеци. Учиница овог кривичног дела може бити само оно лице којем је изречена одређена мера безбедности која се састоји у *некој забрани*. Иако се Кривични закоником прописује једанаест мера безбедности,⁷ само се код појединих мера прописују поједине забране. Забране се прописују код следећих мера безбедности: 1. забрана вршења позива, делатности и дужности;⁸ 2) забрана управљања моторним возилом; 3. забрана приближавања и комуникације са оштећеним; 4. забрана присуствовања одређеним спортским приредбама.

Иако кажемо да само оно лице којем је изречена мера безбедности која се састоји у одређеној забрани, може бити учинилац овог кривичног дела, поставља се питање „од којег до којег дана“ то лице може да буде учинилац овог кривичног дела? Да би једно лице могло да буде учинилац овог кривичног дела није довољно да је донета првостепена пресуда, већ је нужно да је пресуда, којом му је изречена мера безбедности која се састоји у одређеној забрани, постава *правноснажна*.⁹ Пресуда постаје правноснажна када се више не може побијати жалбом или када жалба није дозвољена.¹⁰ Кривично дело може да се изврши све до оног дана док не истекне и сама мера безбедности, с тим да се за време које се не урачунава у трајање мере не може учинити ово кривично дело. Наведено кривично дело може да се учини само са умишљајем.

⁶ Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 4/2016 и 94/2016.

⁷ Учинуоцу кривичног дела могу се изрећи следеће мере безбедности: 1) обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи; 2) обавезно психијатријско лечење на слободи; 3) обавезно лечење наркомана; 4) обавезно лечење алкохоличара; 5) забрана вршења позива, делатности и дужности; 6) забрана управљања моторним возилом; 7) одузимање предмета; 8) протеривање странца из земље; 9) јавно објављивање пресуде; 10) забрана приближавања и комуникације са оштећеним; 11) забрана присуствовања одређеним спортским приредбама. Чл. 79 ст. 1 КЗ.

⁸ О овој мери вид. Jasmina Kiurski, "Mera bezbednosti zabrane vršenja poziva, delatnosti ili dužnosti", *IUSTITIA: časopis Udruženja sudijskih i tužilačkih pomoćnika Srbije*, 3/2016, 44-50.

⁹ У даљем раду видећемо да код једне мере безбедности није довољна само правноснажност.

¹⁰ Чл. 275 ст. 1 Законика о кривичном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

2. ДА ЛИ СУ ПОСЛЕДИЦЕ КРШЕЊА ПОЈЕДИНИХ МЕРА БЕЗБЕДНОСТИ ПОСТОЈАЛЕ ПРЕ ПРОПИСИВАЊА КРИВИЧНОГ ДЕЛА КРШЕЊЕ ЗАБРАНЕ УТВРЂЕНЕ МЕРОМ БЕЗБЕДНОСТИ?

У овом делу рада указаћемо да су и пре прописивања кривичног дела кршење забране утврђене мером безбедности постојале последице за кршење забрана које су утврђене појединим мерама безбедности. У одредбама Кривичног законика налазе се одредбе које се тичу нашег предмета интересовања, с тим да је наведеним последњим изменама и допунама Кривичног законика дошло до „брисања“ једног става у Законику којим је била предвиђена последица уколико се прекрши једна забрана која је утврђена мером безбедности. Осим Кривичног законика, анализираћемо како се законима који регулишу друге области друштвеног живота прописују санкције за кршење појединих мера безбедности које се састоје у одређеним забрана, а реч је о томе да је прописана прекршајна одговорност.

2.1. Последица кршења мере безбедности забране управљања моторним возилом која је предвиђена Кривичним закоником

Кривичним закоником се предвиђа могућност да суд у судској одлуци предвиди „последицу кршења“ уколико се прекрши мере безбедности забрана управљања моторним возилом. Ако изрекне условну осуду, суд може одредити да ће се та осуда опозвати, ако учинилац прекрши забрану управљања моторним возилом.¹¹ Последица кршење забране на основу овог става зависи од тога да ли је суд у одлуци одредио да ће се условна осуда опозвати уколико се прекрши забрана. Судија приликом изрицања условне осуде врши њену индивидуализацију, јер он процењује да ли ће одредити опозивање условне осуде у случају кршења забране која је утврђена мером безбедности или неће.

Важно је на овом месту напоменути да када је у питању друга врста кривичне санкције – казне одузимања возачке дозволе из чл. 53. Кривичног законика, која је идентичног садржаја као и мера безбедности забрана управљања моторним возилом (али је намењена другој категорији учинилаца, онима који су користили моторно возило за извршење или припремање извршења кривичног дела), Законик као последицу кршења забране управљања моторним возилом предвиђа обавезну замену казне одузимања возачке дозволе другом кривичном санкцијом – казном затвора. Суд ће, у случају кршења утврђене забране, према ст. 4. овог члана, за једну годину изречене казне одузимања возачке дозволе одредити један месец казне затвора. Имајући

¹¹ Чл. 86 ст. 6. КЗ.

у виду предвиђени максимум казне одузимања возачке дозволе, замењена казна затвора може бити утврђена и изречена у трајању до три месеца.¹²

2.2. Последица кршења мере безбедности забрана управљања моторним возилом која је предвиђена Законом о безбедности саобраћаја на путевима

Иако се сматрало да „последица кршења“ мере безбедности забрана управљања моторним возилом постоји само у случају када је изречена уз условну осуду и под условом да је суд одредио да ће се та осуда опозвати, ако учинилац прекрши забрану управљања моторним возилом, то ипак није тачно. Законом о безбедности саобраћаја на путевима¹³ прописују се последице уколико лице прекрши меру безбедности забрана управљања моторним возилом. Прво, уколико се утврди да лице управља возилом возилом за време трајања мере безбедности полицијски службеник ће привремено искључити возача из саобраћаја.¹⁴

Надаље, против лица ће се поднети захтев за покретање прекршајног поступка, јер је према ЗОБС-у кршење забране код ове мере безбедности *прекршај*. С обзиром на то да се подноси захтев за покретање прекршајног поступка, судија месно надлежног прекршајног суда ће донети одлуку о постојању прекршаја и прекршајне одговорности. За овај прекршај прописане су и строге санкције. Казном затвора од најмање 15 дана или новчаном казном од 100.000 динара до 120.000 динара казниће се за прекршај возач или лице које управља моторним возилом, односно трамвајем, за време трајања мере безбедности забране управљања моторним возилом. Осим казне затвора или новчане казне, учиниоцу прекршаја се изриче и заштитна мера забране управљања моторним возилом од најмање осам месеци. Такође, судија за прекршаје ће изрећи и 14 казних поена. Међутим, уколико је лице управљало моторним возилом за време важења забране управљања моторним возилом и том приликом проузроковало *саобраћајну незгоду*,¹⁵ предвиђене су строже прекршајне санкције, и то: А) казне затвора од најмање 45 дана или новчана казна од 120.000 динара до 150.000 динара; Б) заштитна

¹² Вид. Здравко Грујић, „Казна одузимања возачке дозволе – несклад између казнене политике законодавца и судова“, *Зборник радова "Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности"*, Косовска Митровица, 2017, 207.

¹³ Закон о безбедности саобраћаја на путевима, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013 (Одлука Уставног суда), 55/2014, 96/2015, 9/2016 (Одлука Уставног суда), 24/2018, 41/2018 (други закон), 41/2018 (у даљем тексту и ЗОБС).

¹⁴ Вид. чл. 279. ЗОБС-а.

¹⁵ Саобраћајна незгода је незгода која се догодила на путу или је започета на путу, у којој је учествовало најмање једно возило у покрету и у којој је најмање једно лице погинуло или повређено или је настала материјална штета. Чл. 7 ст. 1. тач. 82. ЗОБС-а.

мера забране управљања моторним возилом у трајању од најмање десет месеци; В) 16 казних поена.¹⁶

Законом о безбедности саобраћаја на путевима предвиђа се и посебна санкција за *кандидатa за возача* који започне, односно настави оспособљавање у време трајања мере безбедности забране управљања моторним возилом.¹⁷ Законом је предвиђена новчана казна у износу од 10.000 до 20.000 динара. Међутим, уколико је лице извршењем прекршаја изазвало непосредну опасност за другог учесника у саобраћају, или проузроковало саобраћајну незгоду, односно прибавило себи или другом противправну имовинску или другу корист, казниће се новчаном казном у износу од 20.000 до 40.000 динара или казном затвора до 45 дана.¹⁸

¹⁶ Вид. чл. 330 ЗОБС-а.

¹⁷ О мери вид. Nikola Srzentić, Aleksandar Stajić, Ljubiša Lazarević, *Krivično pravo Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, Opšti deo*, Београд, 1987, 456–485; Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2011, 351–354; Milan Milutinović, *Penologija*, Београд, 1981, 324–325; Goran Tomašević, *Mjere sigurnosti u krivičnom pravu*, Split, 1986, 80–81. Из судске праксе: Учиниоцу, који је без положеног возачког испита извршио кривично дело против безбедности јавног саобраћаја може се на основу члана 86. КЗ изрећи мера безбедности забране управљања моторним возилом, а која се извршава тако што му се возачка дозвола одузима, ако је у међувремену положио возачки испит, или му се не издаје возачка дозвола за време на које је мера изречена. Из образложења: Пресудом Првог основног суда у Београду К.бр. 5713/10 од 21. јуна 2010. године окривљена Д.Ј. оглашена је кривом због извршења кривичног дела тешко дело против безбедности јавног саобраћаја из члана 297. став 1. у вези члана 289. став 1. КЗ, те јој је изречена условна осуда тако што јој је утврђена казна затвора у трајању од четири месеца и истовремено одређено да се утврђена казна неће извршити ако окривљена за време од једне године од дана правноснажности пресуде не учини ново кривично дело. Према окривљеној је изречена мера безбедности забране управљања моторним возилом у трајању од шест месеци, с тим што ће се условна осуда изречена окривљеној опозвати уколико прекрши ову забрану. Против наведене пресуде жалбу је изјавио јавни тужилац Првог основног јавног тужилаштва у Београду, због одлуке о кривичној санкцији из члана 367. став 1. тачка 4. у вези члана 371. став 1. ЗКП-а, са предлогом да Апелациони суд у Београду преиначи побијану пресуду и окривљеној Д.Ј. изрекне строжију кривичну санкцију, те меру безбедности забране управљања моторним возилом у дужем трајању. Апелациони суд у Београду је одржао седницу већа на којој је размотрио списе предмета заједно са побијаном пресудом, коју је испитао у смислу члана 380. ЗКП-а и жалбом, па је по оцени жалбених навода и предлога нашао да је иста неоснована. По оцени Апелационог суда у Београду, првостепени суд је правилно изрекао окривљеној меру безбедности забране управљања моторним возилом у трајању од шест месеци, сходно одредби члана 297. став 5. и члана 86. КЗ, с тим што ће се ова мера извршити, обзиром да окривљена нема положен возачки испит, тако што ће јој се дозвола одузети, ако је у међувремену положила возачки испит, или ако није положила возачки испит неће јој се издати возачка дозвола за време на које је мера изречена, након полагања испита. (Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1. бр. 6523/10 од 18. новембра 2010. године – пресуда Првог основног суда у Београду К.бр. 5713/10 од 21. јуна 2010. године) – Билтен Апелационог суда у Београду, број 2/2011, Интермех, Аутор сенценце: Ирена Јушковић, виши судијски сарадник. Извор: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/33746> (1. јун 2018.)

¹⁸ Вид. чл. 212. ст. 2. и чл. 331. ЗОБС-а. Детаљније вид. Иван Милић, „Поједини проблеми приликом изрицања и извршења мере безбедности забрана управљања моторним

2.3. Последица кршења мере безбедности забрана вршења позива, делатности или дужности пре прописивања кривичног дела кршење забране утврђене мером безбедности

Кривичним законом се у члану 341. прописује кривично дело *противзаконито омогућавање вршења одређених позива, функција, дужности, послова и делатности*. Ово кривично дело прописано је на следећи начин: ко омогући неком лицу вршење одређених позива, функција, дужности, послова или делатности иако је знао да је вршење истих том лицу забрањено правноснажном одлуком којом му је изречена одговарајућа мера безбедности или заштитна мера или је таква забрана наступила као правна последица осуде, казниће се новчаном казном или затвором до две године. Иако се код овог кривичног дела кажњава радња оног лица који омогући вршење одређених позива, функција, дужности, послова или делатности (...), то, с друге стране, не значи да и лице на које се односи забрана није могло бити *учинилац* овог кривичног дела. То лице је могло бити *подстирекач* на ово кривично дело, уколико су испуњени услови из члана 34 Кривичног законика.

2.4. Последица кршења мере безбедности забрана вршења позива, делатности или дужности која је предвиђена Законом о извршењу кривичних санкција

Иако се сматрало да не постоји санкција за кршење мере забрана вршења позива, делатности или дужности, то није тачно. Пре прописивања кривичног дела кршење забране утврђене мером безбедности постојала је санкција уколико би лице прекршило забрану. Законом о извршењу кривичних санкција,¹⁹ у оквиру Казнених одредаба прописан је прекршај који се односи на наш предмет интересовања. Новчаном казном од 5.000 до 100.000 динара казниће се за прекршај *физичко лице* које прекрши забрану вршења позива, делатности или дужности. За овај прекршај казниће се и *предузећник* новчаном казном од 10.000 до 100.000 динара.²⁰

возилом“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3/2013, 447-458. Интересантан је и одредба чл. 330. ст. 1. тач. 17. ЗОБС-а која гласи: Казном затвора од најмање 15 дана или новчаном казном од 100.000 динара до 120.000 динара казниће се за прекршај возач или лице које: инструктор вожње који обавља практичну обуку кандидата за возаче за време трајања заштитне мере, односно мере безбедности забране управљања моторним возилом, односно који је изгубио право управљања моторним возилом одређене категорије, односно коме је возачка дозвола одузета.

¹⁹ Закон о извршењу кривичних санкција, *Сл. гласник РС*, бр. 55/2014.

²⁰ Чл. 280. ЗИКС-а. Законом о извршењу кривичних санкција се прописује и: новчаном казном од 100.000 до 500.000 динара казниће се за прекршај правно лице које омогући вршења позива, делатности или дужности лицу којем је изречена мера безбедности забране вршења позива, делатности или дужности. За прекршај из става 1. овог члана казниће се

2.5. Последица кршења мере безбедности забрана присуствовања одређеним спортским приредбама

У важећем члану 86б Кривичног законика прописано је да ако изрекне условну осуду, суд може одредити да ће се та осуда опозвати, ако учинилац прекрши забрану присуствовања одређеним спортским приредбама, односно ако не изврши дужност да се непосредно пре почетка времена одржавања одређених спортских приредби лично јави службеном лицу у подручној полицијској управи, односно полицијској станици, на подручју на којем се учинилац затекао и да борави у њиховим просторијама за време одржавања спортске приредбе.

Пре последњих измена и допуна Кривичног законика у члану 86б било је прописано: ако после издржане казне затвора, учинилац прекрши забрану присуствовања одређеним спортским приредбама, односно ако не изврши дужност, суд који је изрекао меру, може га казнити затвором од *тридесет дана до три месеца*.²¹ Овакво решење је имало своје мане, али је на овај начин законодавац предвидео санкцију за кршење забране која је утврђена овом мером. Поменути Закон о изменама и допунама Кривичног законика, ова одредба у Кривичном законiku више *не постоји*. Долази се до решења да је на тај начин законодавац поопштрио казну за кршење ове мере, јер је сада предвиђена новчана казна или *казна затвора до шест месеци* – сада се чини кривично дело кршење забране утврђене мером безбедности.

Нисмо сигурни да је овакво решење законодавца оправдано. Сматрамо да је законодавац морао да на кршење забране присуствовања одређеним спортским приредбама посматра на два начина, те да с тим у вези пропише и различите санкције. Мишљења смо да није исто друштвено опасно понашање када лице прекрши забрану тако што се не јави и не борави у просторијама полицијске станице или када упркос изреченој забрани присуствују спортској приредби. С тим у вези, законодавац је требао да пропише различите санкције, у зависности начина којим је прекршена забрана.²²

одговорно лице у правном лицу новчаном казном од 5.000 до 50.000 динара. За прекршај из става 1. овог члана казниће се и предузетник новчаном казном од 10.000 до 100.000. Чл. 281. ЗИКС-а.

²¹ Чл. 86б ст. 5 КЗ.

²² Заштитна мера Забрана присуствовања одређеним спортским приредбама пропишује се и Законом о прекршајима. Која може да траје *од једане до осам година*. Уколико кажњени прекрши меру која се састоји у томе да се непосредно пре почетка времена одржавања одређених спортских приредби лично јави службеном лицу у подручној полицијској управи, односно полицијској станици на подручју на којем се учинилац прекршаја затекао и да борави у њиховим просторијама за време одржавања спортске приредбе, казниће се затвором од тридесет до шездесет дана. Вид. чл. 63 Закона о прекршајима, *Сл. гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016 и 98/2016 – одлука УС. Оваква решења су нелогична. Прво, строжа санкција може да се изрекне учиниоцу прекршаја него учиниоцу кривичног дела. Друго, законо-

3. НЕУСКЛАЂЕНОСТ ДВА ЗАКОНА У ПОГЛЕДУ ПОЧЕТКА ТРАЈАЊА МЕРЕ

Као што смо навели, неретко се приликом доношења измена и допуна појединих закона не води рачуна о усклађености са осталим текстом истог закона који се не мења нити допуњује.²³ У овом делу рада указаћемо на неусклађеност Кривичног законика и Закона о безбедности саобраћаја на путевима, која може да има огромне негативне последице по лице којем је изречена мера, а која, свакако, доводи до правне несигурности.

Према Кривичном Законик у мера безбедности забрана управљања моторним возилом почиње да тече од дана *правноснажност* судске одлуке.²⁴ С друге стране, Законом о безбедности саобраћаја на путевима се прописује да време трајања мере безбедности забране управљања моторним возилом *и* тече од дана када је *територијално надлежна организациона јединица министарства унутрашњих послова меру извршила*.²⁵ Мера безбедности забране управљања моторним возилом сматра се извршеном када то територијално надлежна организациона јединица министарства надлежног за унутрашње послове, на основу правноснажне одлуке суда који је меру изрекао, возачу саопшти у писаној форми и тај податак евидентира у регистар возача, односно регистар страних возача којима је изречена мера безбедности. Достављање саопштења врши се у складу са одредбама Закона о општем управном поступку. Мера безбедности почиње да тече од дана *кад је возачу саопшћена*.²⁶ На основу ЗОБС-а Министра унутрашњих послова донео је Правилник о извршењу мера забране управљања моторним возилом.²⁷ Њиме се, између осталог, прописује да по пријему правноснажне одлуке

давац, сада, прописује као *кривично дело* кршења мере безбедности, док је кршење заштитне мере *прекршај*. Можда је логика законодавца да се осуђеник које прекрши меру треба строже казнити у односу на прекршајно кажњено лице? С друге стране, за кршење мере безбедности забрана управљања моторним возилом и заштитне мере забрана управљања моторним возилом прописују се исте санкције. Дакле, у овом случају иста је санкција било да меру забране прекрши осуђено или прекршајно кажњено лице.

²³ На пример вид. Иван Милић, "Шта ново доноси Закон о изменама и допунама Закона о прекршајима?", *Безбједност, полиција, грађани*, 1-2/2017, 115–125.

²⁴ Чл. 86 ст. 4 КЗ.

²⁵ Суд који је у првом степену изрекао меру забране управљања моторним возилом доставља правноснажну одлуку на извршење полицији у месту пребивалишта, односно боравишта лица којем је мера изречена, у време када је одлука којом је мера изречена постала правноснажна. Меру према лицу које има страну возачку дозволу извршава полиција у месту извршења кривичног дела. Чл. 210 Закона о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014.

²⁶ Вид. чл. 202 ЗОБС-а.

²⁷ Правилник о извршењу мера забране управљања моторним возилом, *Службени гласник РС*, бр. 46/2010.

којом је изречена мера овлашћени радник Министарства унутрашњих послова утврђује да ли је мера застарела, односно да ли постоје друге сметње за извршење мере, и у електронском регистру евидентира податке у вези извршења мера. Ако је мера застарела, односно ако постоје друге сметње за извршење мере о томе се обавештава старешина органа који је донео одлуку којом је мера изречена. Подаци у вези извршења мера, евидентирају се у *Регистру о изреченим мерама возачу* и у *Регистру о изреченим мерама ситраном возачу*, који се воде у јединственом информационом систему Министарства. Овлашћени радници Министарства, на основу података из регистара, у складу са законом, без одлагања, а најкасније у року од пет дана од дана евидентирања мере, достављају саопштење о времену трајања изречене мере.²⁸

Није тешко доћи до закључка да време од правноснажности до извршности судске одлуке може бити веома дуго. У вези са нашим предметом интересовања, лице којем је изречена мера може бити у „заблуди“ у погледу чињенице када је мера почела да тече. Другим речима, могуће је да лице којем је мера изречена, након што је пресуда постала правноснажна, сматра да је мера почела да тече, те да не управља моторним возилом. У зависности од трајања мере, може се очекивати да ће у појединим случајевима, лице којем је мере изречена сматрати да је трајање забране истекло, а да оно, заправо, није ни почело. Колико је нама познато, у пракси, за време почетка трајања мере примењују правила ЗОБС-а. У Саопштењу које се доставља лицу којем је мера изречена наводи се тачна датум од кад мера почиње да тече, као и датум истека трајања мере.

4. ИСТО ПОНАШАЊЕ ПРОПИСАНО КАО КРИВИЧНО ДЕЛО И КАО ПРЕКРШАЈ

На основу приказаних одредаба неколико закона, није тешко доћи до закључка да је исто понашање (кршење појединих забрана који су утврђење мерама безбедности) прописано као кривично дело, али и као прекршај. Није реткост да се исто понашање пропише као кривично дело и као привредни преступ. У вези са нашим предметом интересовања долази се до закључка да се против лица који је прекршио поједине забране које су утврђење мерама безбедности може поднети кривична пријава, те водити кривични поступак, али се исто тако може поднети захтев за покретање прекршајног поступка и водити прекршајни поступак. Иако је реч о истој радњи извршења сматрамо да је разлика само у следећем: кривично дело кршење забране утврђене мером безбедности може да се учини само са *умишљајем*, а прекршаји којима се крше забране са *умишљајем* или из *нехаја*.

²⁸ Вид. чл. 4 и 6 Правилника о извршењу мера забране управљања моторним возилом.

Уколико је „казнено дело“ учињено са *умишљајем* онда треба водити кривични поступак, а ако је из *нехата* онда прекршајни поступак. Иако се, можда, чини да неће у пракси бити спорно када је „казнено дело“ учињено са *умишљајем* а када из *нехата*, сматрамо да ће управо то утврђивање бити и најтеже. Ради се о томе да је приликом одлучивања о томе да ли треба поднети кривичну или прекршајну пријаву тешко утврдити да ли је „казнено дело“ учињено са *умишљајем* или из *нехата*. Претпостављамо да ће се у пракси приликом откривања кршења забране подносити кривична пријава и водити кривични поступак. Такав став се може бранити и чињеницом да се кршење забране не може учинити из *нехата*, већ само са *умишљајем*. Главни аргумент за овакав став огледа се у томе што лице зна да му је судском одлуком изречена мера и зна у чему се огледа забрана.

Можда би се на први поглед могло доћи до закључка да је по лице које је прекршило ову забрану неповољније да се поднесе *кривична пријава*, па с тим у вези води кривични поступак и изрекне кривична санкција, него да се води *прекршајни поступак*. Међутим, можда је по њега повољније да се води кривични поступак. Иако се овакав став, можда, чини неприхватљивим, реч је о томе да прекршајне санкције које су прописане за овај прекршај нису ни мало занемарљиве, јер се осим новчане казне мора изрећи заштитна мера забрана управљања моторним возилом и казнени поени.²⁹

ЗАКЉУЧАК

Санкције у случају кршења појединих мера безбедности постојале су и пре прописивања кривичног дела кршење забране утврђене мером безбедности. Санкције су биле прописане и законима којима се уређују област извршења санкција и безбедност саобраћаја. Надлежни судови су изрицали санкције за кршење забрана мера безбедности. Међутим, приликом прописивања кривичног дела кршење забране утврђене мером безбедности „чини се“ да се пошло од претпоставке да не постоје санкције за кршење мера безбедности. С тим у вези, прописивање овог кривичног дела имало је своје оправдање само када је реч о мери безбедности забрана приближавања и комуникације са оштећеним, јер једино за кршење те забране није постојала санкција.

Надаље, прописивањем овом кривичног дела, законодавац је пооштрио прописану казну за кршење забране која је утврђена мером безбедности забраном присуствања одређеним спортским приредбама.

²⁹ Осим уколико учинилац није *кандидат за возача*. Вид. Иван Милић, „Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело? (I део)”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2016, 937-955; Иван Милић, „Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело? (II део)”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2017, 405-415.

Према важећем прописима за кршење појединих забрана прописана је кривична али и прекршајна одговорност. Исто понашање прописано је као кривично дело и као прекршај. Да ли је законодавац приликом прописивања овог кривичног дела „проценио“ да се друштвена опасност за кршење појединих мера „повећала“ те да је сада потребно да се такво понашање пропише као кривично дело? Прописане прекршајне санкције за кршење мера, као што смо видели, нису ни мало занемарљиве, посебно оне које су прописане Законом о безбедности саобраћаја на путевима. У пракси ће се појавити проблеми у вези са квалификацијом „казненог дела“ – да ли је реч о кривичном делу или прекршају.

Ivan D. Milić, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
i.milic@pf.uns.ac.rs

About the Consequences of Violating a Prohibitions imposed with Security Measure

Abstract: *The recent amendments and supplements to the Criminal Code of the Republic of Serbia contains, inter alia, new criminal offense called “violation of a prohibitions imposed with security measure”. As it is prescribed, crime can be done only with intent. Fine or imprisonment of up to six months can be imposed to perpetrators. In the Explanation of the Draft Law on the amendments and supplements to the Criminal Code is stated that the purpose of prescribing new criminal offense is to provide a sanction for violating a security measure based prohibition.*

The author’s attention in this paper are the consequences of the violation a prohibitions established (imposed) by (with) the security measures. The first part of the article contains a basic overview and analyze of new criminal offense, but the central part is dedicated to the consequences of the violations of a prohibitions which are the imposed with security measures, but also by the other measures that are not prescribed by the Criminal Code.

The aim of a paper is to react to the fact that there have been consequences for certain violations of a prohibitions established by some security measures prescribed in our previous legislation, but specially to pointing out to the certain illogicalities that now exist in our criminal and penal law.

Keywords: *security measures, consequences, prohibitions, criminal offense, misdemeanor.*

Датум пријема рада: 01.09.2018.

Др Жељко Д. Мирков, виши јуридикачки сарадник
Основно јавно јуриктичко Кикинда
zeljko.mirkov@yahoo.com

СУДСКИ ПОСТУПАК У ДУШАНОВОМ ЗАКОНИКУ – ДОКАЗНА СРЕДСТВА И ПОЛОЖАЈ ОКРИВЉЕНОГ

Сажетак: Рад се бави одредбама о судском поступку средњовековне Србије садржаним у Душановим законик. Циљ рада је да пружи приказ и анализу ирационалних и рационалних доказних средстава тог периода, као и да укаже на положај окривљеног, имајући у виду овај систем доказних средстава. Рад се састоји из пет делова. Први део рада се бави стањем судског поступка пре доношења Душановог законика. Други део рада се односи на опште најомене о уређењу судског поступка према одредбама Душановог законика. Трећи део рада је посвећен ирационалним доказним средствима, а четврти део рационалним доказним средствима. У петом делу рада се налазе закључна разматрања.

Кључне речи: судски поступак, Душанов законик, доказна средства, окривљени.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Насељавање Срба на Балканско полуострво почело је за време владавине византијског цара Ираклија I (610– 641), а завршено је средином VII века. О процесу досељавања нема податка историчара тог времена.¹ Већ у VII веку се у областима које су насељавали Срби (Србија, Паганија или област Неретљана, Захумље, Травунија и Дукља) јављају зачеци државности.

¹ О њиховом насељавању, формирању етничких заједница и организовању прве државе писао је, вероватно на основу домаћих предања, Константин Порфирогенит у делу *De administrando imperio* (О управљању царством), које настало између 948. и 952. године (Љубомирка Крклуш, *Правна историја српског народа*, Нови Сад 2002, 19, 34).

Правни извори не настају одмах по настањивању на Балканско полуострво, јер Срби нису били на истом нивоу друштвеног развоја као народи међу које су дошли, док са друге стране нису могли просто наставити своје правно развијање са оне тачке коју је оно достигло у старој постојбини.²

Крајем XII века, за време владавине великог жупана Стефана Немање, настају извори српског средњовековног права, па самим тим и правни споменици из области судског поступка. До тада, друштвени односи су регулисани обичајним правом. Међутим, ови извори су садржали мали број норми кривичног процесног права. У најранијем периоду казна се јавља као чисто племенско или родбинско настојање да се освети крв или накнади штета, тако да су у нашем најстаријем праву скоро све кривице изравнаване накнадом штете.³ У почетку, спорна ситуација између лица оштећеног кривичним делом и његове родбине, са једне стране, и лица које је проузроковало штету и његових сродника, са друге, решавана је осветом. Временом, овај начин решавања спора је замењен тзв. композицијом, обликом помирења између делинквента и чланова породице оштећеног, који су споразумно одређивали висину накнаде штете у стоци или новцу.

Током XIII и XIV века правних извора је све више. Јачање српске државне власти⁴ пратио је просперитет на економском, културном, па и законодавном плану. Из тог периода сачуван је већи број правних споменика⁵, а свакако најважнији извор о српском средњовековном судском поступку је законик цара Душана.

² Божидар Марковић, *Уѣбеник судског кривичног њосѣуѣа Краљевине Југославије*, Београд 1930, 33.

³ Алекса Јовановић, *Доказна средсѣва у нашем сѣаром казненом ѣраву*, Београд 1898, 2.

⁴ Српска држава је у два наврата подизана на виши владалачки ниво. Године 1217. папа Хонорије III је крунисао великог жупана Стефана Немањића за краља, док је краљ Душан 16. априла 1346. године на сабору у Скопљу крунисан за цара Срба и Грка.

⁵ Правни извори овог периода могу се поделити у неколико група. *Повеље* су биле правни акти настали из различитих пословних односа, а садрже податке и о томе како су били организовани судови на властелинствима. *Уговори са Дубровником* уређивали су пословне односе и одређивале повластице дубровачких трговаца у Србији. *Византијске ѣравне збирке* (Номоканон, Синтагма и Јустинијанов закон) садржали су прописе црквеног права по којем су судили црквени судови. *Закон о рудницима десѣоѣа Сѣефана Лазаревића* регулисао је статус немачких рудара Саса који су живели у Србији. На крају, правне изворе овог периода чинили су и *сѣаѣуѣи ѣриморских гѣрадова* који су улазили у састав Србије, а уживали су градску аутономију, од којих су сачувани статuti Котора и Будве. На пример, поједине одредбе Которског статута су се односиле на самостално судство, тако да српски владари нису могли да се мешају у рад которског суда (Срђан Шаркић, Драгољуб Поповић, Драган Николић, *Исѣорија срѣског ѣравосуђа*, Београд 1997, 12-14).

2. О УРЕЂЕЊУ СУДСКОГ ПОСТУПКА

На државном сабору одржаном 21. маја 1349. године у Скопљу донето је 135 чланова Душановог законика.⁶ Претпоставља се да је циљ доношења Законика био попуњавање празнина грчких зборника и дефинисање свих одредаба обичајног права која су могла и даље да важе у царству. Међутим, законодавна делатност је настављена и након тога. У пролеће 1354. године у Скопљу или Серезу Законнику су додати нови чланови (од 136. до 201. члана), а највећа пажња је посвећена учвршћивању сталешких односа, обезбеђивању реда и безбедности у држави, а нарочито борби против крађе и разбојништва.⁷

Приметна разлика у односу на ранији период је постепено јављање схватања да кривично дело није само ствар између окривљеног и оштећеног која се може разрешити накнадом штете, већ да су деликтом нарушени и јавни интереси. Због тога је за нека кривична дела предвиђено телесно кажњавање или плаћање казне.⁸ Врста и висина кривичне санкције која је изрицана окривљеном је зависила од његове сталешке припадности.⁹ Ипак, многа кривична дела су остала приватна ствар странака, јер се доношењем Законика није могао одједном уништити стари обичај који је вековима живео у правној свести народа.¹⁰

⁶ Текст Душановог законика из којег ће у наставку рада бити цитиране поједине одредбе преузет је из: *Законик Цара Душана* (превод Никола Радојчић), Београд 1993. У даљем тексту: ДЗ.

⁷ Љ. Кркљуш, 57. Поједини писци сматрају Душанов законик уставом Душанове царевине, међутим, он је садржао и многобројне одредбе из црквеног права, из кривичног права, нешто из грађанског и нарочито много из судског поступка (Александар Соловјев, *Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*, Београд 1928, 92).

⁸ На пример, у одредби чл. 97 ДЗ стоји: „Ко се нађе да је почупао браду властелину или добру човеку, да се тому обе руке отсеку.“ Новчана казна била је предвиђена за убиство из нехата чл. 87 ДЗ: „Ко није дошао хотимице, силом, те је учинио убиство, да плати триста перпера, ако ли је дошао хотимице, да му се обе руке отсеку.“ Детаљном анализом текста Законика може се установити да је законодавац имао широк дијапазон казни: смртна казна, телесне казне, казна лишења слободе, новчане казне, казне изгнанства, конфискација имовине, казна лишења части и достојанства, као и казне које представљају обједињавање две или више наведених санкција (Dušan Jakšić, Dragomir Davidović, „Razvoj kaznenog sistema u krivičnom pravu Srbije“, *Specijalna edukacija i rehabilitacija*, 4/2013, 527-528).

⁹ У Србији XIII века живеле су различите друштвене групе са неједнаким правним положајем. У четрнаестом веку, посебно после проглашења Душановог законика, социјалне разлике између сталежа су се још више увећале, тако да можемо говорити о четири неједнаке категорије становништва: 1) повлашћени слој, најчешће називан *власћела*; 2) зависно сеоско становништво, најчешће називано *себри*; 3) *градско сћановништво* са ограниченом аутономијом, и 4) *сћанци* (Срђан Шаркић, „Положај властеле у средњовековној Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2010, 8).

¹⁰ Б. Марковић (1930), 36.

Разлике између грађанског и кривичног поступка суштински није било, као ни у већини правних извора тог периода.¹¹ Из тог разлога се не може говорити о посебним правилима судске процедуре по којима је решаван спор из грађанске материје, односно из сфере кривичног права, већ су обе врсте захтева решаване у готово идентичном поступку.

У складу са одредбама ДЗ, судски поступак је био устројен претежно према правилима оптужног (акузаторног) начела, јер је још увек постојала недовољно развијена свест о јавноправном карактеру кривичног дела. Из одредбе чл. 89 ДЗ произлази да је поступак покретао сам оштећени који је позивао окривљеног на суд.¹² Ако тужилац позове одређено лице на суд да би се утврдила његова одговорност, па се у предвиђено време не појави на суду, а осумњичено лице дође пред судију, тужилац је губио спор. Дакле, суд није покретао поступак, нити је позивао осумњиченог, а био је довољан недолазак тужиоца да би поступак био окончан у корист туженог, тако да се суд у тој ситуацији није ни упуштао у утврђивање чињеничног стања. Само изузетно поступак се покретао по службеној дужности по правилима истражног (инквизиторског) начела – у случају гоњења професионалних лопова и разбојника, а вероватно и за кривична дела против владоца и државе, као што су невера, тајно ковање новца и слично, али о томе нема непосредних података у изворима.¹³ По свему судећи, инквизиторни поступак је преузет из напреднијег и савршенијег византијског права и препознатљив је у члановима који се односе на генералну истрагу која се покреће против учинилаца кривичног дела разбојништва и тешке крађе (који су означени терминима „гусар“ и „тат“).¹⁴

Током судског поступка коришћена су различита доказна средства ирационалног и рационалног карактера.

3. ИРАЦИОНАЛНА ДОКАЗНА СРЕДСТВА У СУДСКОМ ПОСТУПКУ

Од ирационалних доказних средстава срећемо *заклејиву*, *џорџу* (душевнике, саклетвенике) и *божије судове* (ордалије).

¹¹ Стари српски кривични поступак, исто као француски и германски пре рецепције римског, а нарочито канонског права, кретао се у формама грађанског поступка. (*Ibid.*)

¹² „Ко позове кривца пред судије, и позвавши не дође на суд, него седи дома, онај који је позван, ако дође на рок пред судије и отстоји по закону, тај да је слободан од кривице за коју је био позван, јер онај позивач седи дома.“

¹³ Љ. Кркљуш, 125. На пример, одредбе чл. 145, 146, 147 и 148 ДЗ предвиђају обавезу кнезова и господара села да воде рачуна о томе да се на њиховој територији не затекну лопови и разбојници, као и да се не врше крађе и разбојништва, јер ће у супротном бити кажњени на исти начин као лопов или разбојник и обавезани да накнаде штету.

¹⁴ Александар Ђорђевић, „Старо српско право у судском поступку Душановог законика“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 43/2003, 321-322.

Заклетва је заузимала значајно место у систему доказа средњовековне Србије, имајући у виду значај религије у свакодневном животу људи. Полазило се од схватања да лице које положи заклетву неће говорити неистину. Заклетвом су се могли служити само непорочни и честити људи, а сматрало се да заклетва таквог човека одговара истини, чак и када су његови интереси у питању.¹⁵ Уколико је заклетва изречена у строго прописаној форми¹⁶, исказ те стране је узиман као истинит, а њена тврдња за доказану.

Поройи (душевници, саклетвеници) су представљали посебно доказно средство у систему ДЗ.¹⁷ Сама реч потиче од старосрпске речи „рота“, која значи заклетва. Доказивање поротом треба разликовати од доказивања сведоцима, јер се ради о два различита института. Наиме, иако су душевници полагали заклетву којом су потврђивали наводе онога на чијој страни иступају пред судом, није било нужно да они о тим наводима имају сазнања, нити су се током поступка изјашњавали о чињеницама које су предмет суђења. Они су својим изјавама само потврђивали да имају поверења у наводе странке, што је указивало да немају сумње у моралне квалитете и углед тог лица, чиме су увећавали доказну вредност његових тврдњи. Са друге стране, сведоци су морали имати сазнања везаних за предмет суђења, непосредних или посредних, а њихови искази су служили утврђивању материјалне истине у поступку. Доказивање поротницима потиче из времена краља Милутина, али документ којим је оно регулисано није сачуван.¹⁸ Порота је формирана по сталешком принципу – саклетвеници су могли да буду само из истог сталежа из којег потиче и странка чију заклетву су потврђивали. Разлози увођења пороте били су инспирисани интересом државних власти да свака ужа група може да јемчи за свог припадника; дакле, саклетвеници су пружали суду једну врсту јавне гаранције и били су мерило уверења читаве једне класне заједнице.¹⁹ Чланови пороте нису могли да буду рођаци странке, нити

¹⁵ Божидар Марковић, *О доказима у кривичном процесу*, Београд 1908, 59.

¹⁶ Заклетву су полагали тужилац или тужени у ситуацији када није било других доказа на основу којих би се могла утврдити спорна чињеница битна за пресуђење. Текст заклетве је странка морала да научи напамет и изговори без грешака. Чак и најмања омашка чинила је заклетву неисправном и ништавом. Претпоставка је била да Бог неће дозволити да заклетву положи она странка која говори неистину. Ако странка није хтела да се закуне или је направила грешку приликом изговарања заклетве, суд јој није веровао. Са друге стране, суд је веровао странци која је исправно изговорила заклетву (Теодор Тарановски, *Историја српског права у немањој држави*, Београд 2002, 588).

¹⁷ На пример, у одредби чл. 193 ДЗ стоји: „За свод коњски и друге марве, или чега било парница, што се отме или украде, томе да даде сводника (аколи не даде), да плати свако седмоструко. Аколи рекне, купих у туђој земљи, да оправдају душевници од злобе. Аколи га не оправдају душевници, да плати с глобом.“

¹⁸ ДЗ се у одредби чл. 152 која регулише пороту изричито позива на прописе који су важили за време краља Милутина: „Како је био закон у деда царства ми...“

¹⁹ А. Ђорђевић (2003), 333.

његови непријатељи („пизменици“, „злобници“), што је требало да обезбеди њихову непристрасност у односу на странку у чије име су иступали.

У литератури постоје одређене дилеме у погледу тога да ли је порота представљала врсту суда или доказно средство. Ипак, преовлађује друго становиште.²⁰ Законик је предвиђао одговорност за поротнике који би се заклели у корист неке странке, ако би њена кривица била накнадно утврђена неким другим доказним средством. У том смислу, из одредбе чл. 154 ДЗ проистиче да ће се поротници који су „оправили“²¹ странку, а у њеном поседу накнадно буде пронађено „поличје“, тј. предмет кривичног дела, бити кажњени новчаном казном и губитком части.²² Ова одредба је значајна јер говори и о међусобној доказној снази појединих доказних средстава, у овом случају рационалног доказног средстава – „поличје“ и ирационалног, какав је порота. Дакле, „поличје“ је по доказној снази било јаче од заклетве поротника.

Законик је одредбом чл. 151 прописивао и број поротника, у зависности да ли се радило о „великом делу“ – 24 поротника, „помањем дугу“ – 12 поротника или „малом делу“ – 6 поротника. Овај члан говори и о томе на који начин су поротници вршили своју дужност и шта је била сврха њиховог ангажовања: поротници су се заклињали у цркви „пред попом у одежама“, а суд би веровао оној странци коју већина поротника „оправда.“

У систему доказа у ДЗ коришћени су *божији судови* у форми котла или железа, док је споран институт узданија.²³ Институт божијих судова припада најранијем хришћанском периоду многих држава и појављује се у обичајном, али и писаном праву разних индоевропских држава.²⁴ Котао и железо су били доказна средства искључиво у кривичним стварима – суштина првог је била у томе да се у котао са кључалом водом стави комад усијаног гвожђа или камен, па да окривљени засуче рукаве и обема рукама извади постављени предмет из котла, а другог да окривљени носи усијано гвожђе са црквених врата на часну трпезу.²⁵ Ако се окривљени не би испекао, сматрало се да је невин.

Да је примена божијих судова имала сталешки карактер, указује одредба чл. 106 ДЗ из које проистиче да ће у случају да властелин учини „какво зло“

²⁰ Опширније о томе: *Ibid.*, 332.

²¹ *Ојравиџи* значи правим (невиним) прогласити (Стојан Новаковић, *Законик Сџефана Дуџана, цара срџскоџ*, Београд 1870, 100).

²² Вид. и: Наташа Деретић, „Појавни облици корупције у средњовековној Србији“, *Зборник радова Правноџ факултџеџа у Новом Саду*, 4/2013, 209.

²³ По неким мишљењима радило се о судском двобоју, међутим како се термин *узданије* не спомиње у изворима више нигде, не може се тачно тврдити да ли се радило о судском двобоју (Љ. Кркљуш, 129).

²⁴ А. Ђорђевић (2003), 329.

²⁵ С. Новаковић, 74; Т. Тарановски, 584.

бити „оправљен“ од стране пороте, док ће себар морати да „захвати у котао.“ Дакле, различите категорије становништва су битно различитим доказним средствима доказивали своју невиност за исто кривично дело – несумњиво је да је положај властелина који се правдао поротом био неупоредиво лакши од положаја себра који је морао у супротстављању оптужби да наруши свој телесни интегритет. Из одредбе чл. 84 ДЗ²⁶ произлази високо место котла у хијерархији доказних средстава. Наиме, уколико би окривљени након извођења овог доказног средства остао неповређен, сматрало се да се на тај начин „оправдао“, тако да је судски поступак обустављан, а окривљени није био у обавези ни да накнади судске трошкове. У односу на окривљеног који се оправдао на овај начин је важило правило *ne bis in idem*, па тужилац није могао да тражи извођење неког новог доказа, а поступак је постајао беспредметан.²⁷

О другом облику божијег суда, железу, говори се у одредби чл. 150 ДЗ.²⁸ Из ње произлази да се разбојник или лопов који је осумњичен да је извршио кривично дело, а за којег нема доказа – није ухваћен на делу (обличеније), морао правдати усијаним гвожђем. Сматрамо да из ове одредбе проистичу две битне ствари. Прва, да је хватање учиниоца на лицу места по доказној снази било испред правдања железом, јер се у ситуацији затицања окривљеног *in flagrante delicto* нису ни изводили други докази и окривљени се није могао на други начин оправдати. Друго, сматрамо да је у описаној ситуацији била очигледна намера законодавца да утиче на становништво да се уздржи од крађе и разбојништва, имајући у виду незавидан положај у којем су се налазили осумњичени за ова кривична дела када су доказивали своју невиност.²⁹

Према појединим схватањима у литератури, *узданије* је значило судски двобој: парничари би се међусобно борили, а веровало се да Бог неће дозволити да странка која је у праву буде поражена.³⁰ Овакав закључак се изводи из одредбе чл. 102 ДЗ која забрањује његову даљу употребу: „Узданија да нест никому ништа никаква; кто ли се поузда за што, да плати само-седмо.“ Са друге стране, постоје и схватања да је узданије кривично дело самовлашћа³¹, што указује да у српском праву није било судског двобоја. *Јиречек* указује

²⁶ „Суда да нема за котао, нити икаква оправдања, ко се оправдао да не даје судијама оправдања; на суду да нема руке ни оправдавања, ни удаве, само да се суде по закону.“

²⁷ А. Ђорђевић (2003), 329.

²⁸ „И ако ко потера судом разбојника и лопова, а не буде доказа, да им је *оправдање железом*, што је одредило царство ми, да га узимају на вратима црквеним из огња, и да га постави на светој трпези.“

²⁹ Појачана држава тражила је да се кривци што више искорене или застраше, у интересу општег добра (Александар Соловјев, *Послѣдѣ и значај Душановоѣ закона*, Београд 2001, 29).

³⁰ Срђан Шаркић, *Историја државе и права Србије – Историја државе и права II*, Нови Сад 2009, 30. Тако и Б. Марковић (1930), 42-43.

³¹ Према: Б. Марковић, (1930), 42-43.

на одредбу чл. 131 ДЗ³², из које изводи закључак да је судски двобој био дозвољен једино војницима.³³ Јовановић наводи да једину индицију да је у српском средњовековном праву постојао овај институт као доказно средство садржи Скопска хрисовуља краља Милутина из 1300. године у којој се спомиње израз „белег“, који можда представља судски двобој, будући да је поменут уз „котао“ и да је познат израз „изаћи на белег.“³⁴

4. РАЦИОНАЛНА ДОКАЗНА СРЕДСТВА У СУДСКОМ ПОСТУПКУ

Од рационалних доказних средстава коришћени су *обличеније, свод, сведоци, исјраве и признање*.

Обличеније је значило затицање окривљеног приликом извршења кривичног дела. Душанов законик о овом доказном средству говори у одредби чл. 149, наводећи да ће се лопов и разбојник у случају хватања при извршењу кривичног дела сматрати „доказаним“, те се имају ослепити и обесити.³⁵ Овај израз је изведен од речи „лице“ која представља предмет кривичног дела.³⁶ „Лице“ се, између осталог, помиње у одредби чл. 92 ДЗ, где стоји обавеза онога који препозна „лице под човеком, а буде у гори, у пустоши“, да тог човека одведе у најближе село где ће му се судити. Међутим, примарно значење речи „лице“ се ипак састојало у хватању окривљеног на лицу места – дакле, са предметом извршеног кривичног дела.³⁷ Очигледно је обличеније имало велику доказну снагу и сматрано је непосредним и неоспоривим доказом када су у питању кривична дела крађе и разбојништва. Хватање окривљеног на лицу места приликом извршења ових кривичних дела је отклањало сваку сумњу код суда у погледу његове кривице, тако да се нису изводили други докази, а кумулативно су му изрицане наведене казне. Положај окривљеног у оваквом систему је несумњиво био неповољан. Са једне стране, ако је осумњичен за крађу или разбојништво, а није затечен на лицу места,

³² „На војсци свађе да није, аколи се два сваде, да се бију, а други нико од војника да им не помогне; аколи ко потече и помогне изазивачу, они да се убију.“

³³ Наведено према: Стефан Стојановић, „Ирационална доказна средства као део правне традиције Словена“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 78/2018, 397.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Претпоставља се да је овакав вид кажњавања имао за циљ да смртну казну учини што тежом, да увећа муке окривљеног и да утиче на становништво да не врши ова кривична дела (Т. Тарановски, 314).

³⁶ Из тога се види да се у одредби овог члана очигледно ради о коњу као предмету кривичног дела („лице под човеком“), али „лице“ може значити и неки други предмет кривичног дела или оруђе којим је кривично дело извршено.

³⁷ А. Ђорђевић (2003), 328.

предстоји му правдање железом (чл. 150 ДЗ), а са друге, уколико је затечен на лицу места, нема извођења других доказа и следује му сакаћење у виду ослепљивања и смртна казна (чл. 149 ДЗ).

Сама државина украдене ствари није нужно морала да значи да је њен држалац до ствари дошао на незаконит начин. Помоћу *свода*, окривљени је могао доказати да је ствар која је предмет кривичног дела прибавио од неког другог лица. Ово доказно средство је коришћено када је постојала сумња у погледу правог извршиоца кривичног дела.³⁸ Осумњичени би у случају сумње да је до одређене ствари дошао на незаконит начин, именовао лице од којег је ствар купио, а уколико би и то лице тврдило да је ствар прибавило од другог, саслушавао би се и тај претходни држалац, све док се не би дошло до лица које не би могло да докаже основ стицања украдене ствари. Најчешће се свод примењивао у случају крађе стоке и коња („свод коњски“), али одредба чл. 193 ДЗ, поред овог случаја, говори о томе да се правдање сводом примењивало и у ситуацијама када је у питању други предмет кривичног дела који је отет или украден.

Законик ништа не говори о приватним *сведоцима*, као лицима која током суђења износе своја сазнања о чињеницама битним за пресуђење.³⁹ У одредби чл. 80 ДЗ⁴⁰ се спомиње ово доказно средство. Међутим, ова лица не сведоче о конкретној ситуацији везаној за спор пред судом, већ о нечему што је њима давно познато. У том смислу, они се по правној природи приближавају саклетицима.⁴¹ Као службене сведоке законик помиње *џри-сџава*, органа власти који је странке позивао на суд и *милосника*, сведока приликом издавања царских даровница.

Од *исџава* су најчешће коришћени владалачка писма којима се нешто давало или наређивало, а као приватне исправе коришћени су тестаменти и писмена о депозитима.⁴² Питање је колико су приватне исправе коришћене у судским споровима, имајући у виду мали број писменог становништва. У изворима налазимо пример употребе писма као доказа у кривичном поступку: 30. априла 1410. године упућено је писмо из Дубровника војводи

³⁸ С. Шаркић, *Средњовековно српско љаво*, Нови Сад 1995, 122.

³⁹ О сведоцима има мало података. Дечанска хрисовуља спомиње *џослух* што је истовремено означавало сведока и таксу коју плаћа сведок. Синтагма Матије Властара наводи да не могу сведочити робови, сиромаси, син за оца, нити отац за сина, малолетници, глуви, неми, лудаци и блудници. Сведоке помиње и Јустинијанов закон, али у Душановом закону нема података о приватним судским сведоцима (С. Шаркић (1995), 122).

⁴⁰ „За међе сеоске, да обоје, који траже, даду сведоке, он половину, а он половину, по закону; куда рекну сведоци, његово да је.“

⁴¹ Александар Ђорђевић, „Сведоци у средњовековном словенском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68/2012, 422.

⁴² Б. Марковић (1930), 44.

Вукосаву и Љубиши да ће Рахца Боришић бити задржан у тамници докле год не обезбеди џемце.⁴³

Иако се *џпризнање* изричито не помиње у Душановом законику, нема сумње да је оно било заступљено и да му се поклањала пажња. О томе сведочи и преписка Вукосава Кобилџчића из Требиња који је 8. марта 1413. године обавестио дубровачки суд да је похватао лопове осумњичене да су покрали Прибоја Обрадовића, те да су они кривицу признали и да су намирили са Прибојем.⁴⁴ Као што смо већ навели, у оптужном поступку српског средњовековног права није прављена разлика између кривичног и парничног поступка. Стога су добијеним признањем окривљеног за суд нестајале све недоумице које се тичу правог извршиоца кривичног дела. Начело формалне истине искључивало је потребу за даљим извођењем доказа, а кривица окривљеног је сматрана доказаном. Сматрамо да је и текст заклетве коју би полагао окривљени, о којем је већ било речи, имао утицаја на побожног окривљеног да призна кривично дело. У супротном, с обзиром на то да се између осталог клео и здрављем својих укућана и стоке, довео би у питање опстанак свог домаћинства. Међутим, у изворима каснијег периода има интересантних примера како су окривљени под психолошким притиском заклетве покушавали да „Бога преваре и своју савест угуше.“ Тако су неки под своја стопала у опанцима стављали ноге од кокошке или неке друге пернате живине, а затим тексту заклетве у себи (јер је заклетва била строго формална) додавали и речи: „од како само на ове ноге стао“, а затим на глас изговарали остатак текста заклетве.⁴⁵

Уколико би признање окривљеног изостало, окривљени је у току поступка био испитиван. Док се изјашњавао о наводима тужбе, одредба чл. 161 ДЗ окривљеном је забрањивала да „друге речи потврдно говори на тужитеља, ни за издајство, ни за друго какво дело, осим да одговара.“ Дакле, окривљени је био дужан да само говори у вези са предметом спора и није му било дозвољено да злонамерно окривљује тужиоца за неко друго противправно дело. Исти члан је садржао упутства судијама да не верују окривљеном у делу исказа у којем ће нарушавати углед тужиоца, све док се поступак не заврши. Одредба чл. 167 ДЗ је интересантна са становишта одбране окривљеног и могућности промене његовог ранијег исказа: „Парничари, који исходе на суд царства ми, коју реч буду говорили у првину, тима речима да се верује и по тим речима да се суди, а по последњима ништа.“ Из тога произлази да окривљеном није било омогућено да опозове свој раније дати исказ, те да је суд у обзир узимао само прве изјаве странака и на њима заснивао одлуку.

⁴³ М. Пуџић, Споменици Србски I (1858) 100, нав. према: Б. Марковић (1908), 75.

⁴⁴ Нав. према: *Ibid.*

⁴⁵ А. Јовановић, 12.

Душанов законик не говори ништа о тортури, али то не значи да је није било.⁴⁶ Марковић наводи да ДЗ не зна за тортуру⁴⁷, те да је од воље оптуженог зависило да ли ће признати кривично дело или не, те да су пре тортуре радије примењиване ордалије и друга доказна средства. Не желећи да изводимо закључке у вези са постојањем тортуре у овом периоду, констатоваћемо да се у византијском средњовековном праву, чије је превођење и прилагођавање српским потребама било део и почетна фаза законодавног рада цара Душана⁴⁸, примењивала тортура ради добијања признања.⁴⁹

5. ЗАКЉУЧАК

Судски поступак у Душановом законiku је претежно био устројен по правилима оптужног начела, међутим, приметан је зачетак схватања да кршење појединих норми није само ствар појединца. Стога, у одређеним случајевима, као што је, на пример, извршење кривичног дела крађе или разбојништва, реагује држава и по службеној дужности покреће поступак, како би казнила извршиоца и деловала на потенцијалне учиниоце да не врше кривична дела.

У сфери доказних средстава срећемо ирационална и рационална доказна средства. Ирационално доказно средство, као што је „порота“, несумњиво потиче из словенског обичајног права и одраз је великог утицаја који је религија имала на друштво. У Душановом законiku ирационална доказна средства су чинили заклетва, порота и божији судови. Њима се доказивала формална истина, што значи да судска одлука није увек значила да се критични догађај одиграо онако како је пресуђено.

Рационална доказна средства нису одмах могла да потисну постојање ирационалних доказних средстава, па је паралелно постојање и једних и других било обележје судских поступака тог периода, па и српског судског поступка. У судском поступку средњовековне Србије рационална доказна средства су обличеније, свод, сведоци, исправе и признање. Овим доказним средствима се тежило утврђивању материјалне истине, тј. утврђивању начина на који је кривично дело заиста извршено.

⁴⁶ Снежана Бркић, „Признање окривљеног у српском праву до 1865. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2004, 469.

⁴⁷ Б. Марковић (1930), 45.

⁴⁸ Љ. Крклуш, 59.

⁴⁹ У византијском кривичном поступку према окривљеном је могао бити одређен притвор, судски поступак није могао да траје дуже од две године, тужилац који није успео у спору је могао да добије исту казну која би била изречена окривљеном да је осуђен, а тортура је играла велику улогу (Група аутора, *The Oxford Dictionary of Byzantium* (ed. Alexander P. Kazhdan), New York 1991, 548).

Како је и показано, приметна је јака доказна снага хватања окривљеног приликом извршења кривичног дела („обличенија“). Иако их ДЗ не помиње, несумњиво су значајна рационална доказна средства били признање и сведоци. Постојање ових или других рационалних доказних средстава значило би доказаност кривице окривљеног у којем случају се нису изводила ирационална доказна средства. Тек одсуство рационалних доказних средстава је доводило до примене ирационалних: на пример, окривљени у односу на којег нема материјалних доказа, а који би се оправдао „железом“, бивао би ослобођен одговорности и плаћања судских трошкова. Дакле, ирационална доказна средства су била супсидијарног карактера у односу на рационална. Такође, у судском поступку није било могуће кумулативно примењивати и рационална и ирационална доказна средства: ако је кривица окривљеног већ доказана неким рационалним доказним средством, снага овог доказа се није могла ублажити неким ирационалним доказним средством.

Када говоримо о положају окривљеног у судском поступку ДЗ, истичемо да је приметан сталешки карактер појединих одредаба. Са једне стране, у погледу доказних средстава, различити сталежи су се за исто кривично дело правдали на различите начине: за властелу је било довољно правдање поротницима, док су се себри правдали „котлом.“ Са друге стране и врста и висина изречене кривичне санкције је зависила од сталешке припадности окривљеног. Окривљени је током поступка полагао заклетву, која је, имајући у виду утицај религије на животе људи тог времена, могла бити од утицаја да током поступка говори истину. Заклетва се полагала у цркви, пред свештеником, окривљени се клео здрављем својих укућана и стоке, па је лажан исказ код побожног окривљеног доводио у питање опстанак домаћинства и успех његових будућих пољопривредних радова. Указујемо и да је окривљени након датог исказа постајао „роб својих речи“ – није могао да мења свој првобитни исказ, као и да је терет доказивања у погледу извођења „свода“ био искључиво на њему, те да се током поступка морао држати само предмета спора и није могао оптуживати оштећеног за неко друго кривично дело.

Са ове временске дистанце, нека законска решења ДЗ у погледу организације судског поступка и доказних средстава, па самим тим и у вези са положајем окривљеног, несумњиво заостају за данашњим, док су нека одавно напуштена и превазиђена. Међутим, овај правни споменик је са становишта теме значајан јер представља прву кодификацију одредаба судског поступка средњовековне Србије, који је до тада био регулисан углавном неписаним обичајним правом.

Željko D. Mirkov, Ph.D., Higher Prosecutorial Assistant
Basic Public Prosecutor's Office in Kikinda
zeljko.mirkov@yahoo.com

The Court Procedure enacted by Dusan's Code – Evidence and Position of the Defendant

Abstract: *This paper deals with the provisions on the judicial proceedings of medieval Serbia enacted in Dusan's Code. The aim of this paper is to provide an overview and analysis of the irrational and rational evidence of that period, as well as to point to the position of the defendant, bearing in mind this system of evidence.*

The judicial proceedings in Dusan's Code were predominantly organized in accordance with the rules of the indictment principle, however, what can also be observed is the onset of the understanding that the violation of certain norms is not only an issue of an individual. As a rule, the decision to initiate the judicial proceedings was dependant on the will of the injured party, and only exceptionally, in the event that the offense violated the public interest, the proceedings were initiated ex officio.

In the sphere of evidence, it is possible to differentiate between irrational and rational evidence. The oath, the jury and the divine courts are considered to be the irrational evidence of this period. Among the rational evidence in Serbian medieval law, there is mention of „obličenje“ (capture of the offender in the act); „svod“, which the defendant used to prove that he did not steal the object of the crime, but that he came into possession of said object through someone else; including witnesses, documents and confessions.

The existence of rational evidence meant proof of the defendant's guilt, in which case the irrational evidence was not presented. It was the absence of rational evidence that led to the presentation of irrational evidence, which means that irrational evidence was subsidiary in relation to rational evidence. If the defendant's guilt was proven by rational evidence, the strength of this evidence could not be mitigated by any type of irrational evidence, therefore it was not possible to cumulatively apply rational and irrational evidence.

Some of the provisions of Dusan's Code give rise to the division of social classes, which was their characteristic: different social classes used different evidence to justify the same criminal offense, and the type and severity of the imposed criminal sanction was dependant on the social class to which the defendant belonged. During the proceedings, the defendant took an oath, which, given the influence of religion on the lives of people at that time, could have influenced him

to tell the truth during the proceedings. After the hearing, the defendant could not alter his original testimony, and during the proceedings he was obliged to adhere to the case in dispute and could not blame the injured party for another criminal offense.

Keywords: *court procedure, Dusan's Code, evidence, defendant.*

Датум пријема рада: 10.08.2018.

Др Живорад М. Раџевић
zrasevic@yahoo.com

НЕДИСКРИМИНАЦИЈА У ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА СРБИЈЕ

Сажетак: *Одредбама de lege ferenda преднацрта Грађанског законика Србије остворено је неколико попуњавања за борбу против дискриминације. Борба против ове опасне друштвене појаве је могућа према сва три теоријска модела модела примјене људских права у приватном праву: директном, посредном и правосудном. Као и у јавном праву, недискриминација у преднацрту има просипруку природу, тј. зависно од нивоа конкретизације може се посматрати као: (1) јавни интерес који утиче на грађанско-правне односе попуњених правних појмова у тексту преднацрта; (2) начело шумења и (3) грађанско право личности, које је у корелацији са грађанско-правном обавезом erga omnes која се састоји у уздржавању од кршења овог права. Међутим, ово посљедње, а најмање спорно значење недискриминације као свеобухватне обавезе не може бити јасно препознатљиво у шумењима преднацрта. У сврху ефикасније борбе против дискриминације прелаже се прописивање једне такве свеобухватне грађанско-правне обавезе да се не дискриминишу други. Та обавеза не смије да угрози право на приватност људског бића и јавни или приватни интерес који има већи значај од егалитарног интереса у конкретним грађанско-правним односима.*

Кључне речи: *недискриминација, интерес, начело, право личности, обавеза.*

1. УВОД

Једна од бројних тема која којој треба посветити дужну пажњу у расправи о будућој кодификацији српског грађанског права јесте и она о односу антидискриминационог и грађанског права. Полазећи од текста преднацрта Грађанског законика¹ (у даљем тексту ГЗ) у овом раду се претреса неколико

¹ У овом раду је разматран радни текст припремљен за јавну расправу са алтернативним приједлозима од 29.05.2015. године, објављен на веб сајту Министарства правде и државне управе, доступан на arhiva.mpravde.gov.rs.

важних питања у том погледу. Прво, да ли предложени свеобухватни грађанско-правни оквир омогућује остваривање социјално пожељних резултата у борби против дискриминације? Друго, да ли у предложеном тексту треба да буде мјеста за оне норме којима се проводи недискриминација? Треће, ако има, каква јесте, односно каква би требало да буде форма, садржина и дејство једне такве јавноправне дужности у приватноправном контексту? Полазећи од теоријских сазнања о природи забране дискриминације у приватном праву објашњавају се предложена рјешења, те критички испитује њихова усклађеност са постављеним домаћим јавноправним и међународним оквиром и њихова подударност са узорним позитивно-правним рјешењима из компаративног права. У исходу се оцјењује природа, домаћај и сврсисходност предложених позитивно-правних рјешења са аспекта њиховог антидискриминационог потенцијала и предлажу минималне интервенције у текст ГЗ.

2. ТЕОРИЈСКА И МЕТОДОЛОШКА ОПРЕДЈЕЉЕЊА

У овом раду се полази од става да међународноправне и уставне гаранције људских права могу бити цјеловите и потпуне једино ако подједнако важе у јавном и приватном праву.²

2.1. Хоризонтално дејство људских права и модели примјене

Терен на коме је могуће савладати правносистемску удаљеност једне јавноправне установе каква је недискриминација са установама грађанског права је јасно назначен уставноправном доктрином хоризонталног дејства људских права, према којој су јавне власти овлашћене не само да уређују односе између државе и приватних лица, него и да интервенишу у односе између приватних лица.³ У правној науци и упоредном праву ова доктрина је широко прихваћена у различитим модалитетима: (1) непосредна примјена људских права и на она лица која иначе нису субјект одређеног односа између

² У литератури су чак присутна и она схватања којима се потпуно негира разлика између грађанских и људских права. Нпр.: „Нема битне разлике између једног приватног и политичког субјективног права...Приватно субјективно право је такође у крајњој линији политичко право. Политички карактер приватног субјективног права постаје још видљивији ако се схвати да је давање приватних права грађанима специфична правна техника грађанског права, а да је грађанско право специфична правна техника приватног капитализма, који је у исто време и један политички систем.“ Ханс Келзен, *Ојшња теорија њрава и државе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 172.

³ Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, N.P. Engel, Kehl-Strasbourg- Arlington 2005, 632; Александар Јакшић, *Евројска конвенција о људским њравима, коментјар*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд 2006, 13-14.

државе и приватног лица-*Drittwirkung der Grundrechte* (у Швајцарској, СР Њемачкој), (2) посредна примјена, односно зрачење уставног система вредности на приватно право (у СР Њемачкој, Италији, Шпанији, Јапану) и (3) правосудна примјена (у Сједињеним Америчким Државама).⁴ У српском позитивном праву и пракси су отворене све наведене могућности примјене недискриминације као међународне и уставне норме људских права у грађанско-правним односима. Прво, непосредна примјена је имплицирана у члановима 16. и 18. став (1) Устава Републике Србије (Сл. гласник РС број 98/06). Друго, посредна примјена произлази из бројних грађанско-правних одреби које садрже неодређене и бланкетне појмове попут „принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.“⁵ Треће, свакодневном практичном примјеном системског метода тумачења даје се предност нормама људских права над осталим нормама, и тиме омогућује њихова правосудна примјена.

2.2. О дискриминацији и њеној забрани

Да би се недискриминација хармонизовала са установама грађанског права потребно је одговорити на бројне апорије у сагледавањима природе, садржаја, социјалних аспирација и домаћаја борбе против дискриминације у грађанско-правном контексту.

Прва тешкоћа са којом се треба суочити се односи на неодређеност појма дискриминације. Наиме, позитивноправне дефиниције појма су широке и не постављају јасне правне критеријуме за разликовање између радњи неједнаког поступања које су правно оправдане и оних које заслужују правну квалификацију одређене радње као дискриминаторске.⁶ Другим ријечима, законодавац није дао јасна упутства о начину оправдања радње грађанско-правног субјекта који неједнако поступа, тј. нису прецизиране границе правно допуштеног оквира слободе тог субјекта да се понаша по свом нахођењу. Таква упутства се могу пронаћи у тесту дискриминације развијеном у пракси Европског суда за људска права, а састоји се у испитивању сразмјерности

⁴ Aharon Barak, Constitutional Human Rights and Private Law, *Human Rights in Private Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2001, 14-28.

⁵ Andreeas Heldrich, Gerhard M. Rehm, Importing Constitutional Values Through Blanket Clauses, *Human Rights in Private Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2001, 113-128; Живорад Рашевић, *Забрана дискриминације у приватном праву*, Задужбина Андрејевић, Београд 2014, 44.

⁶ Члан 2. став 1. Закона о забрани дискриминације (Сл. гласник РС број 22/09): „Дискриминација и дискриминаторско поступање означавају свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства) у односу на лица или групе као чланове њихових породица, или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а који се заснива на раси, боји коже, ...и другим стварним, односно претпостављеним својствима (у даљем тексту: лична својства).“

употријебљеног средства којим је ограничен јавни интерес или субјективна права са легитимним циљем као разлогом за употребу тог средства. Тим тестом се утврђује објективна и разумна оправданост поступака државе, а у литератури се истиче његова примјењивост и у односима између приватних лица.⁷ Зато се у овом раду се полази од једнаког статуса приватноправних и јавноправних субјеката и могућности изналагања униформног мјерила за вагање јавних и приватних интереса.

Друго, питања недоречености и мјере друштвене пожељности једнакости као сврхе недискриминације чине нерјешиву загонетку.⁸ Посматрано правно-аксиолошки и правно-политички, посебно је тешко формулисати правне норме на начин који омогућује оптималан баланс остваривања егалитарних и либералних тежњи у друштву заснованом на парадигми такмичења за оскудне ресурсе.⁹ У јавном дискурсу су приступи овим компликованим проблемима детерминисани идеолошким опредјељењима и стога непомирљиво различити: док либерално оријентисани теоретичари налазе праву мјеру односа једнакости и слободе у формалној једнакости,¹⁰ егалитаријанци се залажу за државну интервенцију ради остваривања једнакости могућности или пак пуну материјалну једнакост резултата.¹¹ Једино није спорно да униформан приступ овом компликованом проблему није ни могућ нити користан. Треба оставити широку дискрецију законодавцу да одмјерава различито специфичну тежину ове друштвене вриједности у односима које регулише, сразмјерно степену заступљености јавног интереса и опасности од угрожавања права других¹².

⁷ David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford 2004, 165; Bernhard Schlink, Proportionality (1) in: Rosenfeld M/Sajo A. (eds) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, 723; Benedikt Pirker, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, Europa Law Publishing, Groningen 2013, 25-26.

⁸ „Чини се да жеља за једнакости има полазиште у ружној особини људског срца, у злоби и зависти. Нико не може да буде бољи или мање лош од мене; ако сам ја мизеран и остали то треба да буду...Али, заиста, ми је желимо из разлога што она представља услов за благостање друштва. Када се терет које друштво намеће на своје припаднике неједнако распореди, не само да пати онај дио који је претјерано оптерећен, него цијело друштво. Тежиште је помјерено, равнотежа поремећена, а природна посљедица је борба у сврху поновног успостављања равнотеже, што је под извјесним околностима врло опасан подухват и увијек представља шок за друштвени ред.“ Rudolf von Ihering, *Law as a Means to an End*, The Boston Book Company, Boston 1913, 276-277.

⁹ Roger Brownsword, Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity, *Human Rights in Private Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2001, 181-199; Matt Cavanagh, *Against Equality of Opportunity*, Oxford University Press, Oxford 2002, 22 и 117; Eduard Picker, Anti-discrimination as a Program of Private law?, *German Law Journal*, 2003, Vol. 04 No. 08.

¹⁰ M. Cavanagh, 11 и 143.

¹¹ Sandra Fredman, *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford 2002, 193-194.

¹² „Практични циљ правде је успостава једнакости. Циљ материјалне правде је успостава унутрашње једнакости, тј, једнакости између заслуге и награде или пак између кривице

Сљедећа апорија недискриминације се односи на метод регулисања, тј. на начин на који се радња са дискриминирајућом правном квалификацијом не допушта. У праву људских права установа недискриминације је редовно конкретизована употребом израза „забрана.“ Тиме се упућује на обавезу јавних власти да предузимањем мјера из широког дијапазона својих административних, законодавних, казних и других овлашћења у коначници остваре или барем омогуће резултат у виду једнакости свих (*obligation of result*), у складу са међународним стандардима и потребама конкретного друштва. Међународне и уставне антидискриминационе норме треба да буду операционализоване у општим и појединачним правним актима јавних власти које уређују одређене друштвене односе у којима се дискриминација јавља, а израз „забрана“ често не описује адекватно садржај субјективних права и обавеза чијим се вршењем дискриминација превенира или санкционише. Како је у литератури људских права присутан широк распон ставова о правној природи установе недискриминације, за њихову класификацију је сасвим употребљива Дворкинова дистинкција људских права зависно од нивоа њихове конкретизације.¹³ У том смислу, недискриминација се може сагледавати као јавна политика којом се остварује јавни интерес, начело и субјективно право. Прије свега, природа недискриминације као јавне политике се манифестује у забрани дискриминације као штетне и опасне друштвене појаве у јавном интересу. Друго, у литератури многи схватају ову установу као начело тумачења, односно уживања других људских права, које има акцесорну, супсидијарну и неаутономну природу.¹⁴ Треће, према пропонентима егалитаризма недискриминација еволуира у субјективно људско право на једнакост или барем на недискриминацију;¹⁵ то право је негативне природе, које се може изразити и у позитивном смислу као слобода.¹⁶

и казне. Циљ формалне правде је успостава вањске једнакости, тј. униформности примјене успостављене норме на све случајеве. Рјешавање првог проблема је посао законодавца, али он може упутити судију да тамо гдје околности то дозвољавају или налажу сам примјени стандард унутрашње равнотеже.“ R. von Ihering, 275.

¹³ Роналд Дворкин, *Суштина индивидуалних људских права*, Службени лист СРЈ и ЦИД, Београд-Подгорица 2001, 179-182.

¹⁴ Војин Димитријевић *et al.*, *Међународно људско право*, Београдски центар за људска права Београд 2007, 111; Јасна Омејец, *Забрана дискриминације у пракси Еуропског суда за људска права*, *Зборник ПФЗ* 59 (5) 2009, 886.

¹⁵ Dimitrina Petrova, *Racial Discrimination and the Rights of Minority Cultures, Discrimination and Human Rights, The Case of Racism* (eds. S. Fredman, P. Alston, G. De Burca), Oxford University Press, Oxford 2001, 30.

¹⁶ „Тако се у неким случајевима назив појединог права или слободе посредно одређује упућивањем на недозвољено понашање, нпр. говори се о забрани дискриминације... Ако је то потребно, у свим овим случајевима могуће је негативно одређену „забрану“ заменити позитивно одређеном „слободом од“ дискриминације...израз забрана може се превести у израз „право на“ као што се нпр. забрана дискриминације може одредити и као право на

Такво право извјесно прати прати општа корелативна обавеза *erga omnes* која се састоји у уздржавању других од дискриминаторских понашања. Иако се назнаке приступа недискриминацији као субјективном праву могу да пронађу и у широким тумачењима члана 1. (рубрум Општа забрана дискриминације) Протокола број 12 уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама (у даљем тексту ЕК), не смије се занемарити да ова одредба обавезује само јавноправне органе и да није широко прихваћена у упоредном праву.¹⁷ Ни одредбе Устава Србије, које иначе вјерно преузимају и конкретизују међународне стандарде људских права, не говоре ништа о општој забрани дискриминације као субјективном праву. Наиме, уставна забрана дискриминације у члану 21. није дефинисана као општа, а сврстана је у Одељак под називом Начела уживања људских и мањинских права и слобода, умјесто у онај који разрађује поједина људска права.

2.3. О недискриминацији у грађанском праву

У наставку слиједи покушај да се горе изнесене дистинкције природе недискриминације употребе у приватноправном контексту, тј. да се недискриминација изрази језиком грађанског права као јавни интерес, начело и субјективно право, односно обавеза.

Прво, у одређеном грађанско-правном односу проблем сузбијања дискриминације може бити толико изражен да је нужна интервенција у тај однос како би се остварио неки јавни интерес. Ову интервенцију омогућују неодређени појмови и бланкетне одредбе грађанских закона, које омогућују или упућују на примјену норми јавног права.¹⁸ Без обзира на то што је оваква интервенција често нужна, потребан је посебан опрез и пажљиво одмјеравање њених корисних и штетних посљедица. Наиме, свака могућност јавноправне интервенције у приватноправне односе је предмет аргументованих критика због пратећих опасности од обесмишљавања самих темеља приватног права изражених у начелима слободе, приватности и аутономије воље¹⁹ и доказано негативних утицаја на економску ефикасност на морално

једнакост.“ Саша Гајин, *Људска љрава, љравносистџемски оквир*, Правни факултет Универзитета Унион, ЦУПС и Институт за упоредно право, Београд 2012, 154.

¹⁷ Živorad Rašević, Ten Years of the ECHR Protocol 12: the Balkanisation of Non-Discrimination, *Central and Eastern European Legal Studies* 1/2016 EPLO Athens, 12.

¹⁸ Ж. Рашевић, 42-45.

¹⁹ Утицај јавног на приватно право се описује сљедећим изразима: публицизација приватног права; најезда, инфилтрирање, мешање, гутање, инвазија, обогаћивање јавно-правним идејама, преплављивање, исисавање, прожимање; победоносни поход јавног права јавног права у приватно или приватизација јавног права; продор, проширивање подручја, потчињавање, итд. Владимир В. Водинелић, *Јавно и љривајино љправо*, Службени гласник, Београд 2016, 408.

индеферентном слободном тржишту.²⁰ Тако је нпр. њемачки законодавац чланом 19. (рубрум Забрана дискриминације у грађанском праву) став 4. и 5. свог општег антидискриминационог закона²¹ искључио његову примјену у породичним, насљедним, одређеним стамбеним односима и односима између лица која су блиско повезана.

Друго, недискриминација као начело се може посматрати и као један вид конкретизације начела равноправности страна у приватноправним односима²². Међутим, њихово изједначавање не би било упутно из сљедећих разлога. Начелом равноправности се успоставља формална равнотежа страна у свим приватноправним односима, а забрана дискриминације важи и када такви односи нису успостављени; када јесу, примјењива је само на поједине односе и заштићена својства личности. Ова два начела потпадају под различите Аристотелове парадигме правичности²³: док се равноправност страна изводи из појма комутативне правде, недискриминација претпоставља однос са најмање три стране, у коме је једна страна власна да се понаша различито према другима.²⁴

Треће, изнесени су снажни аргументи да се она сматра субјективним грађанским правом личности путем признавања права на различитост²⁵ или права да се не буде дискриминисан.²⁶ Са друге стране, мора се уочити да заштићена својства личности код ове двије установе имају различиту улогу и обим. Код права личности она представљају објект права и директно су везана за личност, док код недискриминације представљају окидач за стављање у погон антидискриминационе заштите по основима који не морају да буду директно везани за личност, попут држављанства, пребивалишта и

²⁰ Heinz-Peter Mansel, (2007). Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-persönlicher und internationaler Anwendungsbereich, *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I* (Hrsg. Andreas Heldrich), C.H.Beck, München 2007, 809; E. Picker, 774.

²¹ *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-AGG*, 14.08.2006, BGBl. I S. 1897,1910. Коришћен је енглески превод доступан на <http://www.gesetze-im-internet.de>.

²² „Најочигледнија манифестација овог аспекта правде (једнакости, прим.аут.) је у правилима против дискриминације, иако је имплицитна претпоставка иза свих правила о уговорима и уговорним обавезама да стране треба да буду третиране једнако уколико нема доброг разлога за супротно.“ Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Selier, Munich 2009, 69.

²³ Аристотел, *Никомахова етика*, Глобус, Загреб 1998, 32-33.

²⁴ „Најочигледнија манифестација овог аспекта правде (једнакости, прим.аут.) је у правилима против дискриминације, иако је имплицитна претпоставка иза свих правила о уговорима и уговорним обавезама да стране треба да буду третиране једнако уколико нема доброг разлога за супротно.“ Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Selier, Munich 2009, 69.

²⁵ Ивица Црнић, Повреде права особности и неимовинска штета, *Примјена антидискриминационог законодавства у пракси*, Центар за мировне студије, Загреб 2011, 104-105.

²⁶ Алојзиј Финжгар, *Правна личности*, Службени лист СФРЈ, Београд 1988, 162-165.

сличних друштвених прилика. Поред тога, установа недискриминације има неодређену садржину и домаћај у тој мјери да се не може у потпуности уподобити теорији и техници грађанског права, јер за разлику од установа грађанског права не регулише јасно одређене грађанскоправне односе, нити то чини признавањем грађанских права прецизно одређене садржине. Она се само дјелимично може подвести под уобичајену теоријску дефиницију субјективног грађанског права. Наиме, субјективно овлашћење да се не буде дискриминисан као правно призната и заштићена конкретна могућност и праћено корелативном обавезом других, позитивисано је једино у појединим друштвеним односима (радни односи,²⁷ запошљавање, образовање, итд.) и заштићеним својствима личности (пол, раса, вјероисповијест, итд.) које је законодавац свврстао у домен друштвене пожељности егалитарних тежњи.²⁸ Са друге стране, израз „забрана“ који се веже уз дискриминацију упућује на обавезу свих да не дискриминишу друге, без обзира да ли овој обавези кореспондира субјективно право да се не буде дискриминисан, неко лично или пак друго субјективно право. Зато ова установа задовољава све теоријске критеријуме да буде схваћена као извор свеобухватне грађанскоправне обавезе *erga omnes*. Дејство овог ограниченог субјективног права, односно свеобухватне обавезе, огледа се у сукобу антидискриминационе норме која одређује то субјективно право или обавезу са нормом која иначе уређује грађанскоправни однос у коме се појавила радња која заслужује дискриминаторску квалификацију. Овај сукоб се разрјешава формалном или материјалном дерогацијом норме која иначе регулише одређен грађанскоправни однос, тј. давањем предности у примјени хијерархијски вишој норми или пак норми која превагне над нормом исте правне снаге.

3. ПРЕДЛОЖЕНА РЈЕШЕЊА

У преднацрту ГЗ се налазе многе одредбе које упућују на одређења законодавца по питању изнесених дилема о природи и домаћају јавноправних норми у грађанско-правним односима, а посебно оних које су програмски усмјерене ка остваривању пожељних образаца друштвене једнакости.

3.1. Конкретизација, тумачење и попуњавање правних празнина

Прије свега, посебну пажњу заслужују Уводне и опште одредбе. Оне не садрже само основна начела и општа правила за понашање субјеката грађанског

²⁷ Предраг Јовановић, Начело једнакости у радном праву, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2018, 18

²⁸ Ж. Рашевић, 43.

права, него и упутства за поступање правосудних и других органа који ће тумачити и примјењивати одредбе ГЗ.²⁹ Како је наведено у члану 21., наведене одредбе имају универзалну примјењивост у цијелокупном подручју односа које регулише ГЗ, а обиљежене су снажним јавноправним и јуснатралистичким наративом који оставља широк простор примјени норми људских права у грађанском праву и зато сигурно погодује борби против дискриминације. Идентично члану 1. Универзалне декларације о људским правима, у члану 2. ГЗ као циљеви су прокламовани урођена слобода и једнакост људских бића у достојанству и правима, а правда је изражена као основна аспирација ГЗ.

Намјера приређивача да снажним јавноправним дискурсом обезбиједи остваривање егалитарних тежњи у грађанско-правним односима је изражена издвајањем начела једнакости људских права из начела равноправности. Наиме, у члану 3. ГЗ (рубрум Једнакост људских права), који нема пандан у тексту важећег Закона о облигационим односима (у даљем тексту ЗОО, Сл. лист СФРЈ број 29/78 и даље), прокламује се у ставу 1. „иста законска заштита целовитости људских права у свим областима која чине предмет његовог регулисања,“ што је на трагу модела непосредне примјене људских права. У ставу 2. истог члана задужује „суд или други надлежни орган“ да примјењује исту заштиту на све субјекте по отвореном списку заштићених својстава. Наведене одредбе се могу тумачити у прилог одређења приређивача како за непосредни модел примјене људских права у приватном праву, тако и за правосудни. За разлику од претходне верзије нацрта из 2014. године, израз дискриминација је изостављен, иако је евидентно да се овом одредбом конкретизује међународна и уставна забрана јавним властима да дискриминишу³⁰ из Протокола број 12 уз ЕК и члана 21. ст. 1. до 3. Устава.³¹

²⁹ Вид. Комисија за израду Грађанског законика, *Грађански законик Републике Србије, радни текстови припремљени за јавну расправу са алтернативним предлозима од 29.05.2015. године*, <http://arhiva.mpravde.gov.rs>, 8.

³⁰ У претходној верзији преднацрта ГЗ који је објављен 2014. године (доступна на http://www.kopaonikschool.org/gradjanski_zakonik.html) није било одредбе о једнакости људских права, а начело равноправности је било формулисано на сљедећи начин: „У грађанско правним односима субјекти имају једнаку и одговарајућу законску заштиту, без дискриминације.“ Издвајање начела једнакости људских права од начела равноправности, као и повезивање са појмом дискриминације је оправдано у правносистемском смислу, јер је усклађено са уставним рјешењем из члана 21., а такође и у теоријском, јер јасније указује на разлике између дистрибутивне и комутативне правде, односно различита значења појма једнакости у јавноправном и приватноправном контексту.

³¹ „Пред Уставом и законом сви су једнаки. Свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације. Забрањена је свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета.“

Начело равноправности страна из члана 11. важећег ЗОО измијењено је декларацијом у члану 7. (рубрум Равноправност) да су субјекти грађанскоправних односа „правно једнаки.“ Разлике у формулацијама су разумљиве ако се има у виду да члан 11. ЗОО начелно регулише односе *inter partes*, за разлику од члана 7. ГЗ које је *de lege ferenda* предвиђен како за односе *inter partes*, тако и *erga omnes*. Користећи Аристотелов језик, може се рећи да је сврха члана 7. ГЗ шира, јер је у функцији како комутативне тако и дистрибутивне правде. Са друге стране, члан 11. ЗОО упућује само на комутативну правду. Тиме се може објаснити и пресељење начела једнаке вриједности узајамних давања као рефлексije комутативне правде из основних начела, тј. из члана 15. ЗОО у Одељак 6. Главе 1. ГЗ (рубрум Уговор), који се односи на двострано обавезне уговоре, члан 257. ГЗ (рубрум Начело једнаке вредности). За разлику од члана 3. ГЗ који је претежно јавноправне природе и који одређује обавезу јавних власти да не дискриминишу, у 7. ГЗ члану из начела недискриминације нису конкретизована никаква субјективна права или обавезе. Даље, замјена израза „равноправност“ са „правна једнакост,“ је сигурно последица опредјељења да се истакне мање амбициозан приступ појму једнакости. Наиме, овдје се очигледно ради о формалној једнакости поступања, која не подразумева било какву државну интервенцију у смислу постизања једнакости могућности или пак резултата. Ово рјешење се чини примјереним у грађанско-правним односима који су по својој природи мање егалитарног а више такмичарског карактера. При томе, оно ничим не ограничава овлашћења јавних власти да афирмативним мјерама позитивне дискриминације остварују материјалне резултате у оним друштвеним односима и својствима личности за које то оцијене потребним. Примјеном *argumentum a contrario* може се закључити да декларација о „правној једнакости“ искључује појам фактичке, материјалне једнакости и тако легитимише односе фактичке надмоћи у односима према другима. То укључује и сасвим легитимну слободу грађанско-правног субјекта да по својој вољи различито третира лица у истим или сличним ситуацијама, односно да их третира исто у различитим ситуацијама.

Постављени баланс слободе и једнакости свакако заслужује даљу конкретизацију у посебним законима, који треба да прецизно измјере друштвену опортуност фактичке моћи грађанско-правних субјеката и утицаја њихових поступака на остваривање егалитарних тежњи. Што се тиче самог ГЗ, приређивачи су се определијели да експлицитно забране дискриминацију у свега три одредбе којима се регулишу односи у којима је егалитарни јавни интерес толико важан да је нужно да се утиче на фактичку надмоћ једног грађанско-правног субјекта. Таквих односа у грађанском праву сигурно има много више, али треба имати у виду да постоје друге описане имплицитне могућности антидискриминационе заштите. Прве двије се односе на опште

услове уговарања осигуравајућих друштава и банака. У члану 1398. (рубрум *Забрана дискриминације*) уговарачу осигурања имовине или лица додјељују се одређена грађанскоправна овлашћења којима се ограничава аутономија воље осигурача. Уговарач осигурања се ослобађа од оних обавеза из уговора о осигурању којима се као фактор приликом израчунавања премије и надокнаде осигурања узимају *numerus clausus* заштићених особина личности, а то су пол и године живота, изузев када је то оправдано актуарским и статистичким подацима. Овај изузетак се не односи на трудноћу, материнство, национално, расно или етничко поријекло. Истом одредбом се овлашћује уговарач да откаже уговор о осигурању ако се недискриминација крши у субјективном року од два мјесеца. Друго, у члану 1608. (рубрум *Начела заштите*) се одређује недискриминација као једно од начела заштите корисника банкарских услуга. Трећа одредба у којој се недискриминација експлицитно помиње је она из члана 2285. (рубрум *Забрана дискриминације*), којом се одређује грађанскоправна обавеза *erga omnes* да се поштују права дјетета и забрањује свака дискриминација по неограниченом списку заштићених својстава личности употребом формулације „по било ком основу, а нарочито по основу...”

Сљедећа новост се односи на могућност додатног ограничења слободе уређивања грађанских односа употребом неодређених правних појма према моделу зрачења уставног система вредности на приватно право, тј. моделу посредне примјене. Наиме, поред важећих ограничења слободе уговарања у виду принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја из члана 10. ЗОО, у члану 6. ГЗ (рубрум *Аутономија воље*) се додаје и нови појам, а то је морал. Тиме се омогућује још једна прилично широка могућност интервенције антидискриминационих норми у грађанскоправне односе, обзиром да је дискриминација у литератури препозната као непожељна друштвена појава управо из моралних разлога.³² Са друге стране, тиме се повећава ризик да користи од сузбијања дискриминације буду мање од пратеће штете коју таква јавноправна интервенција може изазвати по економску ефикасност и слободу приватноправних субјеката. У том смислу, може се приговорити да у предложеном тексту ГЗ није прописана формула за одмјеравање супротстављених интереса, начела или субјективних права, каква је нпр. она о ограничавању људских и мањинских права из члана 20. став 3. Устава.³³ Овај тест

³² Christopher McCrudden, *National Legal Remedies for Racial Inequality, Discrimination and Human Rights, The Case of Racism* (eds. S.Fredman, P.Alston, G. De Burca), Oxford University Press, Oxford 2001, 306-307.

³³ „Границе допуштеног обима ограничења или одступања су: сврха која се настоји постићи ограничењем и процена органа који одлучује о томе да ли се сврха могла постићи и са мањим ограничењем права. Ова уставна правила дефинишу основ, оквир и границу поступања приликом одлучивања о ограничењу или одступању од уставом гарантованих

сразмјерног ублажавања јесте настао у теорији и пракси јавног права, али му има мјеста и у приватном праву.³⁴ Наиме, у литератури грађанског права су, поред класичних метода тумачења изражених у члану 12. ГЗ (рубрум Тумачење Законика) формулисани нови. Између осталог, ради се о методу практичне слоге или пак тумачења сагласно уставу, који донекле изражавају овај тест.³⁵ Овај тест се исто тако може схватити и као један аспект систематског или телеолошког тумачења норми исте правне снаге али супротстављеног садржаја, који се не мора нужно окончати потпуном материјалном дерогацијом једне од њих. Важност теста сразмјерности у ову сврху се не може прецијенити, јер се ради о неизбјежном средству прилагођавања животним реалностима понекад неразумних и друштвено несврхисходних резултата слијепе и строге позитивистичке хеременутике.³⁶ Иако се самом употребом јуснатуралистичког наратива у тексту значајно умањила могућност позитивистичких претјеривања, оваква једна одредба би ипак имала мјеста у Уводним и општим одредбама. Њоме би се дала колико-толико поуздана упутства за разрјешавање тешких, нажалост и неизбјежних колизија грађанскоправних норми не само са нормама недискриминације, него и са другим нормама јавног и приватног права.

У члановима 14. и 15. ГЗ, који регулишу начин попуњавања правних празнина, налазе се упутства тумачима права у којима се могу пронаћи још неке могућности примјене антидискриминационих норми. Тако се у члану 14. као правни извори исте снаге као ГЗ наводе општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори, што треба тумачити у складу са уставним одредбама о инкорпорирању и непосредној примјени ових норми међународног права, односно људских и мањинских права из чланова 16. и 18. став 1. Устава. Друга могућност примјене антидискриминационих норми отвара се у члану 15. који налаже непосредну примјену

људских права.“ Маријана Пајванчић, Повреда забране дискриминације по полу као основ ограничења људских права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2009, 11.

³⁴ Вид. нпр. члан 32. српског ГЗ из 1844. године: „Ако двојица или више њих једнака права имају, морају се иста тако употребљавати, да једно поред другог и сва скупа у целисти опстати могу. Ако то није могуће, онда по количини једно другом треба да попусти; ако ли тако не би могуће било, онда мање већем попустити мора.“

³⁵ О методу практичне слоге: „...наћи такво решење да се свака од сукобљених норми односно свако од сукобљених начела оствари колико је могуће, а не да се једнострано оствари на рачун другог.“ Аутор цитира К. Hesse. Владимир В. Водинелић, *Грађанско право, увод у грађанско право и ојшћини део*, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, Београд 2012, 85, 166-167. Овај метод тумачења очигледно има пандан у Дворкином приступу рјешавања „hard cases.“ По њему, сукоби норми људских права која су конкретизована као начела не рјешавају дерогацијом него међусобним ублажавањем. Упор. Р. Дворкин, 282.

³⁶ О сврхисходном тумачењу права више у: Херман Кантрович, *Борба за правну науку*, Досије, Београд 2006: 95-100 и Саша Бован, *Правна хеременутика између филозофије и логики*, Правни факултет Универзитета у Београду, Беорад 2014, 114-127.

начела правичности, уколико се правна празнина не може попунити аналогijом.

И у регулисању института злоупотребе права предвиђене су новине које би могле имати јачи антидискриминациони потенцијал у односу на важећу одредбу члана 13. ЗОО: У члану 20. ГЗ противциљно вршење права остаје основни облик и најшири појам злоупотребе, али се егземплифкативно наводи још један ужи облик који потпада под најшири појам, у виду намјере шкођења другом. Предложена конкретизација појма злоупотребе права свакако није на трагу унутрашње теорије о злоупотреби као привиду права, нити је детаљна у мјери у којој је то предложено у литератури,³⁷ односно члану 14. нацрта Законика о својини и другим стварним правима.³⁸ Међутим, уводи се појам шкођења, који није позитивноправно дефинисан, али се сматра ширим од појма штете;³⁹ овај појам је у литератури већ истицан као могућа алтернатива уобичајеној правној квалификацији неоправдане дискриминације као радње непогодног поступања.⁴⁰

3.2. Недискриминација и права личности

Друга група одредби ГЗ које заслужује посебну пажњу су оне које уређују права личности. У члану 84. (рубрум Право на достојанство) одређена је дужност свих да поштују достојанство личности, као најширег појма и

³⁷ Владимир В. Водинелић, *Такозвана злоупотреба права*, Номос, Београд 1997, 58-95 и 195-201.

³⁸ Радни текст из априла 2012. доступан је на сајту Министарства правде и државне управе, <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html>.

Слиједи цитат: „Ималац стварног права не врши право већ злоупотребу, ако шкоди другоме: 1) само или првенствено да би му нашкодио; 2) без оправданог интереса, ради безначајног интереса или бескорисно; 3) несразмерно више него што себи користи; 4) више него што би да поступа на други начин којим такође остварује интерес; 5) изигравши његово оправдано поверење, које је створио, да неће вршити своје стварно право; 6) поступајући противно циљу тог стварног права; 7) поступајући противно друштвеном моралу; 8) поступајући противно правичности; 9) и у другим случајевима злоупотребе. Ко чини злоупотребу у смислу одредби става 1. овог члана, не ужива заштиту, односно одговара за последице таквог поступања.“

³⁹ „Шкођење...представља неповољну последицу коју вршење права проузрокује другом лицу.“ (В. Водинелић (1997), 11) Ако се узме да свака штета представља неповољну последицу, појам шкођења је шири јер обухвата друге ситуације у којима настаје неповољна последица а иначе није настала материјална или нематеријална штета или је барем није потребно доказивати.

⁴⁰ „Међутим, постоје други начини да се веже неоправданост дискриминације за једнакост... Алтернативно, могли бисмо сматрати да се неоправданост не објашњава појмовима неједнаког третмана или резултата у виду неједнакости, него појмом шкођења дискриминисаном...“ Kasper Lippert-Rasmussen, *Discrimination and Equality, The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Routledge, New York- London 2012, 582.

коријена из кога израстају сва друга лична права, што је на трагу уставне одредбе из члана 23. (рубрум Достојанство и слободан развој личности). У члану 85. (рубрум Поједина права личности) су егземплифкативно побројана заштићена својства личности и сврстана у онај шири круг људских права утврђених „уставом, међународним конвенцијама и посебним законима,“ у које несумњиво спада и недискриминација. У члану 88. став 2. (рубрум Заштита од противправног понашања) је као основ за утврђивање противправности повреде права личности наведен, између осталог, незаснованост на „приватном или јавном интересу веће вредности.“ Тиме се упућује на провођење теста сразмјерности средства којим су повријеђена лична права зарад остварења одређеног легитимног циља. У члану 90. (Правна средства заштите) одређени су захтјеви за заштиту права личности у виду забране непосредно предстојеће повреде, утврђивања повреде, престанка повреде која је у току, уздржавања од будућих повреда или уклањања посљедица, накнаде материјалне и нематеријалне штете, објављивање одређене информације и др. Садржај ових захтјева је у великој мјери подударан онима из члана 43. Закона о забрани дискриминације (Сл. гласник РС број 22/09), односно важећим грађанско-правним одредбама из чланова 194., 185., 198., 199. и 200. ЗОО и члана 194. Закона о парничном поступку (*Службени гласник РС* број 72/11, 49/13, 74/13 и 55/14). Значајне сличности личних права и недискриминације су евидентне, али не треба занемарити чињеницу да ове установе имају различито дејство и домаћај.⁴¹ У самом тексту је изостала експлицитна повезница ове двије установе која је иначе постојала у ранијој верзији ГЗ из 2014. године⁴² у члану 27. став 2., која је забрањивала дискриминацију на основу генетског поријекла. Изостављена одредба је подсјећала на члан 16-13 француског *Code Civil*,⁴³ а то не би требало да остави негативне посљедице уколико та осјетљива материја буде квалитетно регулисана посебним законом.

4. ОЦЈЕНА И ПРИЈЕДЛОЗИ

Када се сумирају предложена рјешења и упореде са налазима правне теорије и компаративистике, може се закључити да борба против дискриминације није игнорисана, иако је ријетко прокламована. Наиме, остављене су широке могућности примјене антидискриминационих норми у грађан-

⁴¹ Ж. Рашевић, 49-53 и 72.

⁴² Доступан на сајту: http://www.kopaonikschool.org/gradjanski_zakonik.html.

⁴³ Чл. 27. ст 2. претходне верзије ГЗ: „Забрањен је сваки облик дискриминације неког лица на основу њеног генетског порекла.“. Члан 16-13 *Code Civil*: „Нико не смије бити дискриминисан на основу својих генетских особина.“ Коришћен енглески превод доступан на: www.fd.ulisboa.pt/wp.../Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Code-english-version.pdf.

ско-правним односима према сва три изнесена модела примјене људских права у приватном праву, упућивањем на „исту законску заштиту целовитости људских права,“ стипулисањем сврха грађанско-правних установа у виду једнакости, правде и људског достојанства, као и коришћењем неодређених појмова и бланкетних клаузула. Овакво опредјељење приређивача се лако правда аргументом о неприкладности примјене метода јавноправног регулисања на грађанско-правне односе.⁴⁴ То се опредјељење исто тако може разложно критиковати, иако се и у позитивном упоредном грађанском праву израз „дискриминација“ тешко проналази. Тако је нпр. у њемачком Грађанском закону (Bürgerliches Gesetzbuch, 2.1.2002, BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738) израз дискриминација истакнут само у члану 612a. у контексту забране виктимизације у радно правним односима,⁴⁵ а горе је већ помену-та једина таква одредба у француском *Code Civil*. За разлику од њих, у нацрту европске кодификације облигационог права (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*-у даљем тексту: *DCFR*) недискриминација је зарадила комплетан Одјељак 2. у Глави II (рубрум Уговори и други правни послови). У овом нацрту недискриминација је призната као субјективно грађанско право у члану II-2:101, са уским персоналним и реалним домаћајем, тј. ограничена је на заштићена својства личности у виду пола, етничког или расног поријекла, те на друштвене односе регулисане уговором или правним послом чији је предмет јавни приступ робама и услугама. У наставку Одјељка су одредбе којима се дефинишу основни појмови недискриминације, правни лијекови и терет доказивања, (чл. II-2:101 до II-2:105), а у члану III-1:105 проширује се њен реални домаћај на обавезе за обезбјеђење приступа свим добрима и услугама доступним јавности, извршавање права на правни лијек због кршења тих обавеза или за престанак тих обавеза. Оваква опширност антидискриминационих одредби ипак није потребна у домаћем грађанском праву, обзиром да се ради о питањима која су регулисана Уставом и домаћим антидискриминационим законодавством.

Често пута прећутана али истовремено свеprisутна установа недискриминације у тексту ГЗ има горе објашњену троструку природу (јавни интерес, начело и субјективно грађанско право, односно обавеза). Оваква ширина

⁴⁴ „Ограничавање грађанских права ради омогућавања једнаких могућности свима може бити легитимно, али таквим ограничавајућим одредбама није мјесто у позитивном приватном праву, јер су једнаке могућности само један аспект јавне обавезе актера јавног живота који нуде своју имовину јавности.“ Peter Benson, *Equality of Opportunity and Private Law, Human Rights in Private Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2001, 243.

⁴⁵ „Послодавац не смије дискриминисати запосленог по споразуму или као мјеру из разлога што запослени врши своје право на допуштен начин.“ Коришћен енглески превод доступан на https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/.

значења може да користи борби против дискриминације у грађанско-правним односима. Ако се посматра као јавни интерес, уплив недискриминације у грађанско-правне односе се одвија путем неодређених и упућујућих појмова у ГЗ, што исходује посљедице у виду поништења правних послова⁴⁶ и измјене начина вршења овлашћења апсолутног дејства (стварних, личних и др.).⁴⁷ Далје, одредбе члана 3. став 2. ГЗ су јасно усмјерене на схватање дискриминације као начела тумачења чијом примјеном судови и друге јавне власти рјешавају спорове у грађанско-правним односима. На крају, одредбе о правима личности у члановима 84. до 92. ГЗ дају основа за тврдњу да је недискриминација субјективно грађанско право, односно обавеза барем у дијелу у коме се подудара са правима личности.

Међутим, обавеза да се не дискриминише превазилази оквир корелативних права личности и свакако се односи на све грађанско-правне односе. Изузев горе поменутих изузецима у члановима 1398., 1608. и 2285. изостало је позитивисање једне овакве опште грађанско-правне обавезе, што оставља антидискриминациони наратив цјелине текста ГЗ недореченим. И овај недостатак би се могао релативизовати поновним и још флексибилнијим читањем између редова, али би било корисније допунити члан 3. новим ставом 3., који би гласио:

„Свако је дужан да се уздржи од дискриминације друџих у вршењу својих субјективних љрава. Применом ове одредбе не сме се несразмерно уџрозити љривајноси љ физичкоџ лица, ни љи онемоџућии остиваривање јавноџ или љривајноџ иџтереса веће вредности.“

Оваквом одредбом би се постигло више бенефита како за антидискриминациону заштиту, тако и за правну сигурност. Прије свега, овим би се омогућила употреба једног прецизнијег алата за јавноправну интервенцију у правне послове, у виду модификације субјективних права и обавеза *inter partes*, умјесто поништења правног посла као редовне посљедице његове противности „принудним прописима, јавном поретку, добрим обичајима и моралу.“ Друго, на овај начин би забрана дискриминације била конкретизована општом обавезом да се сва субјективна права, како апсолутна тако и релативна, врше на начин којим се неће правити друштвено неоправдана разлика између субјеката у грађанско-правним односима. Барем, оваква би одредба јасно упутила да ГЗ не допушта она понашања на која би ималац иначе био овлашћен у извршавању свог субјективног права уколико би та понашања била дискриминаторска по свој природи или посљедицама. Далје, имајући у виду ризик од компромитовања кључних вриједности приватног права попут слободе, приватности и аутономије воље, обавеза да се не дис-

⁴⁶ Вид. нпр. чл. 102, 194, 198, 2012, 202 и 235-239. ГЗ.

⁴⁷ Вид. нпр. чл. 86, 88, 93, 1698, 1921 и 1945 и 2314. став 2. ГЗ.

криминише ипак мора бити реално и персонално ограничена на оне субјекте и односе у којима егалитарни јавни интерес има превагу над другим важним интересима.⁴⁸ Законодавац свакако не може унапријед повући прецизну границу пожељности остваривања идеје друштвене једнакости у бескрајном мноштву и шаренилу грађанско-правних односа, осим што може да заштити неприкосновени простор приватности од насртаја јавних власти. Тај простор интима заслужују само физичка лица, пошто остали грађанско-правни субјекти треба да имају веће јавноправне обавезе које произлазе како из самог чина јавног признавања свог субјективитета, тако и због обављања дјелатности које су по својој природи увијек окренуте јавности.⁴⁹ У свему осталом законодавац може само да упутити тумаче права да примјеном теста сразмјерности утврде оправданост ове обавезе у конкретним грађанско-правним односима. Јасно истицање овакве норме у ГЗ би постало тумаче права на примјену антидискриминационог законодавства и јасније истакло аспект сукоба антидискриминационе норме и грађанскоправне норме која иначе уређује одређени грађанскоправни однос. Упућивање законодавца да се домаћај субјективних права у конкретним предметима дефинише тестом сразмјерности по узору на члан 20. став 3. Устава Србије би било у функцији остваривања дистрибутивне правде и врлине правде у смислу члана 2. ГЗ.

5. ЗАКЉУЧАК

Дејство недискриминације у грађанском праву се огледа у интеракцији и сукобу са установама грађанског права које иначе уређују одређени грађанско-правни однос, и то тако што поништава дискриминирајуће правне послове или пак квалификује противправним дискриминаторска вршења субјективних права.

Предложени текст ГЗ отвара широке могућности за борбу против дискриминације. Омогућено је да недискриминација утиче на грађанско-правне односе тројачко: директно, посредно и правосудном примјеном. Зависно од степена конкретизације, недискриминација у предложеном тексту има исто тако троструку природу. Прво, ради се о јавном интересу који се конкретизује

⁴⁸ „Слобода, посебно слобода уговарања, може бити ограничена у корист неког аспекта правде – нпр. да би се спријечили неки од облика дискриминације или да би спријечила злоупотреба доминантне позиције. Начела чак могу да се сукобљавају унутар себе, зависно од становишта са ког се посматра одређена ситуација: слобода да се не буде дискриминисан ограничава слободу другог да дискриминише. Један аспект правде (нпр. једнак третман) се може сукобити са другим (нпр. заштита слабијих). Зато се начела никада не могу примјенити у на чист и ригидан начин.“ *DCFR*, 60-61.

⁴⁹ Ж. Рашевић, 78.

путем неодређених правних појмова у ГЗ; друго, о начелу тумачења који обавезује судску и управну власт; треће, о субјективном грађанском праву личности и корелативној обавези *erga omnes* уздржавања од повреде тог права. У самом тексту није јасно изражена природа недискриминације као свеобухватне грађанско-правне обавезе која реално и персонално покрива цјелокупно подручје регулисања грађанског права, осим оних ситуација у којим грађанскоправна начела слободе и аутономије воље и људско право на приватност имају превагу. Зато се у циљу постизања ефикасније борбе против дискриминације предлаже позитивисање свеобухватне грађанско-правне обавезе да се не дискриминише. Таква обавеза не смије нарушити сферу неприкосновене интиме људског бића нити друге важније јавне и приватне интересе.

Živorad M. Rašević, Ph.D.
zrasevic@yahoo.com

Non-Discrimination in the Draft of the Serbian Civil Code

Abstract: *The draft of the Serbian Civil Code facilitates the combat against discrimination in several ways. It enables the impact of non-discrimination norms in the civil law relations according to each of three theoretical models of application of human rights in private law: direct, indirect and judicial. Depending on the level of concretization, the non-discrimination in the draft is of a triple character: (1) a public interest that is expressed through wide civil-law concepts drafted, (2) a principle of interpretation and (3) the individual civil right of personality, correlated with the obligation erga omnes to abstain from the violation of that right. However, the last and the least disputable notion of non-discrimination as a comprehensive civil obligation cannot be clearly recognized in any interpretation of its text. For the sake of efficiency of the combat against discrimination, it is proposed to expressly postulate a comprehensive civil obligation not to discriminate against, which must not jeopardize the privacy of human being and prevailing public or private interest.*

Keywords: *non-discrimination, interest, principle, right of personality, obligation.*

Датум пријема рада: 24.01.2018.

*Рајко С. Радошевић, асистент
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs*

ПРУЖАЊЕ ЈАВНИХ УСЛУГА У ОБЛАСТИ БИОМЕДИЦИНЕ*

Сажетак: У раду се анализира једна од новина, уведених Законом о општем управном поступку – пружање јавних услуга. У складу са овим Законом, пружање јавних услуга требало би да сјада у предмет управног поступка и представља један од облика „управног поступка“. Суштински посматрано, међутим, под пружањем јавних услуга не ради се о „управном поступку“, него о делатностима јавних служби. Смисао нормирања ових делатности Законом о општем управном поступку огледа се у обезбеђивању правне заштите корисницима јавних услуга. На примеру здравствених услуга у области биомедицине показује се да законодавац на овај начин само неопходно удваја и компликује правну заштиту корисника јавних услуга, с обзиром на то да она већ постоји и да је уређена посебним прописима.

Кључне речи: управни поступак, пружање јавних услуга, јавне службе, приговор, саветник за заштиту права пацијената, биомедицина.

1. УВОД

О биомедицини, у оквиру управног права, до сада је могло да се говори само у контексту послова државне управе, који се у овој области обављају. Нови Закон о општем управном поступку, међутим, даје нам и један нови угао посматрања. Једна од управних активности, у складу са овим Законом, постаје и пружање јавних услуга. Под јавне услуге подводе се и здравствене услуге, које се пружају у области биомедицине. Предмет управног поступка

* Рад је резултат истраживања на пројекту “Биомедицина, заштита животне средине и право“ (број пројекта 179079) који се финансира средствима Министарства просвете, науке и технолошког развоја. (Рад је резултат истраживања у 2018. години)

тима се проширује, тако да обухвата и оне активности које не спадају у полове државне управе, већ у делатности јавних служби.

Овакво проширење предмета управног поступка доноси са собом бројне дилеме. Да ли се овде заиста ради о делатности која се врши по правилима Закона о општем управном поступку? Или то само изгледа тако, формално и на први поглед? У чему се огледа прави смисао повезивања делатности јавних служби и управног поступка?

При покушају да одговори на ова питања, аутор полази од неколико основних теза. Полази најпре од тезе да пружање јавних услуга (вршење делатности јавних служби) није предмет управног поступка. Смисао пружања јавних услуга, као новог облика „управног поступања“, огледа се у обезбеђивању правне заштите њиховим корисницима; правне заштите која се на овај начин удваја, с обзиром на то да она већ постоји и да је уређена посебним прописима. Ова теза може да се провери и на примеру здравствене делатности у области биомедицине.

2. ПРУЖАЊЕ ЈАВНИХ УСЛУГА – НОВИ ОБЛИК „УПРАВНОГ ПОСТУПАЊА“?

У складу са Законом о општем управном поступку, под изразом „управно поступање“ подразумева се поступање у управним стварима. Оно обухвата различите активности, повезане тиме што се врше у појединачним ситуацијама, у којима се, непосредном применом прописа, правно или фактички утиче на положај странака. „Управно поступање“ тако обухвата доношење управних и гарантних аката, закључење управних уговора, предузимање управних радњи и пружање јавних услуга.¹

У основи стварања овог појма, новог у нашем правном систему, налази се идеја о проширењу предмета управног поступка.² У предмет управног

¹ Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016 – ЗУП, чл. 2, у вези са чл. 16-32. У првобитном Предлогу новог Закона о општем управном поступку, из 2012. године, уместо о „управном поступању“, говорило се о „управним активностима“. (Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 620. седници Владе Републике Србије [за време мандата Владе Републике Србије изабране 7. јула 2008. године и реконструисане 14. марта 2011. године], 23. фебруара 2012. године, http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=168120 [приступљено: 20.01.2018] – Предлог ЗУП-а из 2012, чл. 17) „Сам термин ‘управно поступање’ представља новину у нашем правном систему и неуспешан покушај да се ове суштински различите ствари повежу у једну целину. Ради се, заправо, само о ‘игри речима’, која би, претпостављамо, требало да нам укаже на то да се правила која уређују управни поступак примењују приликом ‘управног поступања’.“ (Драган Милков, Ратко Радосевић, „Неке новине у Закону о општем управном поступку: ‘управно поступање’“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* [Зборник радова ПФНС], 3/2016, 737)

² Једна од „стратешких новина“ Закона о општем управном поступку тиче се „знатног проширивања процесног предмета закона, поред оног стандардног, управног акта – и на

поступка, поред доношења управних аката и издавања јавних исправа, сада би требало да спадају и остале активности управе, које се врше у појединачним ситуацијама. Другим речима, то значи да би правила о управном поступку требало да се примењују на доношење и вршење свих појединачних аката и радњи управе. Неке од ових активности управе и до сада су постојале у нашем правном систему, али има и оних које су новина.³

Једну од новина, уведених Законом о општем управном поступку, представља и пружање јавних услуга. Под пружањем јавних услуга подразумева се, првенствено, вршење привредних и друштвених делатности, за које је законом утврђено да се врше у општем интересу. Вршење ових делатности служи задовољавању потреба корисника јавних услуга и остваривању њихових права и правних интереса; под претпоставком да ове делатности не представљају неки други облик управног поступања.⁴

Под истим условом, у пружање јавних услуга сврставају се и остале делатности, односно послови управе којима се задовољавају потребе корисника јавних услуга и остварују њихова права и правни интереси. Остваривање права и правних интереса корисника јавних услуга и задовољавање њихових потреба мора да буде уредно, квалитетно и под једнаким условима, без обзира на врсту јавне услуге која се пружа.⁵

Законска дефиниција јавних услуга исувише је широка и непрецизна, тако да није сасвим јасно на које се тачно делатности она односи. Имајући у виду чињеницу да се у законској дефиницији првенствено говори о при-

гарантни акт, на управне уговоре и остале облике управних активности, на управне радње и на обезбеђивање пружања, односно само пружање јавних услуга; при чему је појму управне ствари одређена шира садржина“. (Зоран Р. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Београд 2017, 38)

³ Проширењем предмета управног поступка и стварањем нових облика „управног поступања“, Законом о општем управном поступку, одступа се, термилошки и појмовно, од осталих важећих прописа. Активности које обавља државна управа у Уставу Републике Србије означене су термином „послови државне управе“. (Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 136, ст. 2-3) Исти термин користи се и у Закону о државној управи. (Закон о државној управи, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018 и 30/2018 – др. закон, чл. 1) Суштински посматрано, послови државне управе не поклапају се са активностима које спадају у „управно поступање“ (Вид. Закон о државној управи, чл. 12-21) У домаћој правној теорији оваква неусаглашеност исправно се оцењује као проблематична: „[О]сновни смисао доношења Закона о општем управном поступку би требало да буде уређивање поступка вршења задатака и послова управе који су претходно одређени у Закону о државној управи, као основним организационим прописом којим су на основу Устава утврђене основне групе задатака и послова органа управе. Ако се већ жели у постојећи правни систем увести неки нови задатак или посао органа управе, онда то треба уредити кроз измене постојећег Закона о државној управи [...]“. (Зоран Лончар, „О Нацрту Закона о општем управном поступку“, *Правна ријеч*, 35/2013, 433-434)

⁴ ЗУП, чл. 31, ст. 1.

⁵ ЗУП, чл. 31, ст. 2-3.

вредним и друштвеним делатностима од општег интереса, могло би да се закључи да се под пружањем јавних услуга подразумевају оне делатности које врше јавне службе.⁶ На такав закључак наводи нас и дефиниција јавних служби. Под делатностима јавних служби, према Закону о јавним службама, подразумевају се оне делатности којима се уредно, квалитетно и под једнаким условима, обезбеђује остваривање права, односно задовољавање потреба грађана и организација.⁷

Проблем се састоји у препознавању осталих делатности, односно послова управе. Ова формулација потпуно је неодређена и не даје готово никакве смернице при покушају да се утврди о каквим је то јавним услугама реч. О томе да ли се и овде ради о неким делатностима јавних служби може само да се нагађа. Законодавац је понудио искључиво негативан критеријум – то су делатности које не представљају неки други облик управног поступања. Не знамо једино чијег: јавних служби – или свих оних субјеката који у управном поступку имају улогу органа, укључујући и органе управе. Одређујући ове јавне услуге „по остатку“, законодавац и помиње органе, а не јавне службе.⁸ Питање је само које то „јавне услуге“ пружају органи управе, а да се при томе не мисли на данас све чешће присутан софизам о управи као „сервису грађана“ и „услугама“ које им она пружа.⁹

Сама идеја о томе да јавне службе пружају јавне услуге није спорна. Није чак ни сасвим нова; о пружању услуга корисницима говори се и у Закону о јавним службама.¹⁰ Јавне услуге су се и до сада пружале – оне нису изми-

⁶ У првобитном Предлогу новог Закона о општем управном поступку, из 2012. године, изричито је било наведено да се под пружањем јавних услуга подразумевају активности јавних служби. (Предлог ЗУП-а из 2012, чл. 40) Исто важи и за Предлог новог Закона о општем управном поступку из 2013. године (Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 120. седници Владе Републике Србије [за време мандата Владе Републике Србије изабране 27. јула 2012. године и реконструисане 2. септембра 2013. године], 18. децембра 2013. године, http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=201834 [приступљено: 20.01.2018], чл. 31) У овим предлозима нису се помињале никакве „делатности, односно послови управе од стране органа“.

⁷ Закон о јавним службама, *Службени гласник РС*, бр. 42/91, 71/94, 79/2005 – др. закон, 81/2005 – испр. др. закона, 83/2005 – испр. др. закона и 83/2014 – др. закон, чл. 1, ст. 1, у вези са чл. 8, ст. 1.

⁸ У смислу Закона о општем управном поступку, под органом се подразумевају „државни органи и организације, органи и организације покрајинске аутономије и органи и организације јединица локалне самоуправе, установе, јавна предузећа, посебни органи преко којих се остварује регулаторна функција и правна и физичка лица којима су поверена јавна овлашћења“. (ЗУП, чл. 1)

⁹ Идеја о управи као „сервису грађана“ само је још један у низу покушаја да се прикрије суштина управне делатности – као једне од функција државне власти. Никакви еуфемизми, међутим, ослоњени више на идеолошке представе о управи него на важеће право, не могу да промене њену суштину.

¹⁰ Закон о јавним службама, чл. 8, ст. 2.

шљене новим Законом о општем управном поступку. Спорна новина огледа се у томе што се пружање јавних услуга сада третира као управни поступак, као облик „управног поступања“.

Зашто је ова новина спорна? Зато што привредне и друштвене делатности не могу да се врше у управном поступку. Правни поступци служе томе да се донесе одговарајућа одлука. У управном поступку та одлука има карактер управног акта. Пружање јавних услуга и управни поступак представљају активности различите правне природе и не могу да се споје, јер би то довело до апсурдних ситуација.¹¹

Оно што је немогуће, законодавац изгледа није ни желео да уради. Неспретним сврставањем пружања јавних услуга у предмет управног поступка, законодавац је изгледа желео да постигне нешто сасвим друго. Његова намера није била то да се према правилима о управном поступку пружају саме јавне услуге, него то да се у управном поступку обезбеди заштита права корисника јавних услуга. Само пружање јавних услуга, дакле, није облик „управног поступања“, нити то може да буде. Предмет управног поступка је заштита права корисника јавних услуга, која се остварује изјављивањем приговора.¹²

Тек пажљивим тумачењем открива се оно што би требало да буде прописано јасно и изричито: правила о управном поступку јавне службе не примењују онда када врше своју основну делатност, него онда када аутори-

¹¹ „Скрећемо пажњу на то да су и комуналне услуге јавне услуге, тако да би се по правилима управног поступка морале вршити и све комуналне услуге, као што су одржавање чистоће, градско зеленило, водовод, канализација итд. И јавне службе могу да врше одређене послове државне управе, као поверене послове (на пример могу да доносе управне акте, издају јавне исправе), али је то онда већ обухваћено одредбама управног поступка и нема потребе да се уводи нови, нејасан појам.“ (Драган Милков, „Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку: корак напред и десет у страну?“, *Зборник радова ПФНС*, 1/2013, 95)

¹² Овакво тумачење потврђује и образложење Предлога Закона о општем управном поступку, у којем пише: „Важно је разумети значај приговора код управних радњи и пружања јавних услуга. Предузимање ове две врсте управног поступања није регулисано Предлогом ЗУП-а (изузев једне врсте управних радњи која је уређена и постојећим ЗУП-ом на идентичан начин – издавање јавних исправа). Оно је уређено посебним прописима. Оно што је регулисано јесте правна заштита у случају њиховог незаконитог и/или нецелисходног (не)предузимања – и то кроз описани механизам изјављивања приговора, добијања управног акта и могућности да странка даље штити своја права и интересе уобичајеним управноправним путем (жалба, тужба).“ (Образложење Предлога Закона о општем управном поступку, усвојеног на 195. седници Владе Републике Србије [за време мандата Владе Републике Србије изабране 27. априла 2014. године], 2. фебруара 2016. године, http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=257741, [приступљено 20.01.2018] – Предлог ЗУП-а из 2016 [Образложење – анализа ефеката], 40) У хрватском Закону о општем управном поступку, који је послужио као непосредан узор за доношење нашег Закона, то чак и изричито пише: правила о управном поступку уређују искључиво правну заштиту корисника јавних услуга. (Закон о општем управном поступку, *Народне новине*, бр. 47/09, чл. 3, ст. 3, у вези са чл. 157-158)

тативно одлучују о правима и правним интересима странака. У складу са новом терминологијом, то би значило да јавне службе не примењују правила о управном поступку онда када пружају јавне услуге, него онда када корисници јавних услуга желе да заштите своја права и правне интересе.

3. ЈАВНЕ УСЛУГЕ И БИОМЕДИЦИНА

Полазећи од наших важећих прописа, гледано из угла управног права, област биомедицине односи се на пресађивање људских органа, биомедицински потпомогнуто оплођење, људске ћелије и ткива и трансфузијску медицину. Ради обављања послова државне управе у овој области, основан је и један специјализовани орган, Управа за биомедицину, као орган управе у саставу министарства надлежног за послове здравља.¹³

Под пружањем јавних услуга, међутим, не мисли се на послове Управе за биомедицину. Пружање јавних услуга не спада у послове државне управе, без обзира на то што је Законом о општем управном поступку сврстано међу управне активности; тачније, међу облике „управног поступања“.

Ко то онда пружа јавне услуге у области биомедицине и шта се под тим подразумева? Ако се под пружањем јавних услуга подразумевају друштвене делатности, за које је законом утврђено да се врше у општем интересу, онда то значи да ове делатности у области биомедицине не врше органи управе – него здравствене установе. Другачије речено, ако се под пружањем јавних услуга подразумевају делатности јавних служби, онда то значи да у области биомедицине јавне услуге пружају установе које се баве пословима здравствене заштите.¹⁴ Прецизније: пословима здравствене заштите везаним за људске ћелије и ткива, пресађивање људских органа, биомедицински потпомогнуто оплођење и трансфузијску медицину. Услови под којима се ови послови врше и сâм начин њиховог вршења уређени су посебним законима.¹⁵

¹³ Закон о пресађивању људских органа, *Службени гласник РС*, бр. 57/2018, чл. 1, ст. 2. О пословима државне управе у области биомедицине вид. Ратко Радосевић, „Организација и улога државне управе у области биомедицински потпомогнутог оплођења“, *Зборник радова ПФНС*, 3/2015, 1355-1369.

¹⁴ Закон о јавним службама, чл. 3, ст. 1. Здравствена заштита представља организовану и свеобухватну делатност друштва чији се циљ састоји у остваривању највишег могућег нивоа очувања здравља грађана и породице. Вршењем здравствене делатности, здравствену заштиту обезбеђују здравствене службе – здравствене установе и приватна пракса. (Закон о здравственој заштити, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 72/2009 – др. закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 – др. закон, 93/2014, 96/2015, 106/2015, и 105/2017 – др. закон, чл. 2, ст. 1, у вези са чл. 5, ст. 1 и чл. 6) Остваривање општег интереса у здравственој заштити изричито је уређено законом. (Вид. Закон о здравственој заштити, чл. 18)

¹⁵ Уз већ поменути Закон о пресађивању људских органа ту спадају и: Закон о људским ћелијама и ткивима, *Службени гласник РС*, бр. 57/2018 ; Закон о трансфузиолошкој

Генерално посматрано, здравственим установама је за обављање ових делатности потребна дозвола директора Управе за биомедицину.¹⁶ Овде се на јасан начин уочава разлика између послова државне управе и пружања јавних услуга. У послове државне управе и „управно поступање“ спада доношење решења о издавању (и одузимању) дозволе за обављање ових здравствених делатности, а не само обављање здравствених делатности (пужање јавних услуга).

4. ПРИГОВОР ЗБОГ НАЧИНА ПРУЖАЊА ЈАВНИХ УСЛУГА У ОБЛАСТИ БИОМЕДИЦИНЕ – НЕОПХОДНОСТ ИЛИ НЕПОТРЕБНО УДВАЈАЊЕ?

Пужање јавних услуга није уређено правилима о управном поступку, као што је претходно и објашњено. Начин пружања јавних услуга уређен је посебним прописима, али и правилима одговарајуће струке (у контексту теме овог рада, то би била правила медицинске струке). Смисао нормирања јавних услуга у Закону о општем управном поступку састоји се у обезбеђивању заштите права њихових корисника. У том смислу, корисници јавних услуга могу да изјаве приговор, ако се њихова права и потребе не остварују уредно и квалитетно, под једнаким условима.¹⁷

У Закону о општем управном поступку приговор је дефинисан као ре-монстративно правно средство, које се изјављује руководиоцу оног субјекта

делатности, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009 (Од 01. јануара 2019. године почиње да се примењује нови Закон о трансфузијској медицини, *Службени гласник РС*, бр. 40/2017 и 113/2017 – др. закон); Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи, *Службени гласник РС*, бр. 40/2017 и 113/2017 – др. закон.

¹⁶ Закон о пресађивању људских органа, чл. 13-15; Закон о људским ћелијама и ткивима, чл. 9-11; Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи, чл. 15-17 (дозвола за обављање делатности биомедицински потпомогнутог оплођења може да се изда не само здравственим установама, већ и приватној пракси). У области трансфузиолошке делатности још увек се примењује стари Закон, у складу са којим дозволу за обављање ове делатности издаје министар надлежан за послове здравља. (Закон о трансфузиолошкој делатности, чл. 8-12) Када почне да се примењује нови Закон, од 01. јануара 2019. године, и ову дозволу ће издавати директор Управе за биомедицину. (Закон о трансфузијској медицини, чл. 11-14) Овим се заокружује промена правног режима управних аката којима се одлучује о издавању и одузимању дозвола за обављање здравствене делатности у области биомедицине. Раније су ови управни акти имали својство коначности у управном поступку, с обзиром на то да их је доносио министар надлежан за послове здравља. (Вид. Р. Радошевић, 1360-1363) Према новим прописима, ове управне акте доноси директор Управе за биомедицину, те они, самим тим, имају карактер првостепених управних аката. Против њих може да се изјави жалба у управном поступку – министру надлежном за послове здравља. Против решења министра, затим, може да се покрене управни спор.

¹⁷ ЗУП, чл. 32.

који пружа јавне услуге, у року од 15 дана од тренутка у којем јавна услуга није пружена на одговарајући начин (уредно и квалитетно, под једнаким условима).¹⁸ У области биомедицине, као и здравствене заштите уопште, то би значило да се приговор, у наведеном року, изјављује директору здравствене установе.¹⁹ О приговору се одлучује решењем, у року од 30 дана, а уколико је приговор основан, налаже се предузимање законом одређених мера ради отклањања недостатака у пружању јавне услуге.²⁰

Против решења о приговору, по правилу, странка може да изјави жалбу. Орган који одлучује о жалби има иста овлашћења као и орган који је одлучивао о приговору у првом степену.²¹ Против коначног решења о приговору (по правилу другостепеног, а изузетно и првостепеног – ако жалба није дозвољена) странка може да покрене управни спор, као што је то и иначе могуће против коначних управних аката.

Зашто је приговор предвиђен новим Законом о општем управном поступку? Зашто је уопште и нормирана заштита права корисника јавних услуга? Најбоље је да нам то кажу сâми приређивачи Закона:

„Значај приговора се састоји управо у томе што досад није постојао управноправни пут заштите од неправилности у њиховом предузимању. Лицима чија права и интереси би били повређени неправилним предузимањем ових врста управног поступања стајале су две могућности на располагању. Они су могли да траже накнаду причињене штете или да поднесу некакву притужбу субјекту који их је предузео. Недостатак прве могућности је у томе што штета која се може потраживати у парничном поступку не мора увек настати или тражење накнаде штете у судском поступку може бити неисплативо (било због незнатног износа штете, било због њене несразмере са средствима (време и новац) која треба ангажовати у парничном поступку). Мана друге опције лежи у чињеници да је реч о обичној представи по којој орган може али не мора да поступи, а не о правном средству. Приговор је тај који отклања ову празнину у постојећем систему правне заштите. Он даје могућност

¹⁸ ЗУП, чл. 148, ст. 1, у вези са чл. 147, ст. 2, тач. 3. У првобитном Предлогу новог Закона приговор због начина пружања јавних услуга био је одређен као деволутивно правно средство: „Ако корисник јавних услуга сматра да су поступањем јавних служби повређена његова права или правни интереси, може изјавити приговор ради заштите својих права, односно правних интереса органу надлежном за спровођење надзора над обављањем тих активности.“ (Предлог ЗУП-а из 2012, чл. 40, ст. 2)

¹⁹ „Директор организује рад и руководи процесом рада, представља и заступа здравствену установу и одговоран је за законитост рада здравствене установе.“ (Закон о здравственој заштити, чл. 131, ст. 1)

²⁰ ЗУП, чл. 149, ст. 1 и ст. 3, тач. 3.

²¹ ЗУП, чл. 150.

странци да своја права и интересе заштити било пред субјектом који је предузео поступање, било пред вишом управном инстанцом или Управним судом.²²

Разлог нормирања приговора је, дакле, по речима приређивача новог Закона о општем управном поступку, отклањање празнине у постојећем систему правне заштите корисника јавних услуга. Ова празнина последица је тога што захтев за накнаду штете у парничном поступку и „некаква притужба“, по којој не мора да се поступи, не омогућавају корисницима јавних услуга да заштите своја права и правне интересе. Да ли ова празнина заиста постоји, може да се провери и на примеру здравствене делатности у области биомедицине, односно здравствене заштите уопште, будући да и ова делатност спада у пружање јавних услуга.

Заштита права пацијената, односно корисника здравствених услуга, а то значи и оних у области биомедицине, уређена је посебним законом – Законом о правима пацијената.²³ У складу са овим Законом, пацијенти имају право на приговор и право на накнаду штете. Право на приговор постоји онда када пацијент сматра да му је ускраћено право на здравствену заштиту, или да му је поступком здравственог радника, односно здравственог сарадника, ускраћено неко од права из области здравствене заштите.²⁴ Право на накнаду штете, које унапред не може да се искључи или ограничи, има онај пацијент који у остваривању здравствене заштите претрпи штету на свом телу или погоршање здравственог стања због стручне грешке здравственог радника, односно здравственог сарадника. Ово право остварује се према општим правилима о одговорности за штету.²⁵

Приговор се подноси саветнику за заштиту права пацијената (саветник пацијената).²⁶ Послове саветника пацијената обавља лице које одређује јединица локалне самоуправе. То лице мора да буде дипломирани правник са положеним стручним испитом за рад у органима државне управе, који

²² Предлог ЗУП-а из 2016 [Образложење – анализа ефеката], 40.

²³ „[П]ацијент је лице, односно осигурано лице у смислу Закона о здравственом осигурању, болесно или здраво, које затражи или коме се пружа здравствена услуга ради очувања и унапређења здравља, спречавања, сузбијања и раног откривања болести, повреда и других поремећаја здравља и благовременог и ефикасног лечења и рехабилитације.“ (Закон о правима пацијената, *Службени гласник РС*, бр. 45/2013, чл. 2, ст. 1, тач. 1)

²⁴ Закон о правима пацијената, чл. 30.

²⁵ Закон о правима пацијената, чл. 31.

²⁶ Закон о правима пацијената, чл. 30. У Закону заправо пише да се приговор изјављује „здравственом раднику који руководи процесом рада или директору здравствене установе, односно оснивачу приватне праксе или саветнику за заштиту права пацијената“. У даљем тексту Закона, међутим, уређено је само подношење приговора саветнику за заштиту права пацијената. О приговору који се подноси осталим лицима у Закону нема никаквих правила.

има најмање три године радног искуства у струци и који познаје прописе у области здравства. Здравствена установа дужна је да на видном месту истакне име и презиме саветника пацијената, његово радно време, адресу и број телефона.²⁷

Приговор саветнику пацијената може да се поднесе у писаном облику, или усмено на записник. Саветник пацијената одмах, а најкасније у року од пет радних дана од дана подношења приговора, утврђује све битне околности и чињенице. Здравствена установа дужна је да саветнику пацијената, у присуству здравственог радника, омогући увид у медицинску документацију пацијента, која је у вези са наводима изнетим у приговору. Дужна је такође да саветнику пацијената, на његов захтев, без одлагања, а најкасније у року од пет радних дана, достави све тражене информације, податке и мишљења.²⁸

Када утврди све релевантне чињенице и околности, саветник пацијената сачињава извештај, који одмах, а најкасније у року од три радна дана, доставља подносиоцу приговора, руководиоцу организационе јединице и директору здравствене установе. Директор здравствене установе има обавезу да у року од пет радних дана од добијања извештаја достави саветнику пацијената обавештење о поступању и предузетим мерама.²⁹

Подносилац приговора који је незадовољан извештајем саветника пацијената може да се обрати Савету за здравље, здравственој инспекцији, односно надлежном органу организације здравственог осигурања код које је пацијент здравствено осигуран. Савет за здравље, као и саветник пацијената, оснива се у јединици локалне самоуправе, а поступајући по поднетим приговорима овлашћен је да даје одговарајуће препоруке.³⁰

Враћајући се на питање о потреби за увођењем приговора у управном поступку, као средства правне заштите корисника јавних услуга, мора да се примети да редактори новог Закона о општем управном поступку нису сасвим у праву. На примеру здравствене делатности може да се уочи да тврдња о празнини у систему правне заштите корисника јавних услуга није сасвим оправдана. Остављајући по страни право на накнаду штете, које у овом случају није спорно, тврдња о томе да корисницима јавних услуга остаје само „некаква притужба“, на коју не мора ни да се одговори, неоправдано је упрошћена и стога није прихватљива.

О правној природи приговора који се изјављује саветнику пацијената и контроли коју он спроводи у односу на здравствене установе могло би да

²⁷ Закон о правима пацијената, чл. 38, ст. 1, чл. 39, ст. 1, чл. 40, ст. 3. Све обавезе које имају здравствене установе и њихови директори имају и други субјекти који обављају здравствену делатност (приватна пракса и њен оснивач, између осталих).

²⁸ Закон о правима пацијената, чл. 41, ст. 1-2, чл. 40, ст. 4-5.

²⁹ Закон о правима пацијената, чл. 41, ст. 3-4.

³⁰ Закон о правима пацијената, чл. 41, ст. 5, чл. 42, ст. 1, тач. 2.

се расправља. Међутим, тај приговор не би могао да се назове „некаквом притужбом“, по којој не мора ни да се поступи. Напротив, обавеза поступања по изјављеном приговору изричито је предвиђена. Одређени су и веома кратки рокови за то поступање, као и овлашћења саветника пацијената која служе утврђивању релевантних чињеница и околности. Овим овлашћењима саветника пацијената одговарају и обавезе здравствене установе која врши здравствену делатност, укључујући и обавезу директора здравствене установе да саветнику пацијената достави обавештење о поступању и предузетим мерама. Подносилац приговора који је незадовољан исходом спроведеног поступка и извештајем саветника пацијената има могућност да своје незадовољство изрази и пред Саветом за здравље, али и пред здравственом инспекцијом.

Резултат је следећи: пацијент има право да изјави два приговора због начина пружања здравствене услуге. Један приговор изјављује се саветнику пацијената, на основу Закона о правима пацијената, а други директору здравствене установе, на основу Закона о општем управном поступку. У каквом су онда односу ова два приговора? Да ли они могу да се користе паралелно или могућност изјављивања једног приговора спречава изјављивање другог?

У Закону о правима пацијената одговор на ова питања не може да се пронађе. То није необично, с обзиром на то да при доношењу овог Закона није ни могло да се узме у обзир оно што није ни постојало – приговор у општем управном поступку. При доношењу Закона о општем управном поступку пак овакве ситуације могле су и морале да се узму у обзир. Зато је и наведено ограничење у складу са којим приговор у управном поступку може да се изјави под условом да не може да се изјави неко друго правно средство (у управном поступку).³¹ Нажалост, ово ограничење нам у анализираној ситуацији не помаже много, с обзиром на то да приговор који се изјављује саветнику пацијената није правно средство у управном поступку. Њиме се иницира један посебан поступак контроле пружања здравствених услуга, који нема карактер управног поступка. До управноправног режима контроле здравствених услуга долази се тек онда када се пацијент обрати надлежној инспекцији, али то не мења правну природу приговора саветнику пацијената и поступка који се по његовом изјављивању спроводи. Норме које уређују тај поступак ни на једном месту не упућују на општа правила о управном поступку, што би указало на то да је у питању посебан управни поступак.³²

³¹ ЗУП, чл. 147, ст. 1.

³² Напротив, у Закону о правима пацијената пише да начин поступања по приговору, образац и садржај записника и извештаја саветника пацијената прописује министар надлежан за послове здравља. (Закон о правима пацијената, чл. 41, ст. 8) Правилник који уређује начин поступања саветника пацијената донет је 2013. године. (Правилник о начину поступања по приговору, образцу и садржају записника и извештаја саветника за заштиту права пацијената, *Службени гласник РС*, бр. 71/2013 и 40/2014 – испр.)

Полазећи од тврдње о томе да корисници јавних услуга не уживају правну заштиту, законодавац је одлучио да то промени, нормирајући приговор у Закону о општем управном поступку. Пажљивије истраживање, међутим, на примеру пружања здравствених услуга, показује да је та тврдња у одређеној мери произвољна. Правна заштита ипак постоји; и то специфична правна заштита, прилагођена области у којој се пружа ова врста јавних услуга. Да ли је онда приговор нормиран Законом о општем управном поступку заиста неопходан? Ако је његов смисао у томе да попуни празнину у режиму правне заштите корисника јавних услуга, онда се чини да није. Ако пак није неопходан, да ли је онда сувишан? Да ли се њиме само непотребно изазива конфузија и уводи двоструки режим заштите права корисника јавних услуга?

Можда би увођење приговора у управном поступку и могло да се разуме, као израз тежње да се корисницима јавних услуга обезбеди управноправни режим заштите (који након одлучивања о приговору подразумева жалбу у управном поступку и тужбу у управном спору). Можда би могло да се каже да таква заштита пружа више гаранција корисницима јавних услуга од заштите коју пружа саветник пацијената, који, по својој природи, може да се сврста у институцију специјализованог омбудсмана.³³ То, међутим, не значи да је начин на који законодавац жели да оствари своју идеју исправан. Области у којима јавне службе обављају своју делатност суштински су различите и за сваку од њих мора да постоји примерен и прилагођен режим правне заштите. Проблем не може да се реши једним потезом пера и увођењем једног „каучук правног средства“ које би требало да се растегне на све те области. Не смемо да заборавимо ни то да контрола коју врши саветник пацијената не искључује могућност контроле здравствених установа од стране надлежне инспекције.³⁴ Инспекцијски надзор такође је подведен под управноправни режим који пружа управноправне гаранције корисницима јавних услуга.

На крају, морамо да се запитамо да ли приговор и жалба у управном поступку и тужба у управном спору заиста могу да се сматрају делотворнијом

³³ Саветник за заштиту права пацијената представља специјализованог омбудсмана екстерног типа, за разлику од заштитника пацијентових права, који је, као специјализовани омбудсман интерног типа (формиран при здравственој установи), постојао пре доношења Закона о правима пацијената. (О карактеру Заштитника пацијентових права вид. Драган Милков, „Специјализовани омбудсмани“, *Зборник радова ПФНС*, 3/2007, 117)

³⁴ Надлежној инспекцији може да се обрати подносилац приговора, о чему је већ било речи. Надлежној инспекцији, међутим, мора да се обрати и саветник пацијената, уколико директор здравствене установе у року од пет радних дана од дана добијања извештаја не достави саветнику пацијената обавештење о поступању и предузетим мерама у вези са приговором. (Правилник о начину поступања по приговору, образцу и садржају записника и извештаја саветника за заштиту права пацијената, чл. 15)

заштитом права пацијената од заштите коју пружа саветник пацијената? Колико би то дуго пацијент требало да чега док се не реши о његовом приговору, жалби и тужби? Свакако неупоредиво дуже него што се поступа по приговору саветнику пацијената. Правна заштита која би трајала толико дуго, никако не може да се назове бољом и примеренијом. Напротив, у ситуацијама у којима се врши здравствена делатност она је, чини се, непримерена.

5. ЗАКЉУЧАК

Пружање јавних услуга, у складу са новим Законом о општем управном поступку, замишљено је као нови предмет управног поступка и нови облик „управног поступања“. Имајући у виду чињеницу да се у законској дефиницији јавних услуга, формулисаној широко и непрецизно, првенствено говори о привредним и друштвеним делатностима од општег интереса, оправдано може да се закључи да се под пружањем јавних услуга подразумевају делатности јавних служби.

Делатност јавних служби, међутим, не може да се врши у управном поступку. Упркос томе што је законодавац ову делатност, формално посматрано, сврстао међу облике „управног поступања“, она не може да се подведе под предмет управног поступка. У управном поступку не врши се делатност јавних служби (не пружају се јавне услуге); у управном поступку обезбеђује се правна заштита корисницима услуга које пружају јавне службе (корисницима јавних услуга). Смисао нормирања јавних услуга Законом о општем управном поступку огледа се, дакле, у обезбеђивању правне заштите њиховим корисницима.

У области биомедицине, јавне услуге пружају здравствене установе, оне које се баве пословима здравствене заштите везаним за људске ћелије и ткива, пресађивање људских органа, биомедицински потпомогнуто оплођење и трансфузијску медицину. Правна заштита корисника ових услуга требало би да се остварује, онако како је то замишљено Законом о општем управном поступку, изјављивањем приговора директору здравствене установе. О изјављеном приговору, директор здравствене установе одлучује решењем, против којег касније, по правилу, може да се изјави жалба. Када се донесе и коначно решење, онда може да се покрене и управни спор.

Законодавац је нормирање јавних услуга у Закону о општем управном поступку и образложио потребом да се њиховим корисницима обезбеди управноправна заштита, полазећи од тога да друга правна заштита у оваквим ситуацијама ни не постоји. Ова полазна претпоставка, међутим, не може да се прихвати као сасвим исправна, о чему сведочи и начин на који је уређена заштита корисника здравствених услуга. У складу са Законом о

правима пацијената, ова заштита остварује се такође изјављивањем приговора – саветнику за заштиту права пацијената.

Пацијент сада има право да изјави два приговора због начина пружања здравствене услуге. Један приговор изјављује се саветнику пацијената, на основу Закона о правима пацијената, а други директору здравствене установе, на основу Закона о општем управном поступку. Овакво удвајање правне заштите неизбежно наводи на питање о односу између ова два приговора и ова два различита пута заштите права пацијената. Ако је представа законодавца о празнини у области правне заштите корисника јавних услуга нетачна, онда се чини да је и приговор у управном поступку сувишан. Нарочито ако узмемо у обзир то да је правна заштита корисника јавних услуга уређена у зависности од конкретне делатности и прилагођена њиховим специфичностима. Једно „каучук правно средство“, које би требало да се растегне на све те делатности, само додатно компликује правну заштиту корисника јавних услуга, али је не унапређује.

Ratko S. Radošević, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
R.Radoševic@pf.uns.ac.rs

Providing of Public Services in the Field of Biomedicine

Abstract: *The paper analyzes one of the new notions in Serbian administrative law, created by the Law on General Administrative Procedure – providing of public services. In accordance with this Law, the providing of public services should fall within the scope of the administrative procedure and should constitute one of the forms of “administrative proceedings”. Substantially, however, the provision of public services is not an “administrative proceeding”. The real reason for regulating these activities by the Law on General Administrative Procedure is to provide legal protection to users of public services. Taking the health services in the field of biomedicine as an example, we can see that the legislator in this way only duplicates and complicates the legal protection of public services users, unnecessarily, since it is already regulated by special regulations.*

Keywords: *administrative procedure, providing of public services, objection, patients’ rights protection counselor, biomedicine.*

Датум пријема рада: 08.11.2018.

Николина Б. Мишчевић, асистент
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs

АКТИВНА ЛЕГИТИМАЦИЈА ЗА ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ ДУЖНИКА ИЗВАН СТЕЧАЈА: ВРЕМЕ НАСТАНКА ПОТРАЖИВАЊА

Сажетак: Право побивања правних радњи дужника је један од правних инструмената којим се повериоцу наситији иружии заштии у случају када дужник својим расиолагањем у користи ирећећ лица учини своји имовину недовољном за иринудно намирење ивериочевог ииираживања. Право побивања дужникових правних радњи има два облика: побивање правних радњи дужника у стечају и побивање правних радњи дужника изван стечаја. У раду је анализирано право побивања правних радњи дужника изван стечаја, и ио ииивање активне легиимације за побивање дужникових правних радњи. Тачније, у раду се наситији одговориии на ииивање да ли право побивања правних радњи дужника ситији на расиолагању само ивериоцима чије је ииираживање већ иоситијало у иренуику иредузимања побиване правне радње или и оним ивериоцима чије је ииираживање наситало након ииитије ова иравна радња иредузеи. Домаћа судска иракса на наведено ииивање не нуди јединсйвен одговор. Ситије су, ради лакшећ разумевања решења иредвићеног Законом о облигационим односима, иреиходно анализирани различии начини режулисана овог ииивања у римском и германском ираву, као и у домаћем ираву ире донощења Закона о облигационим односима.

Кључне речи: право побивања правних радњи дужника, иаулијанска иуужба (actio Pauliana), активна легиимација за побивање правних радњи дужника, време наситанка ииираживања.

1. О ПРАВУ ПОБИЈАЊА ПРАВНИХ РАДЊИ ДУЖНИКА ИЗВАН СТЕЧАЈА УОПШТЕ

Побивање правних радњи дужника води порекло из римског права у којем је, као једно од средстава заштите повериоца од покушаја дужника да

осујети намирење повериочевог потраживања, установљена паулијанска тужба (*actio Pauliana*).¹ Паулијанском тужбом је поверилац могао да побија правну радњу дужника предузету у корист трећег лица ради намирења свог потраживања. У модерним правима повериоцу инсолвентног дужника такође стоји на располагању могућност да, у циљу задовољења свог потраживања, побије правну радњу дужника којом је овај располагао у корист трећег. Мада је овај институт од првобитне паулијанске тужбе до данас претпео бројне измене, у теорији се ова два појма користе као синоними.

Дакле, право побијања правних радњи дужника је институт облигационог права којим се поверилац овлашћује да, ради намирења свог потраживања, отклони дејство располагања његовог инсолвентног дужника према трећем лицу, у оној мери колико је потребно да предметно потраживање буде намирено.

Овај институт представља изузетак од релативног карактера облигационих односа будући да омогућује мешање повериоца у однос између његовог дужника и трећег лица који је заснован правним послом у којем он није једна од уговорних страна.² Право побијања је једна од мера заштите повериоца у правном промету. Поједини аутори га сврставају у групу повериочевих допунских права која „омогућују повериоцу да сачува иницијалну вредност дужникове имовине“, односно „којима поверилац штити изгледе да намири своје потраживање“.³

Право побијања правних радњи дужника има компромисни карактер. Наиме, овај институт је продукт настојања да се оствари неколико међусобно сукобљених правних интереса. *Марковић* говори о три супротстављена интереса која се настоје помирити и остварити правом побијања дужникових правних радњи. Први интерес је заштита овлашћења дужника на располагање сопственом имовином као једно од основних начела приватног права. Други интерес, по *Марковићу* је заштита начела правне сигурности у смислу интереса трећих лица да правни послови закључени са дужником остану на снази. И на крају, трећи интерес је интерес заштите повериоца у случајевима када он, услед поступања дужника, може бити спречен да намири своје потраживање.⁴ Чини се да се и у другом и у трећем случају ради о заштити начела правне сигурности које, посматрано из угла трећег лица с једне стра-

¹ Поред паулијанске тужбе, у римском праву су постојале још три мере заштите поверилаца од несавесних дужника: интердикт (*interdictum fraudatorium*), повраћај у пређашње стање (*in integrum restitutio ob fraudem*) и *lex Aelia Sentia*. Божидар С. Марковић, *Право побијања изван сјечења*, Београд 2014, 27.

² Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb 1978, 1113.

³ Vuk Radović, Nenad Tešić, „On creditor's supplemental rights“, *Annals FLB – Belgrade law review* 3/2015, 141-169. Ови аутори уводе појам повериочевих допунских права (*supplemental rights*) као посебну групу права, различиту од секундарних, одн. узгредних права (*secondary rights*), а која, заједно са њима, улазе у састав облигације у ширем смислу (144-145).

⁴ Б. С. Марковић, 18.

не, и угла поверица, с друге стране, може водити различитим резултатима. Овим се правом успоставља равнотежа у остваривању наведених интереса, али да би се та равнотежа одржала потребно је вршити га у складу са условима предвиђеним законом и циљем ради којег је установљено.

Побијање дужникових правних радњи је по дејству слично рушљивости правног посла.⁵ Побијањем се правна радња дужника према трећем лицу лишава дејства. Међутим, између рушљивости правног посла и побијања постоје вишеструке разлике. Наиме, дејство побијања дужникових правних радњи је релативно.⁶ Оно дужникову правну радњу лишава дејства само у односу на повериоца и само у оној мери колико је потребно да повериочево потраживање буде намирено. То је најважнија разлика у односу на рушљивост код које, уколико дође до поништења, правни посао у потпуности остаје без дејства, уз обавезу сваке од уговорних страна да другој уговорној страни врати оно што је од ње примила на основу поништеног правног посла. Осим тога, док рушљивост правног посла може истицати само једна од уговорних страна, на побијање је овлашћен поверилац који у односу на правну радњу која се побија има својство трећег лица.⁷ Још једна разлика огледа се у томе што услед рушљивости, могу бити поништени само правни послови.⁸ Са друге стране, правилима о побијању могу се према повериоцу лишити дејства не само правни послови дужника закључени са трећим лицем, већ и друге правне радње, будући да су правни послови само једна врста правних радњи.⁹

⁵ У предатној правној литератури се термин *побијање* користи и за означавање рушљивих правних послова. Тако Franjo J. Spevec, *Tumač Zakonu od 24. ožujka 1897. pobijanju pravnih djela glede imovine insolventna dužnika*, Zagreb 1897, 7; Богдан Ђукић, *Преображајно право и паулијанско право побијања*, Београд 1935, 41. Ово је вероватно последица преузимања института из германског права, будући да се у Немачкој и Аустрији исти термин (*Anfechtung*) користи и за побијање правних радњи дужника, и за поништај рушљивог правног посла, иако се међу ова два института прави јасна разлика као и у домаћем праву. Међутим, код нас се термин *побијање* рано, а нарочито након доношења Закона о побијању правних дела изван стечаја из 1931. године, издвојио као карактеристичан за означавање права повериоца да, ради намирења свог потраживања, лиши правног дејства правну радњу дужника према трећем лицу.

⁶ Ljubiša Milošević, *Obligaciono pravo*, Beograd 1974, 242, Б. Визнер, 1131.

⁷ Ulbert Ehrenzweig, *Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung*, Wien 1916, 31-36.; Ivo Politeo, *Zakon o pobijanju pravnih djela izvan stečaja od 22. I 1931. godine*, Zagreb 1931, 16-19; Б. С. Марковић, 23, Димитар Поп-Георгијев у: *Коментар Закона о облигационим односима* (Ред. Слободан Перовић и Драгољуб Стојановић), Правни факултет Крагујевац 1980, 804-805.

⁸ О рушљивости правних послова услед преваре и заблуде вид. Даница Попов, „Превара као разлог рушљивости правног посла“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (ЗРПФНС)* 3/2008, 105-118; Даница Попов, „Рушљивост правног посла услед заблуде“, *ЗРПФНС* 3/2006, 231-243.

⁹ Zvonimir Slakoper, Vlado Skorup, „О zastari i prekluziji kod paulijanske tužbe“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2012, 313-336; Tatjana Josipović, „Dužnikova pravna radnja kao objekt pobijanja izvan stečaja“, *Zakonitost* 9-10/1991, 1144-1150.

Дакле, циљ побијања дужникових правних радњи није да се та радња у потпуности уклони из правног живота. Посматрано из угла дужника и трећег лица као страна облигационог односа заснованог побијаном правном радњом, као и свих лица изван тог односа, осим повериоца на чији захтев се побија, ова правна радња је важећа као и пре побијања.¹⁰ Из тог разлога се у правној теорији говори о облигационом дејству, односно облигационој природи права побијања.¹¹ Успешно побијање дужникове правне радње има за последицу настанак обавезе трећег лица као противника побијања да трпи намирење повериоца из вредности стечене на основу побијене правне радње дужника.¹²

2. УСЛОВИ ЗА ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ ДУЖНИКА ПРЕМА ЗОО

Према ЗОО, под побојном правном радњом дужника, подразумева се сваки његов поступак којим се његова имовина умањује, односно услед чијег извршења дужник нема довољно средстава за испуњење повериоачевог потраживања.¹³ Међу правне радње дужника спадају и оне услед којих дужник долази у тежи процесноправни положај. Да би ове правне радње могле бити предмет побијања, потребно је не само да се њима умањује имовина дужника, већ и да су предузете у корист другог лица. То значи да предмет побијања не могу бити радње којим дужник уништава одређено добро, уколико од њих ниједно друго лице није имало корист. Појам правне радње шири је од појма правног посла, те поред овог обухвата и фактичке радње, пропуштања, симуловане правне послове и противправне радње.¹⁴

Да би поверилац успео у намери да побије правну радњу дужника услед које је намирење његовог потраживања онемогућено или знатно отежано, потребно је да се остваре услови предвиђени одредбама ЗОО. Ови услови се деле на опште и посебне, при чему је за примену правила о побијању неопходно кумулативно испуњење свих општих услова уз истовремено испуњење једног од специјалних. У опште услове побијања спадају инсолвентност дужника, његова правна радња, оштећење повериоца овом правном радњом

¹⁰ Б. С. Марковић, 23.

¹¹ Б. Ђукић, 85-86, Б. С. Марковић, 23.

¹² Б. Ђукић, 85, Михајло Живковић, *Право побијања дужникових правних радњи*, докторска дисертација, Београд, 2016., 248.

¹³ Чл. 280, ст. 2 Закона о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, 57/89; *Сл. лист СРЈ* 31/93; *Сл. лист СЦГ* 1/2003 – Уставна повеља). У даљем тексту: ЗОО.

¹⁴ Божидар Марковић, у: *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ), Београд 1980, 705.

и могућност намирења повериочевог потраживања побијањем дужникове правне радње. Посебни услови предвиђени су у чл. 281 ЗОО. У зависности од тога који од специјалних услова је испуњен, разликују се четири врсте паулијанске тужбе, односно права побијања: доложна, кулпозна, односно породична паулијанска тужба и паулијанска тужба за побијање бесплатних правних послова (квази-паулијанска тужба).

Доложна и кулпозна ђаулијанска ђужба предвиђене су у ст. 1 чл. 281 ЗОО. Обе се односе на побијање теретног располагања дужника. Доложна паулијанска тужба обухвата случај побијања теретног располагања дужника када су и дужник и треће лице знали да се предметним располагањем наноси штета дужниковим повериоцима. Са друге стране, о кулпној паулијанској тужби ради се у случају када и на страни дужника и на страни трећег лица постоји блажи облик несавесности, њихово скривљено незнање, тј. незнање које је последица недостатка потребне пажње.¹⁵ За побијање теретног располагања дужника, без обзира на то да ли се ради о доложној или кулпној тужби, предвиђен је преклузивни рок од годину дана од дана предузимања побијане правне радње, односно од дана када је требало предузети правну радњу.¹⁶

Породична ђаулијанска ђужба регулисана је ст. 2 чл. 281 ЗОО. Она обухвата случај када се у улози трећег лица, стицаоца, нађе дужников су-пружник, сродник по крви у правој линији, или лице са којим је дужник у побочном или тазбинском сродству до четвртог степена. И у овом случају ради се о побијању теретних располагања дужника. Такође, и код породичне паулијанске тужбе захтева се несавесност дужника и трећег лица. Међутим, у овом случају, због блиске родбинске везе између дужника и стицаоца, важи претпоставка да је стицаоцу било познато да дужник располагањем у његову корист чини штету повериоцима. Рок за подношење породичне паулијанске тужбе износи три године.¹⁷

Паулијанска ђужба ради ђобијања бесђајних расђолађања, односно тзв. *квази-ђаулијанска ђужба* односи се на бесплатна располагања и са њима изједначене правне радње којима се наноси штета повериоцима. С обзиром

¹⁵ Б. Визнер, 1123-1125. М. Живковић осим доложне и кулпозне говори и о два мешовита облика ових паулијанских тужби, *доложно-кулпозној* и *кулпозно-доложној*. Под наведеним врстама паулијанске тужбе подразумевају се оне код којих су несавесност дужника и несавесност стицаоца различитог степена. Тако се о доложно-кулпној паулијанској тужби ради када је дужник знао да се предузимањем правне радње повериоцу наноси штета, док је код стицаоца постојао блажи облик несавесности- скривљено незнање. Са друге стране, о кулпно-доложној паулијанској тужби се ради када су ова два степена несавесности обрнуто распоређена између дужника и трећег лица. Зато овај аутор говори о постојању шест различитих врста паулијанске тужбе у нашем праву., М. Живковић, 182-187.

¹⁶ Чл. 285, ст. 1 ЗОО.

¹⁷ Чл. 285, ст. 1 ЗОО.

на то да закон говори и о правним радњама изједначеним са бесплатним располагањем, овом одредбом су, поред поклона, обухваћена и сва правна располагања којим се умањује имовина дужника, као што је нпр. опроштај дуга, одрицање од каквог права, исплата или преузимање туђег дуга и сл.¹⁸ Уз то, у ЗОО је изричито предвиђено да се одрицање од наследства сматра бесплатним располагањем.¹⁹ Ипак, овако широко одређен круг бесплатних располагања која могу бити предмет побијања ограничен је одредбом ЗОО према којој се правила о побијању не могу применити на „уобичајене пригодне дарове, наградне дарове, као ни дарове учињене из захвалности, сразмерне материјалним могућностима дужника“.²⁰ Код ове врсте паулијанске тужбе положај повериоца у погледу терета доказивања је изузетно повољан имајући у виду да је законом изричито предвиђена необорива претпоставка да је дужник био несавестан, тј. да је знао да овим располагањем наноси штету повериоцу. Осим тога, истом одредбом је предвиђено и да се не захтева било који степен несавесности стицаоца што повериочев положај чини још повољнијим. Дакле, за успех повериоца у спору неопходно је само да докаже да је побијаном правном радњом дужник бесплатно располагао у корист стицаоца и да поднесе тужбу у року од три године колико је предвиђено у ЗОО за ове случајеве располагања.²¹

Побијање правних радњи дужника може се вршити путем тужбе или приговором. Тужба за побијање подноси се против трећег лица у чију корист је дужник располагао правном радњом која се побија (противник побијања).²²

Активно легитимисано лице за побијање је поверилац, односно лице које је располагањем дужника у корист трећег лица претрпело штету у виду онемогућавања, односно отежавања намирења његовог потраживања према дужнику. Међутим, није свако лице, самим тим што има својство повериоца, легитимисано да захтева побијање правне радње дужника. За то је потребно да се испуне услови који се састоје у конкретним својствима која треба да

¹⁸ Б. Визнер, 1126.

¹⁹ Чл. 281, ст. 3 и 4 ЗОО.

²⁰ Чл. 282 ЗОО.

²¹ Чл. 285, ст. 2 ЗОО.

²² Осим трећег лица, у поступку за побијање дужникове правне радње пасивно су легитимисани и његови универзални сукцесори. Када је реч о пасивној легитимацији сингуларних сукцесора трећег лица, у ЗОО су предвиђени различити услови у зависности од тога да ли је корист стечена на основу правне радње која се побија пренета теретним или бестеретним правним послом. Када је реч о теретном располагању трећег лица, према његовом сингуларном сукцесору поверилац може истицати захтев за побијање само ако је овај, у тренутку стицања користи од свог претходника, знао да се прибављање његовог претходника може побијати. Ако је, пак, корист на прибавиоца пренета бестеретним располагањем трећег лица, према њему се може истицати захтев за побијање без обзира на то да ли је био савестан у погледу побојности правне радње из које та корист потиче. Вид. чл. 283, ст. 1-3 ЗОО.

има његово потраживање према дужнику. Тако подобност повериоца да се нађе у улози активно легитимисаног лица за побијање правних радњи дужника треба ценити из аспекта доспелости потраживања, времена настанка потраживања, врсте потраживања.

Према ЗОО, право на побијање правне радње дужника има сваки поверилац на чију штету је правна радња предузета, без обзира на то када је његово потраживање настало, под условом да је то потраживање доспело на исплату.²³ Иако се, на први поглед, чини да је овом одредбом јасно предвиђено под којим условима поверилац стиче захтев за побијање правне радње дужника, у теорији и судској пракси се могу наћи различита схватања у вези са овим питањем. Тако је у теорији спорно да ли је на побијање правних радњи дужника овлашћен само поверилац новчаног или и поверилац неновчаног потраживања, као и то да ли је за побијање довољна само доспелост потраживања или је неопходно да потраживање буде и извршно. Са друге стране, домаћа судска пракса нема јединствен одговор на питање да ли се побијање правне радње дужника може вршити само ради намирења потраживања које је постојало у тренутку предузимања правне радње или је ово правно средство доступно и повериоцима чије је потраживање настало након предузимања побијане правне радње. У наставку рада ће бити речи потоњем, тј. о питању да ли право повериоца на побијање зависи од времена настанка потраживања ради чијег се намирења побија правна радња дужника.

3. АКТИВНА ЛЕГИТИМАЦИЈА ЗА ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ ДУЖНИКА – ВРЕМЕ НАСТАНКА ПОТРАЖИВАЊА

3.1. Време настанка потраживања у римском праву

У римском праву круг поверилаца овлашћених на подношење паулијанске тужбе био је ограничен само на оне повериоце чија су потраживања постојала у тренутку предузимања правне радње која се побија. Основ за овакво решење је субјективни карактер паулијанске тужбе римског права. Наиме, један од услова за примену овог института био је постојање намере дужника да предметном радњом онемогући намирење повериоцевог потраживања. Стога, сматрало се, такве намере не може бити према лицима која у то време још нису имала потраживања према дужнику.²⁴

Основни принципи римске паулијанске тужбе задржани су у одредби француског *Code Civil*-а којом је ова тужба регулисана, а посредством овог законика слична решења су усвојена и у другим правним системима роман-

²³ Чл. 280, ст. 1 ЗОО.

²⁴ Б. С. Марковић, 35.

ског правног круга.²⁵ Тако је у овим земљама на сличан начин регулисано и питање времена настанка потраживања ради чијег намирења се може вршити побијање дужникове правне радње. У француском праву се у прилог овом решењу истиче да поверилац са доцније насталим потраживањем не може бити оштећен овом радњом јер општа залога повериоца обухвата само дужникову имовину из времена настанка потраживања, те да његова имовина отуђена предметном правном радњом није ни могла бити предмет намирења.²⁶ Ипак, у француској судској пракси се могу наћи и одлуке у којим је ово овлашћење признато и повериоцима са касније насталим потраживањем, али само под условом да се докаже да је дужник предузео правну радњу управо са намером да оштети будућег повериоца.²⁷ Међутим, ове одлуке имају карактер изузетка у односу на опште правило да право побијања припада само оним повериоцима чије је потраживање постојало пре дужникове правне радње.

3.2. Време настанка потраживања у германском праву

Мада је у Немачкој и пре рецепције римског права повериоцима пружа на заштита од располагања несавесних дужника, рецепцијом је она у све већој мери почивала на принципима римске паулијанске тужбе. Ипак, паулијанска тужба је у немачко право доспела посредством пандектног права које је у себи садржало поједине измене о односу на изворна правила о римској паулијанској тужби.²⁸ Ове измене биле су последица утицаја италијанских правних теоретичара и статута италијанских градова. Због потребе ублажавања субјективног карактера паулијанске тужбе, у статутима италијанских градова, а потом и у француском трговачком праву у одређеној мери су објективизовани услови за побијање правних радњи дужника. Наиме, за успешно побијање више није захтевана намера дужника да располагањем у корист трећег спречи намирење повериоцевог потраживања.²⁹ Осим тога, могућност примене правила о побијању правних радњи дужника проширена је и тиме што је ово право стављено на располагање и повериоцима чије је потраживање настало након што је дужник предузео правну радњу која се жели побити.³⁰

²⁵ *Ibid.*, 36.

²⁶ *Ibid.*, 39.

²⁷ М. Живковић, 69.

²⁸ Б. С. Марковић, 54, Zlatan Stipković, „О pobijanju dužnikovih pravnih djela izvan stečaja“, *Naša zakonitost* 8/1977, 43-44.

²⁹ Б. Ђукић, 57-58.

³⁰ У једном раду *Радоловић* погрешно прави разлику између римског и германског система у погледу овлашћења поверилаца на побијање у зависности од времена настанка његовог потраживања. Наиме, према овом аутору, разлика између наведена два концепта се састоји у томе што „француско право допушта само побијање правних радњи дужника

Тако, у германском праву, тј. првенствено у Немачкој и Аустрији, ово право припада „сваком повериоцу чије је потраживање извршно, без обзира на време његовог настанка“.³¹ Тачније, ова изричита одредба садржана је у аустријском Закону о побијању правних радњи дужника из 1884. године³² и важећем Закону о побијању правних радњи дужника изван стечаја из 1914. године³³. Мада ово изричито правило није уврштено и у немачке законе, идеја стављања на располагање права побијања и повериоцима чије је потраживање настало након предузимања побијане правне радње дужника први пут је истакнута у Мотивима за доношење немачког Закона о стечају из 1877.³⁴ Наиме, ту се наводи да до повреде права повериоца долази услед неиспуњења обавезе. У том смислу су нови повериоци изједначени са старим. Према схватању аутора старије германске теорије, код намирења потраживања повериоца уопште, па и путем побијања правне радње дужника, релевантан је само моменат када потраживање постаје извршно, а не тренутак његовог настанка како се то истиче у француској правној теорији.³⁵ Све што припада дужнику у време принудног извршења је једнако подложно намирењу, без обзира на то да ли је одређени део имовине постојао у време настанка потраживања или је стечен касније.³⁶ Ово због тога што је дужникова имовина „једна флотатна маса, *universitas iuris*, у којој се непрестано врши реална суброгација, то јест из ње као целине и у њу улазе разне вредности као последица дужникове правне активности“.³⁷

насталих прије тражбине вјеровника, германско- обрнуто, само оних тражбина које су настале послије акција који се побија“, Aldo Radolović, „Pobijanje dužnikovih pravnih radnji“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/1991, 636. При том, у том делу се Радоловић позива на уџбеник Martin Vedriš, Petar Klarić, *Gradansko pravo*, Zagreb 1998, мада се у овом уџбенику исправно наводи да се у немачком праву допушта побијање „и оних вјеровницама чија је тражбина настала послије побијане радње.“

³¹ Emil Steinbach, *Kommentar zu den Gesetzen vom 16. März 1884 über die Anfechtung vom Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines Zahlungsunfähigen Schuldners betreffen und über die Abänderung einiger Bestimmungen der Konkursordnung und des Exekutionsverfahrens*, Wien 1905, 152-155; U. Ehrenzweig, 477.

³² *Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungs-unfähigen Schuldners betreffen (Anfechtungsgesetz)*, од 16. марта 1884. године (*Reichsgesetzblatt* 36/1884). До ступања на снагу овог закона, у Аустрији је право побијања било регулисано само једном одредбом (§ 953) Општег грађанског законика (*Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie*) из 1811. године. У даљем тексту: АБГБ. Уз ову одредбу на посредан начин је у § 1286 било речи о побијању уговора о ренти. Вид. М. Живковић, стр. 27.

³³ *Anfechtungsordnung* од 10. децембра 1914. године (*Reichsgesetzblatt* 337/1914). У даљем тексту: аЗПоб (1914).

³⁴ *Konkursordnung* од 10. фебруара 1877. године (*Deutsches Reichsgesetzblatt* 10/1877).

³⁵ Б. С. Марковић, 145.

³⁶ Е. Steinbach, 152-153, U. Ehrenzweig, 488-489.

³⁷ Б. С. Марковић, 145.

У Мотивима се даље наводи да, када поверилац намирује своје потраживање из имовине дужника, „никоме не пада на памет да пита да ли је дужник тај одређени део имовине у време настанка сада извршивог потраживања већ поседовао или не“.³⁸ Имајући у виду наведене аргументе, у истом тексту се истиче да би „засигурно било неоправдано одједном правити разлику између старијих и новијих поверилаца“ и, на крају, да из свега тога „проистиче неопходност да се, у овој тачки, потпуно раскине са римско-правном концепцијом“.³⁹

И поред тога што наведено питање није изричито регулисано у важећем немачком Закону о побијању правних радњи дужника изван стечајног поступка из 1994 године⁴⁰, према схватању немачких аутора, право побијања припада и повериоцима касније насталог потраживања.⁴¹ На ово питање исти одговор дала је и немачка судска пракса. Тако, према одлуци немачког Савезног суда, „правну радњу дужника може побијати и поверилац који у време предузимања правне радње дужника још увек није био поверилац; уколико је он касније оштећен дужниковом правном радњом“.⁴²

И аустријска судска пракса је у потпуности прихватила изложени концепт, те и данас стоји на становишту да „се побијање може односити и на правне радње које су предузете још пре настанка потраживања повериоца“.⁴³ Према одредбама аустријског аЗПоб (1914), могуће је побијати правне радње које су предузете у последњих десет година, две године, односно годину дана пре побијања, у зависности од тога о којем од случајева побијања се ради.⁴⁴ Тако се у аустријској судској пракси истиче да је важно само да је располагање које се побија предузето у за тај случај предвиђеном временском оквиру, док је ирелевантно то да ли је у том периоду прво настало потраживање.⁴⁵

³⁸ E. Steinbach, 152-153, U. Ehrenzweig, 488-489.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (Anfechtungsgesetz-AnfG)* од 5. октобра 1994. године (*Bundesgesetzblatt I S. 2911*), последњи пут мењан чланом 3 Закона од 29. марта 2017. године (*Bundesgesetzblatt I S. 654*).

⁴¹ Hans-Peter Kirchof, у: *Münchener Kommentar zum Anfechtungsgesetz*, 2012, § ? Rn. 5; Lutz Haertlein у: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 2015³, ? Rn. 6-8; Hans Gerhard Ganter у: Schimansky/Bunte/Lwowski, *Bankrechts-Handbuch*, 2017⁵, Rn. 505.

⁴² Пресуда немачког Савезног суда (*Bundesgerichtshof – BGH*) VIII ZR 21/61 од 28.9.1964. године, а тако и у BGH VIII ZR 212/69 од 20. 10. 1971, BGH VIII ZR 62/74 од 15.10.1975, BGH IX ZR 159/06 од 13. 8. 2009. Све пресуде доступне у Beck-online бази података дана 20.08.2018. године.

⁴³ Пресуда Врховног суда Аустрије (*Oberster Gerichtshof – OGH*) 1 Ob 37/54 од 17.03.1954. доступна на интернет страници <https://www.ris.bka.gv.at/> дана 24.11.2017. године, а тако и у: OGH 7 Ob 8/70 од 21.01.1970, OGH 1 Ob 515/82 од 31.03.1982, OGH 1 Ob 756/82 од 10.11.1982, OGH 3 Ob 1504/86 од 19.02.1986, OGH 5 Ob 629/88 од 25.10.1988, OGH 1 Ob 322/99f од 28.03.2000, OGH 7 Ob 153/04g од 08.09.2004, OGH 3 Ob 233/15h од 27.04.2016, доступно на наведеној интернет страници дана 24.11.2017. године.

⁴⁴ §§ 2, 3 аЗПоб (1914).

⁴⁵ OGH 1 Ob 37/54, OGH 1 Ob 322/99f.

3.3. Време настанка потраживања у домаћем праву

3.3.1. Време настанка потраживања према СГЗ

У првобитном тексту Српског грађанског законика из 1844. године⁴⁶ право побијања правних радњи дужника није било регулисано. Тако у њему нису нашле место ни скромне две одредбе које су се у аустријском АБГБ као његовом изворнику односиле на право побијања⁴⁷. Међутим, новелом од 5. маја 1864. године, у СГЗ је унет § 303а) којим је регулисана могућност побијања правних радњи дужника.⁴⁸ Поред § 303а), на побијање правних радњи дужника односила су се и два нова става у оквиру § 565 о могућности побијања уговора о поклону, као и § 937 у којем је за побијање предвиђен рок застарелости од три године. По начину на који је регулисано у §§ 303а), 565, српско право побијања тога времена било је сличније римском, односно романском типу паулијанске тужбе, односно права побијања. Наиме, за побијање правне радње дужника било је неопходно постојање намере на страни дужника да осујети намирење повериоцевог потраживања. Такође, за побијање теретног правног посла захтевана је и несавесност стицаоца. Поред тога, у § 303а) је изричито предвиђено да могућност побијања стоји на располагању само повериоцима чије је потраживање постојало у време предузимања предметне правне радње.

⁴⁶ Српски грађански законик (Законик грађански за Књажество Србију) из 1844. године. У даљем тексту: СГЗ.

⁴⁷ Вид. фусноту 31.

⁴⁸ „§ 303а) Кад дужник своје ствари, било покретне или непокретне, на другога пренесе у намери да своје *онога времена повериоце* оштети, пренос пада, ма да је и судом утврђен, и повраћа се у пређашње стање, и то ако је пренос у виду поклона по 565 ако је у виду теретног уговора, само онда, ако је онај, на кога су ствари пренесене, био бесавестан.

Бесавестан прималац одговара и за вредност покретне или непокретне ствари, ако ју је престао притежавати, а такође и за друге користи, по основама овог Законика.

Под преносом ствари разуме се и пренос права и примање обавеза.

О томе, да ли је дужник преносом покретне или непокретне ствари ишао да своје повериоце оштети, као и бесавесности онога, на кога су пренесене, суд ће, у недостатку других непосредних доказа, судити по околностима, нарочито по природи посла, и начину отуђења на који је то закључено, по стању и по личним одношењима у преносу учествујућих лица.

Не важи пренос покретних и непокретних ствари између родитеља и деце (предака и потомака), између задругара и између мужа и жене, у колико је на штету повериоца преносиоцевих онога времена учињен. Застарелости између ових у последњем одељку именованих лица, нема места, до год они заједно живе.

Но пренос како између ових тако и других лица остаје сталан, нити се против њега поступати може, ако га у званичним новинама трипут огласе, и нико противу тога за шест недеља, од дана последњег огласа у новинама не протестира.“

3.3.2. Време настајанка побијања према Закону о побијању правних дела изван стечаја

Начин на који је право побијања било регулисано у СГЗ ускоро се показао недовољним и неодговарајућим. Како је у међувремену у Немачкој и Аустрији доношењем закона којим се регулише право побијања у стечају и ван њега изграђен посебан „општи систем побојног права“, и у домаћем праву „побеђује теза да озакоњавање побојног права треба да крене другим правцем“.⁴⁹

Нарасла потреба за јединственим регулисањем стечајног права за територију Краљевине Југославије решена је 1929. године доношењем Стечајног закона на основу аустријског Закона о стечају из 1914. године⁵⁰. Уз то, и у погледу регулисања побијања правних радњи изван стечаја аустријски закон је послужио као узор домаћем законодавцу. Тако је домаћи Закон о побијању правних дела изван стечаја из 1931. године⁵¹ готово идентичан аустријском аЗПоб (1914).

Рецепцијом аустријског права побијања, српско право у овој области сврстало се у системе права побијања германског типа. У складу са тим, право побијања и у домаћем праву је објективизовано будући да више није захтевано знање стечајца за намеру дужника да осујети намирење потраживања повериоца, већ је за то било довољно његово скривљено незнање, односно да је пропустио да сазна оно што сваки просечан човек не би. Осим тога, у случају побијања бесплатних и са њима изједначених располагања чак није захтевана ни намера оштећења, ни знање стечајца за дужникову намеру.⁵²

Са друге стране, доношењем ЗПоб којим је у потпуности реципирано аустријско право побијања, у домаће право се инфилтрирала и претходно изложена идеја германског права о времену настанка потраживања које може бити намирено побијањем правне радње дужника. Тако је ово питање у домаћем ЗПоб било регулисано одредбом истог броја и садржине као и у аустријском аЗПоб (1914). И према нашем ЗПоб на побијање је био овлашћен „сваки веровник, чија је тражбина извршна, без обзира на време његовог постојања, уколико извршење на имовини дужниковој није довело до потпуног намирења тога веровника или уколико се има узети да до тога не би довело“.⁵³ У домаћој теорији тога времена је ово, чини се, сматрано јасним и

⁴⁹ Вид. Фрања Горшић, *Коментар стечајног закона, Закона о принудном правнању ван стечаја, Закона о увођењу у животи оба закона и Закона о побијању правних дела изван стечаја*, Београд 1934, 473.

⁵⁰ *Konkursordnung* од 10. децембра 1914. године (*Reichsgesetzblatt* 337/1914).

⁵¹ Закон о побијању правних дела изван стечаја од 5. марта 1931. године (*Службене новине Краљевине Југославије* 26/1931). У даљем тексту: ЗПоб.

⁵² Б. С. Марковић, 65-70.

⁵³ § 8 ЗПоб.

неспорним, те му није посвећено много пажње у литератури.⁵⁴ Овим питањем се детаљније бави једино *Марковић*, прихватајући у потпуности аргументе и резон германског законодавства и теорије. Он овај концепт карактерише као много суптилнији и исправнији од римског јер се њиме у области побијања заснива „тесна солидарност између свих дужникових аката који представљају његову имовину као апстрактну целину, солидарност која и постоји у стварности“.⁵⁵ Од аутора тога времена једино *Горшић* у својој краткој анализи овог дела §8 ЗПоб говори о томе да није значајно да ли је потраживање постало *извршно* пре него што је предузета правна радња која се побија, већ да је једино важно да је оно извршно у тренутку када се подноси захтев за побијање.⁵⁶ Може се рећи да у овом случају *Горшић* промашује смисао овог дела одредбе о активно легитимисаним лицима за побијање. Ово због тога што се ради о концепту германског права који је и у тамошњој правној литератури разматран једино у контексту настанка самог потраживања, а не његове извршности.

3.3.3. Време настанка побијања према ЗОО

У погледу овог својства потраживања ради чијег намирења се може побијати дужникова правна радња, ЗОО је остао доследан свом претходнику, ЗПоб. И у ЗОО је изричито предвиђено да право на побијање правне радње која је предузета на његову штету има сваки поверилац чије је потраживање доспело, *и без обзира када је настало*.⁵⁷ Тиме је, дакле, настављена традиција германског, тачније аустријског модела регулисања овог питања. У складу са тим, и став домаће теорије из времена након доношења ЗОО остао је на истој линији. Једним делом је то због тога што се овим питањем и након доношења ЗОО у највећој мери бавио *Марковић*⁵⁸, али и други аутори који су се у својим радовима дотicali овог питања деле слично мишљење.⁵⁹

⁵⁴ Драгољуб Аранђеловић, „О побијању правних дела изван стечаја“, *Бранич* 11-12/1930, 145; Б. Ђукић, 84, Спевец, 97. Ови аутори само констатују да право побијања имају како повериоци чије је потраживање настало пре предузимања правне радње која се побија, тако и онима чије је потраживање настало после тога.

⁵⁵ Б. С. Марковић, 146.

⁵⁶ Ф. Горшић, 488.

⁵⁷ Чл. 280, ст. 1 ЗОО.

⁵⁸ У *Коментару Закона о облигационим односима* (ред. Б. Благојевић и В. Круљ), Београд 1980, 702-726, као и у *Коментару Закона о облигационим односима* (ред. С. Перовић), Београд 1995, 645-669 одредбе 280-285 којим се регулише побијање правних радњи дужника анализира управо *Марковић*.

⁵⁹ Б. Визнер, 1118; Д. Поп-Георгијев, 803; Владимир Тамаш, „Побијање дужникових правних радњи изван стечаја“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 2/2000, 246-247. Додуше, у домаћој литератури може се наићи и на сасвим контрадикторна и тешко разумљива схватања овог дела одредбе ст. 1 чл. 280 ЗОО. Тако Боровије Живковић у свом раду прво

Тако се *Визнер*, након излагања аргумената у прилог оба становишта, опредељује управо за оно прихваћено у ЗОО, сматрајући га подобнијим за подстицање заштите начела савесности и поштења и правне сигурности.⁶⁰ У домаћој теорији новијег датума, пак, наилазимо и на схватање према којем предност треба дати романском концепту јер германски у одређеним случајевима може водити правној несигурности. Наиме, *М. Живковић* не спори да је у нашем ЗОО прихваћена идеја која потиче из германског права, али се као бољем приклања начину на који је ово питање регулисано у француском праву. Дакле, према овом аутору, право побијања треба признати само повериоцу чије је потраживање постојало у време предузимања правне радње која се побија, уз могућност изузетка у корист повериоца са каснијим потраживањем када овај пружи доказ о постојању намере дужника да побијаном правном радњом оштети, у то време, свог будућег повериоца.⁶¹

Упркос различитим схватањима о томе који је од ових концепата повољнији или сврсисходнији, може се рећи да је правна теорија јединствена у тумачењу дела одредбе чл. 280 ЗОО која се односи на време настанка потраживања ради чијег намирења може доћи до побијања правне радње дужника. Међутим, чини се да то не важи и за домаћу судску праксу. Тако се у једној одлуци Врховног касационог суда изричито наводи да, за успех тужбе за побијање, потраживање „не мора бити доспело у време када је дужник предузео правну радњу која се тужбом побија јер *његово потраживање може настати и после побијане правне радње дужника, па зато и досејати после тога*“.⁶² Ипак, у другој одлуци овај суд је поводом истог питања заузео другачији став. Наиме, у овом спору поверилац је поднео тужбу за побијање уговора о поклону закљученог 16.06.2011. године ради намирења потраживања на накнаду трошкова из другог поступка досуђених решењем од 27.04.2012. године. Врховни касациони суд је у овој одлуци био мишљења да у конкретном случају нису испуњени услови за побијање правне радње дужника. Како се у образложењу наводи, „није испуњен услов из члана 280. став 1. ЗОО, будући да потраживање тужиоца у време када је учињена правна радња дужника која се тужбом побија није ни постојало, а самим тим исто није ни доспело за исплату, нити је тужилац био поверилац потраживања, обзиром да је правна радња закључење спорних уговора предузета 16.06.2011.

наводи да „потраживање повериоца мора бити *доспело* за наплату у време *предузимања правне радње*“, а потом, већ у наредном пасусу и да није битно да ли је потраживање настало пре или после правне радње која се побија. Није јасно како једно потраживање може доспети на наплату и пре него што настане, Упор. Боровоје Живковић, „Неки рокови за побијање дужникових правних радњи изван стечаја“, *Судска пракса* 4/2009, 70-71.

⁶⁰ Б. Визнер, 1118.

⁶¹ М. Живковић, 72.

⁶² Решење Врховног касационог суда Рев 697/2017 од 25.05.2017. године, доступна на интернет страници <http://www.vk.sud.rs/> дана 24.11.2017. године.

године, а претходник туженик у овом спору је обавезан на плаћање трошкова поступка решењем Вишег суда у Краљеву од 27.04.2012. године“.⁶³ Из наведене формулације можемо закључити да је, према мишљењу овог суда, за побијање правне радње дужника, неопходно да је потраживање повериоца било доспело већ у тренутку предузимања правна радње која се побија. Међутим, посматрано са тог аспекта, део одредбе који говори о времену настанка потраживања чини се потпуно излишним јер, уколико је потраживање доспело у време када је правна радња предузета, јасно је да је настало пре тога. Стога, ову одлуку суда не можемо разматрати у контексту евентуалног другачијег становишта у погледу предметног питања и аргумената у прилогу томе, из разлога што она није продукт другачијег схватања, већ је, чини се, последица потпуног неразумевања чл. 280, ст. 1 ЗОО.

Приликом опредељивања за један од два описана концепта, неопходно је, поред свих наведених аргумената, имати у виду и циљ овог правног института. У том смислу, чини се се оправданим остати при постојећем опредељењу нашег законодавца. Наиме, институт побијања правне радње дужника установљен је превасходно са циљем заштите повериоца. Међутим, како би се и даље одржала раније поменути равнотежа интереса повериоца, дужника и трећег лица, за примену правила о побијању предвиђени су строги услови и кратки рокови, чиме се значајно смањује могућност вршења овог права на уштрб правне сигурности. Наиме, будући да се код доложне и кулпозне паулијанске тужбе захтева одређени степен несавесности дужника и трећег лица, у овим случајевима се не може радити о неправичном побијању правне радње дужника која је претходила настанку потраживања. Исто се може рећи и за породичну паулијанску тужбу, с обзиром на то да се у том случају несавесност дужника и трећег лица само претпоставља, уз могућност трећег лица да повериочев захтев одбије доказивањем да му није било познато да дужник предметном правном радњом наноси штету повериоцу. Дакле, у овим случајевима вероватноћа да дође до неправичног побијања према трећем лицу је идентична, без обзира на то да ли се побијање врши ради намирења раније или касније насталог потраживања. Стога, опасност од неправичног побијања се своди само на случај квази-паулијанске тужбе, тј. оне којом се побија правна радња којом је дужник бесплатно располагао у корист трећег лица. Према ЗОО, у случају бесплатног располагања важи необорива претпоставка да је дужник био несавестан, док се за треће лице несавесност и не тражи. Али опасност да треће лице које је бестеретно стекло одређену корист од дужника буде обавезано да трпи повериочево намирење упркос

⁶³ Пресуда Врховног касационог суда Рев 1751/2015 од 25.02.2016., *Избор судске праксе* 5/2017, 52, одлука бр. 60, доступна и на интернет страници <http://www.vk.sud.rs/> дана 24.11.2017. године.

својој савесности постоји и онда када је повериочево потраживање већ постојало у време предузимања правне радње. Правило према којем се за побијање дужникових бесплатних правних радњи не захтева несавесност стипендијата води порекло још из римског права и прихваћено је и у другим модерним законодавствима. Оно је засновано на идеји да нико не треба да се богати на рачун другог. Због тога, сматрамо да ни у овом случају нема основа за прављење разлике у положају трећег лица, противника побијања, према томе да ли је повериочево потраживање настало пре или после дужникове правне радње.

4. ЗАКЉУЧАК

Побијање правних радњи дужника изван стечаја је право којим се поверилац овлашћује да, ради намирања свог потраживања, отклони дејство располагања његовог инсолвентног дужника према трећем лицу, у оној мери колико је потребно да предметно потраживање буде намирено. За побијање правне радње дужника потребно је да се испуне одређени услови који се деле на опште и посебне. Међутим, да би поверилац ненамиреног потраживања био активно легитимисан за побијање правне радње дужника услед које трпи оштећење, није довољно само испуњење општих и посебних услова, већ мора имати и за то одговарајуће потраживање.

У раду је анализирано питање о којем не постоји консензус у правној теорији и судској пракси. Ради се о времену настанка потраживања, тј. питању да ли се правна радња дужника може побијати само ради намирања потраживања које је постојало у време предузимања ове правне радње или и у корист потраживања које је настало након што је правна радња предузета. Решење према којем је ово право доступно само повериоцима раније насталог потраживања потиче из римског права и прихваћено је у земљама романског правног круга. Схватање да ово право припада и повериоцима чије је потраживање настало после предузимања правне радње потиче из права побијања земаља германског правног круга. Овом правном кругу приступила је и наша земља доношењем ЗПоб. Тиме је и у погледу питања времена настанка потраживања усвојено германско решење према којем је на право побијања овлашћен и поверилац који је потраживање према дужнику стекао након предузимања предметне правне радње. Ово опредељење је законодавац потврдио и у ЗОО према којем право побијања припада повериоцу ненамиреног потраживања без обзира на то када је потраживање настало, наравно, уз испуњење других потребних услова. Имајући у виду уверљиве аргументе за прихватање било којег од ова два решења, у раду је ипак оцењено да треба остати при постојећем решењу законодавца, будући

да поверилац заиста може трпети оштећење и услед правне радње дужника која је предузета пре настанка његовог потраживања. И у овом случају је узета у обзир сврха заштите повериоца. Сматрамо да инсистирање на сврси овог права није науштрб његовог компромисног карактера будући да примена правила о побијању подележе строгим условима којим се значајно смањује могућност побијања правне радње које би према трећем лицу могло бити окарактерисано као неправично.

Nikolina B. Mišćević, Assistant
Universität Novi Sad
Juristische Fakultät Novi Sad
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs

Die Aktivlegitimation zur Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners: Die Zeit der Entstehung der Forderung

Zusammenfassung: Die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ist ein Rechtsinstrument, der dem Gläubiger der Schutz bieten sollte, wenn er wegen der Verfügung seines Schuldners zugunsten von Dritten benachteiligt ist. Das Recht, die Rechtshandlungen des Schuldners anzufechten, hat zwei Formen: die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im Insolvenzverfahren und die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens. Im Artikel wird die Aktivlegitimation für die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens analysiert. Insbesondere wird es im Artikel die Frage zu beantworten versucht, ob zur Anfechtung nur der Gläubiger dessen Forderung bereits vor der angefochtene Rechtshandlung existiert berechtigt ist, oder auch der Gläubiger dessen Forderung jünger als diese Rechtshandlung ist. Die serbische Rechtsprechung bietet keine einzige Antwort auf diese Frage. Deshalb, um die Lösung die im Gesetz über die Schuldverhältnisse vorgesehen ist besser zu verstehen, sind im Artikel zuerst verschiedene Antworten auf diese Frage aus römisches und germanisches Recht sowie aus der Zeit vor der Verabschiedung des Gesetzes über die Schuldverhältnisse analysiert.

Stichwörter: Die Anfechtung der Rechtshandlungen des Schuldners, Actio Pauliana, die Aktivlegitimation für die Anfechtung, die Zeit der Entstehung der Forderung.

Датум пријема рада: 22.08.2018.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ
АУТОРЕ

*Henriett J. Rab, Ph.D., Associate Professor
University of Debrecen
Faculty of Law
Department of Agricultural, Environmental and Labor Law
rab.henriett@law.unideb.hu*

*Bianka T. Sütő, Ph.D., Student
University of Debrecen
Faculty of Law
Marton Géza Doctoral School of Legal Studies
biankamathe@gmail.com*

THE ECONOMIC ASPECT OF THE RESPONSIBILITY OF EXECUTIVE EMPLOYEES*

Abstract: *Several new challenges emerging in labour law and in the labour market are based on societal and economic circumstances. These changes seem natural in a way; on the one hand, employers have their own economic interests and whole societies will shape according to the new frameworks of employment. On the other hand, workers do not remain the same either; more and more flexible, more digitalised, more balanced working conditions are on the agenda meanwhile the traditional social side of labour law regulations is withdrawing. And in an aspect we focused on the executive employees because they are between the employer and the employee position. They need do their job to manage well the organisation, but they need to think as their employees and organise the work in that way. That's why we think the executive employees position is interesting in labour law and in economic aspect.*

Keywords: *labour law – labour market – executive employee – economic expectation – labour relation.*

* The paper was created within the framework of a research and education development project at the University of Debrecen under the program of Hungarian Ministry of Justice aiming to increase the quality of the education of law students

1. INTRODUCTION

The starting point for our study is the joint investigation of both the legal and the economic dilemmas of the responsibilities of senior employees. Among the responsibilities of senior employees, the coexistence of civil law and labor law responsibilities is causing an interpretational issue, which further tangles with the regulatory intent of the two legal fields that is not necessarily the same. In the field of economics, the identification of the executive with the organization, the display of economic interests and, last but not least, the question of market justice means the area to be solved.

The novelty of the study is that the examination of the legal framework has not yet covered these aspects. Following the re-codification of the Civil Code (Act V of 2013) and the Labor Code (Act I of 2012), the issue of conflicts of law was published as a fundamental issue in the legal interpretation. However, when it was being resolved, the authors did not take into account the needs of economics despite the fact that executive employees represent a significant economic potential. Several domestic and foreign works of scholars dealing with labor law establish the foundation, that labor law and the situation of market players, hence the economic expectations can not be separated from each other. Nevertheless, the question of the liability of executive employees is not even appears at a principal level. We would like to fill this gap with the contents of this study, so those elements and points of view that have not been analyzed yet so far can be presented and taken into consideration as the issue is examined.

The study is therefore grouped around the following major subjects:

1. The legal status of executive employees, dilemmas of the regulation
2. Presentation of the theories of business management, including the remuneration of business executives and economic success and justice.
3. Analysis of the theories of the labor law, that support the consideration of market demands, from the perspective of executive employees.
4. Assessing legal regulations in the light of economic expectations.

2. THE LEGAL STATUS OF EXECUTIVE EMPLOYEES

The general problem of the legal regulations of executive employees is the co-existence and application of the non-matching regulatory logic and solution of the Labor Code and the Civil Code. From some perspectives, this problem can not be resolved,¹ while from other perspectives it is only apparent.² The basis of the

¹ It is particularly difficult to resolve this issue by for the jurisdiction of the courts, since it is not irrelevant when and where the the labor courts have jurisdiction is concerned, also what are the issues that are already within the scope of the internal or external relations of the company and thus fall under the jurisdiction civil courts.

² In that respect, it is apparent that the Labor Code as *lex specialis* applies to the executive officer if employed in an employment relationship.

conflict lies in the fact that the legal status of an executive officer can be established within more legal relationships,³ thus the governing rule of legal relationships is also reflected in the employment. As long as this underlying relationship exists between the civil law framework (personal services contract, works contract), the formula is relatively straightforward, but as soon as the employment is made under an employment relationship⁴, we already find ourselves in different legal regulatory considerations and demands.

The term “executive officer” that appears in civil and corporate law is intended to represent a natural person providing operational function of companies with legal personality. Thus, the corporate law approach does not pay much attention to regulate the labor law background associated with the performance of this natural person. According to György Kiss, this position is obvious, since the legal status of the executive officer is not determined by the form of the employment, so whether it is an employment relationship or a personal service contract, but the fact that the executive officer accepts that he or she is elected or appointed by the legal decision-making body of the legal person.⁵ Judit Bartha – Major Tünde Majoros distinguishes the mandate or employment relationship that appears behind the status of a an executive employee as an accessory.⁶ This opinion is supported by the fact that the legal status of the executive officer is established regardless if the contract for the legal relationship of employment is actually concluded, if the chief executive accepts the election or appointment of the decision-making body.

The coexistence of civil law and labor law regarding the regulation of the executive officers can be identified at several fields. Thus, for example, labor law is particularly interesting when Section 20 (2) of the Labor Code allows the employer to authorize a person who is not employed by the employer in an employment relationship to exercise employer’s powers.⁷ By this, labor law recognizes the existence of the opportunity to employ the executive officers through a civil law relationship where the executives fill the position through a personal service contract. However, if the executive officer, who is entitled to exercise the employer’s rights, is not employed with an employment contract, will not be an employee under the labor law regulations and thus special labor law regulations shall not be applied. That is, a person with a purely civil law status becomes a practitioner of labor law. We can see a reversed situation when an employee of the employer is

³ György Kiss, “A vezető tisztségviselő felelőssége”, *A vezető tisztségviselő felelőssége munkajogi szempontból* (eds. Csehi Zoltán, Szabó Marianna), Wolters Kluwer, Budapest, 2015, 149.

⁴ For more on employment relationship see: S. Jašarević, *Labour Relation – Tendencies in the practice and in the Regulations*, Collected papers – Novi Sad Faculty of Law, No. 3/2013, 237-255.

⁵ Gy. Kiss, 149., 155.

⁶ Judit Bartha, Tünde Majoros, “A vezető tisztségviselő társasággal szembeni és harmadik személynek okozott károkért való felelősségének neuralgikus kérdései”, *Miskolci Jogi Szemle*, 2015/2., 6.

⁷ Gy. Kiss, 160

appointed as a manager, however, the consideration of this question is more complicated from the point of view of civil law, so we will discuss it later on.

The separation of civil law and labor law, despite the coexistence described previously, is justified by the fact that the legal person, as a business entity is established primarily for the purposes of carrying out economic activities and, as such, wishes to engage in market transactions. The security of business world, regardless of the employment, expects the management of the external affairs of a legal person. In addition to the executive officers, employees who are not considered as executive officers may also perform the duties of representing a legal person if the legal person authorizes them to do so in writing. Their responsibilities in this case are in accordance with the general rules of responsibility in terms of labor law, which is, in this case elevated to a higher level by the corporate law / civil liability, that is, the rules of civil liability shall also be applied concerning their responsibility.⁸

As an anticipation of our thoughts that we intend to formulate in the present study later on, we would like to highlight that the responsibility expected externally and the management of the company's internal affairs are exacty the factors that provide the necessity of a more flexible system of liability being more adaptable to these circumstances. From the point of view of labor law, this means the right job performance "in the position of an employer", but the increased accountability for the company's affairs is not represented. However, in several theories of the public economy,⁹ it is emphasized that the personal interest of the business leaders, particularly at large corporations come to the forefront against the demands of the company. In our view, however, labor law liability does not constitute a sufficient protection in these situations. While, therefore, it may cause difficulties when enforcing labor law liability that different responsibilities emerge as far as the nature of the work is concerned, and labor law liability may also be in conflict with the civil law rules, this responsibility network may be forward-looking for the sake of economic life.

Returning to the dual status of the executive officers and executive employees, that the result of the diversity of the legal relationship of employment linked to the executive status and position in company law, it is required to establish the consistency or hierarchy of the different regulations. In our view, the biggest disturbance is due to the fact that the executives – both in accordance with the labor law and the civil law – act under a double expectation system. An executive employee is simultaneously employed in the position of an employee in an employment relationship depending on the employer and in many cases performs the employer's role as the representative of the employer. As an executive officer,

⁸ Livia Mihovics, "A vezető tisztségviselő felelősségére irányadó szabályok az új Ptk.-ban", *Számvitel, Pénzügy, Adózás*, 2014/4., 97.

⁹ See e. g. later on Wojciech Kopczuk, James Pierson, John H. Cochrane, Thomas Piketty, Kevin J. Murphy, Jesse M. Fried

pursuant to Section 3:21 of the Civil Code, is entitled to make decisions on the management of legal persons (that do not constitute the competency of the owners or founders), but can exercise its executive activities only in such a way as to act in accordance with the interests of the legal person.

The executive employee has a special status in labor law, and is employed in a kind of atypical employment relationship, where the employee's side is the subject-matter of the specialty. The atypicality of the executive employment relationship is that not all executive officers are employed under an employment relationship and that not all executive employees are considered to be executive officers at the same time, furthermore, it is a fundamental specialty that the executive employment contract may differ from the whole Part Two of the Labor Code.¹⁰ The atypical nature of the legal relationship may also be manifested by the fact that an executive employee is in many cases is the owner of the company, and, as an executive officer exercises employer's rights towards the other employees of the employer.

The atypical nature of executive employment relationships can also be modeled from the perspective of HR. Thus, the status of executive employees is extraordinary as it is based on a special relationship of trust between the executive employee and the team that it controls. An executive employee must have a number of competences that makes her or him capable to represent the interests of the company and to guide employees accordingly. Thus, the executive employer shall be able to develop a proper business policy, coordinate complex tasks, manage members of the organization for the sake of good corporate goals, and last but not least to define core business goals. In addition, however, its most important task is to make efficient and profit-making choices for the company's competitiveness.¹¹

In the light of the above, we can say that the executive officer is the person who is – as an individual – can be the determinant of a company, both for its external and internal environment. Perhaps it would be an exaggeration to say that they must be irreprovable, but it is certain that as being an organizational leader and as a representative of the interests of the owners, it should be an unconditional requirement to represent prestige and high moral values for both the inner and the outer environment from both the perspective of business and the private life.¹²

An additional characteristic of the atypicality of the executive officers is that there is not an exact legal definition of the activities of the executive officers both domestic and international levels, despite the fact that – with the widespread of the transnational corporations – it is used every day. The Labor Code does not

¹⁰ Zoltán Bankó, Jácint Ferencz, *Atipikus munkaviszonyok*, Wolters Kluwer, Budapest, 2015, 80.

¹¹ Rita Ráczki, "A vezetés természetének átalakulása", *Munkaügyi Szemle*/2009-4.

¹² Tamás Prugberger, "A vezető állású alkalmazottak jogviszonyának egyes kérdései a gazdasági munka világában", *Jogtudományi Közlöny*, 1999. május

regulate the definition of the “management contract” even though in general terms the word “manager” is commonly used instead of the complex concept of the executive employee.

Even from the perspective of the labor law, it is not easy to determine the status of executive employees, because several dilemmas emerge regarding its conceptual elements that arise from the substantive legal regulations. Below we will review them briefly:

2.1. Who is an executive employer and its deputy?

According to Section 208 (1) of the Labor Code, Executive employee’ shall mean the employer’s chief executive officer, and any other person under his or her direct supervision and authorized – in part or in whole – to act as his or her deputy. The chief executive officer of the employer, as an executive officer, can be employed in an employment relationship or in a personal service contract under the civil law as I have already outlined above. the question may arise whether the executive officer employed in the civil law relationship of personal services contract is recognized by the labor law as an employee in an employment relationship? In my view, the answer to this question is reassuring if we consider it not possible, because of the contractual nature of the employment relationship, the will to engage into contract is essential. In case of an opposite explanation, the choice to choose between an employment relationship or a personal services contract, that is offered by civil law pursuant to Article 3:112. § (1) of the Civil Code, would become idle.

Regarding the deputy of the chief executive officer, it is easier to designate the people involved, since the Labor Code clearly requires an employment relationship. The problem in this case is the scope of the deputy activities, where the Labor Code allows the employee to be recognized as an executive employee in the case of a partial substitution if he is in subordinate relationship with the manager. In order to determine whether the tasks considered deputy activities depend on if the tasks performed are considered to be a direct substitution the chief executive.¹³

2.2. What position has a considerable importance? What position is highly confidential?

Section 208 (2) of the Labor Code extends the employer’s opportunities to recognize an employee as an executive employee as an executive employee. Thus, by the mutual agreement of the parties, the employment contracts itself may invoke the provisions on executive employees if the employee is in a position considered

¹³ Gyula Berke, György Kiss, *Kommentár a munka törvénykönyvéhez*, Wolters Kluwer, Budapest, 2014, 597.

to be of considerable importance from the point of view of the employer's operations, or fills in a highly confidential position, and his salary reaches seven times the mandatory minimum wage. The uncertainty of the definition, that requires an interpretation, is the position with considerable importance and the highly confidential position. Based on the Ministerial Justification of the Labor Code, to determine whether an activity has a considerable importance all the circumstances of the case, primarily the employer's operation and organizational structure shall be examined. If the job is highly confidential, it requires a much greater loyalty and reliability to accomplish it.

2.3. Who is a manager?

The options provided in the Labor Code to create executive positions are also supported by civil law, when Section 3:113. § of the Civil Code allows the company's supreme body to appoint one or more managers to assist the executive officers in their work. The manager is an intermediate status between the executive officer and the executive employee.¹⁴ The company manager shall be an employee of the company, but it is not a requirement to be qualified as an executive employee under labor law.¹⁵ Under company law regulations, however, the company manager is not the executive officer of the company. In this complex legal situation, which is full of controversial and partially overlapping regulations, the question of liability requires a separated interpretation. The institution of liability serves the purpose of internalizing the negative consequences of the decisions for the chief executive, thus, to make him bear the consequences of his conduct of executive activities even in the absence of ownership interests.¹⁶ Under the applicable Section 209. § (5) of the Labor Code, an executive employee shall be subject to full liability for damages caused by negligence. Otherwise, the liability of the executive employees is in accordance with the general labor law liability, adding that the parties may deviate from the statutory rules with their agreement. As an exception, the liability for damages caused intentionally shall not be limited or excluded.¹⁷ The liability of the employees for damages in the

¹⁴ Gy. Kiss 165.

¹⁵ Of course, this rule does not rule out the option for the companies to classify their employee authorized with managerial rights as an executive employee under Section 208 (1) or even (2) of the Labor Code, provided that they meet the stipulated labor law standards. See further: Miskolcziné Juhász Boglárka, „A vezető állású munkavállalókra vonatkozó munkajogi szabályozás változása – a jogértelmezési problémák a gyakorlatban”, *Ügyészek Lapja*, 2014/1. szám, 32.

¹⁶ András Kisfaludi, „(L)ex Cathedra et Praxis, Ünnepi kötet Lábady Tamás 70. születésnapja alkalmából” *A jogi személy vezető tisztségviselőinek felelőssége az új Polgári Törvénykönyvben* (eds. Csehi Zoltán, Koltay András, Landi Balázs, Pogácsás Anett), Pázmány Press, Budapest, 2014, 309.

¹⁷ Gy. Berke, Gy. Kiss, 602.

new Labor Code is basically stricter than it was in the previous regulation.¹⁸ Regarding the the liability of the employees, the Labor Code refers to the Section 6:518-534. § of the Civil Code. As a consequence, of this, in the case of executive employees, rules of the civil law liability appear as underlying regulations. However, contradictions have emerged from the different regulatory logic as the date of predictability.¹⁹

By any means, it is a result that the rules of liability of executive officers have been brought to a mutual foundation regarding the application of labor law and civil law.²⁰ However, the expectations towards the executive officers regarding the corporate law liability in our opinion are unjustified compared to the labor law liability. Business life determines the liability of corporate executives based on the level of prudence and diligence in foreign company law as well,²¹ and yet there is not a reasonable assurance that the interests of the interests of the executive officer and the interests of the company operations are pointing into the same direction and lead to the same result.²² The applicable regulations of the Civil Code in force do not use this wording, instead, it says that the executive officer shall be held liable for damages caused to the legal person resulting from his management activities in accordance with the provisions on liability for damages for loss caused by non-performance of an obligation. There is a similar relationship between the employer and the executive employee, so the basis of the regulations regarding the liability are the rules of non-performance of an obligation. In our view, the inconsistency of the regulation is coming from that under the new regulations the executive employer is no longer liable only if the damages were caused in connection with the executive activities and if it was caused against the other party of the employment relationship, that is, the employer. Despite this, Section 3:24. § of the Civil Code prescribes the application of the provisions of

¹⁸ According to Zoltán Rácz, the liability of the „subordinate” employees quasi became as heavy it is according to the regulations on the executive employees. In: Zoltán Rácz: „A vezető állású munkavállalókra vonatkozó speciális összeférhetlenségi szabályok.” *Jogi iránytű*, 2011/4. 2.

¹⁹ According to Section 179 (4) of the Labor Code, the time of the damage is relevant for predictability. However, Section 6:142. § of the Civil Code links the measure of predictability to the time of the conclusion of the contract. The derogation can be solved by the *lex specialis* principle for the benefit of the Labor Code. In: Bodzási Balázs, „A jogi személyek körében felmerülő felelősségi kérdésekről, különös tekintettel a vezető tisztségviselőkre”, *Gazdaság és Jog*, 2013/6., 12., see also this issue examined further in details from the election and the conclusion of the employment contract in: J.Bartha, T. Majoros 7-9.

²⁰ According to Boglárka Miskolcziné Juhász there is a coherence between these regulations, however, application, jurisdiction and interpretation of the law revealed several problems that is to be solved. In: M. J. Boglárka, 41.

²¹ Tibor Nocht: *A vezető tisztségviselők magánjogi felelősségének mércéjéről és irányairól az új Ptk. alapján*, *Gazdaság és Jog*, 2013/6., 3.

²² See the nowadays popular theory of Thomas Piketty in: Thomas Piketty, *A tőke a XXI. században*, Kossuth Kiadó, Budapest, 2015.

the non-performance of the obligations regarding the damages caused to the legal persons, that covers exactly the same area, not from a labor law but from a civil law perspective.²³

From the point of view of the liability of executive officers, the corporate law right to issue a hold-harmless statement shall not be ignored, that is according to the Ministerial Justification of the Civil Code is “a decision that acknowledges the appropriateness of the management activities of the executive officer”. Section 3:117. § (1) of the Civil Code states that if the hold-harmless statement was issued the company may bring action against the executive officer on the grounds of breaching management obligations in a claim for damages if the facts and information underlying the hold-harmless statement proved to be false or incomplete.

In the interpretation of the hold harmless statement, it should not be overlooked that, regarding this study, this legal institution serves the purpose to screen the inadequate executive activities, and that it seems to be a suitable solution for the executive officer to transfer the liability to the decision-making body. However, the institution of the hold harmless statement shall not be considered as a simple limitation of liability, but merely an acknowledgement that the activities of the management are appropriate.²⁴

Through the rules of the hold harmless statement we can face the issue that the guaranteeing role of the right often leads to solutions that are in conflict with or contrary to market interests. From the point of view of our study, we would highlight the importance of the hold harmless statement from the perspective of the exclusion of decision-making and management responsibility, which could lead to a reduction in corporate and market efficiency, despite this, law provides the right to individual legal protection in the hands of executive officers without the consideration of market interests. As executive officers are quite sensitive to the risks associated with their activities, they are looking for solutions that can be used to provide security against these risks.²⁵

3. DETERMINING THE ROLE OF EXECUTIVE OFFICERS REGARDING MARKET AND ECONOMIC CONSIDERATIONS

Today, the biggest challenge for corporate governance and leadership is the increased economic risk taking, which is inevitable in the course of decision-making. The primary business expectation of management work is to enforce efficiency

²³ The issue gets more complicated by highlighting the fact that the regulations on civil law liability are also dispositive regarding the executive officials. See in details: Gy. Kiss, 184-185.

²⁴ Gy. Berke, Gy. Kiss, 601.

²⁵ A. Kisfaludi, 327.

and effectiveness criteria in our time. The merging objective of the company's management is to strive for a greater profit.²⁶

Our related hypothesis is that the income of top managers has grown drastically in recent decades. This phenomenon is analyzed in many specialized literatures. One of the most famous work on this subject is, perhaps, the already mentioned book of the French economist, Thomas Piketty, titled "Capital in the Twenty-First Century". Piketty's work summarizes the features and the theoretical background of the income and wealth distribution in our time. Other very important added value of the book is that it has the richest collection of income and wealth data so far and analyzes its dynamics in the long run.²⁷ Thomas Piketty puts forward a number of important paradigms about wealth distribution, where he defines that income inequalities of the 21st century as "new forms of income inequality".²⁸ According to this, in contrast to the income inequalities of the 19th century, today the wealth of the upper one to ten per cent of society comes mainly from its income and not from the inherited wealth. The question is, how does this relate to our topic? As an important feature of income inequality is that the income of private-sector executives grew dramatically, thus representing the group of first-generation millionaires.²⁹

Piketty in the theory of the "Illusion of Marginal Productivity" draws the attention of the world to the fact that the most important cause of today's wage subsidies is the emergence and extreme growth of so-called "new salaried rich" social strata, which has not yet hindered anything. His theory focuses on a group of top executives with an annual income of between \$ 300,000 and \$ 1 Million (USD) per year, and as a result of his investigation, he claims that the individual productivity of senior executives in the United States is a merely subjective statement that can not be measured objectively in proportion to their income. Determining the income of managers is dependent on the decisions of individual and corporate "buddies". This is the so-called "cornyism".³⁰ The income from external

²⁶ Tibor Nocht, "Ünnepi tanulmányok Kecskés László professzor 60. születésnapja tiszteletére", *A magánjogi menedzserfelelősségről*, (eds.: Nocht Tibor, Fabó Tibor, Márton Mária), Pécsi Tudományegyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Pécs, 2013, 484.

²⁷ Wojciech Kopczuk, "What we know about the Evolution of Top Wealth Shares in the United States?", *Journal of Economic Perspectives*, 2015/29/1 47-66.

²⁸ James Pierson, "Background Facts", *Inequality and Economic Policy*, (eds. Tom Church, John B. Taylor- Christopher Miller), Hoover Press, 2015

²⁹ It is also important to point out that, in contrast to the general belief, in many societies, including in the United States, are not nearly as much egalitarian as we would think. In the USA an unprecedented explosion of inequalities began in the 1980s. All this undoubtedly contributed to the financial instability of their economy, and finally to the global economic crisis. See in: Daron Acemoglu, James A. Robinson, "The Rise and Decile of General Laws of Capitalism", *Journal of Economic Perspectives*- 2015/29/1 3-28. p.

³⁰ John H. Cochrane, "Why we care about inequality", *Inequality and Economic Policy* (eds. Tom Church, John B. Taylor, Christopher Miller), Hoover Press, 2015, 144-156.

influences is called “pay for luck” money, which is not based on individual performance, but comes from external economic conditions, such as an increase in the market price of stock exchange shares. From all these it can be deduced that the responsible corporate governance unfortunately cannot emerge, or at least, does not want to prevail in all circumstances.³¹

To maximize profits, managers have a high level of autonomy, that is followed by the prescription of the adjusting unlimited liability rules based on civil law. Consequently, we can say that the management contract is a special – atypical – employment contract that also contains civil law elements.³²

Another important component of the employment of executive employees is the composition of the performance expectations of the manager, which is often quantified in indexes such as the market share of the company, the number of shareholders and the rate of profit growth. These indicators depend highly on the individual performance of the managers and therefore, to a large extent, determine the amount of the manager’s salaries.

The salary package of the managers consists of the base wage, which is supplemented by several incentive remunerations, such as employee shares, performance bonuses, cars, and so on. With these additional payments, managers get interested in increasing the profitability of a company (for example, by becoming owners of the company), while being honored for the responsible work and their loyalty to the company and the owners.³³ If we look at the trend regarding the salaries of the managers, it can be clearly stated that American managers obtain the highest income by far, which has only gained momentum over the last few decades. The trend in the payroll of managers is that determining their incomes is rather dependent on individual corporate leadership than relying on labor law rules.³⁴ Another important

³¹ Thomas Piketty, *Capital in the twenty-first century*, The Belknap Press of Harvard University Press, London, 2014, 335.

³² Emese Törő, *A köz és a versenyszférában megvalósuló vezetői jogállás kritikai elemzése*, Ph.D. értekezés, 2005, 124-149.

³³ Defining the elements of manager payouts may vary, depending on the combination of these factors or the ratio of these factors. These differences are greatly influenced by culture of each country and the given organization. For US companies, performance-oriented organizational culture plays a greater role, and hence individual earnings-based pay is the foundation for corporate competitiveness. Americans, as it is coming from their culture, also need to highlight “superstars”, “supermanagers”, who constitute the upper ten per cent of the society. See in: Kevin J. Murphy, *CEO Pay and Appointment*, A Market-Based Explanation for Recent Trends. American Economic Review, 2/2004

³⁴ The position of the CEO including their wage bargain is determined by the group of corporate executives, the management. For this reason, there is a kind of close-to-close cooperation between the CEOs in order to re-elect each other as an executive, in order to establish high payment packages to each other regardless of their individual performance. See in: Jesse M. Fried, *Pay without Performance: Overview of the Issues*. Harvard Law School, Economics and Business Discussion Paper Series, 2005/4-10. 21-34.

issues are the positive extern effects on the income of managers. That is, the income of managers often does not increase as a result of their individual performance, but comes from external economic and financial actors that have a positive impact on the company's competitiveness. But we have seen several examples in recent times where corporate management has caused serious losses to the company, but despite all this, there has not been any way to curb the salaries of these executives. The case is well exemplified by the case of the CEO of Deutsche Telekom, whose salary was increased in an inverse proportion to the share price of the company's share, that represented almost a forty percent difference.³⁵

Another issue regarding the amount of the salaries is the information asymmetry, that is, it is not completely clear what does it consist of. In fact, in many cases, when the salaries were disclosed, it turned out that the assumed managerial salaries constitute only a fraction of the actual payments, because wage packages include a several bonuses and benefits above the base wage. This situation can be improved a little if the companies would be obliged to disclose these payments as well or at least shareholders, as the owners, would know the exact amount the managers were rewarded, so they could exercise some sort of control over their pay rates. If it was found that the determination of the payments of the managers was unreasonably too generous regarding their payments, there would be the opportunity to apply labor law consequences towards the executives. The other problem is that shareholders generally do not have the information they require, or they are not able to judge how much does exactly the work of corporate executives worth. As a result, shareholders do not constitute a real limit for managers to determine their salary. Until the amount of wages is not disclosed, the proportion of wages will be higher than the proportion, since the limit will only be their own moral limit. Based on this, we can say that the increased publicity of information could help to improve the bargaining power of shareholders and would give an opportunity for the (international) comparison of the manager salaries and for the development and establishment of a scheme system.

The other important economics theory emerging from the analysis of executives is the client-agent problem, indicating that the manager incentives are not working perfectly, also that the cost-effectiveness principle and the representation of shareholders' interests are not automatically met. This problem is closely related to the presence of information asymmetry.

Besides the fact that the disclosure of salaries and severance payments may cause several social tensions, it may result in social envy and class struggles.³⁶ The soft law solutions outlined in the next point could take the edge of the social risks that would come with a drastical legal regulation.

³⁵ Emese Törő, 2005.

³⁶ Balázs Muraközy, *Mennyi fixszel viccel? (A menedzserfizetések nyilvánosságáról)*, Magyar Narancs https://magyarnarancs.hu/publicisztika/murakozy_balazs_mennyi_fixszel_viccel_a_menedzserfizetesek_nyilvanossagarol-52612, 27 Jan, 2017)

By presenting the problems described above, we can clearly state that the relationship between today's large companies and their leaders needs to be changed based on economic interests. Contrary to this, there is a view that regulatory interventions shall not be included within the framework of the idea of market economy which would undermine the freedom of action of market participants. Therefore, the question should be examined whether on what level of legislation and how this should be regulated. Two main directions have been identified in the literature to solve the issue regarding the wages of corporate executives.³⁷ One of the solutions proposed is to create and apply stricter regulatory standards that would more extensively and more effectively contribute to the responsible, transparent and traceable operation of the corporations. The other solution – in terms of legal regulations including specific legal guarantees – supports the expansion of shareholder rights and the increased accountability of corporate management. One of the two directions focuses on labor law regulation, while the other focuses on corporate law issues based on new approaches. In both cases, the starting point is that corporate management often does not serve the interests of the company, but rather its own short-term individual earning interests.³⁸

As a new alternative, the regulation of the position and income of executive employees can be solved by calling on incentives outside the scope of labor law. As a solution we would like to outline an opportunity that is quicker and less deteriorating to labor law guarantees, and that is based both on the dispositive, deviation-empowering nature of the Labor Code and the possibility of applying soft law solutions in labor law. The rules governing the activities of executive employees may not only be established within the framework of an employment contract, nor it may be filled with content only by an agreement, but it may appear in the guidelines of company expectations of the decision-making body of the company.³⁹

4. EXAMINING THE THEORIES IN THE FOREFRONT OF LABOR LAW – SUPPORTING THE RECOGNITION OF MARKET DEMANDS – FROM THE VIEW OF EXECUTIVE EMPLOYEES

Within the framework of labor law, the application of soft law⁴⁰ – as a new regulatory instrument for labor law instruments – has become more intense in recent decades. Within the principles of labor law, soft law instruments shall be

³⁷ Jesse M. Fried op. cit.21-34. p.

³⁸ Tibor Várady, *Kommunista piacgondolkodás*, Beszélő Online, <http://beszelo.c3.hu/cikkek/kommunista-piacgondolkodas>, (27, Jan, 2017.)

³⁹ Tibor Nochtá, 484.

⁴⁰ For more on soft law see: D. Đurđev, *Soft Law in European Community Law*, Collected papers – Novi Sad Faculty of Law, No. 1/2013, 104.

used, as far as economical interests are concerned, in order to increase efficiency and efficiency, and regarding labor law, because of the dissatisfactory operation of statutory labor law regulations. Soft law solutions, even though they can not be attributed to binding legal instruments, have an indirect, quasi-legal relevance.⁴¹ Thus soft law sanctions can indirectly influence the behavior of market participants, individuals, through their moral, ethical, social, and cultural effect. Nevertheless, soft law instruments have a moral “regulatory” executing power and responsibility attitude is strong, but it has to be remarked that their enforceability is weaker compared to classical legal instruments. Exactly because of their temporary position, soft law instruments can be a hallway of classical legal instruments so that they later become classical legal instruments. Both soft law and classical law respond to societal challenges and needs.⁴² The advantage of soft legal instruments is that they do not require explicit state intervention, so they can respond more quickly and more reflexively to the changing environment, avoiding any possible legislative difficulties. Such alternative regulatory instruments are emerging on those areas in particular that are confronted with high resistance through the complexity of their area of concern. So soft law can fill the legal gaps between the ideal and the real situation.⁴³

These new self-regulation mechanisms of labor law offer more market-friendly solutions and form a bridge between market economy and regulations of the state with normative power.⁴⁴ In the literature, the term “light touch” is often used to indicate how hard law is affected by self-regulatory legal mechanisms. Soft law instruments basically build on the self-regulatory behaviors of the market participants, offer far better solutions than the sanctions imposed by the state. Of course, soft law has many advantages but it has its “shady side” as well. Critical commentators include such negative factors as its potential destructive impact on legislation, infringements without any legal consequences, and a regulatory frameworks that are not clearly defined, thus undermining the regulatory and control powers of the state.⁴⁵

Due to globalization trends, state sanctions do not often emerge sufficiently effective enough, so it is typical at the area of labor law that states provide a greater autonomy to the self-operation of the corporations. It is, on the one hand, because large companies that are present at the market are transnational, and their

⁴¹ Simon Deakin, “The Idea of Labour Law”, *The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development*, (eds. Guy Davidov, Brian Langille) Oxford University Press 2011, 156-179.

⁴² Attila Kun, *A puha jog (soft law) szerepe és hatékonysága a munkajogban*, Az új Munka Törvénykönyve apropóján, Pázmány Law Working Papers, 2012/41, 1-4

⁴³ Attila Kun, *A munkajogi megfelelés ösztönzésének újszerű jogi eszköze*, Budapest, 2014, L'Harmattan Kiadó, 9-19.

⁴⁴ S. Deakin, (2011a), 156-179.

⁴⁵ A. Kun, (2012a), 1-4

economic influence is growing in an emerging way. On the other hand, states' restrictive, paternalistic actions are incompatible with the ideology of free competition and market economies. Henry Arthurs is the first to formulate paradigms about the relationship between labor law and soft law. According to Arthurs, the self-regulating mechanisms of the market play a much greater role in the development of market relationships than in public involvement.⁴⁶ Arthurs' theory leads us to Deakin's theory of the relationship between the market and the labor law. Deakin defines three roles of labor law, the market-restricting, the market-correctional, and the market-rewriting.⁴⁷

The "restrictive role" of labor law is based on the fact that labor law is ineffective in the economic sense, since the state intervenes into the relationship of the parties through its legal sanctions in order to enforce the interests of employees. In this respect, the classical role of labor law is the decisive one, where hard law instruments are intended to ensure the balanced situation in the market. With the "market correctional function" of labor law, Deakin expresses the requirement for the state to intervene through the labor law to protect the market participant that has weaker bargaining power. According to the third category, labor law also has a "market-creating function" in relation to the market. In addition to hard legal instruments, new innovative soft law instruments in labor law may also appear in this function. In this respect, Deakin points out that both substantive legal norms and soft law instruments aim to create an effective regulatory system in response to social economic environmental challenges.

Sen also highlights – when emphasizing the importance of human capital as a motor of long-term development – that the development of economies should not be interpreted narrowly. According to Hayek, "exploration process" resembles economic growth as a process in which we can not know what's coming to us.⁴⁸ The basis for this is to ensure the freedom of individuals. With this, we come to a contradiction that the state is doing the best for the economy to grow if it does not directly strive to increase people's income, but when it allows people to exercise their freedoms. And by this we get back to labor law as a function of the state to define institutional guarantees of employment.⁴⁹ According to Sen, capitalism has to face challenges such as inequality. Solving these problems goes beyond the institutional system of capitalist market economies and raises the question, what new instruments should be used outside of the pure state sanctions. Sen expresses that people have the right to live a life they want. For this, however, fundamental

⁴⁶ Harry Arthurs, "The Idea of Labour Law", *Labour Law after Labour*, (ed. Guy Davidov, Brian Langille), Oxford University Press 2011, 13-30.

⁴⁷ S. Deakin, (2011a), 156-179.

⁴⁸ Friedrich August von Hayek, *A verseny mint felfedező folyamat*, Piac és szabadság, Budapest, 1995, 302-311.

⁴⁹ S. Deakin (2011a), 156-179.

freedoms such as political, economic and civil liberties must be guaranteed by the state. Because guaranteeing these rights and their relationship is not negligible in any legal environment. For example, the differences between executive officers, that appear in labor law as well, result in not only economic inequalities but also – indirectly originating from economic inequalities – regarding fundamental rights, violating the principle of the fundamental principle of equal treatment in the long run.

Sen says that “Basic code of good business behaviour is a bit like oxygen: we take an interest in its presence only when it is absent.”⁵⁰ The direct aim of the labor law regulations is to create harmony between market efficiency and social goals through the increase of the employment rates or in order to increase them. It seeks to promote all these goals, see e.g. Deakin’s theory of market and labor relations, by keeping the legal regulatory frameworks, and besides, it would incorporate new legal instruments to regulate labor law in a way that would not pull behind economic development incentives, but would support the achievement of economic goals too. The drastic increase in the income of executive officers is also a market failure that is a symptom of many system weaknesses. In terms of the income management and the liability of the executive officers, companies should develop an organizational culture, that would not only formally but also regarding daily activities, would be able to achieve through its positive actions that unreasonably high salaries and severance payments would not be paid. Soft law instruments could be adequate instruments in order to avoid the failure of responsible corporate governances due to their moral saturations. By applying soft law instruments, executive officers would not feel that the enforcing mechanism of the state is limiting their freedom to determine their income by an agreement concluded within the conditions of a free market economy.

5. EVALUATION OF THE LEGAL REGULATIONS IN THE LIGHT OF ECONOMIC EXPECTATIONS

By connecting these principles to the legal liability, it can be stated that personal interests often play a much greater role in the operation of companies than the situations modeled by law, and overwrite written or unwritten legal and ethical rules. Assuming this operation, the invisible hand of Adam Smith that ensures the balance between markets does not exist, and the market failures constantly drawing the attention to a need for the direct and indirect regulatory role of the state.

As far as the executive officer is concerned, there is obviously a collateral relationship between (labor and civil) law and economics. As labor law affects

⁵⁰ Amartya Sen, *A fejlődés mint szabadság*, Európa Könyvkiadó, Budapest, 2003, 402.

income inequalities through the rules of employment regarding executive employees, or civil law through the rules of operation of corporations, institutional economics also has the effect on the creation of the framework of law.

The regulation of executive employees is required by principles independent of the ownership, that can prevail through soft law instruments of a responsible corporate expectation system. However, the expectations of the ownership, the shareholders and the interests of the company are not always the same.⁵¹ This conflict of interests can be solved with the principal-agent dilemma and the problem of asymmetric information from the point of view of economics, but the legitimate assurance of the interests of the legal person is not sufficiently ensured solely by publicity as a response, so the clarification of rules of liability is indispensable. Incorporating the Corporate Governance approach into the assessment of managerial and executive liability also presents this legal and social control element in addition to the specific legislation. In our view, therefore, keeping the employees of a managerial position within the scope of labor law allows to keep employee interests – and indirectly through the employer's interests – company requirements under guarantees. In addition to this, however, the establishment of more robust, even soft or hard law control of the establishment of income rules within the market is necessary for the operation of the legal entities. In our view, maintaining labor law ratios would also require stronger interconnection of liability relations and income regulations.

⁵¹ Tibor Nochtá also considers it the starting point of the liability of the managers, in: T. Nochtá, 485.

Др Хенриетт Ј. Раб, ванредни професор

Универзитет у Дебрецину

Правни факултет

Катедра за њољивредно право, право живојне средине и радно право

rab.henriett@law.unideb.hu

Бианка Т. Шитје, студент докторских студија

Универзитет у Дебрецину

Правни факултет

Докторска школа правних студија „Marton Géza“

biankamathe@gmail.com

Економски аспекти одговорности директора у процесу и организацији рада

Сажетак: Неколико нових изазова који се појављују пред њржицим рада и радним правом узроковани су ѡревасходно друшћивеним и економским околностима. Ове ѡромене делују зајраво сасвим ѡриродно: с једне сѡране, ѡслодавци имају своје економске инћересе и друшћивени чиниоци у ѡроцесу рада ће се адаћћираћћ ѡрема новим оквирима зајошљавања; с друђе сѡране, ѡромене су ѡрисућћне и на сѡрани радника. Услови у којима раде каракћерице све већћ сћейен флексибилностћ и диђћћализације, у сућроћностћ са ѡтрадиционалном сѡраном радноћ односа. У ѡом конћекстћу нових друшћивено-економских околностћ у којима се одвија рад, усредсредили смо се на ѡозицију дирекћоа, јер у односу рада и кайћћала они сћоје између ѡслодавца и зајослених. Њхов задаћак је деликаћан, с обзиром да се од њћх очекује да истћовремено и ућрављају ѡроцесом рада, али и да размишљају као зајослени и да орђанизују рад на адекватћан начин. Из наведених разлођа ѡозицију дирекћора у ѡроцесу рада видимо као нарочитћо бићћну како из уђла радноћ ѡрава ѡако и са економскоћ асћекћа.

Кључне речи: радно право – ѡржицие рада – дирекћори – ѡрофић ѡслодавца – радни однос

Датум пријема рада: 18.07.2018.

*Ágnes B. Juhász, Ph.D., Assistant Professor
University of Miskolc
Faculty of Law
civagnes@uni-miskolc.hu*

THE REGULATORY FRAMEWORK AND MODELS OF SELF-DRIVING CARS*

Abstract: *Until recent years, it seemed so futuristic that the time would come when no drivers would be needed and cars would drive themselves. Today, the existence of so-called self-driving cars (in other words, autonomous or automated cars) and their participation in road transport is reality, and that raises countless legal and ethical questions.*

This study reviews the regulatory frames of these vehicles from several points of view. After the introduction to the international rules on road traffic, attention is given to the current legal provisions adopted in certain states of the USA since these states were the first in the world that attempted to create the legal basis for self-driving cars. After the review of selected American laws, the main tendencies of current and future European regulation will be presented. Among European states, the German regulation amended in 2017 will be examined in detail. Nevertheless, the recent regulatory tendencies of other countries (e.g. Hungary) will be reviewed as well.

Keywords: *self-driving vehicle, autonomous car, automated driving system, Vienna Convention, GEAR 2030.*

INTRODUCTORY THOUGHTS

Nowadays, more and more essays and publications analyse the regulatory issues and various aspects of self-driving cars in a comprehensive manner.¹ In

* This research was supported by the project nr. EFOP-3.6.2-16-2017-00007, titled Aspects on the development of intelligent, sustainable and inclusive society: social, technological, innovation networks in employment and digital economy. The project has been supported by the European Union, co-financed by the European Social Fund and the budget of Hungary.

¹ See: Hilgendorf, Eric, Höttzsch, Sven, Lutz, Lennart: *Rechtliche Aspekte automatisierter Fahrzeuge*, Nomos, Baden-Baden 2015; Lohmann, Melinda Florina: *Automatisierte Fahrzeuge im*

order to create a regulation on self-driving cars, the mapping of the legal questions raised by the appearance of these vehicles is essential. Among these questions, liability issues are the most important. On the one hand, it shall be decided, if the appearance of self-driving cars as innovative solutions requires the introduction of new and special legal institutions or the existing civil law liability solutions can be applied in a satisfactory manner for the compensation of damages caused by these vehicles.² On the other hand, if a national legislator takes a stand on the application of already existing liability constructions, it also shall decide which person is obliged to provide compensation for the damage caused. This person can be either the keeper or the driver of the car, if these are different persons. Nevertheless, the driver's liability raises further questions, since in the case of using a totally automated system or mode, the driver does not actually drive and does not exercise control over the vehicle. It also shall be answered whether the liability is strict or fault-based, i.e. established with regard to the driver's conduct. Moreover, it is also questionable how the liability of the producer of the self-driving car or the built-in software can be inserted into the liability chain.³

Liability issues relating to self-driving cars are undoubtedly the most important questions, but other legal aspects shall also be examined. The use of intellectual properties (e.g. software) in the course of the operation of self-driving cars raises questions in the field of copyright law. Furthermore, the installation of so-called 'black box' into self-driving cars, specifically the data recording possibilities of this equipment and the prescription of the data retention duty in order to allow for the reconstruction of an incidental accident caused by the self-driving car, raises further questions. These issues fall within the field of data protection law.

The above-mentioned legal issues are regulated by the various national legislations in different ways. Nevertheless, it is a common feature of these legal regulations that they are always behind the technical reality since the process and rhythm of creating an appropriate legal background is incapable of competing

Lichte des Schweizer Zulassungs- und Haftungsrechts, Nomos, Baden-Baden 2016; Maurer, Markus, Gerdes, J. Christian, Lenz, Barbara, Winner, Hermann (Eds.): *Autonomes Fahren Technische, rechtliche und gesellschaftliche Aspekte*, Springer, 2015; Oppermann, Bernd, Stender-Vorwach, Jutta (Eds.): *Autonomes Fahren. Rechtsfolgen, Rechtsprobleme, technische Grundlagen*, C.H. Becks, München 2017; Juhász, Ágnes, Pusztahelyi Réka: "Legal Questions on the Appearance of Self-Driving Cars in the Road Traffic with Special Regard on the Civil Law Liability", *European Integration Studies*, 1/2016, 10-28.

² Similar dilemmas arise for many innovations that have come into being as result of the so-called *Industry 4.0*. See: Слобода Д. Мидоровић, „Грађанскоправни режим података који настају употребом паметних уређаја“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2018, 663, 664.

³ For reasons justifying producer's liability see: Miloš B. Sekulić, "Development Risks – Definition under European Union Law and Justification for Implementation in Serbian Law", *Collected Papers of the Faculty of Law in Novi Sad* 2/2018, 800-804.

with the explosive technological progress that has taken place in the automotive industry in the last few years.

It is a fact that there are regulatory concepts in the world, but these are mostly fragmented, and in the legal practise of European states there is a lack of legal provisions specifically concerning the legal issues of self-driving cars. From a legislative point of view, similar to the US states at the global level, Germany can be regarded as a pioneer at the European level because it was the first state on the continent to adjust the legal environment to technological developments.

On the next few pages, the existing and still evolving regulations on self-driving vehicles are reviewed. Beyond the international rules on road traffic, the related provisions of certain US states and the main features of the EU initiatives will also be presented. After a broad introduction of these regulations, the German solution is to be examined, since the German legislature created not only a framework for the participation of self-driving cars on the road but also attempted to resolve liability issues in connection with possible damage caused by such vehicles with the amendment of the existing German Federal Road Traffic Act.

1. THE INTERNATIONAL REGULATION BACKGROUND OF ROAD TRAFFIC AND THE LEGAL FRAMEWORK RELATING TO SELF-DRIVING CARS

The demand for international unification of the rules of road traffic had arisen relatively early. One of the first answers to this demand was the *Paris Convention* in 1926⁴, then the *Geneva Convention* in 1949, which supplemented and redefined the principles enshrined in the earlier convention in line with developments in the car industry, which revealed a growing concern for road traffic safety. On the other hand, from certain aspects, the Geneva Convention can be deemed a successor of the Paris Convention since it replaced the 1926 Convention in relations between the Contracting and Signatory States.

On 8th November 1968, the *Convention on Road Traffic* was signed in Vienna (hereinafter referred to as *Vienna Convention*), which replaced the 1926 and 1949 Conventions in the Contracting States' relations. The Vienna Convention went further than the previous conventions and contains comprehensive international rules on road traffic. Moreover, it requires the Contracting and Signatory States to bring the substance of their domestic legislation in line with the driving rules laid down in it.

Nevertheless, the Vienna Convention has significance not only on the international level. Considering the harmonisation of road traffic regulation within the

⁴ The Paris Convention was ratified by Hungary by Act XXXII of 1929.

European Union and the creation of future regulation on self-driving cars, it is an important document as well, since the mentioned legal framework can only be worked out in accordance with the principles established in the Vienna Convention. The demand for creating legal provisions on self-driving cars has arisen increasingly on the part of the Member States of the EU. However, creating such regulation was not possible until 2016 since Article 8 of the Vienna Convention prescribed that every moving vehicle or combination of vehicles have a driver. As a general condition, it also prescribed that every driver shall possess the necessary physical and mental ability and be in a physically and mentally fit condition to drive. Moreover, the Vienna Convention prescribed that the drivers of power-driven vehicles possess the knowledge and skill necessary for driving the vehicle.

At the time of its adoption, the Vienna Convention was regarded as a modern document that contained more detailed provisions compared to the rules of the earlier conventions. However, the creators of the convention, because of the state of science and technology of that time, could not reckon with the fact that after a few decades, science and technology would undergo such a significant change that would make it possible for motor vehicles to operate safely on the roads without any human assistance. The jump in technological evolution in parallel with the appearance of new tendencies in the field of motor vehicle improvements make it clear that the revision of the Vienna Convention is indispensable since road traffic regulation, in the lack of an appropriate amendment, could not adapt itself to the regulation demands caused by technological evolution. With awareness of these factors, the Vienna Convention was amended in March 2016 on the initiative of several European countries, including Germany. As a result of this amendment, the previously mentioned Article 8 of the Vienna Convention was also completed with a further paragraph (5bis). At the same time, Article 39 of the convention was also amended.

It can be noted that the main characteristic of these amendments was that they basically did not affect the provisions that prescribe the necessary presence of the driver. In other words, the provision is still in force, according to which every motor vehicle shall have a driver who is able to control the vehicle. Furthermore, it is worthy to note that the amendment also did not affect the definition of the driver. In accordance with this provision, only natural persons can be deemed the “driver” in the application of the Vienna Convention.⁵ Apart from these features, the amendments facilitated the application of various driving assistance systems having effect on the driving of the motor vehicle, provided that such a system complies with the related prescriptions of the United Nations Economic Commission for Europe (hereinafter referred to as UNECE).

The application of systems that are able to control the motor vehicle by the substitution of the human driver has also been recognised. However, in the case

⁵ Vienna Convention, Art 1, point (v).

of the application of such systems, the Vienna Convention provides that the system (i.e. its operation) should be revised by the driver of the car. It means that the driver should have the possibility to change the automated mode to manual mode (e.g. in case of need or in case of avoiding danger) or even to switch off the system operating in automated mode.

Due to the above-mentioned smaller amendments to the Vienna Convention, the self-driving vehicles' presence on the roads is not met with legal difficulties if the conditions set by the Vienna Convention are fulfilled. Nevertheless, with regard to the current technological development tendencies of the motor vehicle industry, the further modification of the Vienna Convention cannot be avoided in the long run. Thus, after reaching the full automatisisation of motor vehicles, the driver of the car will not be reasonably expected to exercise permanent control over the car since the application of automated systems is aimed at releasing the driver or preventing traffic accidents caused by negligence.

2. THE REGULATION OF SELF-DRIVING CARS IN THE UNITED STATES

On a world scale, the United States leads the way in regulating self-driving cars. This prominent role has both technological and legal reasons. On the one hand, thanks to technological developments, the first self-driving vehicles (e.g. Google's car)⁶ appeared in the USA. On the other hand, the USA ratified only the Geneva Convention of 1949 and did not sign the Vienna Convention. Since the provisions of the former convention are more lenient, the national legislator's scope for action in creating rules for road traffic was less limited compared to the possibilities of those states who signed and ratified the Vienna Convention.⁷

At the very start, provisions on self-driving cars were worked out by state legislatures, mostly in the form of bilateral agreements between the states. At present, a kind of federal regulation exists, which originates from the *National Highway Traffic Safety Administration* of the USA (hereinafter referred to as NHTSA). However, this regulation contains only minimum rules and mostly determines the standards of motor vehicle safety (*Federal Motor Vehicle Safety Standards*, hereinafter referred to as FMVSS). Thus, the working out and adoption of detailed legal provisions on self-driving cars takes place at state level and will continue to take place on that level, i.e. the legal framework of self-driving cars still has two levels in the USA.

⁶ Vö.: Beiker, Sven: *History and Status of Automated Driving in the United States*, In: Meyer, Gereon, Beiker, Sven (Eds): *Road Vehicle Automation*. Springer, Cham 2014, 61-70.

⁷ The relationship between the international conventions and the federal and state rules are examined in detail by *Bryant Walker Smith*. See Smith, Bryant Walker: "Automated Vehicles Are Probably Legal in the United States", *Texas A&M Law Review*, 1/2014, 411-521.

In 2011, *Nevada* was the first among the 50 states of the USA and in the world to adopt legal provisions on self-driving vehicles.⁸ Over the following two years, similar regulations were created in *Florida*⁹, *California*¹⁰ and *Michigan*^{11 12}. Afterwards, in the last few years, more states have recognised the need for regulating self-driving vehicles. The regulations of Nevada, Florida, California and Michigan were considered models by the other states during the working out of their own legal provisions on the presence of self-driving cars in road traffic. Currently 33 states of the USA have some kind of legal regulation related to self-driving vehicles even though the level of these regulations is different.¹³ Nevertheless, the number of regulations facilitating the appearance of self-driving cars on public roads and keeping the legal basis is expected to increase in the next few years.

The legal questions covered by the state regulations in force are mostly similar due to the fact that all of the state legislators worked out their legal provisions on the basis of the regulations of Nevada. However, the method of regulation depends on the time of the adoption of the regulation. At the beginning of the 2010s, provisions relating to self-driving vehicles were put in a single legal document. (See for example in the states of *Kentucky*¹⁴, *Maine*¹⁵ and *Nebraska*¹⁶). Contrary to this, in the last two years the ‘old’ regulations containing minimum rules were completed by new provisions, which were put in separate legal documents.

It can be considered as a common feature that all of the various legal regulations contain the definition of a self-driving vehicle, even though the denomination is different. In view of the practice, the use of the expression “*autonomous vehicle*” is the most general, but the names of “*automated vehicle*”, “*automated driving system-equipped vehicle*” and “*automated motor vehicle*” are also known and used. Though these expressions are more or less overlapping, their exact in-

⁸ Assembly Bill (AB) 511 (2011), Senate Bill (SB) 313 (2011).

⁹ House Bill (HB) 1207 (2012).

¹⁰ Senate Bill (SB) 1298 (2012).

¹¹ Senate Bill (SB) 169 (2013), Senate Bill (SB) 663 (2013).

¹² About the above-mentioned regulation, see in detail: Smith pp. 501-508.

¹³ During the time after 2013, beyond Nevada, Florida, California and Michigan, high-level regulation (e.g. acts) of self-driving vehicles was adopted in 18 other states (Alabama, Arkansas, Colorado, Connecticut, Georgia, Illinois, Indiana, Louisiana, New York, North Carolina, North Dakota, Pennsylvania, South Carolina, Tennessee, Texas, Utah, Virginia and Vermont) and in the capital, Washington, D.C. Legal sources issued by the governor contain the rules for self-driving vehicles in 10 other states (Arizona, Delaware, Hawaii, Idaho, Maine, Massachusetts, Minnesota, Ohio, Washington and Wisconsin). About the state laws in force, see <http://www.ncsl.org/research/transportation/autonomous-vehicles-self-driving-vehicles-enacted-legislation.aspx> (Date of download: 26th September 2018).

¹⁴ Senate Bill 116 (2018).

¹⁵ House Paper (HP) 1204 (2018), Legislative Document (LD) 1724 (2018).

¹⁶ Legislative Bill (LB) 989 (2018).

terpretation is supported by further essential and various notions (e.g. “*autonomous technology*”, “*operator*”, “*automated mode*”, “*automated driving system*”, etc.).

State regulations typically determine the conditions of the testing of self-driving vehicles on public roads by their producer and prescribe the requirements of the real (i.e. ‘live’, ‘non-testing’) appearance of such vehicles in public road traffic.¹⁷ The testing of these motor vehicles is possible only with the possession of permission and a temporary distinctive license plate. Moreover, a self-driving car can be tested only in a certain geographical area determined in the above-mentioned permission.

In relation to the testing, regulations also prescribe that the producer (tester) of the self-driving vehicle must have insurance for a certain amount (e.g. the amount insured should be at least \$5 million in Nevada and California).

Furthermore, state regulations contain provisions on the driving licenses, since it was questionable, if the operation of a self-driving vehicle requires a special driving licence or whether having a traditional license is enough. Opinions are diverging. Some people have said that the existence of various new functions which are built into the motor vehicles requires new competences for the driver in a given case, therefore the introduction of a new kind of driving license is necessary. The question is regulated quite differently by the states. In California, the operation of self-driving vehicles requires a special type of driving license, which can be obtained in a special driving course regulated by the state. In Florida, there is no further requirement for the driving of such vehicles¹⁸, while the normal driving license shall be endorsed by the competent authority in Nevada.¹⁹ The rules on driving license are fairly different in North Carolina, where the operation of self-driving vehicles does not require any kind of driving license at all.²⁰ Nevertheless, the regulation in force prescribes that the presence of an adult is needed when a person under the age of 12 is seated in the motor vehicle.

According to the FMVSS, state regulations contain further provisions prescribing the requirement for the producer to provide self-driving vehicles with such equipment (a ‘black box’) that is capable of storing sensor data from at least

¹⁷ Soriano, Bernard C., Dougherty, Stephanie L., Soublet, Brian G., Triepke, Kristin J.: *Autonomous Vehicles: A Perspective from the California Department of Motor Vehicles*, In: Meyer, Gereon, Beiker, Sven (Eds): *Road Vehicle Automation*. Springer, Cham 2014, 15-24 and 21-22; Nowakowski, Christopher, Shladover, Stephen E., Chan, Ching-Yao, Tan, Han-Shue: “Development of California Regulations to Govern the Testing and Operation of Automated Driving Systems”, *Transportation Research Record*, Vol. 2489 (2015): Intelligent Transportation Systems and Connected and Automated Vehicles, 137-144.

¹⁸ L. House Bill (HB) 7027 (2016).

¹⁹ See Peck, Spencer, Fatehi, Leili, Douma, Frank, Lari, Adeel: “The SDVs Are Coming! An Examination of Minnesota Laws in Preparation for Self- Driving Vehicles”, *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2/2015, 843.

²⁰ House Bill (HB) 469 (2017).

30 seconds before a collision in a read-only format. Beyond this, the regulations prescribe a duty for the producer of a self-driving car to equip the vehicle with other systems that are able to alert the driver and indicate the malfunction of the automatic mode and enable the driver either to intervene in the operation of the vehicle or to take over control of the motor vehicle. In accordance with the FMVSS, self-driving vehicles shall also be equipped with such a system that enables the vehicle to come to a complete stop if the driver is unable to take control.²¹

After a rough review of US regulation tendencies on self-driving vehicles, several conclusions can be drawn.

1. Although even more states are adopting their own legal provisions, the demand for the regulation of self-driving vehicles arises primarily in the most developed regions of the USA. The experiences of the last few years show that resolving the questions of self-driving vehicles is an important aim for state legislators. Nevertheless, the “rhythm” and the directions of the state legislatures are diverging, and certain states are pretty much ahead of others.

2. The necessity of creating regulation on self-driving cars is beyond debate in several states of the USA. In California, for example, self-driving cars are already allowed not only to test on public roads but to be used in open road traffic if the vehicle complies with the FMVSS. Similarly, since 2016, self-driving vehicles can also be used on the roads of Florida in non-testing mode, provided that these vehicles meet the requirements of the FMVSS. A further and controversial feature of the Floridian regulation is that it does not require the presence of the driver in the self-driving car.²² Nevertheless, this provision is not unique, since the presence of a driver is also not required for the operation of a self-driving car under a related bill in Michigan.²³ Furthermore, according to the regulations Nebraska adopted in 2018, the driver’s presence in the vehicle is not compulsory for open road use if the prerequisites defined by the law are fulfilled.²⁴

3. After reviewing the relating regulations of the various US states, it should be stated that these provisions can serve as models for the world’s other developed countries that are concerned by the appearance of self-driving cars and the legal and other problems they pose.²⁵ However, as it can be seen, legal provisions on self-driving cars are very divergent in the USA. Therefore, a question arises: Is there ever any chance to create such a globally harmonised legal framework that

²¹ Soriano, Dougherty, Soublet, Triepke, 22.

²² House Bill (HB) 7027 (2016).

²³ Senate Bill (SB) 996 (2016).

²⁴ Legislative Bill (LB) 989 (2018).

²⁵ In connection with the state regulations, the adopted legal provisions are often criticised for not distinguishing among the self-driving cars according to the level of automatism, i.e. these regulations are not as differentiated as required. See Pearl, Tracy Hresko: “Fast & Furious: The Misregulation of Driverless Cars”, *Annual Survey of American Law*, 1/2017, 58.

takes the form of an international convention? As *Pearl* noted in her previously referenced work, state legislators should change their approach and wait, see and then legislate instead of adopting anticipated legislation.²⁶

3. EUROPEAN TENDENCIES IN THE REGULATION OF SELF-DRIVING CARS

In the last few years, the USA has had to face several rivals in the development of self-driving vehicle technology. In the Far East, namely in China and Japan, a large amount of money is spent on motor vehicle improvement; the creation of the appropriate legal environment is coming forth in the near future. Though technological developments also take place in Europe, the future regulation of self-driving vehicles shall be examined from several viewpoints and levels in this region. This is caused by the fact that distances in Europe are relatively small, i.e. travelling is necessarily coupled with the crossing of borders. Therefore, the appearance of self-driving motor vehicles on European roads brings up the demand for relatively unified, or at least harmonised, legal regulation. It would be the best solution if technical and legal questions related to self-driving vehicles would be regulated not at the national (or Member State) level but at the supranational level. However, a future regulation to be adopted by the European Union would cover the European continent only in part. Thus, the creation of such a legal framework would not be a satisfactory solution since the crossing of the external borders of the EU with a self-driving car raises further questions that can be arranged only by means of bilateral agreements.

Since transport policy forms part of the common policies of the European Union, the designation of the main directions of regulation of the various sectors (e.g. road transport, railway transport, aerial transport and navigation) falls within the competence of the EU. Therefore, the minimum rules on self-driving cars will presumably be worked out at the EU level. However, road transport is regulated at the national level by all Member States, in line with the previously mentioned international road traffic conventions.²⁷

In the middle of the 2000s, a European Technology Platform (ETP) was set up with the recognition and support of the European Commission. As main tasks, the *European Road Transport Research Advisory Council* (hereinafter referred to as ERTRAC) cooperates with the actors of the road transport sector to create a common approach and to shape the image of the future of European road transport. At the same time, it drafts the possible strategies and the main directions of

²⁶ T. Pearl, 71.

²⁷ In Hungary, Act No. I. of 1988 contains provisions on road transport.

research and development in the field of road transport.²⁸ National road transport strategies are worked out along these lines.

However, during the last few years, the Commission has expressed that it intends to create an intelligent transport system that is in step with technological developments and utilises recent achievements in the field of the motor vehicles as an industry having strategic importance. Moreover, the system to be worked out within the European Union should comply with the various aims (e.g. sustainability) of the EU.²⁹ Towards the realisation of this goal, the Commission launched several projects (e.g. HAVEit, Interactive, AdaptIVe, i-GAME, AutoNOMOS, etc.), which concern the development and testing of self-driving vehicles.³⁰

In October 2015, the Commission set up the *High Level Group on the Competitiveness and Sustainable Growth of the Automotive Industry in the European Union* (hereinafter referred to as *GEAR 2030*), consisting of 25 members who are experts from different sectors. Moreover, certain members of the Commission, certain Member States' ministers of economy, industry or transport, representatives of consumers, trade unions, environmental protection and road safety organisations (e.g. the European Association of Automotive Suppliers, the European Federation for Transport and Environment, the European Consumer Organisation, etc.) and observers of other organisations (e.g. the European Investment Bank, the Committee of the Regions, the European Economic and Social Committee) also participated in the work of GEAR 2030.

In 2016, GEAR 2030 prepared a discussion paper for the Commission (*Roadmap on Highly Automated Vehicles*)³¹, in which the working group defined the need for the revision and amendment of the legal and political framework of highly automated motor vehicles. According to GEAR 2030's paper, the above-mentioned need is especially strong in the field of traffic rules, while provisions on the acquisition of driving license, road conformance, road signs, liability and insurance, as well as cyber security and data protection, shall also be revised or amended. As GEAR 2030 formulated, the final goal is the creation of a common

²⁸ About the tasks and activities of the ERTRAC, see the organisation's homepage (www.etrac.org).

²⁹ See White Paper – Roadmap to a Single European Transport Area – Towards a competitive and resource efficient transport system, COM (2011) 144 final, Brussels, 28.03.2011; CARS 2020: Action Plan for a competitive and sustainable automotive industry in Europe, COM (2012) 636 final, Brussels, 08.11.2012. About the white paper see Iván Gábor: *Közlekedési politika*, In: Kende Tamás (Ed.): *Bevezetés az Európai Unió politikáiba*, Wolters Kluwer, Budapest 2015, 657-660.

³⁰ See Meyer, Gereon, Deix, Stefan: *Research and Innovation for Automated Driving in Germany and Europe*, In: Meyer, Gereon, Beiker, Sven (eds): *Road Vehicle Automation*. Springer, Cham 2014, 71-81 and 73-74.

³¹ <https://circabc.europa.eu/sd/a/a68ddba0-996e-4795-b207-8da58b4ca83e/Discussion%20Paper%C2%A0-%20Roadmap%20on%20Highly%20Automated%20Vehicles%2008-01-2016.pdf>, (Date of download: 6th April 2018).

legal foundation that is based on the international standards laid down by the UNECE and harmonised to the highest degree. In autumn 2017, GEAR 2030 published its final report³², in which it made recommendations for the Commission and the Member States relating to the future direction of the regulation of automated and connected motor vehicles.

In May 2018, considering the recommendations of the report by GEAR 2030, the Commission published a communication³³, in which it envisaged the comprehensive revision of vehicle safety regulations³⁴ and the adoption of further legislative acts regarding the questions of self-driving cars. Furthermore, EU provisions on driving licenses³⁵ should also be amended in the near future due to the appearance of self-driving vehicles in open road traffic. Nevertheless, the direction of these amendments is uncertain at present since it has not been decided yet if the operation of these vehicles, provided that possession of special knowledge is needed, requires a new kind of driving license or not.

It is also important to note that both national legislators and the legislative bodies of the EU should take into consideration the amended and newly inserted provisions of the Vienna Convention in the course of the adoption of their regulations on self-driving vehicles.

It is obvious that the revision of the EU regulations on road traffic is necessary because of the appearance and the future use of self-driving cars. Beyond this need, the potential directions of the revision became even more concrete in the last few years, therefore it should be taken into account that various legal regulations will be adopted in the EU, even if there has not been any explicit legal initiative up to now. EU legislation has its own time. While the creation of a single EU regulation on self-driving cars will be a long, gradual and very slow process, several political declarations have been published at the national level in which the introduction of self-driving vehicles and the adoption of the regulatory framework have been scheduled. The activity of national legislators is also due to the pressure from leading motor vehicle producers since the existence of a clear, safe and predictable legal environment is particularly important to them. These manufacturers expect for good reason to see how and under which conditions the testing

³² https://ec.europa.eu/growth/content/high-level-group-gear-2030-report-on-automotive-competitiveness-and-sustainability_en, (Date of download: 18th June 2018).

³³ Communication from the Commission – On the road to automated mobility: An EU strategy for mobility of the future, COM (2018) 283 final, Brussels, 17.05.2018.

³⁴ Regulation (EC) No 661/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning type-approval requirements for the general safety of motor vehicles, their trailers and systems, components and separate technical units intended therefore, OJ L 200, 31.7.2009, pp. 1-24.

³⁵ Directive 2006/126/EC of the European Parliament and of the Council of 20 December 2006 on driving licences,

OJ L 403, 30.12.2006, pp. 18–60.

and the open-road use of automated vehicles or vehicles equipped with driving assistance technologies will occur.

Nowadays, there are more states that are interested in the introduction of self-driving vehicles, and that manifests this intention at the political level. However, there are also some states where the adoption of the related provisions or the modification of previously existing regulations is in process or has already occurred. For the present, the application of the latter solution, i.e. the amendment of the existing rules, is more common since the testing of self-driving vehicles (limited to a certain section of road and only in possession of a special permit) typically requires the appropriate amendment to road traffic rules.

In the *Netherlands*, for instance, road traffic rules were amended; since summer 2015, the wide open-road testing of self-driving vehicles (both cars and buses) is possible in possession of a permit from the competent authority.

In Hungary, some steps have also been taken recently towards the future introduction of self-driving cars. In 2017, amendments to two ministerial decrees (Ministerial Decree KöHÉM No. 5/1990 of 12 April 1990 on the technical inspection of road vehicles and Ministerial Decree KöHÉM No. 6/1990 of 12 April 1990 on the technical conditions for placing and keeping road vehicles in circulation) were adopted³⁶ in relation to the testing of *vehicles for experimental purposes*. Thereafter the open-road testing of these vehicles became legal in Hungary.

It should be noted that Hungarian regulations use neither the expression ‘self-driving vehicle’ nor the term ‘automated vehicle’. As an alternative, Hungarian legislators introduced a broader expression. An ‘*autonomous vehicle for experimental purposes*’ is such a vehicle for experimental purposes that (a) is aimed at the development of partially or fully automated operation and (b) has a qualified test driver who, depending on the level of automatisisation of the vehicle, can exercise manual control when it is needed in cases that jeopardise traffic safety.³⁷

Annex 18 of Decree No. 6/1990 contains the classing of the above-mentioned vehicles in line with internationally defined and recognised taxonomy.³⁸ Annex 17 of the same decree contains the detailed operational and technical conditions relating to autonomous vehicles with the aim of development.³⁹

³⁶ Ministerial Decree NFM 11/2017 of 12 April 2017 amending the Ministerial Decree KöHÉM No. 5/1990 of 12 April 1990 on the technical inspection of road vehicles and Ministerial Decree KöHÉM No. 6/1990 of 12 April 1990 on the technical conditions for placing and keeping road vehicles in circulation in relation to the testing of vehicles for experimental purposes.

³⁷ See Decree No. 5/1990, Article §2 (3b), point b).

³⁸ In 2014, the Society of Automotive Engineers (SAE) International published a standard by which the definition of autonomous motor vehicles and the five levels of automatisisation were determined. See *Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles*, https://www.sae.org/standards/content/j3016_201806/.

³⁹ Annex 17 of the Decree No. 6/1990 contains provisions on the expected status of the autonomous vehicle for experimental purposes and prescribes the requirement of prior notification

Regarding the regulation of self-driving cars at the European level, Germany is clearly a pioneer. The German legislation has already established the legal framework in which the participation of self-driving cars on the road is possible, despite the fact that until now there has been no adopted legislation at the EU level. Since the adopted legislation in Germany is unique at the European level and can be an example for other national and EU legislators, the main provisions will be described in more detail below.

4. THE GERMAN MODEL OF THE REGULATION OF SELF-DRIVING CARS

In the last few years, the demand for national regulation of self-driving vehicles has been growing even stronger in Germany in parallel with the great leap forward in the technology of automated and self-driving motor vehicles. The leading German motor vehicle producers (e.g. Mercedes (Daimler), BMW, Audi, Volkswagen, etc.) presented their innovative solutions and the prototypes of self-driving cars, as well as the testing on the open road and the use in road traffic of such vehicles that have been built to serve future generations, required for clear and precisely defined frames. In recent times, the attention of lawyers also turned toward the direction of self-driving vehicles and problems generated by their appearance. They tried to draft a solution for all of those questions that arose due to the appearance of self-driving vehicles and to the lack of their appropriate regulation.⁴⁰

In November 2015, the Federal Government of Germany (Bundesregierung) published a strategy⁴¹ which defined the need for the modification of road traffic regulations in order to make the use of self-driving cars on the road possible. Afterwards, the government proposed a draft⁴² to the Bundestag, according to which the German Road Traffic Act (*Straßenverkehrsgesetz*, hereinafter referred

of testing in autonomous mode to the Minister of Transport. It also prescribes that the vehicle developer shall provide a data recorder in autonomous vehicles with the aim of development that can record the digital signals from the movement of the vehicle and can reconstruct events in the case of a road accident. The Annex settles the requirements of the switching system between manual control and automatic control.

⁴⁰ Franke, Ulrich: "Rechtsprobleme beim automatisierten Fahren – ein Überblick", *Deutsches Autorecht*, 2/2016, 61-66; Jänich, Michael Volker – Schrader, Paul – Reck, Vivien: "Rechtsprobleme des autonomen Fahrens", *Neue Zeitschrift fuer Verkehrsrecht*, 7/2015, 313-318.

⁴¹ See *Strategie automatisiertes und vernetztes Fahren*, <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/broschuere-strategie-automatisiertes-vernetztes-fahren.html> (Date of download: 17th June 2018), p. 17.

⁴² About the draft of the amendment of the StVG, see in detail Berndt, Stephan: "Der Gesetzentwurf zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes. Ein Überblick", *Strassenverkehrsrecht*, 4/2017, 121-127.

to as *StVG*) was amended in 2017.⁴³ With the adoption of this amendment, the German legislature paved the way for the safe introduction of vehicles equipped with automated functions to the open road traffic.

The new Article §1a of the *StVG* contains the basic provisions on automated motor vehicles, distinguishing between motor vehicles with highly or fully automated driving functions. As a starting point, Article §1a establishes that the operation of a motor vehicle with highly or fully automated driving function is permissible provided *the function is used for its intended purpose*. In addition, the referenced article of the *StVG* defines the conceptual framework of the above-mentioned motor vehicles. In the application of the *StVG*, those motor vehicles shall be deemed as motor vehicles with highly or fully automated driving functions, which are equipped with technical equipment that is able to perform, after activation, driving tasks in compliance with traffic laws. The definition set by the act also specifies that the automated system can be manually overridden or deactivated by the driver at any time. It is laid down as a further requirement that the necessity of manual vehicle control can be recognised by the driver, who is to be alerted visually, acoustically, tactilely or otherwise perceivably by the automated system. In case of alert, the automated system shall ensure enough time for the driver to take control over the motor vehicle.⁴⁴

It is also important to note that the definition of motor vehicles with highly or fully automated driving functions diverge from the notion used by the US state regulations. The definition of the *StVG* is more complex since it requires not only the existence of automated driving function and the possibility of taking over control of the car but also the fulfilment of other conditions. Moreover, the *StVG* determines who shall be deemed a driver. According to Article §1a (4), a driver can be anyone who activates a highly or fully automated driving function and uses such a function for vehicle control, even if he does not control the vehicle manually by himself during the time of the intended use of the automated function. Due to the application of a fiction, the notion of driver also covers those persons who actually do not exercise control over the motor vehicle. This is the reason why the general road traffic requirements for drivers shall be applied to the driver of motor vehicles with highly or fully automated driving functions.⁴⁵

The amended text of the *StVG* also defines the basic rules for the relationship existing between the driver and the highly or fully automated motor vehicle. These provisions determine those rights and duties (responsibilities) that can be exercised

⁴³ About the new provisions of the *StVG*, see Hilgendorf, Eric: “Auf dem Weg zu einer Regulierung des automatisierten Fahrens: Anmerkungen zur jüngsten Reform des *StVG*”, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 4/2017, 225-228 and König, Carsten: “Die gesetzlichen Neuregelungen zum automatisierten Fahren”, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 3/2017, 124-128.

⁴⁴ *StVG*, Art 1a (2).

⁴⁵ E. Hilgendorf, 226.

or shall be fulfilled by the driver during the use of the motor vehicle in automated mode. Nevertheless, these rights and duties have an additional aspect since they, because of the normative extension of the notion of driver, complement those rights and duties which are generally prescribed for drivers of traditional motor vehicles.

Article §1b (1) of the StVG provides for the driver to divert his attention from the road traffic occurrences and vehicle control when the vehicle is controlled by means of highly or fully automated driving functions. However, the driver shall remain alert at any time to fulfil his duty prescribed by law, i.e. to take over control of the car.

According to the paragraph (2) of Article §1b, the driver is obliged to take control of the motor vehicle without delay if he is expressly asked to by the automated system or he himself recognises or on the basis of obvious circumstances should recognise that the prerequisites for the intended use of automated driving functions no longer exist.⁴⁶

Beyond the general rules of motor vehicles with highly or fully automated driving functions, the StVG also contains special provisions regarding data management (§63a). These rules have been strongly criticised in the literature.⁴⁷

During the use of highly or fully automated driving functions, some data is stored by means of the satellite navigation system. Among others, motor vehicles store information on the exact time and place (i.e. coordinates) when a change of vehicle control between the (human) driver and the highly or fully automated system takes place. Moreover, the system records the time when the driver is asked to take over or take back control of the vehicle, or when a technical failure or malfunction occurs. According to Article §63a (4), the owner of the vehicle shall delete the data stored after six months. Nevertheless, in certain cases (e.g. in case of a traffic accident), this data can be transmitted to the authorities. In those cases, the owner of the vehicle is obliged to delete the data stored (and transmitted) after three years.

Though the German legislature amended several provisions of the StVG regarding motor vehicles with highly or fully automated driving functions, the modification did not concern issues of liability. The liability of the driver is essentially based on Article §823 of the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch, hereinafter BGB) and §18 of the StVG. However, beyond such general delictual

⁴⁶ The above-mentioned paragraph of the StVG was strongly criticised by specialists. See Wagner, Bernd, Gooble, Thilo: "Freie Fahrt für das Auto der Zukunft? Kritische Analyse des Gesetzentwurfs zum hoch- und vollautomatisierten Fahren", *Zeitschrift für Datenschutz*, 6/2017, 265; Schirmer, Jan-Erik: "Augen auf beim automatisierten Fahren! Die StVG-Novelle ist ein Montagsstück", *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 6/2017, 255.

⁴⁷ Schmied, Alexander, Wessels, Ferdinand: "Event Data Recording für das hoch- und vollautomatisierte Kfz. Eine kritische Betrachtung der neuen Regelungen im StVG", *Neue Zeitschrift fuer Verkehrsrecht*, 8/2017, 357-364.

(fault-based) liability, the rule of strict liability can also be applied as it is prescribed by Article §7 of the StVG. The application of strict liability in the case of damage caused by a motor vehicle is widespread in European liability systems. Nevertheless, the use of motor vehicles with highly or fully automated driving functions raises the question of whether the application of such a form of liability shall be rethought. As Hilgendorf noted in his already mentioned work, the German legislature should have redefined the existing liability structure with regard to highly or fully automated motor vehicles. Since such modification was not adopted, the keeper of a highly or fully automated vehicle is still liable for the damage caused by his vehicle under strict liability rules according to the related provisions of the StVG. However, while the driver can be exonerated from liability if the automated driving function was used and the damage was caused by the malfunction of the automated driving system, this exoneration cannot be applied to the keeper. Hilgendorf also added that other legal acts like the German Product Liability Act⁴⁸ and the related provisions of the German Criminal Code⁴⁹ have not been amended.⁵⁰ Accordingly, in the case of a defect of a product, the producer or the operator of the technological system can be liable for the damage. Such liability is also based on fault. In his recent work, König agrees with the opinion of Hilgendorf and emphasizes that rules about the liability of the keeper, driver and producer should have been created.⁵¹

As it was mentioned, the amendments and the newly inserted provisions of the StVG have been strongly criticised by both theoreticians and practitioners. At the same time, it should be noted that the introduction of the new provisions has an experimental nature, as it is shown by Article §1c of the StVG. According to this Article, after 2019, the competent ministry (i.e. the Federal Ministry of Transport and Digital Infrastructure)⁵² is obliged to revise the application of the amended provisions of the StVG and evaluate the application on the grounds of economic considerations. Afterwards, the ministry is obliged to report the results to the Bundestag.

Nonetheless, it should also be noted that the amended provisions of the StVG, aimed at creating the legal framework for the use of self-driving cars in open road traffic, are unique and exemplary in Europe. Therefore, these new German regulations can serve as a model for other European states in the course of working out their own national regulations on self-driving cars.⁵³

⁴⁸ *Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ProdHaftG)*.

⁴⁹ *Strafgesetzbuch (StGB)*, Art. 222 and Art. 229.

⁵⁰ E. Hilgendorf, 227.

⁵¹ König, Cartsten: “Gesetzgeber ebnet den Weg fuer automatisiertes Fahren – weitgehend gelungen”, *Neue Zeitschrift fuer Verkehrsrecht*, 6/2017, 251.

⁵² *Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, BMVI*.

⁵³ By way of example, the German provisions are examined by Konrad Lachmayer in respect to their practicability for the creation of future Austrian regulation on self-driving cars.

CLOSING REMARKS

The automatisisation of motor vehicles is a long development process. In the course of such a process, modern technologies like lane-keeping assistance, blind spot detection systems, adaptive cruise control (ACC), autonomous emergency braking system (AEB) or collision avoidance systems have been the first steps. However, these assistance systems were superseded by new science and technology, and such systems that are able to take over full operation (control) of the vehicle for shorter or longer periods have been tested.

With regard to the distribution of driving tasks between the (human) driver and the assistance system, vehicles can be ranked into levels on the basis of the measure of their automatisisation. The first level encompasses those motor vehicles that are fully and exclusively controlled by a human driver, i.e. operating tasks like steering, braking, accelerating or slowing down and so forth are performed by the driver. Contrary to this, those vehicles that are at the highest level of automatisisation (“*fully automated vehicles*”) are able to drive themselves, i.e. these vehicles do not require human attention (and human presence) since the autonomous vehicle system controls all critical tasks, such as the monitoring of the environment and identification of unique driving conditions like traffic jams, and is capable of allowing safe participation in public road traffic. Although the development of self-driving vehicles is quite fast, their appearance on public roads is only predicted to happen in the 2020s or 2030s at the earliest; currently the testing of highly automated vehicle prototypes on public roads is in progress.

At present, national legislators are expected to create regulations on self-driving cars. The law should keep abreast of technological development, even if it is obvious that the legal environment cannot change as fast as the improvement of automated vehicles and other modern technologies. Not only the producers of motor vehicles but also the members of society as a whole need a safe and predictable legal background that designates the legal parameters of automatisised systems and defines the ethical and legal requirements to be fulfilled.

Resolving liability questions is indisputably a cornerstone of the regulation to be created in the future.⁵⁴ There is a basic need for designating the borders of

See Lachmayer, Konrad: “Von Testfahrten zum regulären Einsatz automatisierter Fahrzeuge”, *Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 12a/2017 (Sonderheft), 519.

⁵⁴ De Bruyne, Jan, Tanghe, Jochen: “Liability for damage caused by autonomous vehicles: a Belgian perspective”, *Journal of European Tort Law*, 3/2017, 324-371; Gomille, Christian: “Herstellerhaftung für automatisierte Fahrzeuge”, *Juristen Zeitung*, 2/2016, 76-82; Harnoncourt, Maximilian: “Haftungsrechtliche Aspekte des autonomen Fahrens”, *Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 12a/2016, 546-552; Schrader, Paul: “Haftungsfragen für Schäden beim Einsatz automatisierter Fahrzeuge im Straßenverkehr”, *Deutsches Autorecht*, 5/2016, 242-246; Templ, Heinz: “Über die Haftungsfrage von selbsttätig am Straßenverkehr teilnehmenden KFZ”, *Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1/2016, 10-14.

the liability of the (vehicle) keeper and driver, the producer of the vehicle or the built-in automated driving system and the operator of the technological system. Furthermore, defining the relationship among these liability forms is also essential. The clear designation and delimitation of civil (law) liability cases is undoubtedly the most urgent task. Nevertheless, questions also emerge in other fields of liability (e.g. criminal law and administrative law) to be answered in the near future.⁵⁵

The existence of self-driving cars is not futurity but reality, therefore the creation of the appropriate regulatory environment is necessary, both at the national and supranational level. National legislators should start from already existing (e.g. German, American) regulation and, learning from their noticed deficiencies, should aim to create such a legal framework that satisfies the needs that arise and arranges more broadly the questions relating to the use of self-driving vehicles in open road traffic.

⁵⁵ Bartolini, Cesare, Tettamanti, Tamás, Varga, István: “Critical features of autonomous road transport from the perspective of technological regulation and law”, *Transportation Research Procedia*, 17/2017, 796-797.

Др Аџнеџ Б. Јухас, доцент
Универзитет у Миџколиџу
Правни факултет
civagnes@uni-miskolc.hu

Регулаторни оквир и модели аутомобила који сами возе

Сажетак: До недавно је помисао да ће доћи време када неће бити потребе за возачима и када ће аутомобили сами возити деловала одвице фуџуристички. Данас су изв. аутомобили који сами возе (џиџ. аутономни или аутомаџизовани аутомобили) и њихово учешће у коџненом џрансџорџу џосџали реалносџ која оџвара безброј џравних и еџичких џиџања. У наведеном конџексџу, у раду су саџледани реџулаџивни оквири ових возила са неколико џачака џледиџџа. Након уводноџ дела у коме су изложена меџународна џравила коџненоџ саобраџаја, џажња је џосвећена важећим одредбама усвојеним у џојединим америчким државама, с обзиром на џо да су ове државе џрве на свеџу џокуџале да џравно уреде џиџања у вези са аутомобилима који сами возе. Након џреџледа одабраних џрава америчких држава, џредсџављене су кључне џнденџије у важећој и будућој евроџској реџулаџиви. Меџу евроџским земљама, немачка реџулаџива са изменама из 2017. џодине је деџално анализирана. Осим џоџа, биће речи и о насџојањима за џравно уређење ове обласџи и у друџим земљама џоџуџ Маџарске.

Кључне речи: возила која сама возе, аутономни аутомобили, сисџем аутомаџске вожње, Бечка конвенџија, GEAR 2030.

Датум пријема рада: 03.10.2018.

ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ

*Mladen N. Brkić, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
mladen19922@gmail.com*

ACTUAL (*DE FACTO*) EXPROPRIATION ON THE AREA OF THE CITY OF NOVI SAD

Abstract: *In addition to the public interest established by the Government of the Republic of Serbia, the authorized user of immovable property may initiate a procedure for the forcible deprivation of immovable property while providing compensation corresponding to the market value of the confiscated real estate. Although the Expropriation Law precisely stipulates the conditions and procedure for the implementation of expropriation, the question arises as to whether it is possible to act differently, that is, whether expropriation is considered only a procedure that meets all the statutory requirements (existence of public interest, proposals of an authorized user, expropriation decision and compensation for expropriated immovable property) or it may be possible to expropriate, but only by its very nature. Sometimes state bodies or public enterprises undertake certain actions that have the same effect as expropriation, which courts call actual expropriation, although this concept does not exist in the regulations of the legal system of the Republic of Serbia*

Keywords: *expropriation, actual expropriation, actual expropriation in the Futog area, actual expropriation in the Veternik area.*

1. INTRODUCTION

If there is a law regulating a particular matter, that law should regulate all the situations that it may have in relation to that matter. This means that if we have the Expropriation Law, which regulates the matter of expropriation, it should be applied to an indefinite number of cases that may arise. Any treatment that does not respect the legal rules would mean that such treatment is illegal and that certain procedures should be initiated with the aim of protecting the rights of the persons to whom the rights have been established. There were certain situations

when there was an expropriation of real estate in the Republic of Serbia, and that the procedure was not followed by the law, and previous owners did not receive compensation for the seized immovable property. In those situations certain authorities took the actions which have the same effect as expropriation, so-called actual expropriation. This behavior represents a grave violation of the basic constitutionally guaranteed rights, and therefore the Constitutional Court played a significant role in resolving a problem called “actual expropriation”.¹ Although it could be said that the Constitutional Court has solved cases in favor of the applicants of constitutional appeals, Miloš Prica has a very critical attitude towards the actions of the Constitutional Court, considering that the Constitutional Court legalizes the factual arbitrariness of state bodies by the institute of actual expropriation.²

Actual expropriation in the territory of the City of Novi Sad, ie, Futoga area and Veternik area, shows us the inconsistency of the state authorities in lawful treatment. Although the timeframe of actual expropriation does not coincide with Veternik and Futog (in Veternik, the actual expropriation was carried out in XXI century, while in Futog, in the seventies of the twentieth century), the question arises as to whether it is possible that, although regulations existed at the time of actual expropriation, do anything contrary to the laws governing this field.

2. ACTUAL (*DE FACTO*) EXPROPRIATION IN THE AREA OF NOVI SAD

Expropriation means a forced proceeding for the transfer of ownership of a real estate from one legal subject to another, or its restriction, with the existence of a public interest and the granting of a compensation for a seized property which cannot be lower than the market value of the immovable property.³ It is regulated

¹ There is not a small number of Constitutional Court (further CC) decisions on actual expropriation in which the CC found a violation of the right to property (Article 58 of the Constitution of the Republic of Serbia “Official Gazette RS” No. 98/2006) for a fair trial (Article 32 para. 1 of the Constitution) and equal protection of rights (Article 36, paragraph 1 of the Constitution). In the continuation of the article, there will be more to say about some CC decisions. Not only does the Constitutional Court play a very important role, but the European Court of Human Rights in Strasbourg has made very important decisions regarding actual expropriation (see decisions in cases: *Papamichalopoulos and others v. Greece* ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57836"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)); *Carbonara and Ventura v. Italy* (<https://files.pca-cpa.org/bi-c/1.%20Investors/4.%20Legal%20Authorities/CA299.pdf>); *Sporrong and Lonnorth v. Sweden* (http://web.changenet.sk/aa/files/207e345aa907113543b0857cd6856c71a52_1982_eu__sud_case_of_sporrong_and_lonnorth_vs_sweden.pdf)). Read more: Dragoljub Popović, *European human rights law (Evropsko pravo ljudskih prava)*, Official gazette, 2012.

² Miloš Prica, *Expropriation as a legal institute (Eksproprijacija kao pravni institute)*, Doctoral dissertation, Niš, 2016., pg. 318.

³ Expropriation can be viewed in a wider sense and in the narrow sense. By expropriation in broader terms, we consider the entire expropriation process, from determining the public interest,

by the Expropriation Law⁴ which explicitly and precisely prescribes the conditions and procedure for the deprivation of the property right on real estate. The question arises as to whether it is possible to do expropriation otherwise, or whether it is possible to expropriate the immovable property, without any of the procedures related to expropriation being initiated.⁵ If there is a law regulating a particular matter, it should apply to an indeterminate number of situations to which the law applies. Although this was generally accepted, there were certain situations in which expropriation of immovable property occurred, without any procedure concerning expropriation being initiated, nor any compensation for the seized immovable property was given to the previous owners. This is about taking action by state authorities that have the same effect as expropriation (actual expropriation).⁶ It is precisely in these situations that the role of the courts is enormous because they have established through their practice certain rules to be followed later⁷ (judicial practice is not formally a source of law in the legal system of the Republic of Serbia, but the practice of the Constitutional Court is generally binding).

From the upcoming sections we will see what problems the court in Novi Sad has encountered, and the cases of actual expropriation that will be said to, have happened in the territory of the local communities of Futog and Veternik.

2.1. Actual expropriation in the Futog area

In the period from 1974 to 1976, in the area of Futog, there was land consolidation, which ultimately had effect only as an expropriation, with no expropriation

through the adoption of a decision on expropriation, to the determination of a compensation corresponding to the market price of the expropriated real estate. Unlike this, the narrow sense only refers to the procedure for the adoption of the expropriation decision, because only this decision is the legal basis for the transfer of the ownership right or its restriction.

⁴ The Expropriation Act of 1995, "Official gazette RS" br. 53/95, "Official gazette SRJ" no. 16/2001 – decision of CC and "Official gazette" no. 20/2009, 55/2013 – decision CC and 106/2016 – authentic interpretation.

⁵ It refers to the procedure for: determining the public interest, making a decision on expropriation and determining compensation.

⁶ Indirect expropriation should be distinguished from a actual expropriation. *If, by the action of a single act or action, the owner is brought into the state of the so-called. bare property, it is about the actual expropriation.. Otherwise, if the restriction of private property leads the titular into the state of imposing a specific victim, it is indirect expropriation* (M. Prica, op.cit., pg. 106)

⁷ Taking into account the "history" of the practice of the courts, we could state that, initially, the courts were not sufficiently addressed in the problem of actual expropriation and their decisions were constituted a violation of the constitutionally guaranteed rights. This applies not only to the courts of lower instance, but in certain decisions the appeal courts, as well as the Supreme Court of Cassation, have violated the constitution guaranteed rights. In the continuation of the article we will mention examples of several violations of the constitution guaranteed rights by the highest courts in the Republic of Serbia.

procedure being initiated. The Commission for Land consolidation of the Municipality of Novi Sad (hereinafter: the Commission) for the Cadaster Municipality of Futog, in the procedure of the survey of the construction zone, made a land consolidation for the Cadaster Municipality of Futog (hereinafter: K.O. Futog), only establishing the factual situation in the construction area. Each parcel was measured as it was enclosed, i.e. the factual condition was determined regardless of how the parcel looks in the plan. After the survey, all the parcels had a different surface due to the system of measures and due to the precision of the measurement. In this process, many parcels were cut off with new measures, by introducing newly designed roads and streets to new dimensions, so some gardens were divided because new streets were opened. From the Municipality of Novi Sad, the Commission was instructed that some new parcels would be publicly property, i.e. owned by the Municipality of Novi Sad. Although the Commission for Land Consolidation was concerned, the Commission did not conduct any land grouping, nor did change parcels as it should have done in the procedures for land consolidation. The Commission noted that some parts of the garden or the yard of individual owners and residential buildings in Futog were designed as future streets in Futog, as well as what are the land areas that need to be transferred onto the street according to plan. What is controversial, in this procedure of land consolidation (expropriation), was that the Commission did not have the power to determine any compensation, in cash or in land parcels, to the landowners in the construction area who have land ownership. Members of the Commission have just instructed citizens about compensation in a future expropriation process, which was never initiated.

According to the valid Law on land consolidation and arondation⁸ at the time of the land consolidation, the consolidation of agricultural land is carried out in order to enable the economic treatment of agricultural land and create more favorable conditions for the development of an agricultural settlement, by creating larger and more correctly land parcels. According to Article 5 of the same law, if simultaneously with the procedure of land consolidation there is a need for construction of roads, canals and other structures, whose construction is not directly connected with the land consolidation, the land for their construction is given out of the land mass with fair compensation under condition of determining a general interest in the manner prescribed by law. From the front of the exhibited it can be concluded that the land consolidation was not done for the purpose of grouping land in order to create larger and more correctly land parcels for processing agricultural land. In this case, it was about construction land (whose purpose has not yet been changed) and the need for constructing a street. There were not even done a grouping of land for rational use, so that land for the construction of the street is allocated from this land consolidation mass. In addition, perhaps most importantly, previous owners have not been identified and paid compensation for seized land.

⁸ "Official gazette of Socialist Autonomous Province of Vojvodina" no. 27/72

Also, it is not clear why actual expropriation was carried out through the Commission because at that time there were regulations that regulated expropriation.⁹

Such a legally unsolved situation lasted for a very long time. Over 35 years, previous owners were left without any compensation for seized land. Only since 2011 the proceedings against the City of Novi Sad, as a legal successor of the Municipality of Novi Sad, have been initiated for actual expropriation, that is, for the purpose of obtaining compensation corresponding to the market value of the seized land.

It is justifiable to ask which rules to apply and what to do with this situation.

The problem is that the process of land consolidation is only partially implemented. The procedure was supposed to be carried out by the Commission for land consolidation, which, after compiling the record and informing the participants that their parcels were changed into new streets with new survey, was obliged to make a decision on the land consolidation according to which the parcels with new parcel numbers would be transferred from private property participants in public ownership. In order to clarify this situation in the judgment of the Basic Court in Novi Sad, it was stated: "Having in mind that the participants in the land consolidation for the seized parcels did not receive any other land in the form of compensation, the Commission was obliged to establish a fair compensation for the seized parcels according to the expropriation regulations. As the Commission has never made such a decision, this means that the land consolidation procedure has not been completed, and the participants have the right to seek compensation which should have been established in the case".¹⁰ The situation is compounded by the fact that the Commission for land consolidation, which was responsible for adopting appropriate solutions, no longer exists and there are no conditions for the consolidation procedure to end in the same Commission. The former owner remains: "As a participant in the consolidation, he can only realize his rights in the litigation procedure, i.e., to request that the Municipality of Novi Sad for K.O. Futog, whose body was obliged to complete the procedure of land consolidation, make a decision on land consolidation and determine the compensation for the expropriated land, i.e. the legal successor of the City of Novi Sad shall pay compensation for the seized land".¹¹

Existing Expropriation Law in Art. 72, paragraph 1, in its final provisions, states that the procedure on the proposal for expropriation which has not been legally concluded by the date of entry into force of this Law shall be terminated according to the regulations that were in force until the date of entry into force of this Law, except in cases when the expropriation procedure has not been finalized,

⁹ In that period, the Expropriation Act of 1968 ("Official gazette of Socialist Federal Republic of Yugoslavia", no. 11/68 and 30/68) was in force.

¹⁰ Decision of the Basic Court in Novi Sad no. P 8018/2013 from 11/12/2013.

¹¹ *Ibidem*.

and it is about business and residential buildings. From this article we can conclude that we should apply the regulations that were valid at the time when the actions were taken because the procedure for land consolidation, i.e. for expropriation has not been completed or no solution has been made, but here we have the situation that expropriation was still carried out, although a formal expropriation decision has not been formally made. The immovable property of a private person has been seized and the same real estate has been registered as a public domain in public records. Actual expropriation was carried out, but without any compensation. Having this in mind, paragraph 2 of Article 72 of the Law states: “The procedure for determining the compensation for expropriated real estate, in which, until the date of entry into force of this law, no agreement on compensation has been concluded, i.e. no final court decision has been made, it shall end according to the provisions of this Law”. From this it can be concluded that in this situation the valid Expropriation Law should be applied.

Therefore, the City of Novi Sad, as the legal successor of the Municipality of Novi Sad for K.O. Futog is obliged to pay the amount of compensation according to the Expropriation Law in force, where this compensation should be equal to the market value of the expropriated real estate.

Since we have determined which law is being applied, we have come to the next problem, which is the way of determining the market value of expropriated real estate.

2.1.1. Determination of compensation

The compensation for expropriated immovable property, i.e. for seized agricultural or construction land, is determined in money, unless otherwise provided by the Expropriation Law.¹² The amount of compensation in money is determined according to the market value^{13 14} of the real estate that is determined either at the moment of concluding the agreement or according to the circumstances at the moment of the adoption of the first instance decision on compensation.¹⁵ This

¹² Article 42, paragraph 1 Expropriation Law

¹³ When it comes to expropriation related to foreign investments, there are numerous methods of calculating compensation for expropriation (see P. Đundić, *Methods for Calculation of Compensation for Expropriation of a Foreign Investment* (Metodi za izračunavanje naknade za izvršenu eksproprijaciju stranog ulaganja), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, no. 4/2015, pg. 1845-1860)

¹⁴ When it comes to foreign investments, there is an understanding that a distinction should be made between legal and illegal expropriation in terms of the amount of compensation (see P. Đundić, *The Consequences of the Distinction between Lawful and Unlawful Expropriation of Foreign Investment* (Posledice razlikovanja zakonite i nezakonite eksproprijacije stranog ulaganja), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, no. 3, t.2 /2011, pg. 599-612.

¹⁵ Article 41, paragraph 2 Expropriation Law

provision is repeated especially when it comes to determining the compensation for agricultural and construction land. In order to avoid asking who assesses market value, the legislator stated in Article 42, paragraph 2 of the Law on Expropriation that the assessment of market value is carried out by the authority competent for determining the tax on the transfer of absolute rights to immovable property.¹⁶

The state authority which is responsible for determining the tax for the transfer of absolute real estate rights to Novi Sad is Tax Administration, which means that it is competent to determine the estimation of market price. Although it is precisely regulated who assesses the market value, in practice, the assessment of the Tax Administration is only the basis for the determination of the compensation. Very often the assessment of the market value of the Tax Administration does not correspond to the actual state of the market value. Such a situation leads to prosecutors hiring court experts to determine the value of expropriated real estate.¹⁷ The statement that the assessment of the Tax Administration represents only the basis for the determination of compensation is observed in the decision of the Constitutional Court UŽ-5686/2011 dated 28.02.2018. Namely, the courts initially considered that the Tax Administration, taking into account only Article 42 of the Law on Expropriation, is solely responsible for determining the compensation for the expropriation. Thus, the High Court in Pirot¹⁸ partially reversed the decision of the Basic Court of Pirot – Judicial Unit in Bela Palanka R. 40/11 in the section on costs, while in the remaining part, the solution is confirmed. In the reasoning of the above-mentioned decision, the High Court states that: “... the first instance court correctly decides when the compensation for the seized land was determined based on the assessment given by the competent tax authority; that by the provision of Article 42 paragraph 2 of the Expropriation Law explicitly stipulates that the assessment of market value is carried out by the authority competent for determining the tax on the transfer of absolute rights to immovable property and that the possibility of determination and estimation of compensation in some other way is forbidden”. Contrary to this paragraph, the Constitutional Court considers that the provisions of the Law on Expropriation do not deprive the possibility that

¹⁶ Above mentioned authority carries out only an estimation of market value but does not determine the amount of compensation for expropriated real estate, which means that such an assessment is not binding on the determination of the compensation. We will explain this in more details below.

¹⁷ By expertizing, every court procedure raises not only the amount that is determined as a wage and reward for court experts, but also, as a rule, special hearings for the defense of expertise, which means additional costs that the losing party must compensate. So, instead of a proper assessment of the Tax Administration, we have a situation that the City of Novi Sad will surely pay the real amount of market value, increased for the costs of civil proceedings.

¹⁸ Gž 442/11 dated 06.10.2011. This decision was brought to trial at the Constitutional Court, which made a decision ordering above mentioned High Court to repeat the proceedings (Už -5686/2011 of 28 February 2013).

the compensation and market price of expropriated real estate is determined and estimated in another way.¹⁹ Namely: “... the task of the Tax Administration is not to determine the market price of an expropriated immovable property but to carry out its assessment, where, in the event that a compensation agreement is not reached, only the court is competent to determine the compensation for expropriated immovable property in a non-contentious procedure”. The Constitutional Court specifically emphasizes that from the provision of Article 136 para. 2 of the Law on Non-Contentious Proceedings states that, in addition to the assessment given by the Tax Administration, the court may also take other evidence proposed by the participants and determine the expertise, if it assesses that they are of significance for determining the amount of compensation “²⁰”.

When a court expert assesses the value, he should consider the assessment of the authority responsible for determining the tax on the transfer of absolute rights to immovable property, assessment of tax administration. If a court expert

¹⁹ In essentially similar matters, the Appeal Court in Niš made the decision no. 102/11 of 21.06.2011. in which he stated that the market price of expropriated real estate is determined solely on the basis of an assessment by the Tax Administration. This decision was the subject of a constitutional request and the Constitutional Court in decision no. UŽ – 3824/2011 from 03.04.2013. annulled the judgment of the Appeal Court for the same reasons stated in decision UŽ – 5686/2011.

²⁰ UŽ-5686/2011 dated 28.02.2013. In the aforementioned decision, the Constitutional Court goes one step further, considering that the assessment of the Tax Administration is “the lowest amount of compensation for expropriated immovable property that the court can determine.” This attitude can cause certain problems. Namely, the Tax Administration performs an estimation of the market value of immovable property on the basis of the parameters defined in Article 4 of the Rulebook on the method of determining the base of property tax on real property rights (“Official gazette of the Republic of Serbia”, No. 38/01, 45/04 and 27/11). Such an assessment is not binding and is permitted in accordance with Article 136 para. 2 of the Law on Non-Contentious proceedings (“Official gazette Socialist Republic of Serbia”, No. 25/85 and 48/88 and “Official gazette of the Republic of Serbia”, No. 46/95 – other law, 18/2005 – 2012, 45/2013 – other law, 55/2014, 6/2015 and 106/2015 other law), the court will also make other evidence suggested by the participants if it finds that they are relevant for the determination of compensation, and, if necessary, an expert report. Determining the expertise does not mean that it is prejudicial to the adoption of the evaluation of the expert. The expert examination is only evidence in the procedure that the court judges evaluate in accordance with a free judge’s opinion. Under the “force” of the arguments, the court will adopt an assessment of the Tax Administration, and not the assessment of expert. Taking above mentioned into account, there could be three situations. First, the Tax Administration estimates the value lower than the expert assessed, but the court adopts the evaluation of the expert. Second, the assessment of tax administration is lower than the assessment established by the expert report, but that court, under the “force of” arguments, adopts an assessment of the tax administration. Thirdly, the assessment of tax administration is higher than the assessment established by the expert, but the court considers that the assessment established by the expert is relevant. If a third situation occurs, the court would be in trouble because, according to the Constitutional Court, the assessment of tax administration would be “the lowest amount of compensation that the court can determine”, and court will have to adopt an assessment of the Tax Administration, although expert assessment is correct, which can certainly be unfair.

did not take this into consideration, such a evaluation could not benefit as evidence in the proceedings.²¹

Here another justification is raised, which is how to determine the market value of the land if, at the time of execution of the expropriation, by type, it was a construction parcel and by the way of use it was field, and after expropriation the conversion was made. This is because the construction land for which no conversion was made is cheaper than the one for which it was executed. The solution to this problem is given by the legislator in Article 41, paragraph 2 of the Law on Expropriation, in which among other things, states that the amount of compensation in money is determined at the market price according to the circumstances at the moment of the adoption of the first instance decision on compensation. Having above mentioned in mind the market value is determined at the time of the decision, irrespective of whether a conversion has been made in the meantime. This was also decided in the judgment of the High Court no. Gž 3663/2013 from 21.05.2014. in which it is stated that *The Complainant's allegations of the defendant, which point out that it is completely contrary to the principle of equivalence of benefits because the land taken at the time of seizure, by type, is construction land, and by the way of using the field, are not affected by the lawfulness and regularity of the contested decision because the compensation for the seized land is determined according to the status and condition of the land that it has at the time of determining the compensation, not at the time of confiscation.*

2.1.2. Objection of obsolescence

Examining the judgments of the Basic and Higher Court, the objection of obsolescence is the legal remedy most frequently used during the first instance proceedings, as well as in the appeal allegations. In each proceeding, the defendant stated that the claim was obsolescence because it was a matter of an obligation claim or a claim for compensation of damages, whereby this request expire within 3 years from the knowledge of the damage and to the person who caused the damage (subjective period) while with the expiration of a period of 5 years (objective time) from the date when the damage was caused claim is outdated, irrespective of whether the injured party found out about the damage and for the person who caused the damage. Having in mind that the actual expropriation was carried out in the seventies, according to the defendant, all the claims related to that period were out of date. The problem with this is that the compensation for expropriated real estate is not treated as a damage suffered by the previous owner, so the subjective period of 3 years or an objective time limit of 5 years cannot be applied. This because the Expropriation Law is a *lex specialis* in relation to the Law on Obligations,

²¹ See section about actual expropriation in Veternik area.

and since the Law on Expropriation does not provide for obsolescence in the payment of compensation based on expropriation, in conflict with the provisions of several laws, the provisions of the special law will apply, which is, in this case Law on Expropriation. This was reflected in many judgments, both the Basic and the High Court. Thus, the High Court in its decision no. 3663/2013 states: “As the subject matter is regulated by the Expropriation Law, this law excludes the application of the Law on Obligations as *lex specialis*, which is why are allegations groundless that the court erroneously rejected the objection of the obsolete claim on the subject compensation, as this is not a matter of claim compensation for damage to the regulated Low on Obligations (deadlines for obsolescence 3 and 5 years after the occurrence of a harmful event), but about claiming compensation for expropriated land. Since the Expropriation Law does not prescribe limitation periods for claims for expropriation, the objection of obsolescence is not established”. A more detailed explanation why the right to compensation for expropriated immovable property is not outdated is stated in the decision of the Supreme Court of Serbia No. Gzz 101/96 dated 08.12.1997. Namely...*the procedure for the determination of compensation is initiated by the court and conducted ex officio (Article 134 paragraph 1 Low on Non-Contentious proceedings), and not on the proposal of the former owner of the expropriated real estate ... the former owner of an expropriated real estate does not make any omission with non-compliance with the request for the establishment of a fair compensation, but it is a failure of the authority that administers this procedure ex officio. Consequently, the right to compensation for expropriated immovable property does not become obsolete because in this case this claim has not yet been established, and the obsolescence of compensation could not begin to run.*

2.2. Actual expropriation in the Veternik area

The expropriation that took place on the territory of the local community Veternik had a different background compared to Futog. War events on the territory of Croatia and Bosnia and Herzegovina caused migration of the population and for a short period the number of inhabitants of Veternik was nearly doubled.²² Such a situation has imposed a need to buy land to build houses. The problem with the land in Veternik was that the landowners had large land plots that were not divided on smaller land plots to be tempting to buy. Having in mind that immigrants did not have enough money to buy large plots of land, the owners have come up with an idea that themselves carry out the parceling of their parcels, in order to be tempting for immigrants. The parceling was carried out in a way that each plot has an optimal number of square meters in order to meet the needs of

²² According to official data, the number of inhabitants in Veternik until 1991 was about 10,000, and by 2002 it increased to over 18,000.

future owners. Such shredding of land resulted in the creation of enclaves (parcels that would not have a direct exit to any traffic). According to the existing urban plans, the construction of the streets should have passed through certain, previously planned routes. The planned streets did not suit individual landowners because it would mean that certain plots would not be attractive enough to buy. For example, according to plan, the distance between the streets is 150 meters which would mean that the plots between each should have 75 meters of length. Such proportions would not correspond to citizens who had come from war zones and who did not have much money. For this reason, the owner would divide the parcels into three sections, each 50 meters long, with it that one, central plot will be enclave. As a solution to the situation, the owners have come to realize that between the first and second plot, or the second and third plot, build the street, beyond any city decisions. They realized that if they did not do that, they would not be able to sell the central parcel. The owners thus sold plots telling the future owners of the enclaves that their plots had an exit to the road (which was initially just a basic earthy road) and that later the street would be built. So we got the situation that there are projected streets, and besides there are factual streets (earthy roads) that were built out of any planning document. In such situation, on the original earthy roads later, streets were built, with works being carried out by some of the public companies responsible for building the streets. Laboring are carried out without any decision on the expropriation of the competent authority and with that, the land is practically taken away from the former owners and turned into a publicly owned street, where no compensation has been given for the seized land.

At expropriating in Veternik, several questions are raised. First of all, who has legitimacy, i.e., who is the holder of rights and obligations in material relations.

Real legitimacy should have an earlier owner of an expropriated land. Who is former owner in this situation is not clear. Land sales took place in the nineties, and the construction of streets has begun at the beginning of XIX century. The aforementioned suggests that buyers of this land should be really legitimized because they were the owners of the plot at the time of the expropriation, but what if the previous owner remained the owner of that plot that was left for the street and on which the street was later built. The first question of all that needs to be solved is whether the former owner, along with the parcel, sold to each new owner part of the road, i.e. whether the part relating to the future street also included in the purchase price. If it was accounted for in the purchase price and part of the road, real legitimacy in the procedure for compensation would have buyers of that land. This position is represented in a decision of the Supreme Court of Cassation, Rev. 1808/2010 stating: "The former owner shall not be entitled to a compensation for land that has been left as a road during the sale of the land, and subsequently actually taken to the street without his consent, if the value of the contested land is included in the price of each individual sold parcel, regardless of the fact that it is not specifically

stated”²³. If, by any chance, the former owner sold only those plots, without counting the road, real legitimacy will have former owner, i.e., in this relationship, the seller because he left for himself the plot on which the street should be built.²⁴

Determination of ownership of real estate at the time of execution of expropriation is done on the basis of a contract of sale and a contract of division. Since the former owner had made a parceling of a land, there were no special markings for each plot, but each buyer purchased a certain co-ownership share in relation to the square meters he had purchased. According to the purchase agreement, the buyer acquires the co-ownership share. Since the sales contract is insufficient, we need a contract on the division of parcels, which was concluded by the seller with all customers, i.e., to the co-owners, through with the authorized institution can perform the parceling. Authorized institution, i.e. The Republic Geodetic Authority performs the division based on the contract of division for each co-owner, if there are conditions, and determines ownership on each new parcel that gets a new number. With the help of this division, it is possible to determine if the road includes some of the parcel owned by the buyer or the road represents a new parcel owned by the seller or in the co-ownership of the seller with the buyer (buyers). Depending on that, it can be answered who has real legitimacy.

2.2.1. Case study

A part about expropriation (actual) in Veternik will be determined in the study of a very interesting case that shows the diversity of life situations that have many legal connotations.

As stated in the previous section, in the nineties many landowners in Veternik performed factual parceling of real estate. According to the established factual situation in the case P 2237/14, in 1994 the prosecutor made a parceling of immovable property by dividing it into several parcels, one of which he retained for himself, and the others sold to ten customers. The agreement about diversion concluded in 2008 found that all buyers and prosecutors are co-owners on parcel no. 1727 of total area of 8495 m², each in certain parts. Also, it was noted that after the implementation of the parceling, which was carried out by Republic Geodetic Authority, The Real Estate Cadaster, new parcels were created (1727/1, 1727/2, 1727/3, 1727/4, 1727/5, 1727/6 and 1727/7), some of which were solely owned by one person, while others were co-owned. Plot number 1727/4 is entered in the real estate evidence as a field of 2 class with area of 1907 m², and as a type of land is

²³ Decision of The Supreme Court of Cassation, Rev. 1808/2010 of 16.11.2011.

²⁴ In a substantially similar legal case, The Constitutional Court made a decision. In Decision no. UŽ-5533/2011 from 03.07.2014., has been annulled the decision of The Supreme Court of Cassation Rev. 2385/10 of 29.06.2011. The Constitutional Court stated that *explicit or tacit consent for the use of a land for passage is not considered to be a sale of goods or rights*.

marked land in the construction area. A total of 11 persons were registered on this plot as the co-owner. The prosecutor had the largest co-ownership share (1352/1907) on plot number 1727/4. According to the Regulatory Plan of the settlement of Veternik²⁵ plot number 1727/4 is located in the area “public area -street” as the purpose of the land is indicated “public area – street”, where the plot is not intended for construction, so that neither regulative nor building line²⁶ were specified and represents part of Stevan Peci Popovic Street in Veternik. The Republic Geodetic Authority, The Real Estate Cadaster Office, issued a certificate in 2012 confirming that cadastral plot number 1727/4 Cadaster Municipality of Veternik belongs to the part of Stevan Peci Popovic Street, whereby with the decision on naming the streets in Veternik, the name of Nova 21 street was replaced by the name Stevan Peci Popovic Street. For a long period of time, the prosecutor did not visit his plot, and when he did, he noticed that on his plot there was an asphalted street with lights and that on both sides of the street were facilities with gas, electricity, telephone and other necessary infrastructure. He concluded that the parcel in question is the street so that it is no longer suitable for agricultural production, although it is still labeled as “field of 2 class” in public registers, while the real estate is still privately owned, i.e. in the total of 11 persons. Considering that the expropriation was carried out, although the expropriation procedure was never carried out for the plot in question nor the decision regarding the expropriation was made, in 2013, the prosecutor initiated a proceeding against the City of Novi Sad for compensation for actual expropriation.

During the procedure, in 2013, the City Council of the City of Novi Sad issued a decision on determining the average price per square meter of the respective real estate by zones in the territory of the City of Novi Sad for determining the property tax for 2014 according to which the average price per square meter for the area of “Veternik” amounts to 30.862,00 dinars for construction land and 30,00 dinars for agricultural land. Taking into account this decision, the court expert made an evaluation and determined what the market value of the real estate would be.

The big problem was due to the fact that no works related to the construction of this street were recorded in any public company. Thus, the City Administration for Traffic and Roads did not issue a building permit for the parcel 1727/4, i.e., for the construction of a street. Also, the City Construction Institute did not conduct investment works at the opening of Stevan Peci Popovic Street in Veternik, as well as the public company “Waterworks and Sewerage”, whereby water supply network was built in the mentioned street and it was registered by public company

²⁵ “Official gazette of The City of Novi Sad “no. 3/2001, 3/2003 and 17/2003.

²⁶ According to Article 2, paragraph 1, item 9-10 of the Law on Planning and Construction, the regulation line is a line that separates the surface of certain public purposes from the areas intended for other public and other purposes, while the construction line is a line at, above and below the surface of the earth and the water to which the construction of the building’s basis is allowed.

“Waterworks and Sewerage” as illegal with the status of temporarily registered consumers. Apart from the lack of written evidence, the witness, co-owner of the real estate and the exclusive owner of the parcel 1727/2, does not know who ordered the execution of works, nor who financed the execution of works, but only assumes that the works were financed by the City of Novi Sad. In addition, the Prosecutor does not provide evidence that the City of Novi Sad participated in the execution of works or in the financing of works.

The result of the above is that the street was built and that it is a part of Stevan Peci Popovic Street, but that street is privately owned, or co-owned by 11 persons. Such a plot is no longer suitable for agricultural production, although in public books it is still labeled as “2nd class field”. The expropriation procedure has never been conducted, nor the decision on land seizure has been made, nor the compensation, and on the basis of this, no amount of money has been paid to the prosecutor. Although it has not been established, in the court proceedings, that one of the public companies participated in the construction of a street, in the opinion of the court, the circumstance that the same maybe engaged on asphaltting is not sufficient to establish that one of the companies had an order to carry out the works as well that order was issued by the City of Novi Sad. From such a situation, the court could not determine that the City of Novi Sad performed an actual expropriation and refused a claim. Also, the court considers that the amount of the lawsuit has not been proven, since the court expert did not take into account the assessment of the Tax Administration during the expert examination (it was not even suggested this evidence, i.e, it was not requested from the Tax Administration to submit an assessment of the market value).

On this decision the prosecutor appealed to the Appeal Court in Novi Sad, which in its decision no. Gž 3359/14 from 18.11.2014. rejected the appeal and fully accepted the reasons set forth in the first instance decision concerning the failure of the defendant to take factual and legal action in order to establish the authority in the contested plot and that the prosecutor failed to provide evidence to the court about the circumstance of the market price of the concrete parcel, in accordance with Article 42 paragraph 2 of the Law on Expropriation. Also, the Court of Appeal has pointed out that the prosecutor from his unlawful behavior, which is reflected in the illegal self-initiative parceling of land and the formation of the access road, can not demand from defended an obligation to compensate him for the market value of his co-ownership share of the plot (street) while simultaneously transferring the right of ownership on that part of the immovable property in favor of the defended.

Considering that with this decision has been violate his constitutional right to a fair trial under Article 32 para. 1 of the Constitution of the Republic of Serbia²⁷,

²⁷ In Article 32 para. 1 of the Constitution states that: “Everyone has the right that, independent, impartial and legally established court, fairly and in within a reasonable time, publicly discuss and

the prosecutor filed a constitutional complaint, which the Constitutional Court, in its decision no. UŽ-206/2015 dated 22.06.2017. accepted. Regarding the position on the lawfulness of the assessment of market value, the Constitutional Court did not specify in precise terms. The Constitutional Court just recall the Decision UŽ-5686/2011 stating that the assessment of the Tax Administration represents the lowest amount of compensation that the court can determine but that, in addition to the assessment given by the Tax Administration, in accordance with Article 136 para. 2 of the Law on Non-Contentious proceedings, it is permissible to carry out other evidence proposed by the participants, as well as an expert evaluation, but does not indicate anything about lack of estimation of Tax Administration in expert opinion. Taking into account the specificity of the situation, we consider that the expert was obliged to take into account the Tax Administration's assessment, because Article 42, paragraph 2 of the Expropriation Law obliges him, and we consider that the first instance court and the Court of Appeal correctly decided that the amount of the claim was not proven.

Regarding the decision on whether the actual expropriation was carried out, the Constitutional Court explained in detail why he overturned the decision of the Appeal Court in this part. Namely, *regardless of the fact that the contested parcel in the public records of the real estate is still kept as a field and as its co-owners are registered by the applicant and other persons, everyone has the right to use this parcel as a street in a way that is in order to achieve this purpose prescribed by law and by-laws, otherwise, if the applicant with other persons who are still in the public records are registered as co-owners, could determine the manner and extent of its use ... The very fact that the Regulatory Plan of the Veternik area ... controversial cadastral parcel determined for the street indicates the inadmissibility / arbitrariness of the court's finding of "the absence of the existence of relevant public legal acts"*. Also, in respect of the essentially identical factual and legal situation in the Decision no. UŽ-472/2014 dated 25.02.2018. stated that *...when the land is designated by the planning act of the local government unit as a local road, the second or third order, or the street, from that moment, the land becomes an asset in the public domain ... Therefore, the local government unit is obliged that land, that has become a public property, expropriate from the previous owner, i.e., to exclude him from the possession of the previous user, and to pay the appropriate compensation for this.*

Taking into account the above, we consider that the actual expropriation has been carried out and that the claim has been justified, but the Constitutional Court's view that the land from the moment when the plan is designated for the local road becomes a public property asset must be limited to the situation when

decide on his rights and obligations, the basis of the suspicion that was the reason for the initiation of the proceedings, as well as the charges against him “.

actual expropriation is made (when actions or acts that have the same effect as expropriation are undertaken) because otherwise this could have many legal repercussions. For example, if a particular land is with planning document designated for the local road, and if no formal or actual expropriation was made, the position of the Constitutional Court that parcel is a matter of a public property could be limitation for the owner of property in the enjoyment of property rights, which is certainly not acceptable.

CONCLUSION

Actual expropriation could not exist because there are precise rules for the implementation of expropriation. Not in a single regulation is mentioned, but it exists and it is the creation of court practices. Although there are precise rules for the implementation of expropriation, we have noted that the diversity of life events can impose a number of issues for which there are no clear rules of conduct. In such circumstances, the courts has enormous role in trying to solve the existing problem in a fair manner. But the problem that is not immediately noticed is that, if there is a planning act that encompasses a certain immovable property, the state authority can “choose” whether, for example, the construction of a street will move a formal expropriation procedure or will opt for actual expropriation, which has the same effect as if it was a formal expropriation. Such treatment is nothing more than a factual arbitrariness of the authorities, i.e., of its employees. Taking into account the above, until the strict liability of state authorities is carried out, the role of the courts will remain to “cure” the violation of the constitutional protected fundamental rights.

Младен Н. Бркић, студент докторских студија
Универзитета у Новом Саду
Правни Факултет у Новом Саду
mladen19922@gmail.com

Фактичка експропријација на подручју града Новог Сада

Сажетак: Уз постојање јавног интереса, који утврђује Влада Републике Србије, овлашћени корисник непокретности може покренути поступак за принудно одузимање непокретности уз давање накнаде која одговара тржишној вредности одузете непокретности. Иако се Законом о експропријацији на прецизан начин прописују услови и поступак за спровођење експропријације, поставља се питање да ли је могуће дружачије поступити, односно да ли се под експропријацијом сматра само поступак који испуњава све законом прописане услове (постојање јавног интереса, предлога овлашћеног корисника, решења о експропријацији и накнаде за експроприсану непокретност) или је могуће да постоји експропријација, али само по свом дејству. Понекад државни органи односно јавна предузећа предузимају одређене радње које имају исто дејство као експропријација, а које судови називају фактичком експропријацијом, иако тај појам не постоји у прописима правног система Републике Србије.

Кључне речи: експропријација, фактичка експропријација, фактичка експропријација на подручју Футога, фактичка експропријација на подручју Већерника.

Датум пријема рада: 08.12.2017.

*Željko S. Kršić, Student der Doktorstudien
Universität Novi Sad
Juristische Fakultät Novi Sad
zeljokrsic053@gmail.com*

VERKÜRZTE STRAFVERFAHREN IN BOSNIEN UND HERZEGOWINA

Zusammenfassung: *Das Strafprozesssystem in Bosnien und Herzegowina ist mit einer Vielzahl von Strafverfahren belastet, und insbesondere die Staatsanwaltschaften sind mit einer Vielzahl von Anträgen und anhängigen Fällen belastet. Das ständige Ziel des Justizwesens ist es, die Effizienz und Wirtschaftlichkeit von Strafverfahren zu verbessern. Eine der grundlegenden Formen der Beschleunigung und Verkürzung von Strafverfahren ist das verkürzte Strafverfahren. Das Strafprozessrecht von Bosnien und Herzegowina sieht bestimmte Formen von verkürzten Verfahren vor, und zwar: Verfahren nach Erklärung über Schuldeingeständnis, Vereinbarung über die Schuldeingeständnis und Strafbefehl. Der Autor entschied sich, durch seine Arbeit positive rechtliche Regelung der zuvor erwähnten Verfahren in Bosnien und Herzegowina zu erarbeiten und zu präsentieren, sowie vergleichbare rechtliche Lösungen in der Republik Serbien, Republik Kroatien und einigen anderen Rechtssystemen aufzuzeigen. Es wird auch auf andere Formen verkürzter Strafverfahren in einer vergleichenden rechtlichen Analyse hingewiesen. Für die Zwecke dieser Arbeit wurde eine Studie über die Häufigkeit der Anwendung von verkürzten Strafverfahren in Bosnien und Herzegowina durchgeführt, und die Ergebnisse dieser Untersuchung werden in dieser Arbeit vorgestellt. Das Ziel dieser Arbeit ist es, die Bedeutung der Anwendung eines verkürzten Strafverfahrens im Strafprozesssystem von Bosnien und Herzegowina, sowie gute rechtliche Lösungen im vergleichenden Strafverfahrensrecht für den Vorschlag von „de lege ferenda“ aufzuzeigen.*

Schlüsselwörter: *Verkürzte Strafverfahren, Vereinbarung über Schuldeingeständnis, Strafbefehl, Eingeständnis.*

1. VERKÜRZTES STRAFVERFAHREN

Um sich überhaupt auf die Begriffsbestimmung des verkürzten Strafverfahrens konzentrieren zu können, müssen wir zunächst das Strafverfahren als solches definieren und bestimmen.

Das Strafverfahren stellt eine Reihe von Strafprozesszusammenhängen dar, die sich zwischen den Strafprozesssubjekten entwickeln, wenn der Verdacht besteht, dass eine Straftat begangen wurde, um ein gesellschaftlich annehmbares Ziel der Straftatenbekämpfung zu erreichen¹.

Ein Strafverfahren ist ein Rechtsverhältnis, das zwischen den Verfahrensbeteiligten (dem Gericht und den Parteien) entsteht, wenn ein Antrag auf Erörterung einer Strafsache gestellt wird, der einen gewissen Verdacht auf einen Straftatbestand als Voraussetzung für die Herstellung eines konkreten Verhältnisses voraussetzt, das auf der Wahrnehmung der Rechte und Pflichten (Verfahrensfunktionen)

beruht, mit dem Ziel der ordnungsgemäßen Anwendung des strafrechtlichen materiellen Rechts und letztendlich zum Schutze der Gesellschaft vor Kriminalität.² Aus dem genannten Begriff des Strafverfahrens als Rechtsverhältnis ergeben sich fünf grundlegende Verfahrenselemente: der Gegenstand (Tatbestand) des Strafverfahrens, die Ziele des Strafverfahrens, die Verfahrenssubjekte, die Voraussetzungen für die Einleitung eines Strafverfahrens und die Verfahrensfunktionen.³

Wie aus den vorstehenden Bestimmungen des Strafverfahrens hervorgeht, ist dies ein komplexes Verfahren. Als komplexes Verfahren besteht das Strafverfahren aus bestimmten Phasen.

Das gesellschaftlich annehmbare Ziel eines Strafverfahrens erörternd, betont Prof. Dr. Hajrija Sijerčić-Čolić, dass das Ziel darin besteht, die folgenden Fragen zu beantworten:

- Wurde die Straftat in dem bestimmten Fall begangen?
- Hat die Person, gegen die der strafrechtliche Antrag erhoben wurde, die Straftat begangen?
- Ist die Person schuldig oder nicht schuldig, für die Straftat die ihr zur Last gelegt wird? Und
- Können strafrechtliche Sanktionen im Sinne des materiellen Strafrechts angewandt werden?⁴

Ohne ein gewisses Maß an Gewißheit, ausgedrückt durch die Grundlagen oder einen begründeten Verdacht, hinsichtlich der Antworten auf die ersten beiden

¹ Hajrija Sijerčić-Čolić, *Strafprozessrecht 1*, Fakultät für Rechtswissenschaften, Sarajewo, 2008, 27.

² Snežana Brkić, *Strafprozessrecht 1*, Fakultät für Rechtswissenschaften, Novi Sad 2014, 42.

³ Ibid.

⁴ H. Sijerčić-Čolić, 28.

vorgenannten Fragen, gibt es keine Grundlage für die Einleitung eines Strafverfahrens. In verschiedenen Rechtssystemen verlangt das positive Recht unterschiedliche Gewißheitsgrade für die Einleitung eines Strafverfahrens und bestimmt auf verschiedene Art und Weise, wann und wie das Strafverfahren eingeleitet wird.

Weder durch die Strafprozessordnung der Republik Srpska noch durch andere Gesetze über Strafverfahren in Bosnien und Herzegowina⁵ ist genau festgelegt, was das Strafverfahren ist und von wem und wie es eingeleitet wird. In Bosnien und Herzegowina wird nach der derzeitigen Praxis der Gerichte und der Strafverfolgungsbehörden zum Zeitpunkt der Einleitung eines Strafverfahrens ausschließlich die Anklagezulassung angenommen. Diese Haltung wird jedoch in Frage gestellt, da der Erhebung und der Zulassung der Anklageschrift, eine großen Anzahl von Beweisverfahren im Ermittlungsverfahren vorausgeht. Die Strafprozessordnung der Republik Srpska und andere Gesetze über Strafverfahren in Bosnien und Herzegowina schreiben durch ein besonderes Kapitel den Ablauf des Verfahrens vor, und das gleiche Kapitel umfasst die Ermittlungen, das Beweisverfahren, besondere Ermittlungsverfahren und das Anklageverfahren. Durch die Gesetze über Strafverfahren in Bosnien und Herzegowina sollte die Begriffsbestimmung des Strafverfahrens präzisiert werden, und genau festgelegt werden, wann und wie das Strafverfahren eingeleitet wird, und als zwingende Phase des regulären Strafverfahrens die Ermittlungsphase genau festgelegt werden, im Licht der vergleichbaren rechtlichen Regelung dieser Fragen durch die Strafprozessordnung der Republik Serbien.

Durch die Strafprozessordnung der Republik Serbien (das Strafgesetzbuch)⁶ ist genau definiert, wann das Strafverfahren eingeleitet wurde. Artikel 7 des Strafgesetzbuches lautet wie folgt:

"Das Strafverfahren ist eingeleitet:

- 1) *durch Erlass einer Anordnung zur Durchführung der Ermittlung (Artikel 296);*
- 2) *durch Zulassung der Anklage, der keine Ermittlung vorausgegangen ist (Artikel 341 Absatz 1);*

⁵ Strafprozessordnung von Bosnien und Herzegowina – SPO BuH, *Amtsblatt von Bosnien und Herzegowina*, Nummer: 3/03., 32/03., 36/03., 26/04., 63/04., 13/05., 48/05., 46/06., 76/06., 29/07., 32/07., 53/07., 76/07., 15/08., 58/08., 12/09., 16/09., 93/09., 72/13., Strafprozessordnung von Föderation Bosnien und Herzegowina – SPO Föderation von Bosnien und Herzegowina, *Amtsblatt von Bosnien und Herzegowina*, Nummer: 43/98, Strafprozessordnung von Republik Srpska – SPO von Republik Srpska, *Amtsblatt der Republik Srpska*, Nummer: 53/12. и 91/17. und Strafprozessordnung von Brčko Distrikt Bosnien und Herzegowina (konsolidierte Fassung) – SPO von Brčko Distrikt Bosnien und Herzegowina, Nummer: 01.3.-05-1123/13 vom 09. Oktober 2013. In Anbetracht der Tatsache, dass die beobachteten Bestimmungen aller Strafprozessordnungen in Bosnien und Herzegowina nahezu identisch sind, wird in dieser Arbeit auf die Bestimmungen der Strafprozessordnung der Republik Srpska eingegangen.

⁶ Strafprozessordnung von Republik Serbien – SPO von Republik Serbien, *Amtsblatt der Republik Serbien*, Nummer: 72/11., 101/11., 121/12., 32/13., 45/13. und 55/14.

- 3) *durch Erlass einer Entscheidung über Anordnung der Untersuchungshaft, bevor die Anklageschrift im verkürzten Verfahren eingereicht wird (Artikel 498 Absatz 2);*
- 4) *durch Festlegen der Hauptverhandlung oder mündlichen Verhandlung zwecks Anordnung der strafrechtlichen Sanktion im verkürzten Verfahren (Artikel 504 Absatz 1, Artikel 514 Absatz 1 und Artikel 515 Absatz 1);*
- 5) *durch Festlegen der Hauptverhandlung im Verfahren zur Festlegung der Sicherheitsmaßnahme der obligatorischen psychiatrischen Behandlung (Artikel 523)."*

Wie aus den vorgenannten Bestimmungen aus Artikel 7 des Strafgesetzbuches hervorgeht, wird das Strafverfahren durch Erlass einer Anordnung zur Durchführung der Ermittlungen eingeleitet, außer in Fällen der verkürzten Strafverfahren. Durch das Strafgesetzbuch sind auch die Phasen des regulären Strafverfahrens genau definiert, und die sind die Ermittlungsphase, die Phase der Anklagezulassung, die Hauptverhandlung, die Urteilsfindung und das Rechtsmittelverfahren.

Der reguläre Ablauf eines Strafverfahrens umfasst mehrere obligatorische Phasen:

1. Die Phase der Tatsachenfeststellung und Ermittlung von Beweismitteln, um ein gewisses Maß an Gewißheit zu erreichen, dass eine Person eine Straftat begangen hat. Diese Phase umfasst alle Handlungen von Staatsanwälten und bevollmächtigten Beamten ab dem Zeitpunkt der Anordnung zur Durchführung der Ermittlungen, bis die Ermittlungen abgeschlossen sind und das ist die Ermittlungsphase.
2. Die Phase der Entscheidungsfindung über das Anklagen einer bestimmten Person, dass sie die Straftat begangen hat, und Erhebung und Zulassung der Anklage – das Anklageverfahren
3. Die Phase der Verhandlung vor dem zuständigen Gericht beziehungsweise Phase der Vorführung und Aufnahme von Beweismitteln vor dem Gericht – die Hauptverhandlung
4. Die Phase der Entscheidungsfindung über die vorgelegten Beweise beziehungsweise, ob während des vorangegangenen Verfahrensabschnittes nachgewiesen wurde oder nicht, dass eine bestimmte Person eine Straftat begangen hat, das Bemessen und Verhängen der strafrechtliche Sanktion-Urteilsfindung;
5. Die Phase der Einreichung der Beschwerde gegen ein Urteil – das regelrechte Rechtsmittelverfahren.

Das verkürzte Strafverfahren ist eine Form des Strafverfahrens, bei der eine oder mehrere der oben genannten Phasen ausgelassen werden.

In heutigen Strafprozesssystemen, die durch eine Vielzahl von Strafverfahren belastet werden, liegt der Schwerpunkt auf deren Entlastung, vor allem durch die Vereinfachung und Verkürzung der Verfahren für geringfügige Straftaten. Die Vereinfachung des regulären Strafverfahrens zielt darauf ab, die Effizienz,

Effektivität und Kostenwirksamkeit von Strafverfahren zu verbessern, vor allem indem bestimmte Phasen ausgelassen werden, die angesichts der Form der Strafsache, des Beweismittelzustands und des Verhaltens von Prozesssubjekten weggelassen werden können.

Aufgrund der geringeren Komplexität der Prozessstruktur in Bezug auf die allgemeine Form gibt es spezielle vereinfachte strafrechtliche Verfahrensformen, die mit dem Ziel festgelegt werden das Strafverfahren zu beschleunigen und Personal, Zeit und Ressourcen einzusparen.⁷ Die Differenzierung kann nämlich vor allem auf die Vereinfachung der Verfahren für einfachere, geringfügige und unumstrittene Fälle abzielen, ohne besondere Schwierigkeiten bei der Beweisermittlung und ohne Notwendigkeit nach besonderen Formalitäten.⁸

Elemente, auf die sich die vereinfachte Form der Vorgehensweise in Strafsachen stützt, unabhängig von der Art der Strafsache, sind die Strafsache selbst, der Beweismittelzustand und das Verhalten – die Haltung der Prozesssubjekte.⁹ Das verkürzte Strafverfahren ist eine Form der vereinfachten Strafverfahren, da im gleichen Fall eine Phase des regulären Strafverfahrens ausgelassen wird.

Professor Dr. Tadija Bubalo*vić* definiert das verkürzte Verfahren als eine Form des Strafverfahrens (Schuldverfahrens), das ein besonderes, durch das Gesetz geregeltes Verfahren ist, in dem durch das Vereinfachen der Verfahrensformen und durch Auslassen der Verfahrensschritte von dem regulären Strafverfahren abgewichen wird, um einfachere, schnellere und kürzere Lösung der Strafsachen zu ermöglichen bei geringfügigen und mittelschweren Straftaten.¹⁰

Das verkürzte Strafverfahren weist im Vergleich zum regulären Strafverfahren eine vereinfachte und verkürzte Form auf. Diese Vereinfachung der Form spiegelt sich in der Auslassung einer oder mehrerer Phasen des regulären Verfahrens wider.

Hier muss betont werden, dass zwei der oben genannten Phasen obligatorisch sind und im Strafverfahren nicht ausgelassen werden können, das sind die Phasen der Anklageerhebung und der Entscheidungs-/Urteilsfindung. Falls eine dieser beiden Phasen ausgelassen wird, gibt es auch kein Strafverfahren, es handelt sich dann um ein anderes Verfahren, das mit dem Strafverfahren oder der Anwendung des materiellen Strafrechts im Zusammenhang steht.

⁷ Snežana Brkić, „Einstufung von Verfahrensformen im Strafprozessrecht Serbiens“, Sammelwerk der Fakultät für Rechtswissenschaften in Novi Sad 3/2010, 288.

⁸ Ibid.

⁹ Stanko Bejato*vić*, „Vereinfachte Verfahrensformen als wesentliches Merkmal der Reform der Strafprozessgesetzgebung der Länder der Region“, Vereinfachte Formen von Strafverfahren, regionales Strafverfahrensrecht und Umsetzungserfahrungen, OSZE-Mission in Serbien, Belgrad 2013,

¹⁰ Tadija Bubalo*vić*, „Verkürzte Strafverfahren im kroatischen Strafrecht“, Vereinfachte Formen von Strafverfahren, regionales Strafverfahrensrecht und Umsetzungserfahrung, OSZE-Mission in Serbien, Belgrad 2013, 264.

Das verkürzte Strafverfahren muss von anderen Verfahren im Zusammenhang mit Strafverfahren und der Anwendung des materiellen Strafrechts unterschieden werden, die nicht den Charakter eines Strafverfahrens und bestimmten strafrechtlichen Verfahrensformen aufweisen. Professor Dr. Snežana Brkić nennt als solche folgende Arten von Verfahren: das Vorverfahren, alternative außergerichtliche Formen (Diversionsverfahren), Prozessvariabilitäten und Formen der Konnexität.¹¹

Außerdem müssen die verkürzten Strafverfahren von bestimmten Strafverfahren unterschieden werden, die in Bezug auf die spezifische Eigenschaft des Täters oder die Art der Straftat, unter besonderen Regeln und durch besondere, spezialisierte Organe geführt werden, wie Verfahren im Jugendstrafrecht, Verfahren in Strafsachen der organisierten Kriminalität oder Kriegsverbrechen.

2. FORMEN DER VERKÜRZTEN STRAFVERFAHREN IN BOSNIEN UND HERZEGOWINA

Die Gesetze über Strafverfahren in Bosnien und Herzegowina¹² schreiben bestimmte Formen von verkürzten Strafverfahren vor, obwohl sie diese nicht so definieren und obwohl sie den Begriff „verkürztes Verfahren“ nicht kennen. Wie wir erkennen werden sehen alle drei Formen des verkürzten Strafverfahren im Strafverfahrenssystem von Bosnien und Herzegowina das Auslassen der Hauptverhandlung (Vereinbarung über Schuldeingeständnis und Rechtsmittelverfahren) vor, optional auch das Auslassen von anderen Phasen, zum Beispiel der Ermittlungsphase. Alle vier Strafprozessordnungen sehen Abweichungen von dem regulären Verlauf des Strafverfahrens vor, in Fällen der Schuldeingeständnis des Beschuldigten in der Vorverhandlung, der Vereinbarung über Schuldeingeständnis und der Anordnung des Strafbefehls.

Einige Autoren verstehen unter verkürzten Strafverfahren in Bosnien und Herzegowina auch die Gewährung der Immunität den Zeugen gegen Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft, so dass der Zeuge in der mündlichen Verhandlung auch Fragen beantworten kann, die zu seiner Verfolgung führen könnten.¹³ Ich bin der Ansicht, dass das Verfahren zur Gewährung der Immunität den Zeugen gegen Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft, nach der geltenden Gesetzgebung in Bosnien und Herzegowina nicht zu verkürzten Strafverfahren gezählt werden kann, in Bezug auf die Tatsache, dass es die grundlegenden Eigenschaften

¹¹ S.Brkić (2010), 291-299.

¹² Strafprozessordnung von Republik Srpska, Strafprozessordnung von Föderation Bosnien und Herzegowina, Strafprozessordnung von Brčko Distrikt Bosnien und Herzegowina.

¹³ Artikel 149. Die Strafprozessordnung der Republika Srpska gesteht dem Zeugen das Recht zu, bestimmte Fragen nicht zu beantworten, falls die wahrheitsgetreue Antworten auf diese Fragen den Zeugen der Strafverfolgung aussetzen würden, und befugt den Staatsanwalt, dem Zeugen Immunität vor Strafverfolgung zu gewähren, sodass der Zeuge dieselben Fragen beantworten kann.

des Strafverfahrens nicht aufweist. Zwar entscheidet der Staatsanwalt in diesem Verfahren, kein Strafverfahren gegen eine Person einzuleiten, die möglicherweise strafrechtlich verfolgt werden könnte, wenn sie die gestellten Fragen beantwortet. Allerdings wird diese Person im Strafverfahren vorgeladen, eine Aussage als Zeuge zu machen und die Staatsanwaltschaft verfügt in Bezug auf dieselbe Person über keine Vorkenntnis, ob die Person in irgendeiner Weise an der Begehung der Straftat beteiligt war, und bei der Gewährung der Immunität vor Strafverfolgung besteht auch keine Gewissheit, dass die Voraussetzungen für die Strafverfolgung dieser Person überhaupt geschaffen werden. Gegen diese Person wurde kein Strafverfahren eingeleitet, und es liegt auch keine der obligatorischen Phasen des Strafverfahrens vor. Das Verfahren zur Gewährung der Immunität den Zeugen vor strafrechtlicher Verfolgung ist nach dem geltenden Gesetz in Bosnien und Herzegowina eigentlich eine Form der Konnexität.

2.1. Erklärung über die Schuldfrage

Die grundlegende und einfachste Form der verkürzten Strafverfahren in Bosnien und Herzegowina ist das Verfahren nach Eingeständis des Angeklagten in der Vorverhandlung, dass er schuldig der Straftat ist, die ihm durch die Anklageerhebung zur Last gelegt wird.

Die Strafprozessordnung in der Republik Srpska sieht durch Artikel 243 vor, dass der Richter in der Vorverhandlung, falls die Anklage zugelassen wird, und nach Ablauf der Frist für die Einreichung des Widerspruchs seitens des Beklagten oder nach der Entscheidung über die vorigen Widersprüche, einen Verhandlungstermin zur Erklärung über die Schuldfrage ansetzen wird.

Bei der gerichtlichen Vorverhandlung gibt der Beschuldigte beziehungsweise der Angeklagte gemäß Artikel 244 der Strafprozessordnung in der Republik Srpska vor dem Richter im Vorverfahren in Anwesenheit des Staatsanwalts und des Verteidigers eine Erklärung ab. Falls der Angeklagte bei der Erklärung über die Schuldfrage auf nicht schuldig plädiert, wird der Richter im Vorverfahren den Fall an den Richter oder das Richtergremium übermitteln, um die Hauptverhandlung anzusetzen und zur Aufnahme des ordnungsgemäßen Ablaufs des Strafverfahrens.

Falls der Angeklagte beim Verhandlungstermin zur Erklärung über die Schuldfrage sich für schuldig erklärt, wird der Richter im Vorverfahren den Fall an den Richter oder das Richtergremium übermitteln, um die Verhandlung anzusetzen, bei der festgestellt wird, ob genügend Beweise für die Schuld des Angeklagten vorliegen, ob der Angeklagte über die möglichen Folgen, über mögliche Folgen im Zusammenhang mit Eigentumsansprüchen und über die Entscheidung über die Erstattung der Verfahrenskosten aufgeklärt wurde.¹⁴

¹⁴ Artikel 245 der Strafprozessordnung von Republik Srpska.

Bei der oben genannten Anhörung kann das Gericht die Erklärung des Angeklagten über die Schuldfrage annehmen oder abweisen. Falls das Gericht die Erklärung des Angeklagten abweist, kann diese nicht im weiteren Verlauf des Strafverfahrens verwendet werden und der ordnungsgemäße Ablauf des Strafverfahrens wird aufgenommen. Falls das Gericht die Erklärung des Angeklagten annimmt, wird die Verhandlung zur Verhängung der strafrechtlichen Maßnahme aufgenommen.¹⁵

Falls das Gericht die Erklärung des Angeklagten annimmt, dass er sich schuldig bekennt der Straftat oder Straftaten, die ihm durch Anklageschrift zur Last gelegt werden, wird die Phase der Hauptverhandlung ausgelassen. In diesem Fall wird nach der Annahme der Schuldeingeständnis die Verhandlung zur Verhängung der strafrechtlichen Maßnahme aufgenommen, ohne Ansetzen und Durchführung der Hauptverhandlung und Beweisvorführung.

2.2. Strafbefehl

Die Strafprozessordnung der Republik Srpska sieht vor, dass der Staatsanwalt für Straftaten, für die eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe als Hauptstrafe vorgeschrieben sind, und für die er genügend Beweise ermittelt hat, die ausreichende Gewähr für die Behauptung erbringen, dass der Verdächtige eine Straftat begangen hat, durch die Anklageschrift beim Gericht beantragen kann, einen Strafbefehl gegen den Angeklagten zu erlassen, um gegen den Angeklagten strafrechtliche Sanktionen oder Maßnahmen zu verhängen, ohne Hauptverhandlung durchzuführen.¹⁶ Der Staatsanwalt kann beim Gericht beantragen, durch den Strafbefehl eine oder mehrere der folgenden strafrechtlichen Maßnahmen zu verhängen: Geldstrafe, Bewährungsstrafe oder Sicherheitsmaßnahme – Verbot bestimmte Berufe oder Dienste auszuüben, Tätigkeiten nachzugehen, Fahrverbot für Kraftfahrzeuge und Beschlagnahme von Gegenständen, sowie Beschlagnahme des durch die Straftat erzielten Vermögensgewinns. Die Höhe der Geldstrafe, die durch den Strafbefehl verhängt werden kann, ist auf den Betrag von 50 000,00 BAM begrenzt.

Artikel 359 der Strafprozessordnung der Republik Srpska schreibt vor, dass der Richter den Antrag auf Strafbefehl abweisen wird, wenn er feststellt, dass Gründe für Zusammenfassung des Verfahrens gemäß Artikel 30 dieses Gesetzes¹⁷ bestehen, falls eine Straftat vorliegt, für die der Antrag auf Strafbefehl nicht zulässig ist oder wenn der Staatsanwalt das Verhängen von Sanktionen oder Maßnahmen beantragt hat, die gesetzlich nicht zulässig sind. Der gleiche Artikel sieht ferner

¹⁵ Artikel 245, Absatz 2 der Strafprozessordnung von Republik Srpska.

¹⁶ Artikel 358 der Strafprozessordnung von Republik Srpska.

¹⁷ Artikel 30 der Strafprozessordnung der Republika Srpska schreibt Bedingungen und Regeln für die Verbindung und Trennung von Strafverfahren vor.

vor, dass der Richter mit dem Antrag auf Strafbefehl wie mit der regulären Anklageerhebung verfahren wird, falls er der Auffassung ist, dass die Angaben in der Anklageschrift keine ausreichenden Gründe für den Erlass eines Strafbefehls gewähren, oder dass gemäß diesen Angaben die Verhängung anderer strafrechtlichen Sanktionen erwartet werden kann, als derer von der Staatsanwaltschaft beantragt.

Falls der Richter dem Antrag auf Strafbefehl stattgibt, wird die Anklage zugelassen und eine Anhörung des Beklagten unverzüglich angesetzt und spätestens acht Tage nach Zulassung der Anklage.¹⁸

In der Anhörung des Beklagten im Zusammenhang mit dem Antrag auf Strafbefehl ist die Anwesenheit des Staatsanwalts oder des Fachmitarbeiters der Staatsanwaltschaft, bevollmächtigt von dem Generalstaatsanwalt, und des Verteidigers verpflichtend. In der mündlichen Verhandlung wird der Richter entscheiden, ob das Recht des Angeklagten durch einen Verteidiger vertreten zu werden eingehalten wurde, ob der Angeklagte die Anklage und den Antrag auf Verhängung strafrechtlicher Sanktionen oder Maßnahmen verstanden hat, und die Staatsanwaltschaft auffordern den Beklagten über die ermittelten Beweise aufzuklären, und den Beklagten auffordern, eine Erklärung in Bezug auf die ermittelten Beweise abzugeben. Anschließend wird der Richter den Angeklagten auffordern, Erklärung zur Schuldfrage abzugeben und über die beantragte strafrechtliche Sanktion oder Maßnahme Stellung zu nehmen.¹⁹

Der Angeklagte kann sich in der mündlichen Verhandlung für schuldig oder nicht schuldig erklären, für die Straftat die ihm durch die Anklageschrift zur Last gelegt wird. Wenn der Angeklagte sich für schuldig erklärt und die durch die Anklageschrift beantragte strafrechtliche Sanktion oder Maßnahme annimmt, wird der Richter zunächst die Schuld feststellen und dann durch das Urteil den Strafbefehl gemäß der Anklage erlassen. Falls der Angeklagte sich für nicht schuldig erklärt oder die Anklage anfechtet, wird der Richter die Anklageschrift übermitteln, zum Ansetzen der Hauptverhandlung und die Hauptverhandlung wird innerhalb von 30 Tagen anberaumt.²⁰

2.3. Einvernehmliche Vereinbarung über Schuldeingeständnis

Die Vereinbarung über die Schuldeingeständnis ist eine schriftlich verfasste Erklärung des freien Willens des Staatsanwaltes einerseits und des Angeklagten und seines Verteidigers andererseits, wodurch der Angeklagte sich wissentlich, freiwillig und mit ausgeschlossenen Irrtum voll und ganz einer oder mehreren Straftaten schuldig bekennt, die ihm zur Last gelegt werden und die Gegenstand

¹⁸ Artikel 360, Absatz 1 der Strafprozessordnung von Republik Srpska.

¹⁹ Artikel 360, Absatz 2 und 3 der Strafprozessordnung von Republik Srpska.

²⁰ Artikel 361 der Strafprozessordnung von Republik Srpska.

der Anklageerhebung sind, und der Staatsanwalt erklärt sich damit einverstanden, dem Angeklagten bestimmte Zugeständnisse in Bezug auf Art und Höhe der strafrechtlichen Sanktionen einzuräumen, Zugeständnisse in Bezug auf Strafverfolgung wegen anderer Straftaten, die nicht Gegenstand der Vereinbarung sind, sowie anderer Beziehungen, die sich aus den Straftaten ergeben, die Gegenstand der Vereinbarung sind oder im Zusammenhang mit solchen oder anderen Straftaten stehen.²¹

Die Vereinbarung über Eingeständnis einer Straftat hat erhebliche Auswirkungen auf die Effizienz des Justizsystems, was sich im Recht auf ein ordentliches Gerichtsverfahren niederschlägt, und trägt wesentlich zum Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit bei, wodurch die Verfahrenskosten, vor allem für das Gericht, erheblich gesenkt werden können und der Gerichtshaushalt entlastet wird.²²

Im Strafverfahrenssystem der Republika Srpska wird seit 2003 auch der Mechanismus der Vereinbarung über Schuldeingeständnis eingesetzt.²³ Durch die Verabschiedung der neuen Strafprozessordnung der Republik Srpska, im Jahr 2012, wurde die Vereinbarung über Schuldeingeständnis als eines der Mechanismen zur Beschleunigung und Verkürzung von Strafverfahren in der Republik Srpska beibehalten. In allen anderen in Bosnien und Herzegowina geltenden Strafvorschriften ist auch die Möglichkeit der Vereinbarung über Schuldeingeständnis zwischen dem Beklagten und dem Staatsanwalt vorgesehen.

Die Strafprozessordnung der Republik Srpska schreibt durch Artikel 246 Absatz 1 vor, dass der Verdächtige beziehungsweise der Angeklagte und sein Verteidiger mit dem Staatsanwalt über die Bedingungen für die Eingeständnis der Schuld verhandeln, für die Straftat, die dem Verdächtigen oder Angeklagten zur Last gelegt wird, und vor Abschluss der Hauptverhandlung oder des Hauptverfahrens vor dem Gremium des zweitinstanzlichen Gerichts die Vereinbarung über die Schuldeingeständnis abschließen können. Die Strafverfahrensgesetze in Bosnien und Herzegowina schreiben nur eine Form der Vereinbarung über die Schuldeingeständnis zwischen dem Angeklagten und dem Staatsanwalt vor, und zwar in dem Fall, in dem der Angeklagte sich bereit erklärt, die Schuld für die ihm zur Last gelegte Straftat voll anzuerkennen, und der Staatsanwalt im Gegenzug die Verhängung der entsprechenden Art und der Schwere der strafrechtlichen Sanktion erklärt, die milder als diejenige wäre, die im regulärem Strafverfahren verhängt werden könnte. An dieser Stelle müsste, nach Ansicht des Autors, auf die man-

²¹ Danilo L. Nikolić, Vereinbarung über die Schuldeingeständnis, Niš 2006, 17.

²² Boriša N. Lečić, „Vereinbarung des Staatsanwalts und des Angeklagten“, Sammelwerk der Fakultät für Rechtswissenschaften in Novi Sad 2/2017, 402.

²³ Die Strafprozessordnung der Republika Srpska, veröffentlicht im Amtsblatt der Republik Srpska Nr. 50/03 vom 1. Juli 2003, führt in das Strafprozessrecht der Republik Srpska zum ersten Mal einen Mechanismus der Verhandlung über die Schuldfrage und der Vereinbarung zwischen dem Angeklagten und dem Staatsanwalt, über Art und Höhe der strafrechtlichen Sanktion gegen die volle Eingeständnis der Schuld seitens des Angeklagten ein.

gelhafte Bestimmung des Artikels 246 Absatz 3 der Strafprozessordnung der Republik Srpska hingewiesen werden, die festlegt, dass der Staatsanwalt bei der Verhandlung über die Schuldeingeständnis mit dem Verdächtigen oder Angeklagten und dem Verteidiger, die Verhängung einer Freiheitsstrafe unterhalb des gesetzlich vorgeschriebenen Minimums für diese Straftat oder eine geringere Strafmaßnahme für den Angeklagten gemäß dem Strafgesetz der Republik Srpska vorschlagen kann. Nach Auffassung des Autors ist diese Bestimmung der Strafprozessordnung der Republik Srpska (und dieselbe Sachlage besteht in allen Strafgesetzbüchern in Bosnien und Herzegowina) widerspricht den Grundsätzen der Gerechtigkeit und den Interessen von Strafverfahren und der Öffentlichkeit.

Die Vereinbarung über die Schuldeingeständnis kann nicht geschlossen werden, wenn sich der Angeklagte in der Anhörung zur Erklärung über die Schuldfrage für schuldig erklärt hat.²⁴

Die Strafprozessordnung schreibt vor, dass eine Vereinbarung über die Schuldeingeständnis schriftlich zu verfassen (ohne genau vorgeschriebene Form) und dem Gericht vorzulegen ist.

Nach Zulassung der Anklage prüft der Richter im Vorverfahren die Vereinbarung über die Schuldeingeständnis und verhängt die strafrechtliche Sanktion, die durch diese Vereinbarung vorgesehen ist, bis zur Übermittlung des Falls an den Richter oder das Gremium, zum Ansetzen der Hauptverhandlung. Nach der Übermittlung des Falles zum Ansetzen der Hauptverhandlung entscheidet der Richter oder das Gremium über die Vereinbarung.

Das Gericht kann die Vereinbarung über die Schuldeingeständnis annehmen oder ablehnen. Falls das Gericht die Vereinbarung über die Schuldeingeständnis annimmt, wird die Erklärung des Angeklagten zu Protokoll aufgenommen, und das Gericht setzt mit der Verhandlung zur Verhängung der in der Vereinbarung vorgesehenen strafrechtlichen Sanktion fort.

Falls das Gericht die Vereinbarung über die Schuldeingeständnis ablehnt, wird es die Verfahrensbeteiligten und den Verteidiger benachrichtigen und dies in den Akten vermerken. Gleichzeitig wird der Termin der Hauptverhandlung festgelegt. Die Hauptverhandlung wird innerhalb von 30 Tagen angesetzt. Die Schuldeingeständnis im Rahmen dieser Vereinbarung kann nicht als Beweismittel im Strafverfahren verwendet werden.²⁵

Um die Lage im Strafprozesssystem von Bosnien und Herzegowina zu bewerten, wurde die Studie durchgeführt, in Bezug auf die Häufigkeit der Anwendung der verkürzten Strafverfahren im Bereich der Zuständigkeit einer Reihe von Kreisstaatsanwaltschaften und kantonalen Staatsanwaltschaften für den Zeitraum vom 01. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2017, beziehungsweise für einen Zeitraum

²⁴ Artikel 246, Absatz 2 der Strafprozessordnung von Republik Srpska.

²⁵ Artikel 246 Absatz 7 und 8 der Strafprozessordnung von Republik Srpska.

von fünf Jahren. Die Datenerhebung liefert Statistikangaben über die Gesamtzahl der erhobenen Anklagen, der erhobenen Anklagen mit Antrag auf Strafbefehl und abgeschlossenen Vereinbarungen über die Schuldeingeständnis im Bereich der Zuständigkeit der Kreisstaatsanwaltschaft Doboj, Ost-Sarajevo und Trebinje in der Republik Srpska und kantonalen Staatsanwaltschaften Zenica, Tuzla und Livno in der Föderation Bosnien und Herzegowina. Bei der Verarbeitung der Daten wurden nur die Fälle der angenommenen Anklagen mit Antrag auf Strafbefehl und der angenommenen Vereinbarungen über die Schuldeingeständnis berücksichtigt. Aufgrund des unerheblichen Anteils an der Gesamtzahl wurden Daten über die Schuleingeständnis durch die Beklagten nicht verarbeitet und in Betracht gezogen.

Von den sechs oben genannten Staatsanwaltschaften wurden im Beobachtungszeitraum insgesamt 31630 Anklagen erhoben. Von der Gesamtzahl der Anklageerhebungen wurden in 10864 Fällen Anklagen mit Antrag auf Strafbefehl eingereicht. In 2401 Fällen wurde zwischen dem zuständigen Staatsanwalt und dem Beklagten eine Vereinbarungen über die Schuldeingeständnis abgeschlossen. Wie wir aus den bisher vorgestellten Daten erkennen können, beträgt der Anteil der verkürzten Strafverfahren an der Gesamtzahl der Strafverfahren in den letzten fünf Jahren im Beobachtungsgebiet 42% oder fast die Hälfte, und das bedeutet, dass die Anwendung der verkürzten Strafverfahren im Rahmen der Gesamtzahl der Strafverfahren erheblich ist.

Wenn man einzelne Staatsanwaltschaften betrachtet, wurde im Laufe Studie festgestellt, dass in großstädtischen Gebietseinheiten wie Doboj, Zenica und Tuzla, in denen die Staatsanwaltschaften mit der meisten Anzahl der Fälle belastet sind, der Anteil der verkürzten Strafverfahren an der Gesamtzahl der Strafverfahren ausgeprägter im beobachteten Zeitraum ist. Zum Beispiel wurden auf dem Gebiet der Kreisstaatsanwaltschaft Doboj, die nach Anzahl der Fälle an zweiter Stelle in der Republik Srpska liegt, im beobachteten Zeitraum 5236 Anklagen erhoben, von denen in 2271 Fällen Anklage mit Antrag auf Strafbefehl erhoben wurde (43%) und in 709 Fällen die Vereinbarung über die Schuldeingeständnis zwischen der Staatsanwaltschaft und den Angeklagten geschlossen wurde (13%). Also wurde im Zuständigkeitsbereich der Kreisstaatsanwaltschaft Doboj im Beobachtungszeitraum mehr als die Hälfte der Fälle, in denen die Anklage erhoben wurde, im verkürzten Strafverfahren beendet, d.h. in 56% der Fälle. Auch im Zuständigkeitsbereich der kantonalen Staatsanwaltschaft im Kanton Zenica-Doboj wurden im Beobachtungszeitraum insgesamt 8729 Anklagen erhoben, von denen 3776 Anklagen mit Antrag auf Strafbefehl (43%), während in 521 Fällen Vereinbarungen über die Schuldeingeständnis geschlossen (6%) wurden. Im Beobachtungszeitraum wurden in der kantonalen Staatsanwaltschaft des Kantons Zenica-Doboj 49% der Fälle, in denen Anklage erhoben wurde, in einem verkürzten Strafverfahren beendet.

Im Laufe der Studie wurde festgestellt, dass die Gesamtzahl der anhängigen Fälle und die Zahl der erhobenen Anklagen in den beobachteten Staatsanwaltschaften von Jahr zu Jahr abnimmt, dem sicherlich die große Anzahl von abgeschlossenen Fällen im verkürzten Verfahren beigetragen hat.

3. VERKÜRZTES STRAFVERFAHREN IM VERGLEICHENDEN RECHT

Wir werden hier auf die Grundformen und Merkmale der verkürzten Strafverfahren in der Republik Serbien und der Republik Italien sowie die Grundformen derselben in der Republik Kroatien und der Bundesrepublik Deutschland hinweisen.

3.1. Die Republik Serbien und die Republik Kroatien

In der Republik Serbien gibt es gemäß der geltenden Strafprozessordnung (Strafgesetzbuch)²⁶ verschiedene Formen verkürzter Strafverfahren:

1. Verkürztes Verfahren;
2. Das Verfahren wegen der in der Haputverhandlung aufgedeckten Straftaten des Angeklagten
3. Das Verfahren der unmittelbaren Anklagezulassung
4. Verhandlung zur Verhängung von strafrechtlichen Maßnahmen
5. Verfahren zur Vereinbarung über die Eingeständnis von Straftaten²⁷

Verkürztes Verfahren in der Republik Serbien ist durch die Artikel 495 bis 511 des Strafgesetzbuches vorgeschrieben. Das verkürzte Strafverfahren in der Republik Serbien ist obligatorisch, bei Straftaten, für die als Hauptstrafe eine Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu acht Jahren vorgeschrieben ist, wobei die Bestimmungen des verkürzten Verfahrens im Jugendstrafverfahren nicht angewendet werden dürfen. Das verkürzte Verfahren in der Republik Serbien sieht vor, dass die Ermittlungsphase (wobei das Gericht die erforderliche Beweismittelermittlung anordnen kann) und die Phase der Anklagezulassung weggelassen werden. Das verkürzte Verfahren wird durch eine Anklageerhebung oder eine Privatklage eingeleitet, die sofort vom Richter geprüft wird, vor dem die Hauptverhandlung stattfinden wird. Professor Dr. Snežana Brkić erklärt, dass mit einer Obergrenze von acht Jahren Haft das verkürzte Verfahren zur Regel wird, und nicht wie bisher die Ausnahme.²⁸

²⁶ Strafprozessordnung von Republik Serbien.

²⁷ Snežana Brkić, Strafprozessrecht 2, Fakultät für Rechtswissenschaften, Novi Sad 2016, 209–232.

²⁸ Ibid.

Die folgende Form eines verkürzten Strafverfahrens in der Republik Serbien ist das Verfahren wegen Straftaten des Angeklagten, die in der Hauptverhandlung aufgedeckt wurden. Nach Artikel 410 des Strafgesetzbuches kann das Richter-gremium, falls in der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten zuvor begangene Straftat festgestellt wird, die Hauptverhandlung, durch Anklageerhebung durch den zuständigen Staatsanwalts, die auch mündlich verkündet werden kann, auch auf diese Straftat erweitern oder die Trennung der Strafverfahren beschließen. Falls das Richter-gremium die Erweiterung der Anklage annimmt, wird es das Hauptverfahren unterbrechen und ausreichend Zeit für die Vorbereitung der Verteidigung zur Verfügung stellen. Bei dieser Form des verkürzten Verfahrens werden die Ermittlungsphase und die Phase der Anklageerhebung ausgelassen, und die Anklage wird in der Hauptverhandlung schriftlich oder durch eine mündliche Erklärung eines befugten Staatsanwalts erhoben.

Artikel 331 des Strafgesetzbuches schreibt die Anklageerhebung vor. Nach Absatz 5 dieses Artikels des Strafgesetzbuches kann die Anklage auch ohne Ermittlung erhoben werden, wenn die ermittelten Tatsachen über die Straftat und den Täter ausreichende Gründe für die Anklageerhebung liefern. Bei dieser Form des verkürzten Verfahrens wird die Ermittlungsphase ausgelassen. Das Verfahren der unmittelbaren Anklagezulassung ist von dem verkürzten Verfahren zu unterscheiden (Artikel 495 des Strafgesetzbuches, für Verfahren in denen eine Geldstrafe verhängt werden kann, und eine Freiheitsstrafe von bis zu acht Jahren), in dem die Ermittlungsphase obligatorisch ausgelassen wird, ungeachtet der Beweismittellage.²⁹ Die unmittelbare Anklagezulassung wird, wenn über ausreichende Beweise verfügt wird, für schwere Straftaten angewendet.

Nach Artikel 512 des Strafgesetzbuches kann der Staatsanwalt durch Anklageerhebung einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung stellen, um strafrechtliche Sanktion für Straftaten verhängen zu lassen, für die als Hauptstrafe eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren verhängt wird. Die Staatsanwaltschaft kann einen solchen Antrag stellen, wenn sie aufgrund der Komplexität des Falls und der erhobenen Beweise der Auffassung ist, dass die Durchführung der Hauptverhandlung nicht erforderlich ist, insbesondere in den Fällen, wenn der Angeklagte in flagranti gestellt wird beziehungsweise der Angeklagte während der Begehung der Straftat festgenommen wird und im Falle der Eingeständnis des Angeklagten, die Straftat begangen zu haben. Bei dieser Form des verkürzten Verfahrens werden die Phasen der regulären Anklagezulassung und die Phase der Hauptverhandlung ausgelassen, wahlweise auch die Ermittlungsphase. Falls der Staatsanwalt eine Verhandlung beantragt, um eine strafrechtliche Sanktion verhängen zu lassen, kann der Staatsanwalt dem Gericht empfehlen, dass der Angeklagte, der die Begehung einer Straftat eingestanden hat, für die eine Freiheitsstrafe von

²⁹ Ibid. 224.

bis zu fünf Jahren verhängt wird, eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu verhängen, ein Geldstrafe bis zu fünfhunderttausend Dinar oder Bewährungsstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu dreihunderttausend Dinar und einer Aufsichtsfrist von bis zu fünf Jahren. Wenn der Beklagte eine Straftat begangen hat, für die eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren als Hauptstrafe vorgeschrieben ist, kann der Staatsanwalt die Verhängung einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr, einer Geldstrafe von bis zu dreihunderttausend Dinar und Leisten der gemeinnützigen Arbeit von bis zu zweihundertvierzig Stunden beantragen, eine Strafe des Führerscheinentzugs für eine Dauer von bis zu einem Jahr, Bewährungsstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder einer Geldstrafe von bis zu dreihunderttausend Dinar und einer Aufsichtsfrist von bis zu drei Jahren mit der Möglichkeit, den Beklagten unter Schutzaufsicht zu stellen oder gerichtliche *Verwarnung* mit Strafvorbehalt auszusprechen.

In Bezug auf die Vereinbarungen über die Schuldeingeständnis sieht das Strafgesetzbuch vor, dass der Angeklagte und der Staatsanwalt eine Vereinbarung über die Schuleingeständnis ab Erlass der Anordnung über die Durchführung der Ermittlungen bis zum Abschluss der Hauptverhandlung treffen können. Je nachdem, in welcher Phase des Strafverfahrens die Vereinbarung über die Schuleingeständnis geschlossen wurde, hat die Vereinbarung unterschiedliche Auswirkung auf die Verkürzung des Strafverfahrens. Wie in Bosnien und Herzegowina wird, je nach Phase des Strafverfahrens, in Laufe der die Vereinbarung geschlossen wurde, dieselbe entweder beim Richter im Vorverfahren (wenn die Vereinbarung bis zur Anklagezulassung abgeschlossen wird) oder beim Gremium (wenn die Vereinbarung nach der Anklagezulassung abgeschlossen wird) eingereicht. Wenn die Vereinbarung über die Schuleingeständnis vor der Anklagezulassung abgeschlossen wird, wird der Staatsanwalt zusammen mit der Vereinbarung vor dem Gericht und auch die Anklageschrift einreichen, die Bestandteil der Vereinbarung ist. Eine solche Anklageerhebung unterliegt nicht der Überprüfung der Anklageschrift. In der mündlichen Verhandlung entscheidet das Gericht über die Vereinbarung und kann durch eine Entscheidung die Vereinbarung abweisen oder annehmen und eine Entscheidung darüber fällen.

Aufgrund der Einschränkung bezüglich des Umfangs dieser Arbeit wird hier nur erwähnt, dass die Strafprozessordnung der Republik Kroatien ein verkürztes Verfahren in Form eines Strafbefehls vorschreibt (Artikel 540 bis 545), des Verfahrens bei Erklärung des Angeklagten, die Straftat begangen zu haben, in der Anhörung zur Anklageerhebung (Artikel 359), der unmittelbaren Anklagezulassung (Artikel 341 Absatz 2 und Absatz 3) und der Vereinbarung über die Schuleingeständnis (Artikel 360 bis 364).³⁰

³⁰ Strafprozessordnung der Republik Kroatien, Amtsblatt der Republik Kroatien, Nummer: 152/08., 76/09., 80/11., 121/11. – Konsolidierte Fassung, 91/12 – Entscheidung des Verfassungsgerichts von Republik Kroatien, 143/12. 56/13., 145/13., und 152/14.

3.2. Republik Italien und Bundesrepublik Deutschland

In Italien besteht das reguläre erstinstanzliche Strafverfahren aus drei Phasen: der Ermittlungsphase (vorläufige Ermittlung), in der der Staatsanwalt und die Gegenpartei Beweise ermitteln und deren Vorführung unter strengen Verfahrensbedingungen melden; die Phase der Zusammenfassung der Ermittlungsergebnisse (die Vorverhandlung), in der die ermittelten Beweise in einem widersprüchlichen Verfahren geprüft werden und ihre Eignung für die Verweisung in die Hauptverhandlung bewertet wird;³¹ und die Phase der Anhörung beziehungsweise der Hauptverhandlung. Neben dem regulären Strafverfahren sieht die Strafprozessordnung verschiedene besondere Gerichtsverfahren vor, bei denen eine oder mehrere Phasen des regulären Strafverfahrens ausgelassen werden, und das sind eigentlich verkürzte Strafverfahren. Die italienische Strafprozessordnung hat das gesamte sechste Buch des Strafgesetzbuches den besonderen verkürzten Verfahren gewidmet, insgesamt sind es fünf: 1. Verkürzte Gerichtsverhandlung (*gudizio abbreviato*), 2. Urteil nach Absprache der Prozessbeteiligten (*patteggiamento*), 3. Schnellverfahren (*gudizio direttissimo*), 4. Unmittelbares Verfahren (*gudizio immediato*) und 5. Verfahren auf Anordnung.³²

Die verkürzte Gerichtsverhandlung ist die erste Form eines verkürzten Verfahrens in Italien, das die Durchführung und Abschluss des Strafverfahrens im Vorverfahren ermöglicht und die Hauptverhandlung ausgelassen wird, falls der Angeklagte dies bei der Staatsanwaltschaft beantragt und von dieser zugelassen wird.³³

Eine weitere Form des verkürzten Verfahrens im italienischen Strafprozesssystem ist das Verfahren zum Urteil nach Absprache der Prozessbeteiligten. Das Verfahren zum Urteil nach Absprache der Prozessbeteiligten im italienischen Strafprozessrecht ist in der Tat eine Form der Vereinbarung über die Schuldeingeständnis.³⁴ In dieser Form des verkürzten Verfahrens in Italien, sowie in Bosnien und Herzegowina und in der Republik Serbien bei der Vereinbarung über die Eingeständis der Schuld und der Straftat, werden bestimmte Verfahrensphasen ausgelassen, je nachdem, in welcher Phase die Prozessbeteiligten zur Vereinbarung gelangen. Die Phase der Hauptverhandlung wird in der Regel ausgelassen, möglicherweise auch die Phase der Anklagezulassung.

Die dritte Form des verkürzten Verfahrens im italienischen Strafprozesssystem ist das Schnellverfahren. Bei diesem Verfahren wird die Phase der Voranhörung, beziehungsweise der Anklageerhebung ausgelassen sowie die Ermittlungsphase.³⁵

³¹ Berislav Pavišić, *italienisches Strafverfahren*, Rijeka 2002, 13.;

³² *Ibid.*, 155.

³³ Snežana Brkić, *Rationalisierung von Strafverfahren und vereinfachte Verfahrensformen*, Novi Sad 2004, 416.

³⁴ B.Pavišić, 151. 152. 156. und 157.

³⁵ S.Brkić, (2004), 339.

Das Schnellverfahren kann in drei Situationen angewendet werden. In der ersten Situation kann der Staatsanwalt die Person, die bei der Begehung einer Straftat gestellt und anschließend festgenommen wurde, unmittelbar vor einen Einzelrichter bringen, um die Freiheitsentziehung bestätigen und den Prozess innerhalb von 48 Stunden nach dem Zeitpunkt der Freiheitsentziehung ansetzen zu lassen. In der zweiten Situation kann der Staatsanwalt in einem Schnellverfahren auch vorgehen, wenn die Freiheitsentziehung einer Person, die bei der Begehung einer Straftat gestellt, bereits bestätigt ist, demnach wird der Angeklagte innerhalb von fünfzehn Tagen nach dem Zeitpunkt der Freiheitsentziehung zur Anhörung gebracht. Und im dritten Fall kann der Staatsanwalt in einem Schnellverfahren vorgehen, wenn die Person, gegen die das Strafverfahren geführt wird, die Begehung der Straftat bei der Anhörung gestanden hat.³⁶

Bei der vierten Form des verkürzten Strafverfahrens in Italien wird die Phase der Vorverhandlung ausgelassen, beziehungsweise die Phase der Anklagezulassung, und kann daher vom Staatsanwalt eingeleitet werden, wenn er der Ansicht ist, dass er über ausreichende Beweise für die Phase der Hauptverhandlung verfügt, aber auch auf Initiative des Verdächtigen beziehungsweise des Angeklagten, der nach Abschluss der Ermittlung auf die Vorverhandlung verzichten kann.³⁷

Die fünfte und letzte Form des verkürzten Strafverfahrens in Italien ist das Verfahren auf Anordnung. In Verfahren wegen Straftaten, die von Amts wegen verfolgt werden, und in denen, die auf Klage strafrechtlich verfolgt werden, wenn diese vorschriftsmäßig eingereicht wurde und der Privatkläger in der Klageschrift diesem nicht widerspricht, kann der Staatsanwalt, wenn er der Ansicht ist, dass eine Geldstrafe verhängt werden sollte und diese als Ersatzstrafe für eine Freiheitsstrafe festgelegt ist, beim Richter im Vorverfahren einen begründeten Antrag auf Erlass eines Strafbefehls mit Verurteilung unter Angabe der Höhe der Geldstrafe stellen.³⁸ Zur Anwendung dieses Verfahrens kommt es in der ersten Ermittlungsphase, und wenn es umgesetzt wird, werden die Phasen der Vorverhandlung und der Hauptverhandlung ausgelassen, was das Strafverfahren erheblich verkürzt.³⁹

In der Bundesrepublik Deutschland schreibt das deutsche Strafprozessrecht zusätzlich zu den regulären Strafverfahren mehrere verkürzte Strafverfahren vor, und hier wird nur erwähnt, welche das sind: 1) Verfahren zur Verhandlung über die Schuldfrage, 2) Verfahren zur Anordnung eines Strafbefehls, 3) Schnellverfahren und 4) Die Anklageerhebung in der Hauptverhandlung.⁴⁰

³⁶ B.Pavišić, 152.

³⁷ S.Brkić, (2004), 368.

³⁸ B.Pavišić, 159.

³⁹ S.Brkić, (2004), 371.

⁴⁰ siehe Emina Avdić, Strafprozessordnung der Bundesrepublik Deutschland – Übersetzung, Sarajewo 2001, 84-99, 116-117, 158-162.

ABSCHLIESSENDE ÜBERLEGUNGEN

Durch die Entwicklung des Strafverfahrensrechts sollte durch das Strafverfahren sichergestellt werden, dass die Rechte aller Verfahrensbeteiligten so weit wie möglich bewahrt werden. Die Bewahrung der Rechte aller Verfahrensbeteiligten wird dadurch gewährleistet, dass die strengen Verfahrensschritte und Pflichten der durchführenden Behörden und der an dem Verfahren beteiligten Bevollmächtigten sowie die Rechte und Pflichten der Verfahrensparteien und der anderen Verfahrensbeteiligten festgelegt werden. Durch strenge und genaue Vorgabe der Verpflichtungen im Verfahren wurde die Struktur des Strafverfahrens festgelegt, die mehrere Phasen umfasst. Der reguläre Ablauf des Strafverfahrens umfasst daher folgende Phasen: die Ermittlungsphase, die Phase der Anklageerhebung, die Phase des Hauptverhandlung, die Phase der Entscheidungsfindung über die Schuldfrage und die Verhängung der strafrechtlichen Sanktion sowie die Phase des Rechtsmittelverfahrens. Die strikte Einhaltung des regulären Strafverfahrens führt jedoch dazu, dass es in der Regel unangemessen lange dauert. Dies ist insbesondere in Situationen der Fall, in denen das Verfahren zu geringfügigen Straftaten geführt wird (in denen eine mildere strafrechtliche Sanktion im Hinblick auf den Grad der sozialen Gefährdung gesetzlich vorgeschrieben ist) oder wenn der Sachverhalt und das Verhalten des Beklagten die eindeutige Feststellung über die Begehung der Straftat durch dieselbe Person zur Folge haben und sofort die Entscheidung über die Schuld gefällt werden kann. In solchen Fällen sind ein regulärer Ablauf und eine Durchführung aller Phasen des Strafverfahrens nicht erforderlich, und es ist gerechtfertigt, bestimmte vereinfachte Verfahrensformen oder bestimmte Formen eines verkürzten Strafverfahrens anzuwenden.

Die bisherige Praxis in anderen strafrechtlichen Systemen hat gezeigt, dass die Einführung bestimmter Formen verkürzter Verfahren die Effizienz und Kostenwirksamkeit von Strafverfahren erheblich beeinflusst. Daher haben sich in vielen strafrechtlichen Verfahrenssystemen verkürzte Strafverfahren als vereinfachte Verfahrensformen gefestigt. In der Republik Serbien, der Republik Kroatien, in Deutschland und Italien wurden bestimmte Formen von verkürzten Strafverfahren eingeführt, die erheblich zur Effizienz und Kostenwirksamkeit von Strafverfahren beitragen, und sie sind bereits zur Regel geworden und keine Ausnahme in der Praxis.

In Bosnien und Herzegowina sind, aufgrund der komplexen staatlichen Struktur und der gerichtlichen Zuständigkeit, in Anwendung vier Strafverfahrensgesetze, die in gleicher Weise den Ablauf von Strafverfahren regeln. Keines dieser Gesetze legt eindeutig und genau fest, wenn das Strafverfahren als eingeleitet anzusehen ist, und in der Praxis (und das ist der Standpunkt eines Teiles der akademischen Gemeinschaft) legt die Anklagezulassung durch das zuständige Gericht den Moment der Einleitung eines Strafverfahrens fest. Nach dem derzeitigen Stand in

Bosnien und Herzegowina ist die Ermittlung nicht Teil des Strafverfahrens. In Anbetracht dieser Fragen ist ein Eingreifen erforderlich, um die strafrechtlichen Vorschriften, den strafrechtlichen Ablauf und den Zeitpunkt der Einleitung des Strafverfahrens klar und genau zu definieren und festzustellen, sowie die Ermittlung als Phase eines regulären Strafverfahrens festzulegen.

Das Strafprozesssystem in Bosnien und Herzegowina ist mit einer Vielzahl von anhängigen Fällen belastet, was auch die Ergebnisse der Studie gezeigt haben. Die grundlegende Form der Beschleunigung von Strafverfahren ist ein verkürztes Strafverfahren, und es ist völlig gerechtfertigt, sie in das Strafprozessrecht in Bosnien und Herzegowina aufzunehmen.

In Bosnien und Herzegowina werden nach positiven Rechtsvorschriften im Strafverfahren drei Formen von verkürzten Verfahren angewandt, um den Ablauf des Strafverfahrens zu beschleunigen und zu verkürzen. Dies sind das Verfahren zum Erlass eines Strafbefehls, das Verfahren nach Schuldeingeständnis durch den Beklagten im Vorverfahren und das Verfahren im Rahmen der Vereinbarung über die Schuldeingeständnis.

Das Verfahren in dem Fall der Schuldeingeständnis durch den Beklagten im Vorverfahren, ist die Grundform eines verkürzten Verfahrens in Bosnien und Herzegowina, und in diesem Verfahren wird die Phase der Hauptverhandlung ausgelassen. Diese Form des verkürzten Verfahrens kann bei allen Straftaten angewendet werden.

Die zweite Form des verkürzten Strafverfahrens in Bosnien und Herzegowina ist das Verfahren zum Erlass eines Strafbefehls, und auch bei dieser Form des verkürzten Verfahrens wird die Phase der Hauptverhandlung ausgelassen. Im Gegensatz zu dem vorgenannten Schuldeingeständnis kann dieses verkürzte Verfahren nur bei bestimmten Straftaten angewandt werden, bei Straftaten, für die eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder eine Geldstrafe als Hauptstrafe vorgeschrieben sind. Die Art der strafrechtlichen Sanktion, die verhängt werden kann, ist auch festgelegt und zwar: eine Geldstrafe, eine Bewährungsstrafe oder eine Sicherheitsmaßnahme – Verbot bestimmte Berufe oder Dienste auszuüben, Tätigkeiten nachzugehen, Fahrverbot für Kraftfahrzeuge und Beschlagnahme von Gegenständen, sowie Beschlagnahme des durch die Straftat erzielten Vermögensgewinns.

Bei der dritten Form des verkürzten Verfahrens, der Vereinbarung über Schuldeingeständnis, darf in Bosnien und Herzegowina die Phase der Hauptverhandlung ausgelassen werden, muss aber nicht vollständig, da die Vereinbarung über Schuldeingeständnis bis zum Abschluss der Hauptverhandlung oder bis zum Abschluss des Verfahrens vor dem zweitinstanzlichen Gericht abgeschlossen werden kann. Diese Form des verkürzten Verfahrens kann, wie die erste, auf alle Straftaten angewendet werden. Die Strafprozessgesetze in Bosnien und Herzegowina kennen nur eine Form der Vereinbarung über Schuldeingeständnis und zwar

die Form, in der der Angeklagte die Schuld für die ihm zur Last gelegte Straftat voll und ganz anerkennt, und der Staatsanwalt die Verhängung einer gewissen mildernden strafrechtlichen Sanktion beantragt oder einer Strafe, die unter dem gesetzlich vorgeschriebenen Minimum für diese Straftat liegt. Nach Auffassung des Verfassers ist diese Art von Vereinbarung über die Höhe der Bestrafung, ohne zu bestimmen, bei welchen Straftaten die Vereinbarung über die Schuldeingeständnis geschlossen werden kann oder nicht, und ohne die Grenzen der Herabsetzung der Strafe zu definieren, unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit des Verfahrens und des öffentlichen Interesses eine mangelhafte und unzureichende rechtliche Lösung. Es ist nicht hinnehmbar, dass die Täter bei bestimmten Straftaten, wie bei Straftaten gegen die sexuelle Freiheit und gegen den Schutz von Kindern und Minderjährigen oder Organisatoren von organisierten kriminellen Gruppierungen, mit der Staatsanwaltschaft die Vereinbarung über die Schuldeingeständnis schließen können und dass der Gesetzgeber es billigt, dass denselben mildernde strafrechtliche Sanktionen auferlegt werden können oder eine Strafe unter einem bestimmten Minimum beziehungsweise unter der gesetzlichen Mindeststrafe für diese Straftat.

Die durchgeführte Studie ergab, dass das verkürzte Strafverfahren mit einem Anteil von fast der Hälfte an der Gesamtzahl der Strafverfahren bei beobachteten Staatsanwaltschaften beteiligt ist. Dies ist ein Hinweis auf die Akzeptanz und Bedeutung der verkürzten Verfahren in Bosnien und Herzegowina. Verkürzte Strafverfahren wurden von den zuständigen Institutionen in Bosnien und Herzegowina als Verfahren zur Beschleunigung von Strafverfahren und zur Entlastung des Strafverfahrenssystems anerkannt. Die derzeit in den Strafverfahrensgesetzen in Bosnien und Herzegowina vorgeschriebenen Formen der verkürzten Verfahren, insbesondere Strafbefehle und Vereinbarung über die Schuldeingeständnis, werden in erheblichem Umfang eingesetzt und tragen somit zur Entlastung des Strafverfahrenssystems und zur Verringerung der Gesamtzahl der anhängigen Fälle bei, was sich auch in den Studienergebnissen widerspiegelt.

Ich bin der Meinung, dass neben den bestehenden Formen eines verkürzten Strafverfahrens in das Strafverfahrenssystem in Bosnien und Herzegowina einige andere Formen solcher Verfahren aufgenommen werden könnten, entsprechend den Formen von verkürzten Strafverfahren in der Republik Serbien, der Republik Kroatien, Republik Italien und der Bundesrepublik Deutschland, wie die unmittelbare Anklageerhebung, verkürztes Strafverfahren, Verfahren für Straftaten, die während der Hauptverhandlung aufgedeckt wurden, und so weiter. Die bedeutendste Beschleunigung des Strafverfahrens wäre sicherlich die Einführung eines obligatorischen verkürzten Strafverfahrens für bestimmte geringfügige Straftaten, z.B. Straftaten, für die eine Geldstrafe als Hauptstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu fünf oder acht Jahren gesetzlich vorgeschrieben ist.

Željko S. Kršić, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
zeljokrsic053@gmail.com

Brief Criminal Procedures in Bosnia and Herzegovina

Abstract: *The Bosnia and Hercegovina criminal justice system is burdened with a large number of criminal proceedings, and in particular the public prosecutors are burdened with a large number of applications and open cases. The constant focus of the judiciary is to improve the efficiency and economy of criminal proceedings. One of the basic forms of acceleration and shortening of blood procedures is through shortened criminal procedures. The Criminal Procedural Legislation of Bosnia and Herzegovina envisages certain forms of shortened criminal proceedings, such as the plea guilty plea, guilty plea and a penal order. The author opted to work in the paper and present a positive legal arrangement of the previously mentioned procedures in Bosnia and Herzegovina, and comparative legal solutions in R. Serbia, R. Croatia and some other legal systems. It will also be pointed out to other forms of shortened criminal proceedings in a comparative legal analysis. For the purposes of this paper, a survey of the frequency of the use of shortened blood procedures in Bosnia and Herzegovina was conducted and the results of this research will be presented in this paper. The aim of the paper is to point out the importance of the application of simplified criminal procedural forms in the criminal system of Bosnia and Hercegovina, and to good legal solutions in comparative criminal procedure in order to propose de lege ferenda.*

Keywords: *Abridged Criminal Proceedings, Plea Agreement, Penalty Order, Confession.*

Жељко С. Кршић, студент докторских студија
Универзитета у Новом Саду
Правни Факултет у Новом Саду
zeljokrsic053@gmail.com

Скраћени кривични поступци у Босни и Херцеговини

Сажетак: Кривичнопроцесни систем Босне и Херцеговине је оиперечен великим бројем кривичних посипуака, а посебно су јавна иужилацива оиперечена великим бројем иријава и иредмеиа у раду. Сипални фокус иравосуђа је у иоболшању ефикасности и економичности кривичних посипуака. Један од основних облика убрзања и скраћивања кривичних посипуака је иушем скраћених кривичних посипуака. Кривично ироцесно законодавство Босне и Херцеговине иредвиђа одређене облике скраћених посипуака и ио: посипуак ио иризнању кривице, сипоразумијевање о кривици и казнени налож. Ауиор се оипредијелио да у раду обради и ирикаже иозицивно иравно уређење иреиходно наведених посипуака у Босни и Херцеговини, ие уиоредно иравна решења у Р. Србији, Р. Хрваиској и неким дружим иравним системима. Такође ће бићи указано и на друе облике скраћених кривичних посипуака у уиоредно иравној анализи. За иоиребе овог рада ироведено је исираживање учесиалоси иуиоиребе скраћених кривичних посипуака у Босни и Херцеговини и у раду ће бићи иредсављени резулиаи иоо исираживања. Циљ рада је да укаже на значај иримјене скраћених кривичних посипуака у кривичнопроцесном систему БиХ, ие на добра законска решења у уиоредном кривичнопроцесном ираву ради ириједлоа *de lege ferenda*.

Кључне речи: Скраћени кривични посипуак, сипоразум о иризнању кривице, казнени налож, иризнање.

Датум пријема рада: 17.09.2018.

ПРИКАЗ КЊИГЕ

*Др Слободан П. Орловић, редовни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Orlovic@pf.uns.ac.rs*

ДАРКО СИМОВИЋ, ВЛАДАН ПЕТРОВ:
„УСТАВНО ПРАВО“
(III ИЗДАЊЕ, КРИМИНАЛИСТИЧКО-ПОЛИЦИЈСКА АКАДЕМИЈА,
БЕОГРАД 2018, 430 СТРАНА)

Из штампе је изашло треће, ново, измењено и допуњено издање уџбеника „Уставно право“, аутора проф. др Дарка Симовића и проф. др Владана Петрова, које се састоји материје груписане у 15 глава на 430 страница текста.

Прва глава уџбеника посвећена је уводним питањима уставног права. Поред уобичајених тема које одликује претежнији број уџбеника уставног права (појам и предмет уставног права, извори уставног права, појам, својства, функције и поделе устава), аутори су обрадили и савремене теме о којима се тек фрагментарно писало у нашој литератури. Реч је о процесу интернационализације уставног права и о уставном идентитету.

Према већ устаљеној структури уџбеничке материје код нас, друга глава је посвећена доношењу и промени устава. У њој су се аутори углавном држали стандардних аспеката ове теме: уставотворној и ревизионој власти, забрани промене устава, правним техникама промене устава и промени Устава Републике Србије. Снажнији ауторски печат видљив је у одељцима „Рационалан метод промене устава као гарант конституционализма“ и „Критички поглед на поступак промене Устава Републике Србије“.

Трећа глава уџбеника обрађује настанак и развој уставности. Аутори су се определили за уобичајени, хронолошки приступ при обради ове теме. У том смислу, први одељак је посвећен предисторији уставности, затим се приказује развој уставности у 18. веку када су донети први писани устави у савременом значењу те речи, а потом и развој уставности у 19. и 20. веку.

Посебна, четврта глава посвећена је развоју уставности у Србији. У првом одељку приказан је развој уставности у кнежевини и краљевини Србији. Други одељак је посвећен развоју југословенске уставности која је подељена у три фазе: 1) прва Југославија – фаза монархијског облика између два светска

рата; 2) друга Југославија – фаза социјалистичке уставности; и 3) фаза треће Југославије. Последњи одељак посвећен је Уставу Републике Србије од 1990. године и у њему је указано на најважније одлике овог устава којим се Србија вратила либерално-демократској уставности.

У петој глави, аутори анализирају структуру устава и то: преамбулу, нормативни део, амандмане и додатке. Посебна пажња посвећена је преамбули устава, о којој се јако мало пише и то не само у уставноправној науци Србије, већ и уопште. Оригиналан научни допринос аутори су остварили када су писали о функцијама преамбуле и о правној природи преамбуле Устава Републике Србије. Такође, указујемо и на оригиналан допринос аутора при анализи амандмана устава и додатака устава, посебно када је реч о разликама између ова два елемента структуре устава.

Шеста глава уџбеника посвећена је уставним начелима. И на овом пољу приметна је оригиналност аутора, посебно када је реч о анализи појма уставних начела. Осим тога, овај уџбеник је особен по томе и што аутори анализирају садржину начела Устава Републике Србије. Наиме, реч је о делу Устава Републике Србије који до сада није изазвао већу пажњу посленика уставноправне науке у нас. Отуда, овај део уџбеника се може сматрати и пионирским подухватом који би требало да подстакне на даље проучавање уставних начела.

Пратећи структуру Устава Републике Србије, седму главу уџбеника аутори су посветили људским правима. Материја људских права је изложена превасходно на позитивноправни начин. Такво опредељење аутора се наслуђује се већ на основу излагања о појму људских права, у коме се износи критика природноправног приступа, иначе доминантног у Србији, при концептуализацији људских права. Актуелност уџбеника је видљива и по томе што су један посебан одељак аутори посветили процесу интернационализације људских права. У глави о људским правима аутори су један одељак посветили и институцији омбудсмана, као особеном механизму ванправне контроле над поштовањем људских права.

У осмој глави уџбеника аутори обрађују економско уређење и јавне финансије. Први одељак посвећен је економском уређењу као сегменту уставне материје. Аутори указују на постепено проширивање уставне материје, јер уставни више нису искључиво правни акти, већ у све већој мери постављају економске основе једне политичке заједнице. Други одељак посвећен је економском уређењу и јавним финансијама у Уставу Републике Србије.

Девета глава уџбеника посвећена је облицима остваривања суверености који су изложени у два одељка. Први одељак је посвећен анализи непосредне и представничке демократије, док се у другом одељку анализирају институције непосредне демократије. Посебна пажња је посвећена референдуму, а аутори указују на вредност ове институције, која поред врлина има и своје наличје.

У десетој глави анализирају се правно-политичке претпоставке за остваривање представничке демократије. Реч је о бирачком праву, изборним системима и политичким странкама. У овој глави посебно указујемо на одељак посвећен политичким странкама, јер се уместо политиколошког приступа, аутори опредељују да анализирају процес њихове конституционализације, што такође није својствено нашој уџбеничкој литератури.

Једанаеста глава посвећена је уставним институцијама. Реч је о централној и најобимнијој глави у којој су аутори обрадили парламент, шефа државе, владу и правосудни систем. На само почетку излагања о уставним институцијама, аутори су се оградиле да ова глава неће садржати анализу уставносудске функције, јер су њу, из педагошких разлога, оставили за последњу главу уџбеника. Свака од уставних институција приказана је кроз историјски развој, кратак осврт на репрезентативна упоредноправна решења и кроз позитивноправну анализу институционалних решења у Републици Србији. При томе, аутори се нису зауставили само на позитивноправном приказу уставних решења у Републици Србији, већ су све време указивали и на њихове недостатке.

У дванаестој глави анализирани су системи власти. Поред уводних излагања о начелима јединства и поделе власти, аутори детаљно приказују теоријске оквири савремених система власти. При томе, аутори одступају од традиционалне дихотомије система поделе власти и заступају њихову трихотомну поделу на парламентарне, председничке и полупредседничке системе. Сваки од система власти је приказан и посредством свог архетипа у упоредном праву. У последњем одељку анализира се правна природа система власти у Републици Србији и апострофира се да је реч о особеној варијанти рационализованог парламентаризма.

Тринаеста глава је посвећена територијалној децентрализацији. Поред уводног излагања о појму и облицима територијалне децентрализације, аутори посебне одељке опредељују за локалну самоуправу, територијалну аутономију и за територијално уређење Републике Србије. Посебно значајно је то што су аутори анализирали и постојећи статус Косова и Метохије. Оригинал ауторски печат је значајан и када је реч о излагању посвећеном теоријској оправданости конституисања регионалне државе као посебног облика територијалних уређења.

У четрнаестој глави аутори анализирају федерално уређење. Премда овај облик државног уређења више није позитивноправно актуелан, јер је Република Србија постала самостална држава, после вишедеценијског припадања једној широј политичкој заједници. Међутим, аутори с правом солидан простор посвећују и овој теми, јер су знања о вертикалној подели власти од значаја и за европске интеграционе процесе.

Последња петнаеста глава посвећена је уставном судству. Поред појма и еволуције уставног судства, изложени су и основни системи уставносудске

функције. У одељку посвећеном избору судија уставног суда указује се на стандарде који су неопходни да би била обезбеђена институционална јемства њихове независности. Доминантан део ове главе чини излагање о надлежностима уставног суда, при чему је највише простора посвећено нормативној контроли права и уставној жалби.

На крају, аутори су изложили списак пажљиво одабране основне литературе која садржи релевантна дела из уставноправне области, као на српском, тако и на страним језицима.

У односу на прво издање уџбеника и друго издање аутори су извршили значајне измене и допуне (више од 30% у односу на текст ранијег издања). Структура уџбеника је унапређена и то тако што су придодате три нове главе којих није било – главе посвећене структури устава, уставним начелима и економском уређењу и јавним финансијама. Осим тога, већ постојећи делови текста су знатно унапређени и осавремењени. Придодати су одељци, да поменем само оне најзначајније, о интернационализацији уставног права, уставном идентитету, распуштању парламента и статусу АП Војводине и АП Косова и Метохије. Рукопис је усклађен са позитивним прописима, а најзначајније измене се тичу Закона о локалној самоуправи из јуна 2018. године. Даље, главе посвећене људским правима, системима власти, територијалној децентрализацији и федералном уређењу су значајно модификоване, унапређене и осавремењене. Главе посвећене развоју уставности уопште и развоју уставности у Србији су значајно сажете. Осавремењавање уџбеника је видљиво и посредством контролних питања које су аутори придодали на крају сваке главе. Та контролна питања треба схватити као својеврсни оријентир за студенте у процесу савладавања испитне материје.

У овом уџбенику „Уставног права“ конституционалисти Дарко Симовић и Владан Петров изнова су потврдили жељу да своје богато знање поделе са студентима и колегама у струци, али и да осталој читалачкој публици зналачки прикажу сву лепоту и вредности уставног права.

Датум пријема рада: 31.01.2019.

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ
ЗБОРНИК РАДОВА

Досадашњи главни уредници:

Проф. др Владимир Капор (1966), проф. др Никола Воргић (1967–1968),
проф. др Милош Стеванов (1969–1973), проф. др Боровоје Пупић (1974–1976),
проф. др Милијан Поповић (1977–1983), проф. др Станко Пихлер (1984–1988),
проф. др Момчило Грубач (1989–1990), проф. др Јован Мунђан (1991–1997),
проф. др Милијан Поповић (1998–2003), проф. др Родољуб Етински (2004–2006),
проф. др Драгиша Дракић (2006–2013).

Чланови Уредништва:

Проф. др Љубомир Стајић, prof. dr Damjan Korošec (Словенија),
prof. dr Wilhelm Brauneder (Аустрија), prof. dr Tamás Prugberger (Мађарска),
prof. dr Serge Regourd (Француска), prof. dr Heinz Mayer (Аустрија),
prof. dr Peter Mader (Аустрија), prof. dr Suphawatchara Malanond (Тајланд),
проф. др Бранислав Ристивојевић, проф. др Татјана Бугарски, мр Радмила Дабановић

Менаџер часописа

Др Лука Батуран

Секретаријат Уредништва

Проф. др Владимир Марјански, доц. др Драгана Ћорић, доц. др Бојан Тубић,
доц. др Марко Кнежевић, доц. др Цвјетана Цвјетковић Иветић, др Урош Станковић,
др Милана Писарић, др Наташа Рајић, др Стефан Самарцић,
др Сандра Самарцић, Ратко Радошевић, Милица Ковачевић

Компјутерска обрада текста

Владимир Ватић, „Графит“

Штампа:

„Футура“, Петроварадин
Тираж: 200 примерака

2018

